

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXVI

MMXXIII



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 LXXVI
MMXXIII**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



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

Madrid, 2023

<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

	Pág.
SECCIÓN DOCTRINAL	
<i>Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los «viejos nazis», por Luís Greco.....</i>	9
<i>Sobre la punibilidad de los engaños en los delitos sexuales, por Elisa Hoven y Thomas Weigend.....</i>	33
<i>Derecho penal y Derecho internacional de los derechos humanos: propuesta para una (mayor) aproximación metodológica, por Jon-Mirena Landa Gorostiza.....</i>	49
<i>Problemas asociados a la satisfacción de la responsabilidad civil en los supuestos de prescripción de la infracción penal, por Javier Gómez Lanz y M.ª Eugenia Sanmartín García-Ororio</i>	111
<i>Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ciberespacio. Especial mención a la prueba pericial digital, por Ángela Casals Fernández</i>	155
<i>El papel del jurista de prisiones, por Puerto Solar Calvo.....</i>	191
<i>La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el delito corporativo y el blanqueo de dinero, por Daniel González Uriel</i>	221
<i>¿La edad como criterio de triaje? Una discusión sobre el triaje ex ante y el criterio fair-innings, por María Lucila Tuñón Corti</i>	289
<i>Traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del 130.2 CP, por Jaime González Gugel.....</i>	325
PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL	
<i>La trata de seres humanos como criminalidad económica: análisis jurisprudencial, por Clàudia Torres Ferrer</i>	371
CRÓNICAS EXTRANJERAS	
<i>La actividad de análisis delictivo-criminal y la técnica del contexto aplicada a la investigación penal: visión desde las ciencias factuales, por Diana Marcela Martínez Daza.....</i>	405

SEMINARIO: «ALCALÁ Y SU PATRIMONIO. UNA VISIÓN DESDE LA JUSTICIA PENAL: CÁRCELES, GALERAS Y PRISIONES»

<i>Alcalá de Henares, ciudad penitenciaria. Las huellas de la experiencia personal</i> , por Carlos García Valdés	431
<i>El establecimiento penitenciario de una jurisdicción privativa: la cárcel de la Universidad de Alcalá en el siglo XVII</i> , por Ignacio Ruiz Rodríguez	443
<i>La experiencia penal en los establecimientos de primeros del siglo XX. Modelos penitenciarios y su inicio en Alcalá</i> , por Enrique Sanz Delgado	471
<i>La reclusión de las mujeres en Alcalá: la galera</i> , por Gema Martínez Galindo	517
<i>Una visión de la ejecución penal del presente. Los establecimientos penitenciarios de Alcalá-Meco</i> , por José Comerón Borrego.....	561

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gemma Martínez Galindo	577
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Sergio Cámara Arroyo	625
<i>Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo</i> , por Eduardo de Urbano Castrillo.....	677

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, por Ángela Casals Fernández	687

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

REVISTA DE LIBROS

<i>Reseña del libro «Derecho Penitenciario», de Sergio Cámara Arroyo, Laura Delgado Carrillo, Daniel Fernández Bermejo y Elena Maculán</i> , por Carlos García Valdés	721
<i>Reseña del libro «Tortura. Hay una bomba a punto de estallar», de Bob Brecher</i> , por Carlos García Valdés	729
<i>Reseña del libro «A garrote vil. Verdugos, ejecuciones y torturas en España y otros países», de Isabel Castro Latorre y Juan Eslava Galán</i> , por Carlos García Valdés.....	731
<i>Reseña del libro «Penas perpetuas», de Cristina Rodríguez Yagüe (dir.)</i> , por Carlos García Valdés	734
<i>Reseña del libro «El Derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica», de Alfredo Abadías Selma</i> , por Carlos Alberto Mejías Rodríguez.....	737
<i>Reseña del libro «Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial en la Era de la Cultura “Touch”», de Alfredo Abadías Selma</i> , por Guillem Castro Izquierdo.....	742

REVISTA DE REVISTAS

<i>Reseña del artículo «La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: un análisis del artículo 249.1 b) y 249.2 b) del CP», de Alfredo Abadías Selma, por Carlos del Cacho Estil-les.....</i>	747

Identidad, autenticidad y culpabilidad. Reflexiones con motivo de los recientes juicios a los «viejos nazis»*

LUÍS GRECO

Catedrático de Derecho Penal, Humboldt-Universität zu Berlin

RESUMEN**

La presente contribución aborda la cuestión de la identidad personal, que cobra gran importancia ante la incoación de procesos penales por actos cometidos hace varias décadas, como es el caso de los (ya ancianos) criminales nazis. Así, y partiendo de la base de que no pueden imponerse penas por la culpa de un tercero, ¿puede, en estos casos, afirmarse que sigue tratándose de la misma persona? Es decir, ¿se mantiene la identidad entre la persona que perpetró los hechos y la persona que hoy es declarada responsable? En definitiva, ¿son estas condenas legítimas?

Palabras clave: identidad, culpabilidad, tiempo, individualización, prescripción, teoría de la pena.

* Traducción del artículo «Identität, Authentizität und Schuld –Reflexionen anlässlich der jüngsten Prozesse gegen «alte Nazis»», en Bublitz, J. C.; Bung, J.; Grünwald, A. *et al* (eds.), *Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 443-458, realizada por MARINA MÍNGUEZ ROSIQUE, Profesora Ayudante Doctora en la Universidad Autónoma de Madrid.

** El resumen y las palabras clave han sido elaboradas por la traductora a petición del Anuario para adaptar la publicación al formato de la revista.

ABSTRACT

The present paper addresses the question of personal identity, which is of great importance especially in view of the criminal prosecution of acts committed several decades ago, as in the case of the (now elderly) Nazi criminals. Assuming that no punishment can be imposed for another person's fault, can it be said, in these cases, that we are still dealing with the same person? In other words, is there still an identity between the person who committed the acts and the person who is now found responsible? Are these convictions ultimately legitimate?

Key words: identity, culpability, time, individualization, statute of limitations, theory of punishment.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El nivel jurídico positivo. 1. ¿Prescripción? 2. ¿Individualización de la pena? 3. ¿Oportunidad?–III. El nivel de la teoría de la pena.–IV. El nivel ontológico metafísico.–V. Un argumento jurídico. 1. La condena como afirmación de identidad. 2. De la identidad a la autenticidad. 3. Límites de este derecho. 4. Los «viejos nazis». 5. Tres objeciones. 6. Excurso: los jóvenes asesinos ante la imprescriptibilidad (entre otros asuntos). 7. Conclusión. 8. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Conocí a Reinhard Merkel cuando era asistente en Múnich, en el «Rechtsphilosophischen Donnerstag-Seminar» organizado por mi maestro Bernd Schünemann. Merkel dio una conferencia sobre la culpa –supongo que se trataba de una primera versión de un pequeño gran libro publicado posteriormente(1)– y me causó una gran impresión, lo que me animó a leer más publicaciones suyas. Una contribución a un Libro Homenaje no es una *laudatio*, razón por la cual pongo fin abruptamente al himno de alabanza que acabo de iniciar en la penúltima frase. Sin embargo, me gustaría decir que, desde entonces, Merkel me ha impresionado y, de alguna manera, me ha inspirado no solo como un pensador profundo y muy leído (aunque, al mismo tiempo, perspicaz y claro), sino, sobre todo, como un intelectual valiente que no pocas veces desafía el espíritu de la época(2). Espero

(1) MERKEL, R., *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.

(2) Haciendo una selección arbitraria de mis favoritos, pienso, en particular, en sus reflexiones sobre las causas de justificación (sobre el estado de necesidad,

que esta contribución, no solo dedicada a él, sino escrita para él, demuestre que estas no son palabras vacías.

El problema que me gustaría abordar es «merkeliano» y, por tanto, tanto jurídicopenal como filosófico: la cuestión de la identidad personal, que él denomina, acertadamente, el «problema fundamental oculto de la dogmática del Derecho penal»(3). En concreto: partiendo de la base de que no se pueden imponer penas por la culpa de otra persona, ¿cómo podemos estar seguros de que la persona a la que castigamos es también (más exactamente, todavía) la que ha incurrido en culpa? La razón que me lleva a abordar estas cuestiones son los procesos penales más recientes (y quizá los últimos) contra criminales nazis. Tomemos el ejemplo de Oskar Gröning(4): a sus 93 años, fue acusado en 2014 por actos que cometió cuando tenía 21 años, en 1942. El fallo condenatorio del LG Lüneburg, en el año 2015, recayó sobre un hombre que ya tenía 94 años y se refería, por tanto, a hechos ocurridos hacía más de setenta años. Gröning murió en 2018, a los 96 años, antes de comenzar a cumplir su condena(5). Una suerte similar corrió Demjanjuk: tras décadas de repetidos intentos «semiexitosos»

especialmente, MERKEL, R., «Zaungäste», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt/Bern, 1995, pp. 171-196; MERKEL, R., «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, vol. 62, 2007, pp. 373-385; así como MERKEL, R., *Früheuthanasie*, Nomos, Baden-Baden, 2001, especialmente pp. 528 ss.; y sobre legítima defensa: MERKEL, R., «Folter und Notwehr», en Pawlik, M. y Zaczyk, R. (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 375-403); en su crítica a la figura del homicidio colateral según el Derecho internacional (MERKEL, R., «Die «kollaterale» Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, vol. 67, 2012, 1137-1145); en su postura sobre la tortura de rescate (MERKEL, R., «Folter und Notwehr», *op. cit.*), en la que no le seguiría; y en sus reflexiones sobre la circuncisión (MERKEL, R., «Die Haut eines Anderen», *Süddeutsche Zeitung*, 30 de agosto de 2012), que he seguido en gran medida (ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5.ª ed., Beck, München, 2020, § 13, nm. 96k).

(3) MERKEL, R., «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik», *JZ*, vol. 54, 1999, pp. 502-511.

(4) Sobre esto, BVerfG NJW 2018, 289; BGHSt 61, 252.

(5) Cfr. Spiegel-Online, 12 de marzo de 2018, «Früherer SS-Mann Oskar Gröning ist tot». Disponible en: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/ehemaliger-ss-mann-groening-der-buchhalter-von-auschwitzist-tot-a-1197736.html>. Por último, cabe referirse al caso de Boere, quien presuntamente cometió delitos en 1944, cuyo recurso de amparo frente al auto de apertura del juicio oral en 2009, alegando una violación del artículo 2 II 1 GG, no fue admitido a trámite (BVerfG 2 BvR 1724/09, BeckRS 2009, 39528). Sobre este particular, BECK, S., «Alter schützt vor Strafe nicht?», *HRRS*, marzo 2010, pp. 164 ss. También es muy reciente el proceso contra Bruno D., de 93 años, y entonces de 19, ante el LG Hamburgo.

para que respondiera por sus actos, en 2011 el LG II de Múnich le condenó, a sus 93 años, por hechos cometidos en 1943(6). Demjanjuk murió poco después de interponer su recurso de casación(7).

Está en consonancia con el espíritu de los tiempos celebrar estas condenas como victorias tardías del Estado de Derecho y los derechos humanos(8). Sin embargo, esto no debe prejuzgar en modo alguno nuestro tratamiento de la cuestión. Llegados a este punto, debemos dejar de lado las dificultades de la justificación del castigo(9) (que ciertamente están presentes, especialmente en relación con la dogmática de la participación) en favor de la cuestión más fundamental, aunque rara vez planteada, de si, en el caso de actos cometidos en un momento tan lejano del pasado, se mantiene la identidad entre la persona que los cometió y la persona que posteriormente es declarada responsable: si se trata de la misma persona(10). La relevancia de este punto de vista se insinúa repetidamente, sobre todo en otros contextos(11), pero sin que –con la excepción de Silva Sánchez, Kawaguchi

(6) LG München II, Urt. v. 12. 5. 2011 - 1 Ks 115 Js 12496/08, BeckRS 2011, 139286. Con carácter informativo, BENZ, A., *Der Henkersknecht. Der Prozess gegen John (Iwan) Demjanjuk in München*, Metropol, Berlin, 2011; WEFING, H., *Der Fall Demjanjuk. Der letzte große NS-Prozess*, Beck, München, 2011. Véase también BVerfG NVwZ 2009, 1156; BVerfG, 2 BvR 2331/09, BeckRS 2009, 42026; 2 BvR 2332/09, BeckRS 2009, 39843.

(7) Véase Spiegel-Online, 17 de marzo de 2012, «John Demjanjuk ist tot». Disponible en: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/ns-kriegsverbrecher-john-demjanjuk-ist-tot-a-821950.html>.

(8) Por ejemplo, SAFFERLING, C., «Anmerkung», JZ, vol. 72, 2017, p. 258: «Un procedimiento emblemático [...] [C]ualquier otra decisión habría supuesto un escándalo político...».

(9) Vid. LEITE, A., «Beihilfe kraft Organisationszugehörigkeit? Überlegungen zum Problem der Mordbeihilfe in Konzentrationslagern», en Stam, F., Werkmeister, A. (eds.), *Der allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 53-76.

(10) Al menos BECK, S., *op. cit.*, p. 160, se acerca a esta cuestión, aunque sin plantearla: «Por otra parte, no está injustificado discutir hasta qué punto la justicia exige que un hombre que entretanto ha alcanzado una edad muy avanzada sea llevado ante un tribunal penal sobre la base de las pruebas existentes». En el asunto Boere (*supra*, núm. 5), el BVerfG no vio ninguna razón para plantearlo.

(11) Sobre la prescripción: VORMBAUM, T., «Mord sollte wieder verjähren» en Schulz, J. y Vormbaum, T. (eds.), *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 498 ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin, 1991, § 10, nm. 22; HÖRNLE, T., «Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H., y Swoboda, S. (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 122; y, antes de ellos, Lourié en un trabajo publicado en 1914, recordado por ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 127, quien enumera otras opiniones similares (pp. 127 ss.); en la literatura extranjera, RAGUÉS i VALLES, R., «El transcurso del tiempo como

y una primera monografía de Erhardt(12)– sea objeto de una investigación propia.

La presente contribución tendrá un carácter atípico, no dogmático. Su recorrido es el de una cadencia: primero se asciende, desde las consideraciones jurídicopositivas (prescripción, individualización de la pena –epígrafe II–) a los argumentos jurídicopenales prepositivos (en especial, teoría de la pena, –epígrafe III–), luego a la ontología y a la metafísica (donde se plantea la cuestión de la identidad personal, –epígrafe IV–), para volver a descender a lo jurídico (epígrafe V). A ello le sigue un excursus sobre el cercano problema de la imprescriptibilidad (epígrafe VI).

Anticipo aquí el resultado, que no se encontrará hasta el último nivel jurídico: la condena por hechos tan lejanos no afecta necesariamente a una persona distinta de la que cometió los hechos; sin embargo, por regla general, es ilegítima, porque *la afirmación implícita de que se preserva la identidad, de que se trata de la misma persona*, la enclava en su pasado más lejano y le niega así no solo *la posibilidad de distanciarse de este pasado, de reinventarse o de cambiar con posterioridad a la sentencia condenatoria*, sino que, además, mediante el anuncio legal de la imprescriptibilidad de estos actos, *niega ya cualquier esperanza de ello ex ante*. De este modo, el Estado se arroga un derecho (que dudosamente le corresponde) a escribir la

equivalente funcional de la pena», en García Caveró, P. y Chinguel Rivera, A. I. (eds.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019, núm. 15, p. 69; sobre el transcurso del tiempo en general, TOMIAK, L., «Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern», *HRRS*, enero 2018, p. 23; como justificación de la responsabilidad objetiva, HONORÉ, T., *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 14 ss. (29); como límite del Derecho penal, WERKMEISTER, A., *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 95 ss. Tal vez la discusión sobre la culpabilidad por el carácter tenga una relación cercana con el problema de la identidad (bien visible en la contribución de ANDROULAKIS, N. «‘Zurechnung’, Schuldbemessung und personale Identität», *ZStW*, vol. 82, 1970, pp. 515 ss., y en la de DAN-COHEN, M., «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, pp. 959-1003).

(12) KAWAGUCHI, H., «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht –Eine Einführung–», en Arnold, J.; Burkhardt, B.; Gropp, W. et al (eds.), *Menschen-gerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2005, pp. 139-148; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Identität und strafrechtliche Verantwortlichkeit», en PAEFFGEN, H.-U.; BÖSE, M.; KINDHÄUSER, U. et al, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 989-106; ERHARDT, J., *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, Lulu Press, Biel, 2014.

biografía de un ciudadano y desprecia lo que podríamos llamar la propia autoría (*Selbststurheberschaft*) o autenticidad del ciudadano(13).

II. EL NIVEL JURÍDICOPOSITIVO

Es posible que la ley vigente ya contenga los medios para abordar el problema que acabamos de describir.

1. ¿Prescripción?

La institución jurídica cuyo objetivo principal es tomar en consideración los intervalos de tiempo entre la realización del delito y la imposición de la consecuencia jurídica es la prescripción(14). Sin embargo, es casi completamente impermeable al problema que nos ocupa. El asesinato, por ejemplo, es imprescriptible (§ 78 II StGB). Además, a pesar de la voluntad declarada de aplicarlo de forma restrictiva(15), los asesinatos no son la excepción(16). En el caso de las muertes causadas por autores nazis, estas, por regla general, serán calificadas como asesinatos: debido al racismo que caracteriza a estos actos, el asesinato está motivado fundamentalmente por razones que se encuentran socio-éticamente en el nivel más bajo, que son especialmente censurables, francamente despreciables(17), es decir, «viles» en el sentido del § 211 II StGB. Piénsese también en la intención de

(13) Espero que esta palabra tan rica en connotaciones no dé lugar a malentendidos. Así pues, aquí «autenticidad» solo significa la cualidad de ser el autor de la propia vida, sea cual sea el significado de estas palabras. Si la vida fuera una realización del tipo penal, la autenticidad equivaldría a la autoría en el sentido del § 25 StGB. En particular, este uso del lenguaje no implica que deba existir una correspondencia con el sistema de valores de un sujeto (así el uso del lenguaje por SCHROTH, U., «Spenderautonomie und Schadensvermeidung», *MedR*, vol. 30, 2012, pp. 571 ss., en relación con el § 228 StGB).

(14) En este sentido, ASHOLT, M., *op. cit.*

(15) BVerfGE 45, 187 (221 ss.).

(16) No solo por esta razón son cada vez más las voces favorables a la consideración del asesinato como tipo básico; así, MÜSSIG, B., *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln, 2005, pp. 4, 251; GRÜNEWALD, A., *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 368 ss., y 378 ss.; PERALTA, J. M., «Motive im Tatstrafrecht», en HEINRICH, M.; JÄGER, C.; ACHENBACH, H. *et al*, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 II*, p. 263.

(17) Sobre esta definición, BGHSt 3, 133; 3, 180 (182); sobre el racismo como móvil bajo, BGHSt 18, 37 (39); sobre la xenofobia como móvil bajo, BGHSt 47, 128 (130).

destruir que se contempla en el genocidio (§ 6 VStGB), que tampoco prescribe (§ 5 VStGB).

Además, parece que la prescripción tampoco afecta al núcleo de la cuestión; esto es, el ya descrito problema de si no se está tratando injustamente, como individuo, a la persona a castigar. y es que la prescripción da un carácter objetivo: establece si la consecuencia jurídica debe seguir imponiéndose, principalmente bajo la óptica de la paz jurídica(18), de la seguridad jurídica(19) o de la disciplina de las autoridades encargadas de la persecución del delito(20). Estos tres aspectos han sido mencionados por el BGHSt 51, 72 (78 marginal 22): «*La institución jurídica de la prescripción tiene por objeto servir a la paz jurídica y, por tanto, a la seguridad jurídica, y contrarrestar cualquier inactividad de las autoridades en cualquier fase del procedimiento*». En no pocas ocasiones, es el aspecto criminalístico de la pérdida de pruebas el que se encuentra en primer plano(21). En otras palabras, la prescripción implica que tenemos cosas más importantes que hacer que castigar (paz jurídica); que la pena no debe perjudicar a quien castiga, es decir, a nosotros (seguridad jurídica); que debemos establecer incentivos para que nuestros órganos de persecución no se vuelvan negligentes (disciplina); y que penar es desmesuradamente difícil (pérdida de pruebas). En pocas palabras: la pena tardía no nos aporta nada, carece de sentido desde el punto de vista consecuencialista. Sin embargo, la cuestión inicial es otra, a saber, si no se está tratando injustamente a la persona afectada porque ya no se la considera responsable de sus propios actos, sino de los ajenos.

2. ¿Individualización de la pena?

El intervalo temporal transcurrido entre los hechos y la consecuencia jurídica también puede tenerse en cuenta en el momento de la imposición de la pena. Sería concebible imponer penas más leves por delitos que ocurrieron hace mucho tiempo(22). Una justificación podría ser similar a la de la prescripción, es decir, consecuencialista:

(18) BGHSt 11, 393 (396); BGHSt 12, 335 pp. (337 ss.). Sobre la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción, ASHOLT, M., *op. cit.*, pp. 105 ss.

(19) BGHSt (GrS) 62, 184 (195 nm. 34).

(20) BGHSt 11, 393 (396); BGHSt 12, 335 (pp. 337 ss.); BGHSt (GrS) 62, 184 (195 nm. 34).

(21) Cfr. las notas sobre los motivos de los códigos penales prusianos del siglo XIX en VORMBAUM, T., *op. cit.*, pp. 482 ss.; también ASHOLT, M., *op. cit.*, pp. 92 ss.

(22) Así, BGHSt (GrS) 62, 184 (193 ss., nm. 30); BGH NStZ 2010, 445 (448 nm. 20).

necesidades crecientes de seguridad y paz jurídica, que no deberían verse afectadas por una pena tardía. Se podrían citar argumentos basados en la teoría (el fin) de la pena, como la «necesidad decreciente de expiación»(23), que probablemente sea más bien un indicio de la disminución de las necesidades preventivo-generales. Otra alternativa sería considerar el intervalo de tiempo como una razón para entrar en un mayor escrutinio de los «efectos de la pena para el delincuente»(24). Esto se justifica de forma preventivo-especial-consecuencialista y, al mismo tiempo, retributivo-deontológicamente, cuando la jurisprudencia establece que la pena debe atenuarse «si se ha demostrado por el transcurso del tiempo que el acto fue un desliz puntual del infractor, este se ha comportado entretanto de forma intachable durante años y la persona perjudicada ha superado las consecuencias del delito»(25). También sería concebible aceptar una edad elevada(26) o una baja esperanza de vida(27) como un elemento a tener en cuenta en la individualización de la pena.

No puedo examinar en detalle los fundamentos de estas tesis; solo señalaré que todas ellas presuponen una respuesta afirmativa a la pregunta de si la persona castigada sigue siendo tratada legítimamente, pues, en caso contrario, no sería posible declarar su culpabilidad. y esto es, precisamente, lo que no cuestionan las tesis presentadas, a las que solo les interesa el *quantum* de la pena.

3. ¿Oportunidad?

Es poco probable que el Derecho sustantivo ofrezca más que las dos instituciones jurídicas presentadas, razón por la que se podría recurrir al Derecho procesal, donde encontramos los §§ 153 ss. StPO. Sin embargo, por varias razones, esto resulta decepcionante. En primer lugar, estos preceptos rara vez entran en juego en el caso de infracciones que, por su gravedad, no prescriben (entre otros, delitos o infracciones para cuya persecución exista un interés público). Si bien esto es diferente en el caso particular de los §§ 153c, 153f StPO, referentes a delitos cometidos en el extranjero, lo cierto es que estos preceptos abordan un problema diferente, basado en el espacio, y solo se

(23) BGHSt (GrS) 62, 184 (194 nm. 30).

(24) *Ibid.*

(25) *Ibid.*

(26) Por ejemplo, BGH NStZ 1991, 527; NStZ 2018, 331. Véase también STRENG, F., «Strafzumessung bei Tätern mit hohem Lebensalter», JR, 2007.

(27) Por todas, BGH NStZ 1991, 527; NStZ 2018, 331. Véase también STRENG, F., *op. cit.*, pp. 273 ss., en el sentido de la solución en la ejecución.

interesan secundariamente por las cuestiones relativas a la temporalidad. Asimismo, el carácter discrecional de las disposiciones muestra que no se toman en serio el problema; los órganos acusadores son, en gran medida, libres para decidir si persiguen o no, lo que también presupone una respuesta afirmativa a la pregunta inicial de si el individuo a castigar está siendo tratado legítimamente.

III. EL NIVEL DE LA TEORÍA DE LA PENA

1. El problema, por tanto, va más allá del Derecho positivo. Tal vez sea posible abordarlo en el plano de la Filosofía del Derecho penal, es decir, considerando el significado de la pena en las constelaciones mencionadas. La idea ya aparece en algunas de las decisiones del BGH sobre la individualización de la pena citadas en el epígrafe III.2: la pena podría perder su sentido en esta situación.

2. Examinemos primero la cuestión desde la *perspectiva de las teorías preventivas de la pena*.

a) Se plantea una serie de cuestiones críticas: ¿qué efecto disuasorio tiene la amenaza de un castigo que la persona inclinada a cometer el delito sabe no se impondrá hasta dentro de 70 años? ¿Tiene el castigo un efecto integrador y de afirmación de la norma si casi todos los testigos contemporáneos del quebrantamiento de la norma, cuyas expectativas normativas se vieron defraudadas, han muerto desde entonces? Un delincuente que ha vivido más de cincuenta años sin delinquir, ¿necesita de alguna manera ser resocializado? ¿Necesitamos protegernos de él? Las teorías preventivas de la pena, que justifican el castigo aduciendo la finalidad que se persigue con él, parecen cuestionar la finalidad o la idoneidad de castigar actos cometidos hace mucho tiempo.

b) Sin embargo, elevar esta apariencia a la categoría de realidad sería prematuro por dos razones. En primer lugar, las preguntas formuladas anteriormente son solo preguntas y no respuestas. Las respuestas son, al menos en parte, de naturaleza empírica, y no pueden obtenerse desde un escritorio. Desde detrás de un escritorio también pueden formularse hipótesis igualmente plausibles, pero destinadas a hacer que el castigo parezca sensato o conveniente(28). Así, desde la perspectiva de la teoría de la disuasión, se podrían destacar las venta-

(28) Véase también HÖRNLE, T., «Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit», *op. cit.*, pp. 119 ss.

jas que supuestamente se derivan del hecho de que la persona que se plantea cometer el delito sabe que nunca podrá escapar(29) –una variante temporal de la máxima «no safe haven» del Derecho penal internacional(30), concebida más bien espacialmente–.

Un amigo de la confirmación de la norma o de la prevención integradora podría argumentar que es precisamente la negativa a dar por concluidos determinados asuntos por mucho que pase el tiempo lo que subraya la importancia de la norma violada en la conciencia de la población. De acuerdo con estas perspectivas, la distancia temporal es, por lo tanto, ambivalente: puede, aunque no necesariamente, oponerse a la conveniencia de castigar actos acontecidos hace mucho tiempo, porque puede servir como una señal bienvenida de lo mucho que nos importan ciertas normas. Desde este punto de vista, el espectáculo mediático de un anciano moribundo de noventa años tumbado en su lecho de enfermo en la sala del tribunal no debe lamentarse, sino acogerse con satisfacción precisamente por su absurdo. No «castigamos aunque», sino que «castigamos precisamente», porque parece absurdo, pues *in credo quia absurdum* se reconoce al creyente.

Por otro lado, un enfoque preventivo-especial puede seguir considerando oportuno comprobar si la necesidad de resocialización o la peligrosidad han dejado realmente de existir, si el viejo delincuente ha superado las tendencias delictivas de su juventud o si somos nosotros los que no hemos mirado atentamente.

En última instancia, qué lado tiene razón solo puede decidirse empíricamente –si el punto de partida preventivo es sincero y no una mera racionalización de la retribución escondida en el armario(31)–.

c) Más importante, sin embargo, parece ser otro punto de vista que ya ha salido a la luz en las consideraciones sobre la prescripción. Las teorías preventivas son teorías sobre por qué nos beneficia el castigo. La pregunta formulada al principio tiene una perspectiva diferente: se trata de saber si la persona afectada está siendo tratada

(29) RAGUÉS i VALLES, R., *op. cit.*, p. 69, quien recuerda que Feuerbach se opuso a la prescripción por razones de teoría de la pena. También ASHOLT, M., *op. cit.*, p. 20.

(30) Con la que a menudo se justifica el principio de justicia universal, *Vid.* ESER, A., «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», en Donatsch, A.; Forster, M., y Schwarzenegger, C. (eds), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 2002, p. 234.

(31) Una alusión al denominado «closet retributivism» de Michael Moore (MOORE, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 83 ss.).

injustamente. Ambas cuestiones no deben confundirse entre sí, por ejemplo, según el *motto* de Liszt de que «el castigo correcto, es decir, justo, es el castigo necesario»(32). Quien hace esto reduce los derechos de un ser humano con un valor intrínseco a préstamos provisionales de un príncipe bondadoso, e incluye al delincuente bajo los objetos del derecho de propiedad. El castigo debe justificarse tanto de forma consecuencialista, orientada a la finalidad, como de forma deontológica, orientada al respeto, porque debe justificarse tanto para la sociedad como para el individuo(33).

3. ¿Qué ocurre con las teorías que castigan no por razones de conveniencia, sino por razones de justicia o respeto, es decir, las *teorías de la retribución*?

Estas teorías tienen una ventaja, pero, al mismo tiempo, una limitación con respecto al problema que aquí se aborda. La ventaja es que plantean la cuestión central en el lugar adecuado: ¿sigue siendo justo castigar al individuo en la situación que nos ocupa? ¿No se le degrada de algún modo hasta convertirlo en un objeto que demuestra nuestras preocupaciones preventivas? Al mismo tiempo, sin embargo, esto deja claro un límite: estas teorías *no ofrecen una respuesta* a esta genuina pregunta, porque la respuesta que ofrecen las teorías de la retribución es, esencialmente, la existencia (o ausencia) de culpa individual, pero no se pronuncian sobre lo que es la culpabilidad, sino que presuponen que dicha cuestión está aclarada.

Al menos hemos llegado al problema de la identidad personal de Merkel. En efecto, la culpabilidad como magnitud personalísima e intransferible solo (todavía) existe si la persona que ha cometido el delito sigue siendo la misma persona a la que queremos castigar. Sin embargo, que esto sea así ya no es una cuestión de teoría de la pena, sino ontológicometafísica, a la que debemos dirigirnos a continuación.

IV. EL NIVEL ONTOLÓGICOMETAFÍSICO

1. Merkel introduce el problema con el ejemplo clásico del barco de Teseo(34). Teseo repara su barco desmontando sucesivamente cada

(32) VON LISZT, F., «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en VON LISZT, F., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, De Gruyter, Berlin, 1905 (reimpresión 2010), p. 161.

(33) ROXIN, C. y GRECO, L., *op. cit.*, § 3, nm. 1b, 51a.

(34) MERKEL, R., «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik», *op. cit.*, p. 503.

tablón y sustituyéndolo por uno nuevo. Los tabloncillos desmontados son recogidos por un observador que reconstruye el viejo barco tablón a tablón. Al final, hay dos barcos, uno al lado del otro: ¿cuál es el barco viejo? ¿Quizá sean los dos? ¿O ninguno de los dos?

Los filósofos discuten apasionadamente sobre este problema, que tiene muchas facetas(35). En este punto, solo nos interesa la identidad de un individuo en el tiempo, lo que a veces se denomina el problema de la persistencia(36), de la continuidad o de la identidad diacrónica(37) (en contraste con el problema de la llamada identidad sincrónica, que aborda la cuestión de si hay dos barcos, o si las dos almas que habitan en el pecho de Fausto dan lugar a dos personas, o si solo hay un Fausto). Sería un error ahondar en esta controversia, que se ha llevado a cabo con un gran coste, por dos razones.

2.a) Por un lado, es poco probable que las *preocupaciones teóricoespeculativas* que sustentan la discusión filosófica encuentren una contrapartida en nuestro motivo para plantear el problema, que es eminentemente práctico.

b) Esto resulta ya evidente en el método característico de la discusión filosófica, que está repleta de una impresionante abundancia de experimentos mentales creativos e incluso, en no pocas ocasiones, extravagantes: amnesias, trasplantes cerebrales, lobotomías, duplicaciones cerebrales, clonación de adultos, teletransporte, *backups*(38)... A nosotros nos preocupa, simplemente, el envejecimiento, es decir, la relación de un comportamiento anterior con una persona a la que le separan unas siete décadas de la realización de ese comportamiento. Si los elaborados experimentos mentales pueden arrojar luz sobre este fenómeno, que es tan natural y trivial como la vida y la muerte, lo dejo abierto.

(35) Ofrece una recopilación de ensayos fundamentales Quante, M. (ed.), *Personale Identität*, UTB, Stuttgart, 1999, y Martin, R.; Barresi, J. (eds.), *Personal Identity*, Blackwell, Malden (MA), 2003, con útiles estudios introductorios. Para una primera aproximación instructiva, NOONAN, H., *Personal Identity*, 2.^a ed., Routledge, London/New York, 2003; SHOEMAKER, D., *Personal Identity and Ethics. A Brief Introduction*, Broadview Press, Ontario, 2009; así como los citados en la siguiente nota.

(36) QUANTE, M., *Personal Identity as a Principle of Biomedical Ethics*, Springer, Cham, 2017, pp. 4, 6.

(37) Por ejemplo, HUDSON, H., «The morphin block and diachronic personal identity», en Gasser, G. y Stefan, M. (eds.), *Personal Identity: Complex or Simple?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 236-248.

(38) También existe una metódica discusión sobre la realización de experimentos mentales: Vid. p. ej., COLEMAN, S., «Thought experiments and personal identity», *Philosophical Studies*, vol. 98/1, 2000, pp. 53 ss.; GENDLER, T. S., *Intuition, Imagination, and Philosophical Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 21 ss.

c) También resulta sorprendente que las teorías filosóficas sobre el problema de la identidad diacrónica tengan muy poco que decir sobre la cuestión trivial que aquí nos interesa. Explicaré esto únicamente sobre la base de dos grupos de teorías que podrían considerarse más tradicionales. De un lado, la comprensible tesis, que a menudo se remonta a Locke, de que la continuidad existe en la medida en que el yo se entiende a sí mismo como una unidad a través de una cadena de *estados mentales*, especialmente recuerdos⁽³⁹⁾, parece negar la identidad en el caso de los enfermos de Alzheimer, por ejemplo. Según este punto de vista, Gröning y compañía son, consistentemente y sin ningún problema, la misma persona. Sin embargo, incluso el punto de vista opuesto, que entiende la identidad temporal o la persistencia como un *fenómeno físico*, llegaría sin problemas a la afirmación de esta identidad por el hecho de que los antiguos perpetradores siguen teniendo (o incluso son) el mismo cuerpo o el mismo cerebro.

La segunda razón es aún más profunda y entraría en juego, incluso, si hubiera una correspondencia perfecta entre nuestro interés y el de los filósofos. Consiste en el simple hecho de la abundancia de planteamientos filosóficos existentes, su controversia dentro de la propia disciplina y, por lo tanto, lo dudoso de un traslado acrítico al Derecho (no me siento llamado a hacer un traslado crítico). El Derecho no puede hacer depender la cuestión de si castigar a un individuo supone tratarlo injustamente de la resolución de una discusión filosófica irremediablemente controvertida que probablemente no pueda resolverse nunca de manera definitiva. El Derecho no puede trasladar esta cuestión a la Filosofía, sino que está obligado a responderla bajo su propia responsabilidad.

V. UN ARGUMENTO JURÍDICO

Los desvíos hacia las alturas de la Filosofía nos llevan, pues, de nuevo al ámbito del Derecho, aunque no del Derecho positivo. Es probable que el núcleo del problema se sitúe menos en el plano metafísico-ontológico que en el jurídico. En cualquier caso, la cuestión metafísico-ontológica sigue siendo relevante, aunque solo sea de forma indirecta.

(39) Con mayor detalle, por todos, SCHECHTMAN, M., *Staying Alive. Personal Identity, Practical Concerns, and the Unity of a Life*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 10 ss.

1. La condena como afirmación de identidad

El punto de partida es una simple declaración. Independientemente de la interminable discusión de los filósofos sobre la identidad personal, el Derecho hace afirmaciones de identidad cuando declara a alguien culpable de cometer un delito. *Toda sentencia condenatoria* encarna una *afirmación de identidad* más que implícita, pues afirma que aquel que cometió el delito y aquel a quien se dirige el tribunal son idénticos entre sí. Esto se desprende de la interacción de dos supuestos que no se discuten significativamente: el reconocido carácter altamente personal de la culpabilidad y el hecho de que consideremos la culpabilidad como una condición previa necesaria para declarar la culpabilidad. Si solo decimos «culpable» cuando hay culpabilidad, un individuo I puede ser declarado culpable de cometer un acto A solo si la persona que cometió A es también I. De lo contrario, tendríamos o bien un castigo de otro o bien un castigo sin culpa.

2. De la identidad a la autenticidad

a) Sin embargo, si se examina más detenidamente, esta afirmación de identidad tiene múltiples implicaciones. Esto no se debe tanto a que encarna una afirmación en una discusión filosófica, sino más bien a su simple valor como declaración. Concretamente, y desde la perspectiva del viejo yo: al afirmar que la persona de 90 años sigue siendo la que cometió delitos cuando tenía 25, niega, en retrospectiva, que el viejo yo pueda haber logrado distanciarse de su pasado, reinventarse(40), superar el delito. Desde la perspectiva del yo joven, esto también significa que no importa lo que haga o deje de hacer, ni lo mucho que intente empezar de nuevo, pues permanecerá clavado a sus errores para siempre. Saulo sigue siendo Saulo para siempre y nunca puede llegar a ser Pablo.

En mi opinión, aquí es donde radica el núcleo del problema. Este castigo eleva el acto a un acontecimiento central en la biografía de una persona que nunca puede superarse, y le niega casi todas las oportunidades de reescribirla, de convertirse –en lenguaje religioso– o –para

(40) Con carácter general, sobre la capacidad de cambiar la propia vida en el contexto del debate sobre la dignidad humana: WERKMEISTER, A., *op. cit.*, p. 94: «La autonomía del individuo vulnerable y *fallible* consiste en poder cambiar radicalmente su vida en cualquier momento, para darle una interpretación completamente diferente en el *futuro*».

usar el existencialismo— de reinventarse. El *camino hacia un nuevo comienzo* está bloqueado por el Derecho.

b) La pregunta es *por qué* es tan importante. El argumento a favor de la oportunidad de un nuevo comienzo es relativamente sencillo. El punto de partida radica en la idea del libre desarrollo y la autonomía, constitutiva del orden liberal; es decir, en el conjunto de ideas que ha encontrado su expresión jurídica positiva en los artículos 1.1 y 2.1 GG. Básicamente, lo importante no es el nuevo comienzo, sino solo un aspecto del mismo. Se trata, más bien, de reconocer al individuo como autor de su propia vida o biografía: algo así como el *derecho a la propia autoría o a la autenticidad*. Esta consideración ofrece la clave de todo lo demás.

El Estado, que castiga indefinidamente, impone a Pablo, el apóstol posterior, la autodescripción como Saulo, el perseguidor de los cristianos, por mucho que Pablo se esfuerce seria y sinceramente por superar su pasado. Un Estado así se eleva a sí mismo y a su castigo a una posición de monopolio, como si solo él pudiera hacer posible un nuevo comienzo para alguien a través de los medios que él determina, como si solo él —y nunca el individuo— estuviera autorizado a determinar qué persona y qué vida están en juego. Aceptar el derecho del individuo a escribir su propia biografía implica tanto el derecho a que la propia biografía no sea prescrita por otro como el derecho a hacer las correcciones oportunas con el debido esfuerzo. Esto sería difícil de conciliar con una comprensión según la cual todo error (incluso grave) es una parte indeleble de la biografía de una persona.

c) Básicamente, estas consideraciones no tratan de abrir nuevos caminos, sino más bien, como casi siempre ocurre en Derecho, de desarrollar, más o menos cautelosamente, aquello que ya existe. Las ideas desarrolladas en la jurisprudencia del BVerfG sobre la cadena perpetua —que es incompatible con la dignidad humana «si el Estado pretendiera despojar por la fuerza al hombre de su libertad, sin que exista, al menos, la posibilidad de que vuelva a participar de la libertad» (BVerfGE 45, 187 [229])— pueden verse como las primeras manifestaciones del derecho aquí postulado de que el Estado no puede identificar inexorablemente al hombre con sus errores, por remotos que sean.

3. Límites de este derecho

a) Este derecho a ser el autor de la propia vida no puede, por supuesto, significar que uno pueda en cualquier momento, y por voluntad propia, desprenderse del bagaje que lleva consigo y que aumenta con cada paso en la vida. y es que la auténtica libertad es también *liber-*

tad para el auténtico compromiso y para la auténtica responsabilidad; la responsabilidad, incluso libremente asumida, no puede, por definición, ser libremente rescindida, pues, de lo contrario, equivaldría a irresponsabilidad. Por lo tanto, la autenticidad no da derecho ni al incumplimiento del contrato ni al propio beneficio; las obligaciones privadas o culpables no menoscaban la autenticidad, sino que la hacen realidad. Con cada decisión importante –comenzar unos estudios o un trabajo, casarse, tener hijos, abandonar el hogar familiar, mudarse a otra ciudad, terminar un libro, pero también celebrar un contrato o cometer un delito–, una persona añade un párrafo a su biografía. Cada una de estas decisiones genera a su vez derechos y deberes.

Esto también allana el camino para una primera aproximación a los *límites* de este derecho a la libre propia autoría. No quiero abrir estos límites externamente (según el modelo dogmático de los derechos fundamentales) por la vía de la concordancia práctica con intereses contrapuestos, sino internamente a través de una cuidadosa reflexión sobre las condiciones de posibilidad de tal libertad. Es probable que estas se fundamenten tanto en el caso como en el sujeto.

b) Los *límites materiales* resultan evidentes en el ejemplo del contrato de esclavitud, el ejemplo de una decisión de autodisposición no vinculante ya reconocido por Mill. Este contrato no es vinculante no solo por ser contrario al bien común (como, por ejemplo, que no queremos ser una sociedad esclavista), sino también porque incluso la persona que toma esta decisión fríamente y libre de toda coacción nunca puede comprender plenamente su alcance, pues se entrega a la arbitrariedad de otro, que puede así erigirse en autor real de la vida de su nuevo objeto de posesión⁽⁴¹⁾. El contrato de esclavitud es cualitativamente diferente del suicidio, ya que no solo implica la dimensión negativa de la destrucción de algo, sino, al mismo tiempo, una dimensión positiva, en el sentido de que establece una relación de dominación ajena e inminente inautenticidad.

c) Los *límites basados en el sujeto* responden al hecho de que los derechos individuales, como el derecho a la propia autoría, se materializan en la capacidad de disponer o renunciar, pero esta decisión debe cumplir determinados requisitos, cuya severidad dependerá del alcance de la concreta elección. También por esta razón el Derecho reconoce una serie de condiciones diferentes para las decisiones con consecuencias de gran alcance, desde la celebración de contratos a la comisión de delitos, como los límites de edad o los vicios del consentimiento.

(41) Véase, de nuevo, WERKMEISTER, A., *op. cit.*, p. 114 (violación de la dignidad cuando uno ya no puede considerarse coautor de su propia vida).

4. Los «viejos nazis»

Lo que aún falta es una toma de posición clara sobre el caso de nuestros viejos condenados, a los que el Derecho declara idénticos a los jóvenes que una vez fueron. ¿Es esta afirmación de identidad una violación del postulado derecho a la autenticidad? ¿O solo muestra las consecuencias de una decisión auténtica tomada por el individuo de cometer el delito?

En mi opinión, una respuesta categórica debería quedar descartada. Sin embargo, los argumentos más sólidos podrían decantarse por declarar ilegítima la pena con carácter general. Esto se debe a que es probable que la mayoría de los casos se encuentren bastante cerca tanto de los límites materiales como de los basados en el sujeto, lo que suscita dudas difíciles de superar sobre el respeto del derecho de estas personas a escribir su propia biografía.

a) Desde un punto de vista material, la decisión del joven de veinticinco años de cometer delitos graves conlleva graves consecuencias –a saber, una condena y una pena de prisión de larga duración– que uno debe contar con que le sean impuestas hasta el último de sus días en la Tierra, y ello aunque tenga muchas décadas por delante. Si bien hay que admitir que esta es una decisión de menor calado que la de venderse como esclavo, lo cierto es que el inconmensurable alcance de esta decisión, al menos en su dimensión temporal, la aproxima en la medida de lo posible a este ejemplo paradigmático de inautenticidad.

b) Sin embargo, es posible que este límite solo se supere porque a estas consideraciones materiales se añadan consideraciones *relacionadas con el sujeto*.

aa) Una primera circunstancia, más moral-filosófica, se revela a través de las actitudes morales de *empatía e introspección*. Las atrocidades cometidas por los autores nazis que siguen vivos son históricamente únicas por su brutalidad. Sin embargo, fueron cometidas por personas que se diferencian de nosotros básicamente por coincidencia: nacieron en el lugar equivocado en el momento equivocado. Nosotros, que tenemos la suerte de no conocer otra cosa que el Estado de Derecho, empuñamos la espada de la justicia contra personas a las que se les negó esa suerte, que respiraron aire ideológicamente envenenado desde una edad temprana, y para quienes la mentira, el odio y el miedo eran el pan de cada día. Espontáneamente, nuestra capacidad innata de *empatía* nos pone en la difícil situación de esas personas y hace que su conformidad, aunque no sea en modo alguna legítima, al menos no parezca del todo incomprensible. y nuestra capacidad igual-

mente innata de *introspección* nos permite preguntarnos, sin cuestionarnos, si los apóstoles de los derechos humanos podemos estar tan seguros de que habríamos actuado de otra manera si hubiéramos sufrido una desgracia comparable.

Es cierto que no existe el derecho a elegir el lugar y el momento del nacimiento. La vida auténtica se desarrolla siempre dentro de un marco determinado, cuyos límites, obviamente, se encuentran más allá de la disposición del individuo. Sin embargo, el marco puede ser más amplio o más estrecho. Solo pretendo que nosotros, que solo conocemos marcos amplios, ejerzamos una medida empática y al mismo tiempo auto-crítica al hacer afirmaciones sobre la biografía de personas que tuvieron que desenvolverse dentro de marcos muy estrechos.

bb) Otra *preocupación, más moral-biológica*, es la edad de estas personas cuando sucumbieron a la tentación. Con carácter general, aquellos cuyos actos podemos juzgar todavía hoy en 2019 no habían cumplido ni siquiera 25 años en el momento de cometer el delito. No es casualidad que este período de edad constituya el punto álgido de las carreras delictivas(42). No es necesario abordar los numerosos y sofisticados planteamientos que ofrece la criminología para explicar esta simple verdad de que la criminalidad es cosa de jóvenes(43); más bien, me contentaré con la verdad igualmente simple de que el cerebro alcanza su (provisional(44)) pleno desarrollo a partir de los 25 años(45). Por lo tanto, la conocida impulsividad de la juventud no se basa únicamente en la falta de experiencia, sino también en factores biológicos. Quizá ni siquiera este biologismo hubiera sido necesario para despertar el malestar por el castigo de los viejos nazis; hubiera

(42) Cfr. EISENBERG, U. y KÖLBEL, R., *Kriminologie*, 7.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, § 48, nm. 11 ss.; GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 6.^a ed., Beck, München, 2008, § 24, nm. 8 ss.; KAISER, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1996, § 43, nm. 5 ss. (nm. 9: «constataciones de validez casi universal»), reconociendo que dichas constataciones, por lo general, no se obtenían en contextos de delitos vinculados a regímenes injustos.

(43) Para una explicación basada en la teoría de la socialización y el control, KAISER, G., *op. cit.*, § 43, nm. 9. De manera similar, pero también señalando los contextos sociales, EISENBERG, U. y KÖLBEL, R., *op. cit.*, § 48, nm. 23 (véase también § 55, nm. 23 ss., con referencias a la reciente criminología del curso de la vida).

(44) En relación con la llamada plasticidad del cerebro, es decir, su capacidad para cambiar de diversas maneras, uno de los descubrimientos fundamentales de la investigación cerebral moderna, véase DOIDGE, N., *The Brain That Changes Itself: Stories of Personal Triumph from the Frontiers of Brain Science*, Penguin, London, 2007; DOIDGE, N., *The Brain's Way of Healing: Stories of Remarkable Recoveries and Discoveries*, Penguin, London, 2016.

(45) SAPOLSKY, R. M., *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, Penguin, New York, 2017, pp. 155 ss.

bastado con señalar la impulsividad de la juventud, que casi todos los que han alcanzado los 30 o 40 años, como muy tarde, pueden recordar bien en retrospectiva.

c) De la combinación de estas circunstancias, que se basan tanto en la materia como en el sujeto, parece *injusto*, en principio, declarar culpables de estos hechos a personas después de 70 años, aunque hayan cometido atrocidades extremas⁽⁴⁶⁾. Demjanjuk y Gröning no solo pasan a la historia como viejos nazis –lo que seguiría siendo soportable, porque la historia se interesa sobre todo por nuestro entorno vital común, y, solo en segundo lugar, por los asuntos privados–, sino que están obligados a oír del Estado, en nombre de todos nosotros, que los hechos de un joven nazi son sus propios hechos; en otras palabras: que son viejos nazis y que, por ello, deben soportar ser privados de sus últimos días de libertad. Les estamos imponiendo una biografía, erigiéndonos en autores de sus vidas, y creemos que esto es bueno porque estamos utilizando las palabras igualdad, derechos humanos y Estado de Derecho; palabras que estas personas conocían como mucho como palabrotas cuando tomaron la decisión por la que hoy, setenta años después, les condenamos.

5. Tres objeciones

Antes de concluir estas reflexiones, me gustaría asegurar este razonamiento frente a tres previsibles objeciones.

a) La primera objeción no se permite ningún rodeo: ¿no es irrazonable conceder al autor del delito un derecho a una vida auténtica cuando él ni siquiera concedió a sus víctimas un derecho a la vida? Esta objeción apenas puede tomarse en serio. Según su lógica taliónica, tendría que estar permitido torturar al torturador y violar al violador.

b) Concretamente, desde la perspectiva de un pensamiento formado en la dogmática de los derechos fundamentales, es lógico preguntarse si es suficiente establecer un derecho subjetivo sin entrar a ponderar posibles intereses contrapuestos. ¿Qué pasa con el Estado de Derecho, que debe mandar un mensaje? ¿Qué pasa con las víctimas, a las que cada vez más se les reconoce incluso el derecho al castigo de

(46) En el contexto de esta primera aproximación no es necesario aclarar finalmente cómo pueden operacionalizarse estas consideraciones en términos de la dogmática jurídicopenal. Dado que se basan en la culpabilidad, probablemente existan argumentos a favor de suprimir de la pena. La proximidad de la prescripción sugiere un impedimento procesal.

los delincuentes?(47) En este sentido, en la brevedad requerida: una comprensión no instrumentalizadora del Derecho y de los derechos subjetivos procede con cautela a la hora de establecer estos derechos desde el principio; no reconoce un derecho a mover el brazo por donde empieza la nariz del otro(48), y esto ni siquiera como un derecho *prima facie* que deba conciliarse primero por la vía de la concordancia práctica con el derecho también *prima facie* del otro a una nariz intacta. Esto significa que el Estado de Derecho que mande el mensaje aquí criticado sacrifica para ello los derechos individuales y, en este sentido, se comportará de forma ilegítima. Además, incluso en el caso de que se reconociera el supuesto derecho de la víctima a que se castigue al autor del delito –algo contra lo que creo que existen razones convincentes(49)–, difícilmente puede postularse un derecho de la víctima a determinar la biografía del autor del delito.

c) Sin embargo, la forma de restringir el derecho subjetivo no debe venir de fuera –lo que sería una instrumentalización–, sino del propio sujeto. Aquí cabría preguntarse si no hay hechos que configuren la propia biografía de tal manera que uno no puede distanciarse nunca más de ellos. ¿Habrían podido convertirse Stalin o Hitler? No quisiera sostener eso. El argumento aquí desarrollado solo establece que, ante estas decisiones tan trascendentales y determinantes para la biografía, deben darse ciertas condiciones previas que, como hemos visto, suelen faltar en el caso de nuestros antiguos nazis que aún viven. La situación es diferente con Stalin, Hitler y otros líderes, dado que no entran en juego las consideraciones relacionadas con el sujeto desarrolladas anteriormente (3.c, 4.b).

6. Excurso: los jóvenes asesinos ante la imprescriptibilidad (entre otros asuntos)

¿Lo que se ha desarrollado pretende ser concluyente? ¿Qué ocurre con el viejo nazi que se identifica con sus pecados de juventud durante toda su vida, y que los repite y confirma en cada oportunidad? Desde

(47) REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, Beck, München, 1999, pp. 26 ss.; HASSEMER, W. y REEMTSMA, J. P., *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002, pp. 130 ss.; HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht», *JZ*, vol. 61, 2006, pp. 955 ss.; HÖRNLE, T., *Straftheorien*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 38 ss. Más referencias pueden encontrarse en ROXIN, C. y GRECO, L., *op. cit.*, § 3, nm. 36 h.

(48) Cfr. MERKEL, R., «Die Haut eines Anderen», *op. cit.*

(49) ROXIN, C. y GRECO, L., *op. cit.*, § 3, nm. 36k ss.

una perspectiva *ex post*, es decir, desde la perspectiva de la persona de noventa años, no parece que se haya cometido ninguna injusticia con ella si el Estado se limita a apropiarse de la imagen que este individuo ha pintado de sí mismo. Desde una perspectiva *ex ante*, es decir, para el joven de veinte años, existe, sin embargo, el problema de que se le priva de toda posibilidad de volver a empezar (en aras de la simplicidad, supongamos que la prescripción no se introdujo *a posteriori*). La autenticidad no es solo un resultado, sino también una *esperanza*.

Esto sienta las bases para una crítica fundamental de la figura de la imprescriptibilidad (por no hablar de la cadena perpetua, que ya es cuestionable por otros motivos⁽⁵⁰⁾), pero que solo puede protegerse frente a posibles objeciones en otra ocasión. La imprescriptibilidad solo es comprensible bajo la suposición de que el Estado tiene derecho a identificar a las personas que cometen un determinado error (aunque sea grave) con ese error para siempre.

7. Conclusión

En contra de la costumbre, no repetiré los resultados individuales del ensayo; a quienes tengan prisa se les recomienda leer la introducción. Concluyo mi ensayo con la esperanza de que a Merkel, modelo personal de autenticidad científica, también le gusten estas líneas.

8. Bibliografía

- ANDROULAKIS, N. «“Zurechnung”, Schuldbemessung und personale Identität», *ZStW*, vol. 82, 1970, pp. 492-522.
- ASHOLT, M., *Verjährung im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- BECK, S., «Alter schützt vor Strafe nicht?», *HRRS*, marzo 2010, pp. 156-166.
- BENZ, A., *Der Henkersknecht. Der Prozess gegen John (Iwan) Demjanjuk in München*, Metropol, Berlin, 2011.
- COLEMAN, S., «Thought experiments and personal identity», *Philosophical Studies*, vol. 98/1, 2000, pp. 51-66.
- DAN-COHEN, M., «Responsibility and the Boundaries of the Self», *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, pp. 959-1003.
- DOIDGE, N., *The Brain That Changes Itself: Stories of Personal Triumph from the Frontiers of Brain Science*, Penguin, London, 2007.
- *The Brain's Way of Healing: Stories of Remarkable Recoveries and Discoveries*, Penguin, London, 2016.

(50) GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 187 ss.

- EISENBERG, U. y KÖLBEL, R., *Kriminologie*, 7.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- ERHARDT, J., *Strafrechtliche Verantwortung und personale Identität*, Lulu Press, Biel, 2014.
- ESER, A., «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», en Donatsch, A.; Forster, M., y Schwarzenegger, C. (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Schulthess, Zürich, 2002, pp. 219-236.
- GENDLER, T. S., *Intuition, Imagination, and Philosophical Methodology*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GÖPPINGER, H., *Kriminologie*, 6.^a ed., Beck, München, 2008.
- GRECO, L., *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- GRÜNEWALD, A., *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- HASSEMER, W. y REEMTSMA, J. P., *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, Beck, München, 2002.
- HONORÉ, T., *Responsibility and Fault*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 1999.
- HÖRNLE, T., «Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht», *JZ*, vol. 61, 2006, pp. 950-958.
- «Verfolgungsverjährung: Keine Selbstverständlichkeit», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H., y Swoboda, S. (eds.), *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 115-126.
- *Strafrechtstheorien*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.
- HUDSON, H., «The morphin block and diachronic personal identity», en Gasser, G. y Stefan, M. (eds.), *Personal Identity: Complex or Simple?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 236-248.
- JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin, 1991.
- KAISER, G., *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1996.
- KAWAGUCHI, H., «Zur Problematik der personalen Identität im Strafrecht –Eine Einführung–», en Arnold, J.; Burkhardt, B.; Gropp, W. et al (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2005, pp. 139-148.
- LEITE, A., «Beihilfe kraft Organisationszugehörigkeit? Überlegungen zum Problem der Mordbeihilfe in Konzentrationslagern», en Stam, F. y Werkmeister, A. (eds.), *Der allgemeine Teil des Strafrechts in der aktuellen Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 53-76.
- MARTIN, R. y BARRESI, J. (eds.), *Personal Identity*, Blackwell, Malden (MA), 2003.
- MERKEL, R., «Zaungäste», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (eds.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt/Bern, 1995, pp. 171-196.

- MERKEL, R., «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung. Annäherung an ein unentdecktes Grundlagenproblem der Strafrechtsdogmatik», *JZ*, vol. 54, 1999, pp. 502-511.
- *Früheuthanasie*, Nomos, Baden-Baden, 2001.
- «§ 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten?», *JZ*, vol. 62, 2007, pp. 373-385.
- «Folter und Notwehr», en Pawlik, M. y Zaczyk, R. (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Carl Heymanns, Köln, 2007, pp. 375-403.
- «Die «kollaterale» Tötung von Zivilisten im Krieg», *JZ*, vol. 67, 2012, 1137-1145.
- «Die Haut eines Anderen», *Süddeutsche Zeitung*, 30/08/2012.
- *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.
- MOORE, M. S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- MÜSSIG, B., *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Köln, 2005.
- NOONAN, H., *Personal Identity*, 2.^a ed., Routledge, London/New York, 2003.
- PERALTA, J. M., «Motive im Tatstrafrecht», en HEINRICH, M.; JÄGER, C., ACHENBACH, H. et al, *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011 II*, pp. 257-272.
- QUANTE, M. (ed.), *Personale Identität*, UTB, Stuttgart, 1999.
- QUANTE, M., *Personal Identity as a Principle of Biomedical Ethics*, Springer, Cham, 2017.
- RAGUÉS i VALLES, R., «El transcurso del tiempo como equivalente funcional de la pena», en García Caverro, P. y Chinguel Rivera, A. I. (eds.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019, núm. 15, p. 61-86.
- REEMTSMA, J. P., *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem*, Beck, München, 1999.
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5.^a ed., Beck, München, 2020.
- SAFFERLING, C., «Anmerkung», *JZ*, vol. 72, 2017, pp. 258-262.
- SAPOLSKY, R. M., *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, Penguin, New York, 2017.
- SCHECHTMAN, M., *Staying Alive. Personal Identity, Practical Concerns, and the Unity of a Life*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- SCHROTH, U., «Spenderautonomie und Schadensvermeidung», *MedR*, vol. 30, 2012, pp. 570-576.
- SHOEMAKER, D., *Personal Identity and Ethics. A Brief Introduction*, Broadview Press, Ontario, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Identität und strafrechtliche Verantwortlichkeit», en PAEFFGEN, H-U.; BÖSE, M.; KINDHÄUSER, U. et al, *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 989-106.

- STRENG, F., «Strafzumessung bei Tätern mit hohem Lebensalter», *JR*, 2007, pp. 271-275.
- TOMIAK, L., «Der zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil als Strafmilderungsgrund beim sexuellen Missbrauch von Kindern», *HRRS*, enero 2018, pp. 18-25.
- VON LISZT, F., «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, De Gruyter, Berlin, 1905 (reimpresión 2010), pp. 126-179.
- VORMBAUM, T., «Mord sollte wieder verjähren» en Schulz, J. y Vormbaum, T. (eds.), *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, pp. 481-502.
- WEFING, H., *Der Fall Demjanjuk. Der letzte große NS-Prozess*, Beck, München, 2011.
- WERKMEISTER, A., *Straftheorien im Völkerstrafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LOS ENGAÑOS EN LOS DELITOS SEXUALES(1)

ELISA HOVEN

Catedrática de Derecho penal Internacional, Derecho Procesal Penal y Derecho
penal Económico y de las Comunicaciones de la Universidad de Leipzig

THOMAS WEIGEND

(Ex) Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Colonia

RESUMEN

En virtud de la reforma de la ley de delitos sexuales de 2016(2), la protección de la autodeterminación sexual se amplió considerablemente. Sin embargo, el legislador no incluyó en la regulación aquellos casos en que se induce a una persona a consentir actos sexuales mediante engaño –como ocultar enfermedades contagiosas o fingir tener determinadas características personales–. El § 177 StGB (Código Penal alemán, en adelante StGB) no contempla actualmente este tipo de constelaciones. *De lege*

(1) Traducción al español del artículo «Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht», publicado en *KriPoZ (Kriminalpolitische Zeitschrift)* núm. 3, año 2018, pp. 156-161. Disponible en: <https://kripoz.de/2018/05/16/zur-strafbarkeit-von-taeschungen-im-sexualstrafrecht/#:~:text=Stellt%20man%20auf%20den%20hypothetischen,1%20StGB%20erf%C3%BCllen> (última consulta: 16 de mayo de 2023), por PEDERNERA, V., doctorada en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba) y becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, Universidad de Múnich). La traducción fue expresamente autorizada por los autores. Se respetó el formato de citas del original.

(2) *N. de T.*: los autores se refieren a la «Quincuagésima reforma del Código Penal - Mejora de la protección de la autodeterminación sexual», que entró en vigor en Alemania el 10 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s2460.pdf%27%5D__1681469463783 (última consulta: 4 de mayo de 2023).

ferenda, los autores proponen una ampliación cautelosa del § 177 inc. 2 StGB de modo que incluya los casos en que el autor engaña sobre la naturaleza sexual de un acto o sobre su identidad.

Palabras clave: *delitos sexuales, autodeterminación sexual, consentimiento sexual, engaño.*

ABSTRACT

The 2016 reform of the sexual offenses law in Germany significantly extended the protection of sexual self-determination. However, the legislator did not include in the regulation those cases in which a person is induced to consent to sexual acts by deception – for example, by concealing contagious diseases or pretending to have certain personal characteristics. The § 177 StGB (German Criminal Code, hereinafter StGB) does not currently provide for such cases. De lege ferenda, the authors propose a cautious extension of § 177 para. 2 StGB to include cases in which the perpetrator deceives about the sexual nature of an act or about his identity.

Key words: *sexual offences, sexual self-determination, sexual consent, deceit.*

SUMARIO: I. Modelos de protección de la autodeterminación sexual.–II. Valoración jurídico penal de los engaños sexuales. 1. Engaño sobre la naturaleza del acto sexual. 2. Engaño sobre la identidad del autor. 3. Engaño sobre características físicas o corporales del autor. 4. Engaño sobre otras circunstancias, como cualidades personales, motivos o intenciones del autor. 4.1. Valoración conforme al derecho vigente. 4.1.1. Punibilidad conforme al § 177 inc. 1 StGB. 4.1.2. Punibilidad conforme a otros tipos penales. 4.2. Consideraciones sobre la punibilidad de los engaños a la pareja sexual.

I. MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN SEXUAL

La reforma del Derecho penal sexual de noviembre de 2016 estuvo precedida por un intenso debate público y mediático sobre la importancia y el alcance del derecho de la autonomía sexual.⁽³⁾

(3) Véase: HOVEN, *KriPoZ*, 2018, 2.

Con la nueva versión del § 177 StGB se implementó la consigna del «no es no» en el Derecho penal sexual alemán y se amplió considerablemente la protección del derecho a la autodeterminación sexual.(4)* Conforme a la antigua regulación, solo era punible quien afectaba la autonomía de la víctima mediante violencia, amenazas o el aprovechamiento de una situación de indefensión.(5) Ahora, el § 177 del StGB abarca todo acto sexual que se realice «en contra de la voluntad reconocible» (gegen den erkennbaren Willen) de la otra persona.

La ampliación del tipo penal a los abusos sexuales llevados adelante sin coacción se basa en un cambio de paradigma.(6) La versión anterior del § 177 StGB se basaba en la idea de que la protección penal de la autodeterminación sexual estaba destinada a preservar los «presupuestos físicos y psicológicos asociados a la capacidad de la víctima para decidir por sí misma si quería o no participar de un acto de índole sexual aquí, ahora, y con esta persona».(7) Así entendido, el derecho de autodeterminación sexual solo se vulneraba si el agresor doblegaba la libre voluntad de la víctima mediante violencia, amenazas o aprovechándose de una situación de indefensión.

La punibilidad de un acto sexual realizado «en contra de la voluntad reconocible» de la víctima se basa en la idea de que el derecho a la autodeterminación sexual ya se encuentra lesionado si el autor hace caso omiso a una negativa conocida por él y expresada por la víctima.(8) Un tipo penal así formulado no protege solamente la

(4) HOVEN y WEIGEND, JZ, 2017, 182 (183).

* *N. de T.*: debido a las numerosas referencias al parágrafo 177 inc. 1 del Código Penal alemán, se transcribe a continuación la versión vigente actualmente: § 177: Abuso sexual; coacción sexual; violación: «(1) Toda persona que, contra la voluntad reconocible de otra persona, realice o haga que se realicen actos sexuales sobre esa persona o haga que esa persona realice o tolere actos sexuales sobre o por un tercero podrá ser condenada a una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años».

(5) § 177 inc. 1 versión anterior: «[t]oda persona que coaccione a otra persona 1. mediante la fuerza, 2. mediante la amenaza de un peligro inminente para su vida o su integridad física o 3. aprovechándose de una situación en la que la víctima se encuentre indefensa a merced del autor, para que tolere actos sexuales del autor o de un tercero sobre sí misma o para que realice tales actos sobre el autor o un tercero, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a un año».

(6) Para más detalle, véase: HOVEN y WEIGEND, JZ, 2017, 182; FROMMEL, en: *NK-StGB*, 5. Ed. (2017), § 177 Rn. 105.

(7) SICK, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*, 1993, p. 87; en igual sentido: WOLTERS, en: *SK-StGB*, 8. Ed. (2012), § 177 Rn. 2.

(8) LAUE, en: DÖLLING, DUTTGE, KÖNIG y RÖSSNER, *Gesamtes Strafrecht*, 4. Ed. (2017), § 177 Rn. 2a; HÖRNLE, en: *LK-StGB*, 12. Ed. (2009), vor § 174 Rn. 28; LA MISMA, *ZStW*, 2015, 851 (862); similar FROMMEL, en: *NK-StGB*, vor § 174 Rn. 1 f.;

capacidad de la víctima para ejercer su autodeterminación sexual, sino que también garantiza el respeto hacia una decisión tomada de forma autónoma en contra de un contacto sexual.(9) Al mismo tiempo, el modelo del «no es no» presupone que quien no desea tener un contacto sexual lo exprese.(10) El § 177 inc. 1 StGB crea una obligación de comunicación; la punibilidad del acto sexual queda descartada si la voluntad contraria no fue expresada de modo «reconocible».(11) El modelo del «no es no» está complementado por lo dispuesto en el § 177 inc. 2 StGB, que equipara el desprecio de la voluntad reconocible de otra persona con diversas situaciones en las que no es posible o no es razonable que la pareja sexual formule o exprese su rechazo (por ejemplo, inconsciencia de la víctima o amenaza por parte del autor).

El derecho de autodeterminación es entendido de una manera todavía más amplia en aquellas jurisdicciones en que se ha implementado el modelo del «solo sí es sí» (también llamado modelo del consenso –*Konsensmodell*– o solución del consentimiento –*Zustimmungslösung*–).(12) Tal es el caso de Inglaterra y Gales, en donde la Ley de Delitos Sexuales de 2003 (*Sexual Offences Act*, por sus siglas en inglés, en adelante SOA) define a la violación como la penetración llevada a cabo sin el consentimiento de la víctima («consent»), salvo que el agresor tuviera motivos razonables para creer que había dado su consentimiento.(13) Mientras que el ordenamiento alemán requiere la comunicación de la voluntad contraria, según el modelo del «solo sí es sí», ya el rechazo interno del contacto sexual (en la medida en que el autor lo supiera o lo debiera haber sabido) da lugar a responsabilidad penal.

RENIKOWSKI, en: *MüKo-StGB*, 3. Ed. (2017), vor §§ 174 ff. Rn. 8, entiende al derecho a la autodeterminación sexual como «libertad de no ser reducido a la condición de objeto de una agresión sexual».

(9) En igual sentido FORMMEL, en: *NK-StGB*, § 177 Rn. 105.

(10) RENIKOWSKI, en: *MüKo-StGB*, § 177 Rn. 47.

(11) HÖRNLE, GA, 2015, 313 (321); LAUE, en: DÖLLING, DUTTGE, KÖNIG y RÖSSNER, § 177 Rn. 2a.

(12) En Alemania también se ha debatido sobre la posibilidad de implementar la fórmula del «solo sí es sí», especialmente para la aplicación del artículo 36 del Convenio de Estambul; véase HÖRNLE, GA, 2015, 313 (317).

(13) Artículo 1 SOA: Una persona (A) comete un delito si (a) penetra intencionalmente con su pene por vía vaginal, anal o bucal a otra persona (B); (b) B no consiente la penetración; y (c) A no cree razonablemente que B ha consentido.

II. VALORACIÓN JURÍDICO PENAL DE LOS ENGAÑOS SEXUALES

Si el autor utiliza violencia contra la víctima o la amenaza con un mal grave, su conducta es punible como delito sexual conforme a los tres modelos. Sin embargo, son más difíciles de evaluar aquellos casos en los que una de las partes utiliza engaños para motivar a la otra parte a que realice actos sexuales. Conforme a la antigua regulación del § 177 StGB, la punibilidad quedaba excluida porque el engaño no constituye un medio de coacción de la pareja sexual.⁽¹⁴⁾

En cambio, el modelo de consentimiento de la legislación inglesa deja margen para castigar al agresor que consigue tener un contacto sexual engañando a la otra persona. Según el artículo 74 de la SOA, la pareja sexual debe dar libremente su consentimiento y tener la libertad y la capacidad para tomar esa decisión.⁽¹⁵⁾ Los requisitos del consentimiento se especifican más detalladamente en el artículo 76 de la SOA. Allí se establece que no existe el consentimiento que excluye la punibilidad si el autor engaña intencionalmente a la otra persona sobre la naturaleza o la finalidad («nature and purpose») del acto sexual (inc. 2 a) o si se hace pasar por otra persona a quien la víctima conoce personalmente (inc. 2 b).⁽¹⁶⁾ La cuestión sobre cuáles engaños afectan la naturaleza y finalidad del acto sexual –y no solo las circunstancias que lo acompañan– sigue planteando nuevos problemas a los tribunales ingleses.⁽¹⁷⁾ Por ejemplo, el ocultamiento de una infección con VIH no se considera suficiente para provocar un error sobre la naturaleza del acto sexual.⁽¹⁸⁾ En cambio, en un caso en que una joven de 17 años se hizo pasar por un hombre ante su pareja, se dicta-

(14) EBEL, *NStZ*, 2002, 404 (407); EISELE, en: SCHÖNKE y SCHRÖDER, Ed. núm. 29 (2014), § 177 Rn. 2.

(15) Artículo 74 SOA: «A los fines de esta sección, una persona da su consentimiento si lo hace por elección y tiene la libertad y la capacidad de tomar esa decisión».

(16) Artículo 76 inc 2: «(a) el acusado engañó intencionalmente al damnificado en cuanto a la naturaleza o la finalidad del acto; (b) el acusado indujo intencionadamente al damnificado a consentir el acto haciéndose pasar por una persona conocida personalmente por el damnificado».

(17) Críticos a las disposiciones poco claras del derecho inglés: ORMEROD, in: SMITH y HOGAN, *Criminal Law*, 12. Ed. (2008), p. 667; ASHWORTH y HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7. Ed. (2013), p. 340 ss.

(18) *R v Dica* [2004] EWCA Crim 1103; *R v Konzani* [2005] EWCA Crim 706; véase también COWAN, *New Criminal Law Review*, 2014, 135 (138 ss.). Sin embargo, los tribunales canadienses dictaminaron lo contrario y consideraron que el consentimiento no era válido en caso de engaño sobre enfermedades sexuales: *R v Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, para. 47.

minó que existía una violación punible en virtud del engaño sobre su sexo biológico (*R v McNally*).⁽¹⁹⁾

El derecho israelí es todavía más estricto al establecer los requisitos del consentimiento eficaz. Según el artículo 345 del Código Penal israelí, quien mantenga relaciones sexuales con una mujer (los hombres no están incluidos) que no consienta libremente o cuyo consentimiento se obtenga mediante engaño sobre la identidad de su persona o sobre la naturaleza del acto sexual puede ser punible por violación.⁽²⁰⁾ Para que se configure un engaño sobre la identidad de la persona alcanza con que el autor engañe sobre características personales esenciales. En 2010, un tribunal israelí condenó por este motivo a un hombre árabe que se hizo pasar por judío ante una mujer.⁽²¹⁾

La legislación alemana no contiene una regulación expresa sobre los engaños a la pareja sexual. Si bien el § 177 inc. 2 StGB incluye casos de aprovechamiento de un mal que amenace a la víctima o de momentos de sorpresa, no abarca otros tipos de manipulación de la decisión de la víctima de tener un contacto sexual. Sorprendentemente, ni los documentos legislativos ni los códigos comentados contienen consideraciones sobre la punibilidad del engaño en el marco de la nueva ley de delitos sexuales. El problema puede hacerse más patente al analizar ciertas constelaciones de casos. A continuación, se considerarán cuatro supuestos en los que el autor logra el consentimiento de su pareja sexual mediante la simulación de diferentes hechos o circunstancias. Posteriormente, se analizará cómo deben juzgarse estos casos conforme a la regulación vigente y qué argumentos *de lege ferenda* hablan a favor y en contra de la punibilidad del autor.

1. Engaño sobre la naturaleza del acto sexual

Aquí se incluyen los casos en que se oculta o encubre el carácter sexual de la conducta. Por ejemplo, un médico que estimula manual-

(19) *R v McNally* [2013] EWCA Crim 1051; [2014] Q.B. 593 (CA (Crim Div)).

(20) Artículo 345 (a), Código Penal de Israel: «[s]i una persona mantuviera relaciones sexuales con una mujer (1) sin su consentimiento libremente otorgado; (2) con el consentimiento de la mujer obtenido mediante engaño respecto a la identidad de la persona o la naturaleza del acto [...]».

(21) CrimA 5734/10 *Kashur v. State of Israel* [2012], Takdin (Isr.); al respecto GROSS, *Tulane Journal of Law and Sexuality*, Vol. 24 (2015), 1; BRODOWSKI, «Protecting the Right to Sexual Self-Determination: Models of Regulation and Current Challenges in European and German Sex Crime Laws», en: Saad-Diniz y De Souza Carvalho (Eds.), *O lugar da vítima nas ciências criminais*, LiberArs, 2017, p. 15 (21).

mente los genitales de su paciente bajo el pretexto de que es necesario para tratar los síntomas que su paciente ha descrito.

2. Engaño sobre la identidad del autor

En los casos de «Amphitryon» (anfitrión) uno de los intervinientes engaña al otro sobre su verdadera identidad. Se hace pasar por una persona con la que la víctima está dispuesta a mantener relaciones sexuales (su cónyuge, por ejemplo).

3. Engaño sobre características físicas o corporales del autor

En estos casos, se afirma u oculta algo relativo al estado físico o corporal que suele ser significativo para la decisión de la pareja sexual sobre si consentir o no un acto sexual y sus condiciones o modalidades. Por ejemplo, engaños sobre el sexo biológico, ocultar una infección por VIH o afirmar falsamente que se ha descartado la posibilidad de concebir por esterilización o por la toma de anticonceptivos.

4. Engaño sobre otras circunstancias, como cualidades personales, motivos o intenciones del autor

Aquí se engaña sobre circunstancias internas o externas de las que la víctima hace depender su voluntad de participar en actos sexuales. Esto puede incluir declaraciones falsas sobre los ingresos económicos o la profesión (fingir ser millonario), sobre la situación sentimental (ocultar estar casado), sobre las verdaderas intenciones en el vínculo (afirmar falsamente que quiere casarse con la otra persona) o su disposición a pagar por actos sexuales (cliente que no tiene intención de pagar lo acordado).

4.1. VALORACIÓN CONFORME AL DERECHO VIGENTE

4.1.1. Punibilidad conforme al § 177 inc. 1 StGB

Si los engaños a la pareja sexual pueden fundamentar la atribución de responsabilidad penal como una agresión sexual depende de cómo sea entendido el requisito típico de actuar «en contra de la voluntad reconocible» del § 177 inc. 1 StGB.

En cualquier caso, la responsabilidad penal queda excluida si se considera que la víctima debía haber comunicado su voluntad contraria antes del acto sexual de forma reconocible para un tercero objetivo. La legislación sugiere esta interpretación tan restrictiva de «voluntad reconocible». La recomendación de la Comisión de Asuntos Jurídicos establece que: «[l]a cuestión sobre si la voluntad contraria es reconocible debe evaluarse desde la perspectiva de un tercero objetivo. Para este tercero, tal voluntad contraria es reconocible siempre que la víctima la manifieste en el momento del hecho, ya sea expresamente (verbalmente) o de manera tácita (por ejemplo, llorando o rechazando al acto sexual)». (22) Si nos centramos únicamente en la comunicación que es comprensible para un tercero objetivo, entonces el § 177 inc. 1 StGB no se aplicaría si el autor concreto tuviera un conocimiento especial y, en consecuencia, fuera consciente del rechazo de la víctima (que no ha quedado claro por su comportamiento externo). (23) El problema es que, si la víctima ha consentido los actos en virtud de un engaño, no experimentará ningún rechazo en el momento del acto que pueda ser expresado. Así pues, la manipulación de la pareja sexual mediante engaño sería siempre impune en virtud del § 177 inc. 1 StGB, esto es, incluso si el autor engaña a la víctima sobre la naturaleza sexual del acto o sobre su identidad. (constelaciones 1 y 2).

Sin embargo, según su redacción, el § 177 inc. 1 StGB, podría entenderse de una manera más amplia. Así, se podría asumir que el elemento típico de la voluntad «reconocible» solo refiere a un requisito mínimo y –todavía más– abarca una voluntad contraria reconocida por el autor. (24) Pero, incluso según esta lectura, dependerá de aquello a lo que se refiera la propia representación del autor: a la voluntad de la otra persona que existía realmente en la momento del acto sexual (y entonces los casos de engaño quedarían impunes) (25) o a la «verdadera» voluntad de la otra persona, tal como habría existido si hubiera contado con la información adecuada.

(22) «Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz», *BT-Drs.* 18/9097, p. 23 (Recomendación de decisión e informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Protección del Consumidor).

(23) HOVEN/WEIGEND, *JZ*, 2017, 182 (187).

(24) En contraposición, la interpretación de Ziegler, que quiere asumir la responsabilidad penal ya cuando «la intención contraria es reconocible para el autor»: ZIEGLER, en: *BeckOK-StGB*, 37. Ed. (2018), § 177 Rn. 9. Esto equivaldría a una responsabilidad del autor a título de imprudencia (*Fahrlässigkeitsstrafbarkeit*), lo que la ley claramente no pretende.

(25) Hörnle también lo presupone cuando recomienda la inclusión explícita del rechazo reconocido por el delincuente en su propuesta de regulación. HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (327).

Si se tomara como base la hipotética voluntad de una pareja sexual informada, se produciría una considerable ampliación de la punibilidad: cualquier engaño que sea causal del consentimiento sexual de la víctima configuraría el tipo penal del § 177 inc. 1 StGB. A pesar de ello, una interpretación tan amplia del § 177 inc. 1 StGB no solo va evidentemente en contra de la intención del legislador, sino que resulta contradictoria conforme a una interpretación sistemática de la ley. Si el inciso 1 del § 177 StGB fuera suficiente para exigir al autor el conocimiento de la voluntad contraria «verdadera» de la otra persona, entonces el inciso 2 del § 177 StGB sería redundante, ya que este contempla situaciones en las que la víctima no puede formar o expresar su voluntad en el momento del hecho. Por tanto, el inciso 2 del § 177 StGB solo tiene un significado independiente si, a los efectos del inciso 1, debe existir realmente una voluntad contraria y ser comunicada en el momento del delito.

Por lo tanto, es correcto afirmar que los engaños de las cuatro constelaciones mencionadas anteriormente no cumplen los requisitos típicos de una agresión sexual según la legislación vigente. Dado que el autor obtiene el consentimiento sexual de la otra persona mediante su manipulación, esto impide ya la formación de una voluntad contraria.⁽²⁶⁾ La comisión que efectuó la reforma del Código Penal alemán también parece adherir a este punto de vista. En efecto, se ha justificado el rechazo del modelo del «solo sí es sí», entre otras cosas, por las temidas ambigüedades a la hora de tratar el «consentimiento obtenido mediante engaño».⁽²⁷⁾ Con el modelo vigente del «no es no», pareciera que se descarta la responsabilidad penal por engaños intencionados.

4.1.2. *Punibilidad conforme a otros tipos penales*

Así pues, los grupos de casos mencionados anteriormente no cumplen los requisitos del § 177 inc. 1 StGB. Sin embargo, los casos de la constelación (1) pueden ser punibles en virtud del § 174 c StGB bajo ciertas condiciones.

(26) En igual sentido EL-GHAZI, ZIS, 2017, 157 (164): «Si se hace cambiar de opinión al titular del interés jurídico (de un no a un sí), no existe un no (interno) en el momento del delito. El no interno original del titular del interés jurídico se ha convertido en un sí interno a través del engaño. En este caso, el acto sexual que entonces tiene lugar no es «contra la voluntad». Si una mujer rechaza inicialmente la solicitud sexual de un hombre, pero es engañada en virtud de una promesa falsa (por ejemplo, el pago de una determinada suma de dinero), no son pertinentes ni el apartado 1 ni el apartado 2 del § 177 StGB, nueva versión».

(27) Informe final de la Comisión de Reforma del Derecho penal Sexual del 19 de julio de 2017, p. 50 y p. 392.

Según esta disposición, se castiga a quien «realice actos sexuales con una persona que le haya sido confiada para recibir asesoramiento, tratamiento o cuidados a causa de una enfermedad o discapacidad mental o psicológica, incluida una adicción; o a causa de una enfermedad o discapacidad física, abusando de la relación de asesoramiento, tratamiento o cuidados». Según la opinión predominante, también se dice que existe abuso si el autor induce a la víctima a aceptar el acto sexual «engañándola sobre la naturaleza sexual de la intervención». (28) Sin embargo, la ley actual solo castiga la inducción de ideas erróneas sobre la naturaleza de un acto sexual en el marco de las relaciones de custodia definidas expresamente en el § 174 c StGB. En cualquier otro caso, los contactos sexuales realizados bajo excusas o manifestaciones falsas quedan impunes.

Los engaños descriptos en la constelación (2) no están tipificados en la legislación alemana. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el derecho inglés, en Alemania también queda impune la persona que se hace pasar por el cónyuge de la víctima y obtiene de ese modo su consentimiento para realizar actos sexuales. Hasta 1969, la situación jurídica era (al menos parcialmente) diferente: el § 179 StGB (versión antigua) tipificaba la conducta de inducir a una mujer para que consienta tener relaciones sexuales mediante la falsa creencia de que se trataba de un coito conyugal. (29)

Los casos de la constelación (3) no se castigan como delitos sexuales, sino más bien como lesiones corporales, siempre que vayan asociados a un menoscabo físico de la otra persona. Una persona que oculta una enfermedad de transmisión sexual a su pareja sexual puede ser punible por lesiones corporales peligrosas consumadas o tentadas. (30) Sin embargo, sus actos no realizan la ilicitud de un delito sexual. Por el contrario, los engaños sobre el uso de anticonceptivos o sobre la propia fertilidad no son punibles. (31)

Los engaños sobre las características personales del autor o sobre sus motivos o intenciones (constelación 4) tampoco son objeto de

(28) RENZIKOWSKI, en: *MüKo-StGB*, § 174c Rn. 26; FROMMEL, en: *NKStGB*, § 177c Rn. 10 m.w.N. Sin embargo, la decisión no es del todo clara: BGH, NSZ, 2009, 324.

(29) § 179 inc. 1 StGB (versión antigua, vigente hasta septiembre de 1969): «[e]l que induzca a una mujer a consentir una relación sexual fingiendo un matrimonio o le provoque o se sirva de otro error en virtud del cual ella crea que la relación sexual es conyugal, será castigado con pena de prisión no superior a cinco años».

(30) PAEFFGEN, BÖSE, en: *NK-StGB*, § 224 Rn. 9; FRISCH, en: *FS Schwarz*, 2009, p. 495; EL MISMO, *JuS*, 1990, 362; SCHÜNEMANN, en: *FS Eser*, 2005, p. 1141; EL MISMO, *JR*, 1989, 89.

(31) El delito de estafa también queda descartado por la inexistencia del requisito del acto de disposición patrimonial (*Vermögensverfügung*).

interés del Derecho penal vigente. La punibilidad en tales casos solo puede ser considerada si el autor lesiona algún otro bien jurídico protegido de la víctima. Por ejemplo, un cliente es culpable de estafa si utiliza los servicios de una trabajadora sexual y la engaña sobre su intención de pagar.(32)*

4.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LOS ENGAÑOS A LA PAREJA SEXUAL

Si los casos de consentimiento fruto de la manipulación deberían ser tipificados como delitos sexuales y, en su caso, en qué medida, es una cuestión *de lege ferenda*. La respuesta depende del alcance que se le quiera dar a la protección de la autodeterminación sexual en el Derecho penal.(33) Sistemáticamente, pueden concebirse dos maneras de modificar la situación jurídica.

Una opción podría ser implementar un modelo del «solo sí es sí» similar al del derecho inglés, según el cual solo el consentimiento sexual brindado sin vicios excluya la tipicidad de un delito sexual. Una punibilidad general del engaño a la pareja sexual podría justificarse con una comprensión amplia del derecho a la autodeterminación sexual. Si se entiende la autonomía sexual no solo como libertad externa, sino también como decisión informada sobre las circunstancias de la interacción sexual, entonces solo la persona que no está sujeta a ningún error relevante para ella puede actuar realmente de forma autodeterminada.

Sin embargo, una solución de estas características conduciría a una reestructuración fundamental del Derecho penal sexual y haría recaer toda la carga de las situaciones ambivalentes en el autor, independientemente de la cuestión del engaño.(34) Además, este modelo de consentimiento no permitiría un tratamiento diferenciado de las constelaciones de casos (1) a (4), sino que impondría que el engaño sea tratado o bien como relevante o bien como irrelevante, sin dar

(32) Ver, por todos: BEUKELMANN, en: *BeckOK-StGB*, § 263 Rn. 45.

*N de T: El ejercicio de la prostitución se encuentra regulado en Alemania conforme a la «Ley para la Protección de Personas que Ejercen la Prostitución» («Gesetz zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen». Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/prostschg/> (última consulta: 4 de mayo de 2023).

(33) La comisión de reforma de los delitos sexuales también sugirió considerar la creación de un delito «que se centre en el engaño a la víctima», Informe Final de la Comisión de Reforma de la Ley de Delitos Sexuales de 19 de julio de 2017, p. 512. (*Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*).

(34) En igual sentido: HÖRNLE, GA, 2015, 313 (318); críticos sobre el modelo del «no es no» también: HOVEN y WEIGEND, JZ, 2017, 182 (186).

lugar a excepciones. En consecuencia, tendría que tipificarse explícitamente el tratamiento legal de los engaños sexuales. La mera formulación de una prohibición general de contacto sexual «sin el consentimiento» de la otra persona no sería lo suficientemente clara. Por último, en la jurisprudencia y en parte de la literatura –a pesar de las voces discrepantes de peso en la literatura⁽³⁵⁾–, el consentimiento obtenido mediante engaño también se considera eficaz para otros delitos.⁽³⁶⁾

Teniendo en cuenta las cuestiones de interpretación todavía irresueltas respecto de las exigencias previas de un consentimiento excluyente de la tipicidad, no es recomendable recurrir a este término en las formulaciones legales.⁽³⁷⁾ Sería preferible una regulación independiente del problema del engaño en el § 177 inc. 2 StGB. Los delitos allí enumerados podrían completarse con otra variante que contemple casos de formación no libre de la voluntad.

No obstante, hay razones importantes en contra de una protección tan amplia de la autodeterminación sexual en el Derecho penal. En primer lugar, el legislador no está obligado a garantizar una protección integral de los bienes jurídicos en el Derecho penal. Más bien, le compete –también en vista de la naturaleza fragmentaria del Derecho penal– restringir el alcance de la protección de los intereses jurídicos en el Derecho penal a los ataques claramente ilegítimos contra el respectivo bien jurídico protegido.⁽³⁸⁾

Con este panorama, no todos los engaños sexuales parecen merecer un castigo. En la legislación alemana, la mentira y la manipulación no son punibles como tales; siempre debe haber un daño adicional, individual o social. Por ejemplo, el engaño solo es punible como estafa si la persona afectada sufre un daño patrimonial como consecuencia de él. Por otra parte, la decepción personal por la manipulación (e incluso una disposición patrimonial no deseada, pero económicamente no perjudicial) no genera responsabilidad penal. Tampoco se castiga, por ejemplo, a una persona que induce a otra a comprometerse con ella mediante declaraciones falsas.

El Derecho penal no protege a las personas frente a decepciones o traiciones de otras personas; tales experiencias forman parte del riesgo

(35) RÖNNAU, en: *LK-StGB*, 12. Ed. (2006), vor § 32 Rn. 157; EL MISMO, *JuS*, 2007, 18; LENCKER y STERNBERG-LIEBEN, en: SCHÖNKE y SCHRÖDER, vor § 32 Rn. 32c; KINDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 8. Ed. (2017), § 12 Rn. 52 ff.; ERB, en: *MüKo-StGB*, § 32 Rn. 50 f.

(36) Véase, por ejemplo: WESSELS; BEULKE y SATZGER, *Strafrecht AT*, 47. Ed. (2017), Rn. 546; RENGIER, *Strafrecht AT*, 9. Ed. (2017), p. 220.

(37) Convicente en este sentido: HÖRNLE, *GA*, 2015, 313 (318).

(38) SICK, *ZStW*, 103 (1991), 43 (51).

general de vivir.⁽³⁹⁾ En el caso de un consentimiento fraudulento para realizar actos sexuales, la víctima experimenta una decepción humana que en algunos casos es grave, pero no sufre ningún otro daño por el rechazo retrospectivo del contacto sexual. Además, en el momento del acto sexual, quien es engañado tampoco es consiente de estar soportando tales actos en contra de su voluntad. El hecho de lamentarse retrospectivamente por un encuentro sexual no es comparable con la experiencia de un acto sexual forzado.

Asimismo, el castigo penal de todo contacto sexual provocado por engaño supondría una intromisión considerable en la intimidad de las partes implicadas. Los tribunales deberían probar cuáles eran las expectativas y promesas mutuas en las relaciones sexuales y valorarlas. La valoración de la relevancia de un engaño es extremadamente difícil: ¿debe bastar una declaración de amor falsa para suponer un delito sexual?

Todavía más grave es el hecho de que la prohibición de los engaños sexuales convertiría a las preferencias y actitudes personales de los intervinientes en las relaciones sexuales en un criterio de punibilidad. La decisión del tribunal israelí mencionada anteriormente muestra las consecuencias que pueden derivarse si se hace depender la configuración de un abuso sexual de las condiciones individuales impuestas por una persona para entablar una relación sexual. Si la persona en cuestión se niega a mantener relaciones sexuales con personas de otra religión, etnia u origen, esta decisión sería objeto de protección penal. Quien haga caso omiso de tal actitud discriminatoria de la otra persona sería punible como autor de un delito sexual. Es cierto que el derecho a la autodeterminación sexual permite que las personas elijan su pareja sexual según sus propios criterios y, por tanto, incluye también la libertad de discriminar. Pero no es tarea del Estado proteger las preferencias personales –y posiblemente racistas o intolerantes– con los medios del Derecho penal.

Por lo tanto, en principio, los engaños para obtener un consentimiento sexual no deberían bastar para establecer la responsabilidad penal por un delito sexual. Esto se aplica, en particular, a las manifestaciones falsas sobre algunas características personales del autor o

(39) La jueza canadiense McLachlan escribe en su voto particular sobre el caso *R v. Cuerrier*: «[l]os engaños, pequeños y a veces grandes, han sido desde tiempos inmemoriales el producto de romances y encuentros sociales. A menudo conllevan el riesgo de dañar a la parte engañada. Hasta ahora, en la historia de la civilización, estos engaños, por tristes que sean, se han dejado en manos de la canción, el verso y la censura social». *R v. Cuerrier* [1998] 2 S.C.R. 371, Rn. 47. En el mismo sentido también HÖRNLE, *ZStW*, 127 (2015), 851 (880 y s.).

sobre sus motivos o intenciones (casos de la constelación 4). Solo en algunos casos excepcionales la manipulación de la víctima justifica la calificación del contacto sexual como abuso sexual. Si el agresor engaña a la víctima sobre el carácter o la naturaleza del acto (constelación 1), la víctima no consiente en ningún momento un acto sexual. Debido al engaño, la víctima no fue capaz de ejercer su derecho a la autodeterminación sexual. Su situación es, por tanto, comparable con la de una persona comatosa o dormida que está protegida por el § 177 inc. 2 núm. 1 StGB.

También en los casos de engaños sobre la identidad del autor (constelación 2) existen buenas razones para ampliar el § 177 inc. 2 StGB. El consentimiento para actos sexuales suele ser brindado a una persona concreta a la que la pareja identifica por su nombre o de alguna otra forma. Si la persona en cuestión, X, ha consentido el contacto sexual con la persona A, este consentimiento no se aplica a la persona B; si B realiza un acto sexual con X, no existe consentimiento con respecto a este. De este modo, los casos de engaño sobre la identidad difieren de los engaños sobre los motivos personales: la víctima no se forma ideas falsas sobre determinadas características de la pareja sexual elegida, sino que nunca ha elegido a la persona que tiene delante como pareja sexual. Para evitar dificultades de demarcación entre engaños sobre los motivos o características personales y sobre la identidad, se sugiere una formulación similar a la del artículo 76 inc. 2 b de la SOA: el autor debe hacerse pasar por una persona conocida personalmente por la víctima (por ejemplo, por su cónyuge).

Según el modelo aquí propuesto, los casos de la constelación (3) no serían punibles como delitos sexuales. El error sobre las características físicas –como el sexo o la fertilidad– se refiere a las características de una persona concreta, no a su identidad. Cuando se mantienen relaciones sexuales sin protección y ocultando una enfermedad de transmisión sexual, el error no radica principalmente en una violación de la determinación sexual, sino en poner en peligro la integridad física de la otra persona. Por eso, tal hecho debe ser castigado como un delito de lesiones.⁽⁴⁰⁾

(40) Concuerda con esta solución: HÖRNLE, *ZStW*, 127 (2015), 851 (881) y (desde la perspectiva del *Common Law Green*, en: Sarat (Eds.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, 2015, p. 194.

Sobre la base de las consideraciones hechas anteriormente, proponemos la incorporación de otra modalidad del delito del § 177 inc. 2 StGB:

§ 177 inc. 2 StGB:

Asimismo, será castigado quien realice actos sexuales con otra persona o haga que esta realice o tolere actos sexuales con una tercera persona, si [...]

6. el autor engaña a la persona sobre la naturaleza sexual del acto o le hace creer que se trata de una persona conocida por ella.

Derecho penal y Derecho internacional de los derechos humanos: propuesta para una (mayor) aproximación metodológica

JON-MIRENA LANDA GOROSTIZA

Catedrático de Derecho Penal

Director de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos y Poderes Públicos
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU(1)

RESUMEN

Esta contribución pretende explorar una aproximación sistemática entre la dogmática del Derecho penal y la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos hasta el punto que pueda colegirse una suerte de propuesta para una (mayor) aproximación metodológica entre ambas disciplinas. Dicha propuesta está cada vez más visible en la interpretación de los tipos penales de la Parte especial, pero aquí se busca una fundamentación desde el mismo concepto del Derecho asentada sobre la base de una concepción postpositivista del mismo. La aproximación se sugiere al nivel de los propios fines del Derecho penal, de los principios limitadores del ius puniendi (con especial atención al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), de la teoría del delito, de la teoría de los fines de la pena y de la propia Parte especial.

Palabras clave: *Derecho penal, Derecho internacional de los derechos humanos, concepto, método, bien jurídico.*

(1) La presente contribución se inscribe como resultado del (y está financiada por el) Proyecto I+d+i PGC Tipo B, PID2020-115320GB-I00 del Ministerio de Ciencia e Innovación (MICIN/FEDER UE), «Delitos de odio en España: retos pendientes», Investigador Principal Jon-Mirena Landa Gorostiza, Catedrático de Derecho penal y Director de la Cátedra de Derechos Humanos y Poderes Públicos, Universidad del País Vasco (UPV/EHU) <http://www.katedraddhh.eus> <http://www.jmlanda.com>.

ABSTRACT

*This contribution aims to explore a systematic approach between the dogmatics of criminal law and the doctrine of international human rights law to the point that a sort of proposal for a (greater) methodological approximation between the two disciplines can be deduced. This proposal is increasingly visible in the interpretation of the criminal types of the Special Part, but here a foundation is sought from the very concept of Law based on a postpositivist conception of it. The approach is suggested at the level of the purposes of criminal law itself, of the limiting principles of *ius puniendi* (with special attention to the principle of exclusive protection of legal interests), of the theory of crime, of the theory of the purposes of punishment and of the Special Part itself.*

Key words: *Criminal law, international human rights law, concept, method, legal interests.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Concepto e idea del Derecho.–III. Postpositivismo.–IV. Derecho y Moral.–V. Derecho internacional de los derechos humanos: la propuesta de Allen Buchanan.–VI. Sistema interno abierto y multinivel.–VII. Algunos niveles de confluencia. 1. Función del Derecho penal y derechos humanos. 2. Principios del *ius puniendi* y derechos humanos: (solo) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 3. Otras consecuencias sistemáticas e interpretativas. 3.1. Teoría del delito y de la pena y derechos humanos. 3.2. Parte especial y derechos humanos.–VIII. Reflexión final.–IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Señala Vigano que los derechos humanos han jugado hasta el momento un rol más bien limitado en el discurso jurídicopenal lo cual debería parecer un tanto extraño si se tiene en cuenta que es precisamente el Derecho penal el sector del ordenamiento jurídico que permite los ataques más intensos a los derechos humanos y, al mismo tiempo, es el instrumento de tutela más importante, e imprescindible, para la protección del núcleo de dichos derechos: esto es, la vida, la integridad física, la libertad deambulatoria, la libertad de autodeterminación sexual, la integridad moral y un largo etcétera. El autor italiano al referirse tanto a Alemania como a Italia, pero bien podría extenderse dicha constatación a la realidad española, afirma que, si se echa

una ojeada a cualquier manual de Derecho penal de dichos países, apenas se encuentra presente, expresado y desarrollado el concepto de los derechos humanos(2).

Bien es cierto, no obstante, que la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es cada vez más palpable y visible no solo en términos sociales, sino también en el trabajo de la doctrina jurídico penal y de la interpretación llevada a cabo por los altos tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo) y de ahí al resto de la jurisprudencia. Pero más allá de ese punto de conexión, quizá es necesario un intento de trazar una mirada metodológica que imbrique de forma más estrecha a ambas disciplinas –la penal y la del Derecho internacional de los derechos humanos(3)–. Para ello, en lo que sigue, deben ir concretándose, antes de nada, algunas tomas de postura: comencemos por el concepto de Derecho.

II. CONCEPTO E IDEA DE DERECHO

Mir Puig en su *Introducción a las bases del Derecho penal* indica lo obvio como punto de partida: «El Derecho penal es una rama del Derecho por lo que plantear su concepto presupone inevitablemente aludir al concepto mismo del Derecho en general»(4). Ahora bien, es sabido que el Derecho, particularmente su concepción iusfilosófica, dista mucho de ser unívoca(5). No obstante, podría resultar fructífero tomar postura desde el principio en algunas cuestiones fundamentales al respecto si con ello se pudiera ganar en transparencia y coherencia

(2) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht. Ein Plädoyer für eine Neuorientierung», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H., y Swoboda, S. (Hg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, p. 55. Aunque es cierto que la situación en los países del *common law*, al menos en Gran Bretaña, parece diferente si nos atenemos, por ejemplo, al manual de referencia de ASHWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 48 ss. y *passim*, en el que las referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son más intensas y sistemáticas.

(3) Sin perjuicio de que no cabe, por supuesto, una consideración «aislada» de tal doctrina que, en nuestro caso, deberá filtrarse y engarzarse de forma sistemática por los canales de interpretación constitucional y de concretización de los derechos fundamentales. Volveremos sobre ello más adelante (*infra* apartado VI).

(4) MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, B de f, Montevideo/Buenos Aires, 2018, p. 3.

(5) E incluso podría afirmarse que quizá incluso no tenga siquiera sentido o utilidad un intento de definición canónica de una realidad tan compleja ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 65.

lógica, sistemática y metodológica(6), a la hora de ahormar con mayor solidez las líneas maestras del concepto material(7) de Derecho penal que deben constituir los vectores del mismo. De cómo se entienda el Derecho, el Derecho penal y su ciencia(8) se derivarán posteriormente consecuencias en los diversos niveles (a los que después se aludirá) y por ello conviene ahora clarificar esos presupuestos de partida.

Antes de optar por una definición o, mejor dicho, por una orientación prevalente en la concepción filosóficojurídica del Derecho también puede resultar conveniente inscribir esa opción en el marco más general de las corrientes filosóficas que pueden servir de elemento adicional de transparencia respecto de las opciones valorativas subyacentes.

La hermenéutica, sin duda, bien podría caracterizarse como una corriente filosófica general que, como es conocido, desplegó de forma más intensa su influencia en el ámbito del Derecho penal a partir de la irrupción del neokantismo en la ciencia jurídicopenal alemana a lo largo del siglo xx en el contexto de los esfuerzos por dotar a las ciencias espirituales de un estatus metodológico científico propio y al

(6) La metodología de la ciencia del derecho conduce «queriéndolo o no queriéndolo» a la Filosofía y no hay más que remitirse a la evolución histórica de dicha ciencia para constatar la estrecha conexión entre metodología jurídica y filosofía del Derecho. «Para cada Metodología se podría, aun cuando esta no sea consciente de ello, presentar una Filosofía del Derecho adecuada a ella». LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 237.

(7) No se tratará de un ejercicio de pura especulación iusfilosófica pero sí de una reflexión con vistas a la concepción metodológica de la ciencia del derecho y del Derecho penal para así poner algunas bases y clarificar desde un principio las opciones que permiten asentar la necesaria conexión del Derecho penal positivo y de la dogmática que se ocupe de él con una «idea del Derecho», un principio de sentido (llámesele «justicia» como indica LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 179) que pueda ayudar desde su propio campo externo (propiamente la Ética según LARENZ, K., *Metodología, op. cit.*, p. 179) a precisar y fundamentar de forma más sólida una concepción «material» del Derecho penal y su ciencia (así en relación en particular a cuestiones como la esencia de la norma penal y la propia función del Derecho penal) a la que el penalista tampoco puede renunciar. MIR PUIG, S., *Introducción, op. cit.*, p. 4.

(8) Como ya señalaba GIMBERNAT ORDEIG, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 13 ss., en realidad tanto el concepto como el método deben referirse a la dogmática del Derecho penal, a la actividad que tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicopenales. y es que la tradicional consideración del Derecho penal objetivo nos remite a un conjunto de normas (y principios y valores) sobre los que hay que clarificar qué enfoque científico va a articularse y sobre qué base metodológica. La concepción filosófica que a continuación va a indicarse en realidad son prolegómenos de aproximación a la fundamentación del Derecho penal como ciencia normativa que acabarán incardinándose en una propuesta metodológica de la dogmática jurídicopenal del derecho positivo que rige en un determinado tiempo y lugar.

mismo nivel que el de las ciencias naturales(9). La hermenéutica, como indica Hassemer, no es propiamente una disciplina con un ámbito específico de ocupación científica, sino un «método de aproximación científica a los objetos»(10); de ahí su universalidad, su aplicabilidad a cualquier ámbito científico. En su proyección sobre la ciencia del derecho contribuyó decisivamente a un cierto apartamiento del positivismo, a un giro hacia el pensamiento teleológico y a la asunción consecuente del Derecho como ciencia «comprensiva»(11). La interpretación, en palabras de Gadamer, se convierte así en una operación circular –«círculo hermenéutico», «espiral»(12)– de ir y venir hasta fijar el sentido racional del texto. El «prejuicio» y la «pre-comprensión» (*Vorverständnis*) como juicio de valor previo sobre lo que se quiere comprender se instala en la operación hermenéutica. Prejuicio entendido no como juicio falso que obstaculiza la comprensión, sino como punto de partida y condición hermenéutica de todo comprender(13).

Pero la apelación a la hermenéutica como ciencia del comprender no debe suponer el salto de pretender que esa misma permita, per se, sustituir luego la decisión práctica de decidir: el jurista interpreta para decidir. Como acertadamente señala García Amado, la filosofía hermenéutica, en particular en referencia a su versión gadameriana, indaga en la dimensión ontológica del comprender, pero no va más allá en el sentido de que queda abierta la decisión valorativa: se afana por explicar las condiciones del comprender, pero no especifica ni precipita la decisión valorativa correspondiente(14). y ahí es precisamente cuando se puede hacer entrar en juego el recurso a los fines,

(9) En realidad, no se trata solo del neokantismo, sino que de forma conjunta se acoplan distintas corrientes de pensamiento que acaban por imprimir un cierto viraje «teleológico» en el empeño metodológico de la ciencia del derecho (empezando por Stamler, continuando por el neokantismo, el idealismo objetivo y la dialéctica, o la teoría fenomenológica del Derecho), LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 104 ss. También ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 26 ss.

(10) HASSEMER, W., «Juristische Hermeneutik», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1986, 195.

(11) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 104 ss. y 192 ss. También, por todos, GIMBERNAT, E., *Concepto y método*, op. cit., p. 41 ss.

(12) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 195.

(13) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 197.

(14) GARCÍA AMADO, J. A., «Filosofía hermenéutica y Derecho», en *Azafea*, núm. 5, 2003, p. 203. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. Ampliada y actualizada, B de F, Buenos Aires, 2012, p. 256, incidiendo en esa transformación de giro neokantiano hacia la consideración del mismo como un presupuesto ontológico de los procesos de conocimiento comprensivo.

valores y principios con los que nutrir las decisiones(15) y ejercer el control de racionalidad de las mismas(16). Fines, valores y principios que, más allá de las normas en sentido estricto(17), orientan la construcción del sistema jurídico y también del Derecho penal a partir, como ahora se va a señalar, de una concepción postpositivista del Derecho(18).

III. POSTPOSITIVISMO

Desde un punto de vista histórico ya desde finales del siglo XVIII y principios del XIX se produce una evolución o cesura crucial al abandonarse de forma progresiva una visión del Derecho como orden de validez universal para pasar a considerarse como un fenómeno histórico ligado a cada sociedad. El Derecho es un producto histórico y

(15) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación, op. cit.*, p. 173 ss., con toma de postura por buscar esos referentes o premisas valorativas en el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución (p. 177 ss.) pero que indefectiblemente desembocan en una discusión propia de la filosofía jurídica (p. 180). Más adelante habremos de volver sobre esta línea argumental que compartimos en lo sustancial.

(16) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación, op. cit.*, p. 259 y p. 254 ss., apela a ese control de racionalidad al hilo de la caracterización de la científicidad de la dogmática jurídicopenal.

(17) DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 72 ss.

(18) Un punto de partida no muy distinto sigue ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, p. 47 ss., quien para la identificación y fundamentación del concepto de bien jurídico parte de la perspectiva del neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos dentro del marco referencial de los derechos humanos. Véase también PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017, p. 23 ss., quien al describir el panorama y nuevo paradigma que se abre con el neoconstitucionalismo –o mejor dicho los neoconstitucionalismos– caracteriza el mismo a partir del reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la constitución como norma suprema (p. 25) y, por lo que a nosotros ahora nos interesa, una «rematerialización constitucional» que incorpora al texto constitucional no solo normas formales o procedimentales de reparto competencial del poder, sino también normas sustantivas destinadas a trazar límites positivos y negativos a los poderes vía, en el caso de la Constitución española, valores superiores, principios y especialmente los derechos fundamentales. Ello al parecer tiene por efecto que «[...] con ello se incorporan a la constitución contenidos que proceden directamente de la moralidad». (p. 26) y, como veremos más adelante, supone en cierto modo una superación de la dialéctica entre iusnaturalismo y positivismo (p. 57 ss.). En lo que sigue iremos trazando una hoja de ruta similar desde el paradigma constitucional hacia los referentes de valoración articulando la propuesta de delimitación de derecho-moral en términos fluidos, como presupuestos de fundamentación de ulteriores propuestas en sede jurídicopenal.

humano: esto es, un fenómeno concebido como una creación del ser humano que es quien lo puede transformar y adaptar, superando así una visión iusnaturalista de un orden eterno y universal. La secularización inherente a la modernidad centra como objeto de estudio de la ciencia el derecho positivo de cada sociedad y no ya el derecho natural(19). Esa corriente de evolución, dando un salto a las postrimerías de la segunda guerra mundial, se consolida y concretiza, tanto en el derecho interno como en el plano del Derecho internacional, con la confluencia de la constitucionalización de los derechos fundamentales y del Derecho internacional de los derechos humanos(20). y es que se incorporan al derecho positivo, a través de los derechos fundamentales (plano interno) y de los derechos humanos (plano internacional), buena parte de las exigencias propias del pensamiento iusnatural racionalista. Como sintetiza Atienza, las Constituciones en las democracias occidentales más avanzadas cierran la jerarquía de fuentes como normas jurídicas plenamente vinculantes –y no ya meramente programáticas– que exigen la conformidad del conjunto del sistema legal con los derechos fundamentales (paradigma constitucionalista frente a un paradigma positivista-legalista) (21).

Los derechos fundamentales «positivizan» así los antiguos derechos naturales en el plano interno del Estado constitucional pero, de la misma manera, la evolución del Derecho internacional de los derechos humanos confluye en el mismo sentido desde un plano externo. El derecho de gentes como rama del derecho universal ha ido decantando estándares cada más consolidados de derechos humanos que representan una Carta de vocación universal y vinculación estricta como *ius cogens*(22).

Los derechos humanos y los derechos fundamentales, en síntesis, incorporan al propio Derecho positivo de cada país buena parte de la pretensión de universalidad, vinculación, control de racionalidad y estándar mínimo de justicia que desempeñaba la aspiración iusnaturalista. Desde esta óptica el debate entre positivismo y iusnaturalismo pierde en cierto modo su pujanza(23) en favor de una identificación

(19) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 118.

(20) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 119.

(21) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 119.

(22) ATIENZA, M., *El sentido, op. cit.*, p. 119. También CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 173 ss.

(23) En el mismo sentido con matices PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos, op. cit.*, p. 57 ss., caracterizando el neoconstitucionalismo como una tercera vía, una filosofía del Derecho totalizante, con tal pluralidad de posiciones que más que cancelar la dialéctica positivismo *versus* iusnaturalismo simplemente la resignifica y está abierta a ambas (p. 58 ss.).

más matizada de la concepción del Derecho que, en nuestro caso, será por tanto «postpositivista»(24).

En tal sentido se manifiesta la interesante propuesta de Maccormick, a la que nos adheriremos en lo fundamental por su posición de equilibrio(25), quien define el Derecho, en su seminal obra de referencia(26), como «orden normativo institucional»(27). Efectivamente, se sitúa conscientemente dicho autor en una posición intermedia entre teorías positivistas y de derecho natural; una versión personal «post-positivista» en su propia autoclasificación(28). Una tal concepción recurre de forma estructural a los derechos fundamentales como vectores de limitación del poder («Constraints on Power») a partir del presupuesto de que la transferencia del monopolio de la violencia al Estado no está exenta del potencial de que se abuse del ejercicio del mismo y no solo de la mano de ejemplos autoritarios o totalitarios como el régimen Nazi, sino también en democracias consolidadas como la del Reino Unido o EE. UU.(29).

Insiste en que la idea del Estado de Derecho (*Rule of Law*, *Rechtsstaat*) representa sin duda un límite indispensable pero que, en realidad, solo opone un límite de tipo más bien formal al ejercicio del

(24) Véase la síntesis de AGUILO REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, p. 669 ss., quien resume en diez tesis el cambio de paradigma positivista (legalista) al postpositivista (constitucionalista): del modelo de reglas al modelo de principios y reglas; del modelo de relaciones lógicas entre normas al modelo de relaciones lógicas y de justificación; de la correlatividad entre derechos y deberes a la *prioridad* justificativa de los derechos; del modelo de subsunción al modelo de ponderación; del modelo de oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas; de los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas; de la distinción de «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles»; de la separación tajante entre lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del mismo; de la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del derecho como práctica; y, finalmente, de «enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades».

(25) Y a la vez como representante particular de toda una corriente que puede incluirse en el neoconstitucionalismo o paradigma constitucionalista con autores, además del propio MacCormick como R. Dworkin, J. Raz, R. Alexy, C. S. Nino, L. Ferrajoli o Zagrebelsky..., como señala, PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 31.

(26) MACCORMICK, N., *Institutions of Law. An Essay on legal Theory*, Oxford, 2007.

(27) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, p. 1.

(28) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, p. 5 y p. 278 y 279.

(29) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, *op. cit.*, p. 187 ss.

poder mientras que los derechos fundamentales van a representar, en su institucionalización, los límites materiales o substanciales(30).

Rastrea retrospectivamente el pensador escocés las raíces de los derechos fundamentales a través de la época feudal y del poder soberano como inspirado divinamente que, sin embargo, acaban por evolucionar hacia una demanda de legitimidad que encuentra diversas respuestas en Hobbes, Locke o, en la misma línea del contrato social, en autores como Rousseau y posteriormente Kant, Rawls, Scanlon o Habermas(31). Pero Maccormick considera que la discusión contractualista y de derecho natural cesa en torno a la mitad del siglo xx sufriendo el embate de una aproximación utilitarista con una feroz crítica conducida por autores como Hume o Bentham y también John Austin(32).

Sitúa, en todo caso, su posición y la discusión actual en la idea de que el control del poder se realiza a partir del escrutinio que sobre el poder legislativo ejecutan los jueces basados en una Declaración de Derechos Fundamentales (*Bill of Rights*). Idea que fue resistida antes de la segunda guerra mundial, pero que acaba por imponerse definitivamente ante los acontecimientos dramáticos de dicha conflagración bélica(33).

Por tanto, entiende Maccormick, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (con sus desarrollos institucionales vía Convenciones internacionales, monitorización por los Comités de control, etcétera) y su paralelo desarrollo regional (en particular en Europa: Convención Europea de Derechos Humanos, Unión Europea, constitucionalización doméstica de los derechos fundamentales...) ha transformado definitivamente el debate sobre los derechos naturales ante la evidencia de que su positivización permite su defensa al margen de que la posición esté fundada en consideraciones más de índole contractualista (derecho natural, racional) o utilitarista. Los derechos humanos en su actual versión institucional representan, por tanto, un límite formal y substantivo al poder. El hecho de que tales derechos humanos no puedan evitar *de facto* tales abusos en todos –ni en muchos de– los casos: esto es, la evidencia empírica de abusos de los derechos por el Estado, no evita que estos se hayan incorporado definitivamente como límites substantivos a acumular al límite formal del

(30) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 190.

(31) Estos últimos con una idea menos historicista del contrato social y más asentada en modelos ideales discursivos a partir de las expectativas y aspiraciones racionales del ciudadano. MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 191 ss.

(32) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 194.

(33) MACCORMICK, N., *Institutions of Law, op. cit.*, p. 195.

principio de legalidad (*rule of law*) eso sí siempre a expensas de una interpretación en el detalle conforme a las distintas instancias de control de su violación(34).

IV. DERECHO Y MORAL

Una tal opción postpositivista en la línea de lo planteado por MacCormick diluye en cierto sentido una separación radical entre la moral y el derecho en la medida en que incorpora a aquella dentro de este(35). Parece así un corolario adherirnos a un cierto objetivismo moral cuando se trata de adoptar postura respecto de los diversos planos confluyentes en la razón práctica. Atienza sintetiza adecuadamente y defiende esta posición en la que engloba a autores como MacCormick pero también Dworkin, Alexy o Nino, destacando que, así concebido, el Derecho maximiza su potencial como instrumento de transformación social(36). El Derecho, como práctica social, no puede entenderse separada de objetivos y de valores morales y, por tanto, no cabe una distinción estanca entre moral y derecho. Tampoco ello puede significar que la una y la otra se confundan o que el Derecho deba ser considerado una rama de la moral. Sin duda el Derecho mantiene una cierta autonomía respecto de la moral, pero con puntos de contacto que aseguran que aquella ejerce una función tanto externa como interna en relación con el Derecho(37). Ese objetivismo moral «mínimo» (38) , más allá de consideraciones puramente terminológicas sobre si representa una cierta aproximación al derecho natural, funge como condición necesaria para un funcionamiento adecuado del instrumento jurídico en un Estado de Derecho en el que la moralidad ha emigrado al interior del propio Derecho a través del constitucionalismo de suerte que valores como la dignidad, autonomía, no discriminación, etc., más allá de su carácter moral y jurídico definen, en todo caso, los límites de la juricidad(39). El Derecho se articula así como un ámbito no puramente instrumental de la razón práctica que se relaciona con la moral y la política, de manera que estas últimas penetran en el derecho del Estado constitucionales garantizándose una

(34) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, op. cit., p. 197 y 198.

(35) Manteniendo la distinción, pero con ciertos puntos de contacto MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, op. cit., p. 263 ss.

(36) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 347.

(37) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 217, 218 y 193 ss.

(38) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 199 ss.

(39) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 354.

relación armónica entre ellas, pero sin que desaparezca su autonomía. La razón práctica es unitaria, pero sin fusión de ámbitos, aunque con una conexión a modo de puente: «el Derecho como un puente entre la moral y la política; pero habría que matizar que se trata de un puente que tanto une como separa» (40).

Explica convincentemente Maccormick cómo esa migración de – cierta moralidad– hacia el interior de las Constituciones en el Estado de Derecho se ha precipitado a través de la institucionalización de los derechos humanos vía el Derecho internacional. Fijándose en la evolución regional europea va trazando la cristalización de estándares desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el ámbito universal de Naciones Unidas, hasta los avances en el Consejo de Europa o la Unión Europea en cuyo seno es innegable el papel central desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. La institucionalización de los derechos humanos ha transformado definitivamente el viejo debate sobre el derecho natural de suerte que se erige en un elemento constitutivo del «orden normativo institucional», del Derecho, estableciendo límites formales (procedimentales) y substantivos al ejercicio estatal del poder(41).

V. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA PROPUESTA DE ALLEN BUCHANAN

Los «derechos humanos» son hoy en día una realidad normativa, un dato jurídico positivo pero también un fenómeno susceptible de análisis histórico, cultural, social, político, antropológico, filosófico y, en definitiva, un paradigma que puede ser abordado desde disciplinas y perspectivas científicas bien diferentes. y entre ellas, sin duda, desde un punto de vista filosófico y político, los derechos humanos pueden ser reconducidos al nuevo lenguaje de la justicia en la (post)modernidad. Una (post) modernidad que «no tiene límites» en su apuesta por la voluntad del ser humano como nuevo punto de partida frente a paradigmas más teocráticos y que encuentra en los derechos humanos –quizá– límites a esa –según expresión de resonancias nietzscheanas– «voluntad de poder»(42).

(40) ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 356.

(41) MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, op. cit., p. 195 ss.

(42) SERRANO, V., *La herida de Spinoza. Felicidad y política en la vida posmoderna*, Anagrama, Barcelona, 2011, p. 117.

Esa idea de «límite» también presente en la concepción jurídica, como ya hemos ejemplificado anteriormente de la mano de Maccormick es, sin embargo, un referente o conexión general de sentido que debe destacarse y desarrollarse, y para ello puede resultar muy fructífera la propuesta de Buchanan en su libro *El corazón de los Derechos Humanos*(43).

En efecto, siguiendo a Buchanan puede ensayarse un intento de fundamentación y legitimación (moral) de los derechos humanos que parta no ya de la idea general de los mismos, sino de un anclaje o punto de referencia más concreto: el Derecho internacional de los derechos humanos como núcleo esencial de la práctica de los derechos humanos. Se parte de que existe una práctica, real, de los derechos humanos. Dicha práctica se integra de tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por los Estados, de la actividad de los comités de control convencional de los mismos; pero también de la jurisprudencia regional de tribunales de garantías en el plano regional e internacional; de la actuación substantiva de las ONG en la materia; y de la incorporación de los estándares internacionales en la jurisdicción doméstica y el impacto de aquellos en la política doméstica e internacional(44).

Frente a esa práctica –cuyo centro es el Derecho internacional de los derechos humanos– se busca desarrollar una fundamentación funcionalista a partir de teorías pragmáticas que intentan legitimarlos con base en que los derechos humanos son instrumentos valiosos que nos ayudan a lograr ciertos fines morales. Fines entre los que están la paz, la prohibición del genocidio, el derecho individual a la existencia y a la seguridad. En todo caso, Buchanan se adhiere a una fundamentación pragmática o funcionalista que no «moralista» y muestra de ello es su tajante rechazo de la denominada «perspectiva espejo» (*mirroring view*) según la cual a un derecho humano –a todo derecho humano– debe corresponder un derecho moral prelegal(45). La justificación del sistema del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no es monista y dependiente de una fundamentación moral ligada a un sujeto moral individual. Debe ser una justificación pluralista: pluralista porque apela a diferentes consideraciones morales (no solo a derechos morales individuales, también bienes públicos o intereses colectivos) y porque se acomoda a diferentes concepciones morales como las «colectivistas» que evalúan los derechos humanos

(43) BUCHANAN, A., *The Heart of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

(44) BUCHANAN, A., *The Heart*, op. cit., p. 5 ss.

(45) BUCHANAN, A., *The Heart*, op. cit., p. 14 ss. y 50 ss.

por su aportación a las relaciones sociales (no solo, por tanto, a los derechos de las personas individuales) facilitando superar una visión crítica de los derechos humanos como expresión del «imperialismo occidental»(46).

A partir de los presupuestos expuestos, Buchanan caracteriza preliminarmente el sistema del Derecho internacional de los derechos humanos según notas definitorias del mismo. O si se prefiere, cartografía las funciones y elementos constitutivos que contribuyen, además, a su pretensión justificadora y legitimadora. Ahora nos interesan, sin embargo, en su aspecto descriptivo, algunas de las funciones que se atribuyen a ese sector del Derecho internacional(47). y en concreto destacan dos: la función igualitaria y la función de aseguramiento.

La función igualitaria o de estatus igualitario se cifra en la firme determinación del sistema para afirmar y proteger el estatus moral de igualdad de todos y cada uno de los individuos. Afirmación que se condiciona en la operatividad real del sistema según cinco aspectos clave: adscripción universal o inclusiva de los derechos (no solo para hombres, o para blancos, o para las denominadas gentes civilizadas, o creyentes, o aquellos que resulten de utilidad para la sociedad...); igualdad de derechos para todos en un sentido fuerte (mismos contenidos, mismas obligaciones, mismas condiciones de derogación...); obligación de los Estados de hacer efectivos tales derechos sin distinciones arbitrarias; igualdad ante la ley (incluidos los aspectos procesales de defensa de los derechos frente a violaciones sin discriminación); y, finalmente, derecho a la no discriminación por razones de raza o género (tanto frente a la discriminación legal como frente a prácticas de particulares) que no se restringe a casos de cierta gravedad que puedan afectar a las necesidades básicas de cada persona con un daño relevante, sino a todo tipo de discriminación en un sentido más amplio. Estas cinco dimensiones apuntan no ya a asentar un estatus de igualdad meramente distributiva (en la distribución de recursos y oportunidades) sino a algo más profundo: la noción de una igualdad esencial(48). El sistema del Derecho internacional de los derechos humanos, su *praxis*, apunta tendencialmente a algo más que a proveer un listado de derechos para posibilitar que las personas puedan condu-

(46) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 50 ss., 249 ss. y *passim*.

(47) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 23 ss. Las notas características serían la de limitar la soberanía (de los Estados); la adscripción de obligaciones; su pretensión de supremacía; la idea básica del sistema y, finalmente, la función de estatus igualitario, por un lado, y la función de bienestar, por el otro. A estas dos últimas funciones se va a dedicar la atención en lo que sigue.

(48) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, pp. 28 ss.

cir su vida con un mínimo de dignidad y decencia. Más allá de procurar la igualdad nominal, formal, debe también articular prohibiciones de conducta que puedan relegar a determinados grupos a un estatus de inferioridad por más que posean en teoría determinados derechos. No se trata simplemente de garantizar una vida digna de mínimos, sino de asegurar su efectividad velando por un estatus fuerte de igualdad real, que no permita una suerte de asimetría esencial en el estatus según grupos(49).

En realidad, se está aludiendo a la función de promoción real y efectiva del principio de igualdad con el despliegue correlativo de la tutela antidiscriminatoria que debe reparar no solo en estándares formales o nominales de derechos ante la ley. Se debe compensar la asimetría de estatus neutralizando también los obstáculos reales (históricos y actuales) que impiden *de facto* que los grupos menos favorecidos puedan elevar sus estándares de bienestar sin techo en una tal aspiración (no solo un «mínimo» de dignidad para algunos sino lo «máximo» posible para todos). Todo ello, más adelante, debería influir en una actitud básica –también en Derecho penal– que endose la necesidad de reforzar una perspectiva garantista, pero que incluya también una actitud proactiva y porosa a las obligaciones positivas –y no meramente prohibitivas– a la hora de concebir la política criminal. Todo ello enlaza también, con la segunda función de aseguramiento o bienestar (*well-being function*).

La segunda función, como su mismo nombre indica, parece apuntar también a la filosofía inherente al Estado Social o Estado del bienestar. Buchanan, en efecto, hace una relectura desde el nacimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 hasta el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, como algo más que una mera prohibición de daños que pudieran ser infligidos por los Estados a sus ciudadanos y destaca la obligación de proveer condiciones positivas de desarrollo (derechos económicos sociales tales como la seguridad social, derechos laborales al descanso, derecho a la vivienda, alimentación, educación, salud...)(50). De una actitud de derechos-defensa frente al abuso estatal: esto es, frente a la no interferencia del Estado en ámbitos de libertad, parece querer destacarse la función de intervención para remover obstáculos en el disfrute y aseguramiento de los derechos.

Las funciones señaladas del sistema del Derecho internacional de derechos humanos, de su *praxis*, no dejan de ser una abstracción de ideas directivas que apuntan a las dos primeras generaciones de los

(49) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, pp. 31.

(50) BUCHANAN, A., *The Heart, op. cit.*, pp. 31 y 32.

derechos humanos: los derechos (defensa) civiles y políticos y, por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales como suelo existencial para poder desarrollar las libertades. No debe por tanto extrañar que el propio Buchanan en la caracterización del sistema aluda particular y expresamente a la importancia de su desenvolvimiento mediante la imposición no solo de prohibiciones de interferencia en las esferas de libertad sino también a través de obligaciones positivas de actuar tanto a los Estados como, en su caso, a otros agentes (organizaciones internacionales) y finalmente incluso a corporaciones (privadas) globales(51).

La contribución de Buchanan, desde nuestro punto de vista, resulta especialmente adecuada dado su afán por legitimar (justificar) moralmente la teoría de los derechos humanos proponiendo, para ello, un acercamiento que trata el objeto de reflexión –los derechos humanos– como una práctica social y jurídica y no como elementos morales desconectados del Derecho positivo. Su referencia al Derecho internacional de los derechos humanos como realidad jurídica, vinculante en términos legales e institucionalizada, permite incorporar un análisis de las funciones que debe cumplir tal sistema. Aunque tal análisis funcional es parte de una pretensión legitimadora fundada moralmente y, por tanto, que va más allá de la propia del Derecho, su análisis descriptivo permite iluminar algunos vectores substanciales que orientan (*de facto*) y que deberían orientar (idealmente) el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos y su práctica y que permiten caracterizarlo. Esa caracterización puede filtrarse e incorporarse, «migrarse», al seno de una reflexión conceptual del derecho y, también, del Derecho penal y su método en la que, como veremos más adelante, el Derecho internacional de los derechos humanos debería jugar un papel central de orientación axiológica(52). El esquema de Buchanan, protegido de con-

(51) BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 24 ss.

(52) En el mismo sentido de acogerse a los derechos humanos como marco referencial partiendo de la reflexión en torno al bien jurídico pero con consecuencias para la concepción toda del Derecho penal véase la profunda y fructífera reflexión de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 40 ss., 74 ss., y 88 ss. (y *passim*, en la medida en que la propia monografía se endereza precisamente a una construcción y fundamentación del Derecho penal a partir del marco referencial axiológico de los derechos humanos). La autora, no obstante, opta por una fundamentación (p. 103 ss.) y concepción de los derechos humanos (p. 99 ss.) que sirviéndose de la caracterización de Alexy como punto de partida enriquece y matiza la nota de universalidad de tales derechos de forma que facilita su posterior «recogida» en su correlación con los bienes jurídicos individuales y colectivos y las generaciones (primera, segunda...) de los derechos humanos. Al tiempo que también incorpora el necesario principio de realidad siguiendo a Reyes Mate (y W. Benjamin) como universalidad negativa de los dere-

fundir la moral y el derecho, sirve y habilita una inserción minimalista de la justificación moral del sistema (internacional de los derechos humanos): de su contenido mínimo garantizado –y justificable en términos morales– que asegura el adecuado «punto de contacto» entre el Derecho (penal e internacional de los derechos humanos) y su vocación de justicia incorporada según esquemas postpositivistas. Buchanan con su propuesta, por ejemplo, de evitar el paradigma justificador en «espejo» o con la identificación de las funciones de bienestar y estatus igualitario, está proveyendo vectores para racionalizar la discusión de contenidos *ad intra* del Derecho a la vez que permite una justificación última *ad extra* (desde la moral y la política) de cierta apertura pluralista. y ello como debe corresponder a un Estado constitucional cuyo suelo último en la Justicia no puede ser disuelto en un puro positivismo. Las propuestas de Buchanan podrían ser tomadas, a un cierto nivel de abstracción, como «principios éticojurídicos»⁽⁵³⁾ que orientan los contenidos axiológicos que volcar en el sistema penal en nombre del Derecho internacional de los derechos humanos y su *praxis*.

VI. SISTEMA INTERNO ABIERTO Y MULTINIVEL

Siguiendo a Larenz los principios éticojurídicos o teleológicoobjetivos de interpretación son ideas jurídicas materiales que en virtud de su propia fuerza de convicción pueden justificar resoluciones jurídicas y que representan «acuñaciones especiales de la idea del Derecho tal y como esta se presenta en su grado de evolución histórica» (54). Tales principios pueden estar formulados expresamente en la Constitución u otras leyes o pueden ser deducidos o descubiertos por la doctrina o la jurisprudencia. Como es conocido, a la identificación de tales principios debe seguir su concretización que puede dar lugar a la elaboración de otros subprincipios que acaban por integrar un «sistema interno» en el que las diferentes ideas directivas conforman un todo

chos humanos que llevaría a asumir la causa de los desempoderados, los desiguales, desde dentro del sistema: muy en la línea, así lo entendemos nosotros, de colocar en el centro de las funciones del Derecho internacional de los derechos humanos el principio de igualdad real del Estado social tal y como el propio Buchanan indicaba. Asumir la asimetría real, de los «perdedores de la historia» como punto de partida y transformarla en términos de justicia es un punto clave al que luego habremos de volver lo mismo que a las cuestiones de fundamentación (explicativo-existencial, discursiva) apuntadas por la autora.

(53) LARENZ, K., *Metodología*, *op. cit.*, p. 465 ss.

(54) LARENZ, K., *Metodología*, *op. cit.*, p. 465 ss. y 331 ss. y 418 ss.

armónico con cierto orden⁽⁵⁵⁾. En todo caso dicho sistema interno es abierto: tanto en el tipo de armonía –o relación– que se puede dar entre los principios, como en la incorporación de otros nuevos a impulso de los avances de la doctrina y la jurisprudencia, reflejando en su evolución el estado de la idea del derecho conforme al momento histórico. La irrupción de principios o ideas directivas totalmente novedosas es más bien la excepción frente a una evolución de las concretizaciones o valoraciones a un nivel inferior o más atenuado. La misión del sistema científico –insiste Larenz– es precisamente «hacer visible y mostrar la conexión de sentido inherente al orden jurídico como un todo con sentido. A ello sirve el descubrimiento de los principios directivos y su concretización en los contenidos regulativos»⁽⁵⁶⁾. Por supuesto ello no exime de contradicciones de valoración al sistema que puede estar sometido en diversos sectores de regulación a momentos de evolución diferentes. Las contradicciones valorativas o, añadimos nosotros, su falta plena de ensamblaje, están lógicamente sometidas a un proceso de acompasamiento que puede tardar en precipitarse. Una valoración distinta en un sector parcial del orden jurídico no tiene por qué «tener éxito»⁽⁵⁷⁾ inmediato en otro sector de suerte que los «efectos a distancia»⁽⁵⁸⁾ desde un sector a otro se pueden ir produciendo con más o menos intensidad y con mayor o menor velocidad en el tiempo. El sistema interno está así abierto a una expectativa de renovación, concretización y ajuste permanente, inacabado e inacabable⁽⁵⁹⁾.

La fuente de incorporación de nuevos principios y de contenidos valorativos renovados deberá buscarse a partir del marco constitucional, pero este no deja de suponer también una referencia lo suficientemente abierta como para que sean finalmente los razonamientos de filosofía jurídica los que puedan articular estándares intersubjetivos de renovación axiológica⁽⁶⁰⁾. Como habremos de comprobar en lo que sigue, el cruce y la interrelación entre la dogmática jurídicopenal y la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos; de sus principios y valores subyacentes, deberán contribuir a generar los estándares de renovación. Esa renovación no se producirá, no obstante, «de arriba abajo» sino en sentido opuesto. Como indicara en su momento Gimbernat ante la disyuntiva entre la tópica (aproximación

(55) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 465 ss.

(56) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., 1994, p. 479.

(57) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 480.

(58) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 480.

(59) LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 481.

(60) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, op. cit., p. 177 ss.

al problema) y el sistema se impone una solución de compromiso que parta de los problemas(61), del estudio de los casos y de la jurisprudencia (sobre todo, a nuestros efectos, de la de los derechos humanos) para poder ir «experimentando» la «resistencia de la cosa» y renovar dialógicamente, discursivamente, el edificio sistemático(62).

Ese proceso de concretización aludido en un sistema abierto y fragmentario podría reformularse en nuestro caso como la necesaria intensificación del diálogo entre la dogmática jurídico penal y el Derecho internacional de los derechos humanos. Un diálogo que puede tener como puntos de referencia esenciales una reformulación o ajuste de los principios del *ius puniendi* fruto de considerar también los principios subyacentes al Derecho internacional de los derechos humanos a la búsqueda de una mutua fertilización en los diversos niveles; pero no solo. Ese diálogo puede y debe darse también entre los fines del Derecho penal y sus instrumentos (teoría de los fines de la pena) y los fines del Derecho internacional (incluido el penal internacional) de los derechos humanos. Todo ello debería repercutir, lógicamente, en la propia teoría del delito y, finalmente, en la Parte Especial del Derecho penal, en los modos de reconocer y disponer sistemáticamente los grupos de delitos y la plasmación interpretativa de los ámbitos de prohibición de la norma.

Pero en este momento debe precisarse que, para ese diálogo, el referente del Derecho internacional de los derechos humanos debe explicitarse, en realidad, a una acogida del mismo a través de su con-

(61) GIMBERNAT, E., *Concepto y método*, op. cit., p. 106, cuando insiste después de presentar la obra seminal de VIEHWEG (p. 103 ss.), que no se trata solo de pensar sistemáticamente y problemáticamente, sino que «el punto crucial es [...] por dónde se empieza».

(62) La integración y el diálogo entre la jurisdicción penal y su jurisprudencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros pronunciamientos de organismos de monitoreo de los derechos humanos –a nivel regional y universal– sientan la base sobre la que la doctrina puede contrastar sus propuestas de resolución de los diferentes problemas interpretativos que, en su caso, en una visión global, van haciendo girar los engranajes de modificación y renovación de los valores y principios que vertebrarán el edificio sistemático. En ese ocuparse de la jurisprudencia y dialogar consiste el «experimento» al que hacía ya referencia GIMBERNAT, E., *Concepto y método*, op. cit., p. 123. Experimento que va obligando a probar las teorías y las construcciones doctrinales y que va así venciendo la «resistencia de la cosa» mediante la progresiva consideración crítica de los distintos puntos de vista en aras a superar la pura subjetividad. Esa «suprasubjetividad», fruto al fin y a la postre de un proceso discursivo dialógico, es la que permite alcanzar un marchamo de cientificidad que no es «exactitud» ni «objetividad» ni «verdad» en los mismos términos que en las ciencias naturales, sino soluciones fundamentadas –defendibles– como garantía de exclusión de la arbitrariedad (p. 115 ss. y pp. 117 y 118, y pp. 118 ss.).

cretización en el denominado *multinivel*(63). Como es conocido el artículo 10.2 de la Constitución española (CE) es un punto clave de enlace del ordenamiento jurídico interno con el Derecho internacional de los derechos humanos cuando indica que «[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Se trata esta de una regla capital de interpretación sobre las disposiciones de derechos fundamentales que enriquece formidablemente su proceso hermenéutico(64) y que remite a una armonización de las diferentes variantes de interpretación *conforme* (a los tratados internacionales de los derechos humanos pero también al Derecho de la Unión Europea) y también necesariamente a un diálogo judicial (principalmente, en nuestro caso, entre el Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la UE(65)) en la concretización de los derechos fundamentales.

Como indica Arzo una correcta intelección del artículo 10.2 de la Constitución implica considerar a esta última no como norma de máximos sino de mínimos en materia de derechos fundamentales. En simetría material con el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 10.2 CE debe entenderse también que revela una autocomprensión como norma de mínimos. Pero no solo eso. Más allá del recordatorio «latente» en la propia Carta Magna de que la protección de los derechos humanos o fundamentales no es excluyente respecto de otros sistemas de protección, el artículo 10.2 CE alberga un «contenido expreso o activo, relativo a la obligación de interpretación conforme» (66). y ello se cifra en un supuesto de hecho y su correspondiente consecuencia jurídica. El supuesto de hecho se refiere a una operación de interpretación *con-*

(63) En la misma línea aboga también por una reorientación de la dogmática jurídica penal hacia los derechos humanos entendidos a partir de ese multinivel VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, pp. 57-58. Sobre el concepto de multinivel véase, por todas, solo, FREIXES, T., «El diálogo entre tribunales en el marco europeo», en *Cuadernos Constitucionales*, núm. 1, 2020, p. 67 ss.

(64) ARZO SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014, p. 159 ss.

(65) MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 235 ss.

(66) ARZO SANTISTEBAN, X., *La concretización*, *op. cit.*, pp. 260 y 261.

forme en la que se constate que la tutela internacional de un derecho humano (teniendo en cuenta los tratados internacionales ratificados, pero también el derecho institucional y la jurisprudencia de interpretación: esto es, el conjunto del Derecho internacional de los derechos humanos con sus fuentes de interpretación(67)) es superior a la dispensada por la Constitución en el derecho fundamental correspondiente. En la comparación de estándares se produce esa protección mayor deducible del bloque de interpretación conforme. y así establecido el supuesto de hecho lo más característico o singular, según Arzoz, es la consecuencia jurídica que no se limitaría al mero reconocimiento del principio de mayor protección, sino a que debe entenderse que «[...] en virtud del artículo 10.2 CE, verificado el supuesto de hecho, el estándar superior se vierte inmediatamente en el contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental correspondiente»(68). La interpretación propuesta señala al Tribunal Constitucional como el actor clave quien, a través de su jurisprudencia, deberá canalizar la incorporación de estándares superiores. y ello será un deber no una posibilidad a disposición: detectado en operación interpretativa el mayor estándar este debe volcarse, debe incorporarse. De esta manera la función de interpretación conforme es doble: de actualización permanente del contenido de los derechos fundamentales de la Constitución, por una parte, y, por la otra, de coordinación interna de la interpretación de dichos derechos con el estándar internacional de tutela de los derechos humanos. El artículo 10.2 CE garantiza así que el Estado constitucional de Derecho tienda a coincidir con el «[...] Estado internacionalmente limitado por el Derecho internacional de los derechos humanos».(69)

Retengamos una idea fundamental: la referencia al estado de interpretación del Derecho internacional de los derechos humanos es un punto de comparación estructural que debería estar presente también en la reflexión doctrinal(70). En la fijación de los fines del

(67) Véase *supra*, apartado V, la concepción de que partimos adhiriéndonos a la propuesta de BUCHANAN cuando identifica –y define– en el mismo sentido el núcleo de la *praxis* de los derechos humanos. BUCHANAN, A., *The Heart*, *op. cit.*, p. 5 ss.

(68) ARZOS SANTISTEBAN, X., *La concretización*, *op. cit.*, p. 261.

(69) ARZOS SANTISTEBAN, X., *La concretización*, *op. cit.*, p. 261.

(70) MALBY, S., *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Routledge, London/New York, 2020, p. 3, reclama esa aproximación sistemática sobre todo con la vista puesta en la teoría de la criminalización y dedica su estudio precisamente a explorar hasta qué punto cabe obtener réditos de una intersección – en su opinión no acometida de forma extensa ni sistemática hasta la fecha– de la ciencia del Derecho penal y de la doctrina del Derecho internacional de los dere-

Derecho penal y de la pena; en la fijación de los principios del *ius puniendi* como límite a su ejercicio; en la teoría del delito y de los fines de la pena; en la actividad interpretativa de delimitación de las esferas de libertad y de los contenidos legítimos de prohibición; en la labor de establecimiento de los límites y reglas de conflicto entre derechos fundamentales en juego. En todos esos campos también el penalista debería ayudar a facilitar que las cadenas argumentales sean luego susceptibles del filtro de constitucionalidad en una interpretación conforme. O si se prefiere: una mayor integración del discurso del Derecho internacional de los derechos humanos a los distintos niveles de la actividad científica de la doctrina penal será un facilitador de la integración del estado de interpretación de los límites del *ius puniendi* fundado tanto constitucional como jurídicointernacionalmente en la medida en que este último nivel deberá acabar por ser volcado en su jurisprudencia de control por el Tribunal Constitucional.

Evidentemente, debe añadirse que el habernos focalizado en el Tribunal Constitucional como elemento clave de engarce a partir del cual ordenar la confluencia del multinivel, no debe en ningún caso generar el efecto de que las ramas no dejen ver el bosque. Será la propia jurisdicción ordinaria, en nuestro caso particularmente la penal, la que deberá, en primer lugar, y fundamentalmente, activar la aplicación directa de los derechos. Como es conocido en el nuevo paradigma del neoconstitucionalismo la re-materialización de la Constitución a través de los derechos fundamentales –y de estos a la luz de los estándares internacionales– son un material de directa aplicación por el juez ordinario y otros operadores jurídicos. La pesada maquinaria jurídicopenal y su inercia histórica debe dejarse penetrar a todos los niveles por una jurisdicción no solo concentrada sino difusa que encontrará en esa interpretación conforme una técnica imprescindible para que el multinivel empiece por la base y por la solución de los problemas en instancia y acabe, en su caso, cerrándose en la cúspide en aquellos casos más controvertidos(71).

chos humanos. También, entre nosotros, por todos, la magna obra de VIVES ANTON, T., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, *passim* y p. 688 cuando aboga expresamente por la reconstrucción del sistema a modo de «refugio» de la individualidad y la dignidad frente a los riesgos globales a través de los derechos fundamentales de la Constitución «[...] en la medida en que cabe universalizarlos y entenderlos como derechos humanos».

(71) PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

VII. ALGUNOS NIVELES DE CONFLUENCIA

En este punto vamos únicamente a sugerir cómo se debería desenvolver la propuesta acabada de realizar de integrar más sistemáticamente la reflexión jurídicopenal con la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos con vistas a facilitar su volcado en sede jurisdiccional. Para ello vamos a partir de una concepción dogmática del Derecho penal teleológicofuncional moderada que acentúa la tradición metodológica neokantiana, pero se afana por racionalizar y concretar la dimensión axiológica en la construcción del sistema. Voluntad de racionalizar un sistema abierto que buscará las referencias de valor a partir de un funcionalismo garantista (dirección moderada)(72) que pretende cruzar la perspectiva polítocriminal con la atención a los principios y valores ínsitos en la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos.

1. Fines del Derecho penal y derechos humanos

Es conocida y de general aceptación doctrinal la imposibilidad de establecer la función del Derecho penal sin tener en cuenta el modelo jurídicopolítico subyacente. La vinculación axiológica entre dicha función (y la de sus instrumentos como la pena o la medida de seguridad) y la función del Estado —obviamente dependiente del modelo jurídicopolítico en que este se articula—, es un punto de partida indispensable para asegurar la razonabilidad y racionalidad del debate y para hacer transparentes los puntos de partida(73). Esa vinculación axiológica que va a ir proyectándose no solo sobre la función del conjunto del edificio del Derecho penal sino, también luego, en cascada, sobre los fines de la pena o sobre la teoría del delito, está también latente en la propia concepción de los fines del Derecho penal como algo que, acogiéndonos a los planteamientos de Callies(74), debe seguir reivindicándose de forma autónoma respecto de la discusión

(72) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, op. cit., p. 107 ss.

(73) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 79 ss., 100 ss. y 113 ss.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 15 ss.

(74) CALLIES, R. P., «Die Strafzwecke und ihre Funktion», en Britz, G.; Jung, H.; Koriath, H., y Müller, E. (hg.), *Grundfragen staatlichen Strafsens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2001, p. 102 y 99 ss.

concreta sobre los fines de sus instrumentos principales (pena y medidas de seguridad)(75).

Asumiendo ese punto de partida igualmente parece oportuno subrayar la necesidad de plantear la discusión sobre la función del Derecho penal a partir del derecho positivo (y no de ciertos presupuestos metafísicos) conectando todo ello con la realidad de los procesos sociales. La teoría del Derecho penal positivo debe anclarse en la teoría de la estructura de los sistemas sociales y, en concreto, la propia estructura de la norma penal deberá estudiarse a la luz de su integración en el sistema social. Sigue pareciendo válido, por tanto, establecer los argumentos en torno a la función del Derecho penal positivo en el marco de las mutuas expectativas que se crean entre el sujeto activo, el sujeto pasivo y el Estado (ego, alter y tercero). El Derecho penal se concibe, así, como una acción comunicativa más que se desenvuelve en la estructura social y que participa por ello de esa misma lógica (76).

Las expectativas sociales que tenga cada sujeto concernido deben poder articularse, no obstante, con una mayor atención a los contenidos normativos provenientes también del derecho (positivo) internacional de los derechos humanos y, no solo, del derecho (positivo) penal y, todo ello, mediado por la concretización constitucional en los distintos niveles. La estructura comunicativa de la norma penal, por tanto, recrea un espacio en el que reconstruir de forma dinámica y permanente (función de «regulación» y no de mera «conducción» de procesos sociales(77)) no solo la función de prevención sino sobre todo la idea de «límite»(78). La norma penal(79) aspira así también a configurar y controlar el proceso de fijación de límites en las distintas direcciones:

(75) MIR PUIG, S., *Introducción*, op. cit., p. 48 ss. y 69 ss.

(76) MIR PUIG, S., *Introducción*, op. cit., p. 70.

(77) La «conducción» implica una dirección ciega que no atiende ni se basa en los resultados obtenidos; la regulación, en cambio, implica en nuestro caso un proceso normativo en el que los resultados se pueden integrar dinámicamente de tal manera que cabe la reconfiguración de todo el proceso normativo según se vayan ajustando los comportamientos de los intervinientes posibilitando, de esa forma, un reajuste (*Rückkopplung*) de las expectativas. MIR PUIG, S., *Introducción*, op. cit., p. 71.

(78) MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 102 destaca la función de «prevención limitada».

(79) Asumimos una concepción imperativa de la norma (tanto de la primaria dirigida al ciudadano y a su proceso de motivación para hacer efectiva la prohibición, como de la secundaria que, a través de la amenaza de la pena refuerza aquella) que facilita y enlaza fluidamente con la función de prevención de delitos (antes que retributiva) asignada al Derecho penal y a la pena. y ello en el entendido de que la norma, también, presupone valoraciones que –más allá de las normas en sentido estricto– acaban por ejercer una función de límite en la propia vocación preventiva. MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 75 ss.

así respecto del mensaje normativo dirigido al conjunto de la ciudadanía y de la reacción contra el sujeto activo por defraudar la expectativa de respeto a las prohibiciones –o mandatos– jurídicopenales; o respecto al sujeto pasivo para proteger –y promover– su existencia y espacios de libertad y autodeterminación (protección –limitada– de bienes jurídicos); y hacia el Estado como garante –reactivo o proactivo– de todo ello. Un Estado, por cierto, que debe ser considerado no ya el punto de cierre del triángulo en términos de articulación de expectativas únicamente en el ámbito de la jurisdicción doméstica, sino de un Estado que se ve concernido a ejercer el *ius puniendi* también como miembro de la Comunidad internacional en la que, cada vez más, la tutela de bienes jurídicos nacionales, regionales o internacionales no admite fronteras(80). El mensaje preventivo que la norma canaliza y que el Estado tutela institucionalmente, establece las expectativas de forma abierta también a bienes jurídicos colectivos (supraestatales, universales) en los que el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional refuerzan su

(80) FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2022, p. 47, aboga por hacer frente a la macrocriminalidad y a los crímenes de sistema con una respuesta institucional a la altura: a saber, un «[...] sistema de límites y vínculos normativos a los poderes globales que únicamente puede provenir de la ampliación del paradigma del constitucionalismo rígido a las relaciones de mercado y a las relaciones internacionales». Este desiderátum cuenta, por el momento, con la inserción de los Estados en la Comunidad internacional organizada a través de la ONU y la fuerza centrípeta que esta pueda ejercer al establecer estándares de protección vía el Derecho internacional de los derechos humanos. Este proceso dinámico adscribe un rol a cada Estado que, abierto al multinivel, debe articular las expectativas y sus garantías teniendo en cuenta la dimensión planetaria. Todo ello en favor de una imagen de ciudadanía más amplia que la estatal a la hora de concebir las expectativas mutuas entre los destinatarios de la norma. Véase, al respecto, también, la reflexión de ZAMBRANO, P., «Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, p. 197 ss. y pp. 205-206, cuando en su estudio a la búsqueda del modelo de ciudadano subyacente al sistema penal identifica y defiende la opción metodológica de despliegue del análisis multinivel «[...] que integra el discurso penal español con niveles discursivos más amplios, a saber, el discurso constitucional español, los discursos regional e internacional de los derechos humanos [...]». Nos interesa antes que la reflexión concreta respecto de la obra en que se inserta, ese angular de fondo que va más allá de una concepción del «ciudadano universal» (PEREIRA GARMENDIA, M., «El ciudadano «universal»», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, *passim*) como ligado a aspectos concretos del Derecho penal internacional y que atraviesa, más allá, la reflexión del conjunto (*op. cit.*, p. 211 ss.).

presencia. La prevención y sus límites, en todo caso, afectan estructuralmente a los sujetos concernidos, y al propio espacio de comunicación y de articulación del mecanismo jurídicopenal.

El Derecho internacional de los derechos humanos, siguiendo a Buchanan, como núcleo de su práctica(81) es un dato positivo, positivado en este momento histórico, pero no «positivista». A ese respecto compartimos, en parte, el planteamiento de Alonso Álamó cuando reivindica en sus trabajos que los «[D]erechos humanos afirmados, o que pueden ser afirmados, en la historia –de primera, segunda o tercera generación– proporcionan la primera base –o marco referencial– [...]»(82). No obstante, la citada autora afirma a continuación que un tal marco referencial se identifica no tanto con un reconocimiento legislativo sea de índole constitucional o plasmado en declaraciones internacionales de derechos «[...] sino [con] la realidad conquistada dinámicamente en la historia» (83). A nuestro juicio, sin embargo, no hay tal contradicción entre la referencia jurídicopositiva al Derecho internacional y la consideración más historicista de los derechos humanos como una suerte de acumulado en la historia, dinámico, en movimiento, cuyos contenidos deberían irse identificando también de manera discursiva(84). y es que el Derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que Derecho internacional, participa de sus fuentes entre las que más allá de las Convenciones o Tratados, la costumbre internacional juega un papel esencial. Costumbre que se caracteriza, como es conocido, por un proceso de cristalización que es evolutivo y permite la generación de nuevo derecho de manera dinámica(85). La referencia «positiva» al Derecho internacional de los

(81) BUCHANAN, A., *The Heart*, op. cit., p. 5 ss.

(82) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 43, en este punto en el desarrollo argumental para tomar posición sobre una concepción material de bien jurídico y a la vez procedimental que los restrinja discursivamente dentro del marco referencial de los derechos humanos.

(83) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 43 y también p. 96 cuando señala que tal referencia a los derechos humanos no implica «[...] situar en la base del concepto de bien jurídico los derechos humanos en tanto [sic] reconocidos por las Convenciones internacionales de derechos».

(84) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 44 y 107.

(85) Función que además resulta más crucial si cabe en el sector más cercano al *ius puniendi* doméstico como es el Derecho penal internacional en el que las definiciones de los crímenes internacionales en sentido estricto dependen incluso en mayor medida de que los comportamientos lesivos de bienes jurídicos que afectan al conjunto de la comunidad internacional representen antes que nada la infracción de normas de Derecho internacional consuetudinarias además de las normas contenidas en

derechos humanos como núcleo de su *praxis*, por tanto, nos remite a un «descubrimiento del derecho»⁽⁸⁶⁾ abierto a la actualización de los estándares históricamente asentados o afirmados y, al mismo tiempo, abierto a su renovación por el advenimiento de nuevas generaciones de derechos o de contenidos de los respectivos estándares⁽⁸⁷⁾. Un manejo adecuado de las fuentes en la fijación dinámica de los estándares de derechos humanos garantiza una discusión discursiva, dialógica, en la que el diálogo de tradiciones y discusión de argumentos va generando las bases que cristalizarán en nuevos estándares, más adecuados a los nuevos problemas, actualizando las pretensiones de justicia. De esa masa jurídica por tanto se irán estableciendo los criterios de ordenación y, en última instancia, los principios y directrices valorativos esenciales a contrastar con los propios y tradicionales del Derecho penal.

Sobre esa base, como más adelante se insistirá, la doctrina del Derecho internacional de los derechos humanos está en disposición, además, de volcar en sede penal directrices valorativas en línea con su doble función de «escudo» y «espada»⁽⁸⁸⁾. Lenguaje tradicional, y

Tratados (que normalmente –pero no necesariamente– codificarán a su vez normas consuetudinarias). CASSESE, A., *Cassese's International Criminal law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 20.

(86) Esa «invención» (*inventio*) del derecho de la que habla la tópica cuando el jurista se enfrenta con los problemas y los casos. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 48 y 52.

(87) Sin dejar de tener en consideración, además, el carácter de cierre de las fuentes que tienen los principios generales del Derecho (como categoría común al ámbito interno e internacional) y su potencial fundamentador de la propia disciplina del Derecho internacional. PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2016, p. 67 ss. y p. 38 ss., quien, en su aproximación metafísica a la concepción de la disciplina, opta por una fundamentación «[...] iusnaturalista en su dimensión antivoluntarista» (p. 38) que remite a su vez a una concepción humanista que se cifra en los «fines humanos» y en la centralidad de la persona como elemento esencial para justificar la obligatoriedad de un orden internacional que en definitiva debe servir a la personas y sus derechos fundamentales (p. 39). Iusnaturalismo que más bien reformula siguiendo a García de Enterría y la conocida obra de *Theodor Viehweg* (*Tópica y Jurisprudencia*) de suerte que se rechaza una suerte de concepción del Derecho internacional como «orden abstracto», como un sistema de axiomas del que derivar las soluciones y se reconduce al reconocimiento de los principios generales como nodos valorativos que pueden ayudar a resolver constelaciones de casos (p. 39). En la línea, en definitiva, a nuestro juicio, de la concepción de LARENZ de los principios éticojurídicos o teleológicoobjetivos de interpretación como «acuñaciones especiales de la idea del Derecho tal y como esta se presenta en su grado de evolución histórica». LARENZ, K., *Metodología*, op. cit., p. 465 ss. y 331 ss. y *supra*, punto 8.

(88) Véase el trabajo seminal de TULKENS, F., «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», en *Journal of International Criminal*

quizá con excesivo tono belicista, que apunta a las demandas tanto de protección de espacios de libertad frente a una eventual interferencia estatal vía *ius puniendi* como, desde la otra cara de la moneda, a las obligaciones o demandas positivas de incriminación como tutela de derechos y espacios de libertad para la ciudadanía. Esa doble función articula así el marco referencial de los derechos humanos(89) como un conjunto normativo que puede asimismo orientar la necesaria selección de objetos de tutela y conformación de límites en simbiosis –y como complemento– al acervo tradicional de la doctrina penal. Desde el punto de vista de los fines del Derecho penal, la prevención limitada combina la prevención general positiva (idónea para embriar adecuadamente la función «espada» de los derechos humanos) con la prevención general negativa (correlato de la «función escudo» de los derechos humanos) a la hora de ir equilibrando las expectativas recíprocas de protección de acuerdo con el punto de partida de que la igual dignidad humana, como piedra angular del sistema, demanda un tratamiento del destinatario de la prohibición jurídicopenal como persona –y no como objeto ni enemigo–(90); de la misma manera que las

Justice, núm. 9, 2011, p. 577 ss., en el que se expone la doble función que los derechos humanos despliegan respecto del Derecho penal del que demandan tanto protección como contención o neutralización de sus efectos. Se trata de la función ofensiva y defensiva que, al mismo tiempo, precipitan los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos cuando, en sus efectos, deslegitiman actuaciones punitivas (de excesiva criminalización o de aplicación arbitraria, desproporcionada...) defendiendo los derechos de los destinatarios de las consecuencias penales mientras que, en otras ocasiones, precisamente se reclama protección de los derechos humanos en forma de una política criminal y una aplicación del Derecho penal efectiva.

(89) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 44, en su defensa de una concepción material y procedimental (discursiva) del bien jurídico alude al marco referencial de los derechos humanos como «[...] vinculante para el legislador y apto tanto para establecer límites negativos como para orientar positivamente la intervención».

(90) El destinatario de la norma primaria, el acusado, el condenado, el interno en prisión que cumple pena privativa de libertad son sujetos de derecho(s humanos). Las fases legislativa, judicial y de ejecución de la pena, de acuerdo en lo esencial con la teoría dialéctica de la unión de Roxin (ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, Beck, München, 2020, p. 151 ss.; con los matices de MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 96 ss. y 105 ss.) posibilitan un juego diferenciado de los fines de la pena con contención y equilibrios internos según el rol del sujeto destinatario. Ello debería, por cierto, reformular –y reforzar– la primacía del fin de resocialización en la fase de ejecución de las penas –en particular de la pena de prisión– como instrumento de construcción de ciudadanía: la persona presa como ciudadano y sujeto de derechos humanos (ASÍ VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 69 ss.; y LANDA GOROSTIZA, J. M., «Fines de la pena en fase de ejecución peniten-

expectativas de la víctima deben marcar también, pero limitadamente, los criterios políticocriminales de intervención con vocación victimocéntrica sin que sea aceptable su desaparición ni olvido. En el nivel de la teoría de los fines de la pena, el conjunto de estándares internacionales de protección de los derechos humanos del acusado, del condenado, del interno en prisión; pero también el conjunto de estándares de derechos humanos de la víctima y su estatuto jurídico, deben acompañar el diseño y los modos de materialización del instrumento penal en el despliegue de su función. El Estado en el ejercicio del *ius puniendi* debe también generar expectativas y construirlas desde la «contención», desde el «límite»: incorporando los principios del *ius puniendi* y moderando su actividad a todos los niveles según los límites del Estado social y democrático de Derecho actualizado según los estándares (positivos) del Derecho internacional de los derechos humanos volcados en la concretización de los derechos fundamentales concernidos.

Una concepción, en definitiva, del Derecho penal mínimo que se cifra, según la conocida y lúcida propuesta de Ferrajoli (91), en la minimización de las violencias (del delito y de la respuesta informal o arbitraria, desproporcionada contra el reo) y maximización de los derechos (del sujeto activo y pasivo) (92), entronca fluidamente con esa idea de «límite», como frontera terminológica de acoplamiento de

ciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 18, 2017, p. 94 ss. Todo ello, no obstante, no hasta el punto de negar radicalmente que en fase de ejecución quepan también otros fines de la pena (preventivos o retributivos) como llega a afirmar CALLIES, R. P., «Die Strafzwecke», *op. cit.*, p. 118.

(91) FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, P. P.U. Disponible en: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_penal_m%C3%ADnimo_-_ferrajoli_luigi.pdf (última consulta: 13 de octubre de 2022—: se cita la paginación según esta versión pp. 1-25), *passim*.

(92) FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», *op. cit.*, p. 16: «[...] orientando el Derecho penal hacia el único fin de la prevención general negativa —de las penas (informales) además que de los delitos—, se excluye la confusión del Derecho penal con la moral [...] se responde así tanto a la pregunta «¿por qué prohibir?» como a la de «¿por qué castigar?», imponiendo a las prohibiciones y a las penas dos finalidades distintas y concurrentes que son, respectivamente, el máximo bienestar posible de los que no se desvían y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro del fin general de la limitación de los arbitrios y de la minimización de la violencia en la sociedad. Asignando al Derecho penal el fin prioritario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los desviados, además del fin secundario de minimizar las lesiones (o maximizar la tutela) a los derechos de los no desviados, se evitan así las autojustificaciones apriorísticas de modelos de Derecho penal máximo y se aceptan únicamente las justificaciones *a posteriori* de modelos de Derecho penal mínimo [...]».

las expectativas según los derechos humanos del sujeto pasivo y del sujeto activo que encuentran en el Estado una estructura institucionalizada de primer orden⁽⁹³⁾ que debe articular, moderar y garantizar dichas expectativas y autolimitarse (neutralización de arbitrariedad, desproporción y exceso) en el despliegue de su función. El instrumento penal, por tanto, cumple una «función» *de facto* de prevención, pero el «fin» ⁽⁹⁴⁾, ideal, del Derecho penal deberá incorporar una dimensión crítica que, a su vez, nos remite a los presupuestos de legitimación en el ejercicio del *ius puniendi*: minimización de violencia y maximización de derechos⁽⁹⁵⁾ o, en otros términos, cumplimiento de los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos, de sus garantías, de sus obligaciones en los distintos niveles⁽⁹⁶⁾.

La función preventiva, con límites, del Derecho penal y de su instrumento principal –la pena– visualiza en esta concepción una adhesión no ya tácita, sino expresa y explícita a estándares del Derecho

(93) El Estado, como decíamos *supra*, en su «doble rol» de sujeto titular de la jurisdicción doméstica pero también como interlocutor en el ámbito internacional en que interactúa con sus pares y otros agentes internacionales. La concepción del *ius puniendi* debe ir abriendo su matriz estado-céntrica a una universalización de su actuación. Estado *ad intra* de su territorio; Estado como copartícipe en la estandarización de «límites» en el multinivel. Estado protector de bienes jurídicos personales y colectivos de su territorio, pero abogado a tutelar –junto con otros Estados y agentes– los bienes colectivos mundiales. Estado permanente y estructuralmente a la búsqueda del mayor estándar internacional de derechos y libertades para su volcado directo en la interpretación conforme.

(94) FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», *op. cit.*, p. 2, cuando asegura que «[U]n vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta «¿por qué castigar?», consiste en la confusión en la que caen aquellas entre función y fin, o bien entre el ser y el deber ser de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones o viceversa».

(95) En la línea de una suerte de actitud políticocriminal básica que partiendo de una función de protección de la sociedad a través de la prevención general subraya asimismo las exigencias garantistas y humanizadoras. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación*, *op. cit.*, p. 47.

(96) Adecuadamente señala FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», *op. cit.*, p. 23, que su concepción genera un esquema justificativo que, en primer lugar, no admite una justificación en abstracto del sistema, del Derecho penal, sino de cada sistema en concreto (según se adhiera más o menos al Derecho penal mínimo; nosotros añadimos: según se adhiera al mayor o menor respeto a los estándares internacionales debidamente concretizados); que, en segundo lugar, toda justificación habrá de ser histórica y espacialmente relativa (que propicie, según nuestra opinión, los juicios de ponderación según el momento histórico y en consonancia ajuste la expectativas); y, en tercer y último lugar, que la justificación no sea un todo o nada sino que se practique como un ejercicio de chequeo parcial de las instituciones del sistema penal para concluir juicios de deslegitimación –o legitimación– parcial. El chequeo del Derecho penal, de su «legitimidad» remite al cumplimiento de las garantías, de los estándares internacionales.

internacional de los derechos humanos como una parte esencial del Estado social y democrático de Derecho que debe impregnar los contenidos y los términos. La vinculación axiológica que identificábamos, siguiendo a Mir Puig, como punto de partida esencial a la hora de determinar la función del Derecho penal, se ha plasmado aquí, a modo de mero esbozo, con algunos matices añadidos cuando no solo se contrasta con el modelo constitucional sino que, además, se hace expreso el impacto concretizador que debería tener el Derecho internacional de los derechos humanos al respecto. Con este punto de partida es el momento oportuno para una consideración de la función de tutela de bienes jurídicos como principio esencial del *ius puniendi* bajo esta nueva óptica(97).

2. Principios del *ius puniendi* y derechos humanos: (solo)(98) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

La actualización de la obra de Roxin por parte de su discípulo el profesor Greco, sigue siendo una representante cualificada de la doctrina dominante en Alemania –en España y en buena parte de nuestro círculo de cultura jurídica(99)– que confiere un lugar central en la concepción del Derecho penal, y en la identificación de su función, a

(97) Resulta indispensable al respecto, como en lo que sigue se verá, la obra de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 19 ss. (*Bien jurídico material y bien jurídico procedimental...y discursivo*), p. 47 ss. (*Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos*) y p. 77 ss. (*Fundamentación prepositiva de los bienes jurídicopenales y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*). Son tres capítulos que la autora agrupa en su monografía para sentar las bases del concepto de bien jurídico optando por una concepción mixta material (como realidad empírica, relación social...) y a la vez procedimental que los restringe discursivamente «dentro del marco referencial de los derechos humanos» (p. 16).

(98) El *aggiornamento* que planteamos respecto del conjunto de principios limitadores del *ius puniendi* no atañe exclusivamente al principio de protección de bienes jurídicos y bien puede extenderse también a otros principios esenciales del *ius puniendi* como el de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas, reinserción... Limitaciones de esta contribución obligan, sin embargo, por el momento a diferir ese reto a futuras investigaciones más allá de menciones esporádicas.

(99) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., p. V, remarca GRECO el carácter internacional de esta obra alemana como estandarte representativo de la ciencia jurídicopenal alemana y como un libro, que, citando a su maestro, «se lee en el extranjero» y constituye una aportación «al desarrollo de una cultura mundial de Derecho penal» que busca alejarse de cualquier tipo de «provincialismo nacionalista».

la tutela de bienes jurídicos(100). Arrancan dichos autores la definición del concepto material de delito con una mención al orden constitucional (artículo 74.1 de la Ley Fundamental) como primer referente que presupone la existencia del *ius puniendi* formulado como derecho del legislador a amenazar con pena. Ahora bien, a la hora de identificar cuál debe ser el presupuesto o criterio central, sustantivo, por el cual se puede seleccionar determinada conducta para hacerla objeto de castigo, se remiten a la función del Derecho penal como elemento esencial del que derivar una definición material –no puramente formal– del delito. y esa función se define, precisamente, como protección subsidiaria de bienes jurídicos («*subsidiärer Rechtsgüterschutz*») o, en formulación más detallada, como «el aseguramiento a todos los ciudadanos de una convivencia pacífica y en libertad con la garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales recogidos en la Constitución»(101).

También Mir Puig, en su manual de referencia, otorga un lugar central al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite esencial al *ius puniendi* pero, más allá, como corolario de su apuesta por la prevención limitada como función del Derecho penal. Revela la especial relevancia de este principio, probablemente, el hecho de que entronca con las tres notas características del modelo de Estado: que en cuanto social se justifica como sistema de protección de la sociedad; en cuanto democrático entiende esos bienes jurídicos como posibilidades de participación y como el resultado de una selec-

(100) Por más que como acertada y gráficamente señala SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 197, se trate de dar por muerta a esta doctrina de legitimación del Derecho penal.

(101) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., pp. 20 s. y 26: «[...] Aufgabe des Strafrechts [...] liegt darin, den Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte zu sichern». [resaltado en negrita en el texto original]. Formulación que el propio ROXIN y GRECO identifica con la protección de bienes jurídicos cuya definición consiste, a su vez, en «realidades (*Gegebenheiten*) o finalidades (*Zwecksetzungen*) necesarias para el libre desarrollo de cada individuo, la materialización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal constituido por dichos fines». También ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 447, afirmando que en un Estado democrático de Derecho «[...] las normas penales solo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos».

ción decidida por el pueblo; y, en cuanto Estado de Derecho, conecta la selección de los bienes jurídicos a proteger con su delimitación, garantista por diferenciada y específica, en consonancia con el principio de legalidad material. El principio de exclusiva protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicopenales se ancla así en el corazón del modelo constitucional(102).

Roxin, Greco y Mir Puig representan un sector dominante en la doctrina respecto de la centralidad e importancia que debe concederse al concepto de bien jurídico tanto en su función dogmática como políticocriminal(103). Ahora bien, una de las críticas más acerbadas a la invocación de este principio proviene, precisamente, de que se trataría de un criterio que va en contra de tomar en serio los derechos humanos en sede penal y ello depararía una serie de consecuencias negativas que han sido sintetizadas adecuadamente por Viganò. En efecto, el autor italiano inicia su filípica en favor de una reorientación hacia los derechos humanos como contrapunto a la invocación en la doctrina penal como objeto de protección del omnipresente «bien jurídico» también en aquellos supuestos de bienes jurídicos personalísimos por más que estos tengan una traducción inmediata en determinados derechos humanos(104). Esa necesaria reorientación de la dogmática jurídicopenal hacia los derechos humanos ayudaría a reforzar la función crítica para con el legislador(105) según un diagnóstico por el que afirma haberse demostrado la poca efectividad de muchos de los principios jurídicopenales a la hora de su implementación judicial, y ello por no estar debidamente anclados en la Constitución o en un texto normativo. Con la excep-

(102) MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., p. 129 ss.

(103) Para un panorama completo de la discusión y de las posiciones alternativas que rechazan la virtualidad de una tal función político criminal del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, véase, por todos, ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, op. cit., pp. 26 ss., y 91 ss. (con ulteriores y exhaustivas referencias bibliográficas no solo del ámbito germánico); también la obra monográfica de Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007; también, entre nosotros, en particular desde la pretensión de asentar una concepción del bien jurídico en el marco de referencia de los derechos humanos, véase el completo estudio de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 19 ss., con un completo estudio de las objeciones a dicha posición (p. 20 ss.) y una buena síntesis y análisis de las posiciones más significativas (p. 25 ss.).

(104) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht», op. cit., p. 55.

(105) Del que afirma VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht», op. cit., p. 57, que está legitimado democráticamente pero que no necesariamente actúa racionalmente. Una doctrina penal orientada a los derechos humanos debería poder poner límites claros al respecto.

ción del principio de legalidad, por ejemplo, en la Constitución alemana, máximas como la del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no tienen tal anclaje a pesar de su renovado predicamento en una doctrina que ha discutido vívidamente su vigencia y que mayoritariamente sigue adhiriéndose al mismo y defendiendo su función crítica(106).

Esta falta de efectividad del principio de protección de bienes jurídicos parece haber tenido una cierta confirmación por medio de la decisión del tribunal federal constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) relativo al conocido como caso de incesto(107). y es que el propio TC alemán de forma contundente ha negado, al parecer, que el principio o la doctrina del bien jurídico pueda representar una suerte de límite externo que se pueda imponer al legislador democráticamente legitimado, más allá de lo que la propia Constitución determine. Es prerrogativa del legislador (penal) ordinario determinar qué bienes deben ser objeto de protección (lo mismo, por cierto, que determinar según el alto tribunal qué fines debe cumplir la pena) y adaptar las normas penales a los cambios sociales. No cabe invocar una suerte de instancia externa en forma de «bienes jurídicos reconocidos» que vaya más allá del –y se le imponga al– propio legislador. Los únicos límites externos al legislador se residencian en la Constitución cuando –y en la medida– en que esta excluya de forma categórica la consecución de un determinado fin. No es competencia del Tribunal Constitucional alemán determinar la función y el rendimiento que la doctrina del bien jurídico puede llegar a desplegar en términos políticocriminales o dogmáticos. Pero, en todo caso: «no hay disponibles criterios materiales [que se puedan derivar de esa doctrina del bien jurídico] que necesariamente (*zwangsläufig*) deban ser aceptadas en sede jurídicoconstitucional y que tuvieran como fin el establecimiento de límites externos a la capacidad regulativa del legislador»(108).

(106) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, p. 58.

(107) Sentencia del TC alemán, 26 febrero 2008 (Beschluss des Zweiten Senats –2 BvR 392/07–), que declara la constitucionalidad del parágrafo 173.2.2 del Código Penal alemán (StGB) que incrimina las relaciones sexuales entre hermanos.

(108) STC alemán, 26 febrero 2008, párrafo 39 *in fine*: «[...] Welchen Beitrag das Konzept des Rechtsgüterschutzes für die Rechtspolitik und für die Dogmatik des Strafrechts leisten können mag, ist hier nicht zu beurteilen [...]; jedenfalls stellt es keine inhaltlichen Maßstäbe bereit, die zwangsläufig in das Verfassungsrecht zu übernehmen wären, dessen Aufgabe es ist, dem Gesetzgeber äußerste Grenzen seiner Regelungsgewalt zu setzen».

La decisión del alto tribunal germano fue como un jarro de agua fría para la doctrina penal⁽¹⁰⁹⁾ y ha generado una notable discusión⁽¹¹⁰⁾ que evidentemente no se puede dar por cerrada. Ahora bien, sí que resulta interesante la consideración de Vigano cuando asegura que los tiempos en que la academia tenía una influencia clara, notable, reconocible y real en el legislador pertenecen al pasado. Los tribunales cada vez son más influenciados por las dinámicas electorales y de equilibrio político y, por eso, antes que empeñarse en sostener determinados principios racionales, pero sin un anclaje positivo claro, debe intentarse proponer criterios normativos que tengan un suelo en el derecho positivo para que los jueces, sobre todo aquellos que tienen que cumplir labores de control del legislador, tengan instrumentos con los que establecer límites⁽¹¹¹⁾.

Según alcanzo a ver, una propuesta de tomar los derechos humanos más en serio en la doctrina jurídicopenal no resulta, sin embargo, incompatible con la defensa del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁽¹¹²⁾. A mi juicio, se trataría de que los argumentos jurídicopenales llamémosles «clásicos» se vayan «contaminando», enriqueciendo, con cadenas argumentales propias del Derecho internacional de los derechos humanos. Si en un determinado caso se argumenta la existencia o inexistencia de un bien jurídico y hasta qué punto debe ser protegido frente a qué ataques (entonces relevantes jurídicopenalmente), sería de gran utilidad defender la importancia del bien en cuestión de conformidad con la propia jerarquía y protección internacional a la búsqueda del estándar espejo en que inscribirse y de los argumentos que pueden hacer aconsejable la ponderación de límites según las propias demandas y obligaciones del estándar conforme. Con otras palabras, sin tener que esperar a que los tribunales de control lo hagan, la doctrina penal y la propia jurisdicción penal deberían acostumbrarse a buscar e identificar, de forma sistemática, en cada campo de discusión, el estándar de interpretación conforme que arroja el estado de la cuestión jurídicopenal correspondiente en el ámbito paralelo y complementario del Derecho internacional de los

(109) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, p. 59, quien metafóricamente habla de decepción por el maltrato infligido por el *Budesverfassungsgericht* al «hijo predilecto» de la doctrina penal.

(110) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil, op. cit.*, p. 98, en donde se da cuenta del impacto de fallo del constitucional en la discusión y del estado de las posiciones al respecto tanto en Alemania como incluso en un plano más internacional.

(111) VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht, *op. cit.*, p. 59.

(112) En tal sentido, paradigmáticamente, ALONSO ALAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos, op. cit., passim.*

derechos humanos. No se trata de elegir entre principio de bienes jurídicos o una alternativa incompatible con aquel representada por la opción por los derechos humanos, sino más bien, quizá, optar por una mayor imbricación terminológica y material de ambas disciplinas científicas a la hora de construir las cadenas argumentales, y ello no solo cuando se trata de discusiones de la parte especial; también el edificio de la teoría del delito, de la pena o la construcción del sistema debería enriquecerse y contrastarse sistemáticamente con la doctrina paralela de los derechos humanos.

En tal sentido podría acogerse la mención que hacen Roxin y Greco en su propuesta de Derecho penal para la protección de bienes jurídicos cuando aluden precisamente a los derechos fundamentales. Mención que representa a mi juicio un acercamiento al planteamiento hecho y que posibilitaría volcar a su través los estándares internacionales. De la misma forma que la propuesta de Mir Puig, como representativa de una corriente de opinión muy extendida, tiene también una orientación sistemática al modelo constitucional en el que se inspira la identidad y límites del *ius puniendi*. A nuestro juicio, sobre esas bases cabe dar un paso más en la medida en que se exija, expresamente, que el Derecho internacional de los derechos humanos sea un corolario –no meramente tácito– de argumentación e incluso con consecuencias de reformulación terminológica que estaría sirviendo una base de reconocimiento para que cuando la discusión sea, por ejemplo, elevada a los tribunales de control de garantías, quepa un diálogo directo sin riesgo de aislamiento. Serviría también como venimos insistiendo para que las implicaciones supranacionales y globales del Derecho penal doméstico se vayan encauzando en una doctrina más universal propia del multinivel. Y, en todo caso, debería servir desde la base para que el enfrentamiento del caso en la propia jurisdicción penal ordinaria vaya integrando una doctrina fertilizada también por las categorías y referencias axiológicas de los derechos humanos.

Insiste Schünemann en que la averiguación del bien jurídico protegido es parte del proceso hermenéutico que no se produce como «etiqueta final» de la operación interpretativa, sino que modeliza la materia prohibida de forma inmanente y crítica(113). Qué se protege (función dogmática) y qué debería protegerse (función políticocriminal) no son planos enteramente separados, sino que confluyen en las operaciones interpretativas siempre que se respete el límite de lo posible conforme al tenor literal de la ley. A partir por tanto de la identificación del bien jurídico y antes de su transformación en bien

(113) SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección, *op. cit.*, p. 199.

juridicopenal(114) se va precipitando la operación interpretativa que convierte así a dicho bien jurídico en un auténtico «punto de fuga» en el que integrar la dimensión constitucional(115) y también su corolario de contraste con el estándar internacional conforme (de los derechos humanos).

Un tal planteamiento, por último, en absoluto contradice el fundamento democrático y la necesaria deferencia al legislador penal. Nos referimos a las críticas que se alzan contra una pretendida aristocracia(116) de la academia que buscaría imponer la doctrina de los bienes jurídicos por encima de la conformación de la voluntad popular articulada a través del Parlamento(117). Como si la discusión sobre la existencia de bienes jurídicos y su imbricación en el quehacer interpretativo fuera un tipo de argumento incompatible con los procesos democráticos subyacentes a la política criminal(118). Una vez más no

(114) MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien juridicopenal como límites del *Ius puniendi*», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIV, 1991, p. 205 ss., y p. 210 ss., destaca la relevancia del reconocimiento constitucional de un bien para discernir si se trata de un interés fundamental para la vida social que reclama protección penal. Pero ello no es una «varita mágica» (p. 210). En efecto: coincidimos e insistimos que el ir y venir de la mirada a la masa interpretativa debe conducirse por criterios de valoración juridicopenales pero que deben fijar sistemáticamente los puntos de referencia constitucionales y de estándar de protección de los derechos humanos para ayudar a mejor identificar intereses sociales que representan oportunidades de participación del individuo de suficiencia importancia y necesitados de tutela.

(115) SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección, *op. cit.*, p. 199.

(116) GÄRDITZ, K., «Strafbegründung und Demokratieprinzip», *Der Staat*, núm. 49, 2010, p. 337, habla de una suerte de «expertocracia de la Justicia» (*Gerechtigkeitsexpertokratie*).

(117) ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, p. 80 ss., en donde se expone el agitado estado de la discusión espoleado precisamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán en el caso «Incesto».

(118) También entre nosotros Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-02, 2021, *passim*, desde una perspectiva más amplia encarna en parte dicha actitud crítica cuando reprocha a la posición de Roxin que sus planteamientos (representativos como es sabido de un amplísimo sector de la doctrina) acaban por generar un cierto desentendimiento de la labor legislativa penal en favor del trabajo dogmático (véase también Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2.ª ed., Trotta, Madrid, 2013) de suerte que, al fin y a la postre, «la política criminal pasa a ser tarea de un cierto colectivo de expertos, los dogmáticos penalistas, quienes se arrogan la función de sustituir al legislador en la creación del Derecho penal legítimo en un contexto elitista, contramayoritario si es preciso» (p. 30). Sería el interprete, el experto, el dogmático, el que acaba por concretar el Derecho penal relegando tanto a la política-criminal como a la criminología a un papel de ciencia auxiliar. En este contexto, sin embargo, reconoce Díez RIPOLLÉS que la teoría del bien jurídico roxiniana (sea en su plano externo de incidencia políticocriminal o interno de índole material-dogmática) en realidad no

cabe establecer una alternativa incompatible entre la democracia o la preferencia de una interpretación jurídicoconstitucional de los límites de lo punible frente a la discusión de la aceptabilidad de determinadas incriminaciones o su interpretación en sede penal con base en la doctrina del bien jurídico. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no excluye, a mi juicio todo lo contrario, la necesaria imbricación, en la que venimos insistiendo, entre la doctrina de los derechos fundamentales (en interpretación conforme con el estándar internacional) y la doctrina jurídico penal(119).

Y ello es lo que de forma magistral ha desarrollado la profesora Alonso Álamo en sus diversos trabajos en los que parte, como basamento de su construcción de una propuesta de concepción del bien jurídico tanto material como procedimental (discursiva), del marco axiológico de los derechos humanos(120). Dicho marco remite a las diversas generaciones de los derechos humanos como suelo sobre el que edificar un concepto material que, de esa manera, consigue orientar qué no hay que proteger con el *ius puniendi* (criterio negativo), pero también qué debe ser protegido. El estado de la concreción histórica de los derechos humanos según la autora(121), o, según nuestra formulación, la concretización del estándar conforme con la interpretación del Derecho internacional de los derechos humanos en cada momento, guían la selectividad penal sin que esta se restrinja solo a bienes perso-

hace tabla rasa de las propuestas legislativas de partida para identificar el bien jurídico por su sujeción metodológica al derecho positivo (*op. cit.*, p. 16): ello no le redime de la crítica señalada al relegar a la política-criminal frente a la dogmática, pero, a nuestro juicio, sí que representa la aceptación tácita de que la postura del profesor alemán aún una deferencia suficiente, un respeto democrático al legislador y a su marco literal de la ley sin perjuicio obviamente de que después la operación hermenéutica tenga un amplio margen de concreción.

(119) STUCKENBERG, C. F., «Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkung zum Verhältnis von Strafe und Staat», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, p. 661, habla acertadamente de una «dogmática de los derechos fundamentales específica del Derecho penal» (*strafrechtsspezifischen Grundrechtsdogmatik*). También HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 96 ss.; y LAGODNY, O., «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 129 ss.

(120) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 16, 19 ss., y 40 ss.

(121) «Los derechos humanos afirmados, o que puedan ser afirmados, en la historia –de primera, segunda o tercera generación–...», ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 44.

nalísimos como la vida o la libertad. También la igualdad o la dignidad pueden acabar integrándose en una suerte de «zona central» (122) del Derecho penal. A medida que nos alejamos de esa zona central, las ampliaciones de qué proteger, de qué otros bienes jurídicos pueden acabar convertidos en bienes jurídicos penales, estarán más necesitadas del correspondiente debate –y legitimación– discursiva.

La autora asienta así una concepción de bien jurídico que le permite integrar bienes jurídicos individuales o colectivos de suerte que la centralidad de la persona (concepción monista) permite re-significar estos últimos(123). Es un gran logro de la construcción teórica de Alonso Álamó esa apertura a todo tipo de bienes jurídicos pero estableciendo puntos de partida claros –el Derecho internacional de los derechos humanos nuclear podría decirse– y un cierre flexible que remite al debate de argumentos –discursivo– atento a las injusticias estructurales que afectan a grupos desempoderados –principio de realidad– y que dará sus frutos también en el marco constitucional en el que, no obstante, no hay por qué acoger una concepción constitucionalista del bien jurídico(124). Una tal concepción reivindica con sólidos argumentos que los derechos humanos son una barrera antepuesta a los derechos fundamentales con puntos de contacto con estos pero que, en definitiva, suponen el soporte último de un Derecho penal mínimo que descansa sobre una concepción del bien jurídico de la que, lejos de poder certificarse su muerte, más bien cabe afirmar que goza de salud envidiable para ejercer su función de límite políticocriminal(125).

3. Otras consecuencias sistemáticas e interpretativas

Una visión desde los derechos humanos como la expuesta debe condicionar la manera de concebir el propio fin del Derecho penal. Pero no solo. Debe, a partir de ello, de ir desplegando sus consecuen-

(122) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 45.

(123) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 90 ss., y 301 ss.

(124) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 75 y ampliamente, p. 48 ss.

(125) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., pp. 106 y 107, en las que resume en forma de cortas tesis una síntesis de los tres primeros capítulos de su monografía que correspondían a trabajos previos pero coherentes con una línea de investigación en dónde se van integrando y engarzando los focos del estudio del bien jurídico con la perspectiva neoconstitucionalista para finalizar con una concepción global del Derecho penal mínimo de los derechos humanos.

cias también a otros niveles. En tal sentido, en un ámbito íntimamente ligado al concepto y función del Derecho penal, hemos señalado algunos matices que deben ser considerados respecto del principio central de exclusiva protección de bienes jurídico(-penale)s. Ahora bien, más allá, ello debe ser conectado también con la propia teoría del delito y de la pena. A ello vamos a dedicar a continuación algunas reflexiones muy embrionarias para terminar, por último, con indicaciones, también a modo de bosquejo, que pueden ser más propias de la Parte Especial.

3.1. TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA Y DERECHOS HUMANOS

Fue, una vez más, mérito de Roxin abrir el camino a que las decisiones valorativas políticocriminales se infiltraran, de forma sistemática, en el Derecho penal. Buscaba el profesor alemán una suerte de síntesis entre la vinculación al Derecho y la utilidad políticocriminal que parecían oponerse a una visión histórica del legado de Von Liszt como apegado a un sistema positivista formal. Roxin aboga, como es conocido, por la unidad sistemática entre Política Criminal y Derecho penal que debe además penetrar en la propia estructura de la teoría del delito como un empeño totalizador⁽¹²⁶⁾. Ello le lleva a identificar al menos tres propuestas o principios orientadores de las principales categorías del delito de forma que, estas queden referenciadas de forma estructural a su función políticocriminal. La primera sería el principio de legalidad que compromete el tipo penal; la segunda se remite a la solución social a los conflictos de intereses y se proyecta especialmente en la antijuridicidad; la tercera, y última, afecta a la

(126) ROXIN, C., *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 33 y 34. Véase, sin embargo, la reciente crítica de Díez RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal, *op. cit.*, p. 1 ss., quien reprocha a este autor, al que califica del más influyente penalista de las últimas décadas, que ha propiciado que el significado «políticocriminal» se identifique con cualquier contenido valorativo usado en el Derecho penal lo que sumado a la metodología propuesta por el profesor alemán habría llevado a que la política criminal se haya convertido en una suerte de ciencia meramente auxiliar de la dogmática penal con la consiguiente desnaturalización de su estatus científico y empobrecimiento de sus contenidos. En todo caso (*op. cit.*, p. 14 ss.) reconoce sus méritos y se identifica con partes esenciales de la propuesta roxiniana como el acierto de configurar la ciencia penal sobre firmes bases axiológicas, su abandono de una excesiva vinculación a realidades naturales o antropológicas, las positivas consecuencias de su metodología en términos de estrechar la relación entre política criminal y teoría del delito (sistema de responsabilidad penal; más allá del sistema de penas y su ejecución), y la «(.) potenciación de la interpretación teleológica, de la conforme con la constitución y las normas internacionales y, en general, de todos los cánones de interpretación más allá del propiamente gramatical» (p. 15).

categoría de la culpabilidad que debería normativizarse según las propias exigencias de la teoría de los fines de la pena(127). Parece obvio que las categorías de la teoría del delito también encuentran en principios como el de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ultima ratio, referentes políticocriminales de primer orden(128).

Precisamente Alonso Álamó otorga una importancia esencial, a la hora de imbricar la argumentación constitucional, no solo ya en la decisión atinente a qué proteger mediante el Derecho penal (identificación de bienes jurídicos con impacto en el nivel de la antijuridicidad material) sino en el cómo proteger (con impacto en la tipicidad), al principio de proporcionalidad(129). Principio que, a su vez, nos remite al de exclusiva protección de bienes jurídicos como primer presupuesto del de proporcionalidad. Las bases constitucionales son un referente que queda abierto a la ponderación para establecer el qué y el cómo de la tutela jurídico-penal, bases de constitucionalidad que, a nuestro juicio, no siempre se «cargan» adecuadamente con los estándares internacionales de los derechos humanos para que la ponderación indicada se concretice adecuadamente. Pero en todo caso el principio de proporcionalidad exige como *prius* lógico que el Derecho penal se dirija a la protección de bienes jurídicos (con relevancia constitucional) y solo, en segundo lugar, según exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención(130). Las diferentes vertientes, por tanto, del principio de pro-

(127) ROXIN, C., *Política Criminal*, op. cit., pp. 40 y 41.

(128) Sintéticamente MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, Reppertor, Barcelona, 2019, pp. 58 y 59.

(129) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 51 ss. Desglosa la autora el análisis de las consecuencias del nuevo paradigma neoconstitucionalista en el plano de su proyección sobre la interpretación y aplicación del Derecho, del plano de su proyección en la creación del Derecho. y en este último distingue la doble cuestión de *qué* proteger: cómo identificar los bienes jurídicos a partir de la Constitución (y ante ello la eventualidad de una prohibición de defecto constitucional) del *cómo* proteger una vez que los bienes jurídicos han sido identificados –y ello al margen de que sea la Constitución la que los determine–.

(130) ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., pp. 64 y 65: idoneidad fáctica en el sentido de que la norma pueda cumplir el fin a la luz de la realidad social en que debe ser aplicada pero, también, idoneidad normativa que implica adecuación entre lo que la norma pretende la protección de bienes jurídicos y la propia intensidad de la previsión legislativa. Ello implica un mínimo de potencial lesivo *ex ante* de la conducta a incorporar al tipo penal (principio de lesividad) y, como corolario, que la reacción penal sea también adecuada al fin de protección. A este nivel de idoneidad deberá sumarse, posteriormente, la comprobación de la absoluta necesidad de la intervención penal y no de otra naturaleza (última ratio, subsidiariedad, intervención mínima) por insuficiencia de

porcionalidad nos remiten a una ponderación que debe beber, a nuestro juicio, de una plétora de referencias axiológicas en la que dejar penetrar no solo las propias de la dogmática jurídicopenal o las inherentes a la doctrina constitucional sino también las del Derecho internacional de los derechos humanos.

Recapitulemos: la idea central de que las categorías de definición del delito deben ser interpretadas teleológicamente a partir de líneas de orientación político criminal debe ser enriquecida por una visión de esa política criminal a la luz de los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos. La política criminal no es ya solo la de un Estado, sino que tiene que ser visualizada según las corrientes internacionales que han cristalizado en estándares constatables. La política criminal no se referencia –ya solo– con el modelo del Estado social y democrático de Derecho sino (además a su través) con el círculo regional de referencia (en nuestro caso el europeo con la Convención Europea de Derechos Humanos y la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE como núcleos duros de referencia) y con los estándares universales (convencionales y extra-convencionales de los derechos humanos). y esas referencias deben infiltrarse en la re-significación de las categorías de la teoría del delito y en los principios que las vertebran sin que podamos ir aquí más allá que recordar que el concepto de bien jurídico, transido del estándar conforme al Derecho internacional de los derechos humanos, será un vector particularmente fructífero para la identificación dinámica de qué proteger y del cómo. Pero es momento de abandonar este plano para hacer una breve referencia a otras consecuencias del planteamiento que venimos defendiendo en su proyección sobre la interpretación y aplicación del Derecho con dos ejemplos o líneas de concreción que lo ilustren(131).

esas otras alternativas para deparar la protección de los bienes jurídicos. Finalmente proporcionalidad estricta entre el grado de afección material de la conducta y jerarquía de los bienes afectados y el grado de severidad de la pena; pero también proporcionalidad de los beneficios y costos de la intervención.

(131) Véase para una exposición de mayor angular y diversidad de planos respecto de las consecuencias de reorientar la dogmática jurídicopenal hacia los derechos humanos véase, por todos, VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht», *op. cit.*, p. 62 ss., quien ilustra una tal propuesta con diferentes ejemplos clasificados en dos bloques: el relativo a derechos de defensa (consecuencias respecto del principio de legalidad, de los intereses a proteger por el Derecho penal que puedan habilitar una intervención legítima del *ius puniendi* sea a través del análisis del tipo de prohibición en sí o de las consecuencias punitivas –penas, ejecución...–) y el relativo a la perspectiva que abre la doctrina de las obligaciones positivas (de criminalización, investigación o castigo...). También ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 17, 143 ss., y 301 ss., quien sentadas las bases de su concepción del bien jurídico, se concentra en proyectar sus tesis tanto

3.1.1. La primera línea de concreción apunta a la necesaria integración de una perspectiva ampliada según el estándar internacional conforme a la hora de desplegar la función dogmática del bien jurídico protegido como punto de fuga de la operación hermenéutica (132). Habiendo hecho ya referencia a la perspectiva políticocriminal, externa, del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, debe insistirse ahora en su dimensión interna o material-dogmática. La identificación de la categoría del tipo de injusto y su referencialidad al bien jurídico protegido debe buscar una integración del estándar de interpretación conforme como material crítico para la argumentación de afirmación tanto del interés protegido como de sus límites. La antijuricidad penal, el tipo de injusto penal, debe establecer sus contornos también a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos en el campo correspondiente. Ello debería, por cierto, establecer un diálogo de equivalencia entre bienes protegidos por el Derecho penal y derechos humanos protegidos según el Derecho internacional con reflejo, evidentemente, en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello no quiere decir que cada bien jurídicopenal deba tener un equivalente estricto en espejo con un derecho fundamental o un derecho humano internacionalmente protegido ni, menos aún, que solo aquellos sean necesariamente un punto de partida estricto y estrecho para determinar un posible suelo de criminalización (133). Se trata más bien de incluir las referencias de estándar conforme a la materia de regulación y visualizar en el proceso hermenéutico los intereses a proteger también, en su caso, en el contexto más próximo posible en el que dicho interés tiene un reconocimiento de tutela internacional de los derechos humanos. Ilustremos esta propuesta solo con un caso paradigmático: la tutela frente a los delitos de odio y sus límites.

Los delitos de odio en realidad no son, estrictamente, una referencia legal jurídicapositiva que pueda ser encontrada en el Código Penal. Los principales preceptos que responden materialmente a tal denominación –la agravante genérica del artículo 22.4.º CP y el precepto del

sobre problemas más particulares que tienen que ver respectivamente con bienes jurídicos individuales llamémosles al límite o problemáticos (multiculturalidad, dignidad humana, igualdad, sentimientos...) y, en otro bloque, sobre bienes jurídicos colectivos (Derecho penal mínimo máximo: medio ambiente, función pública y jurisdiccional, riesgos no permitidos y principio de precaución, riesgo y miedo, violencia...), con una reflexión final también al hilo de la pena de muerte (p. 449 ss.).

(132) SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección, *op. cit.*, p. 199.

(133) En el mismo sentido en especial respecto de los bienes jurídicos colectivos ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 301 ss.

artículo 510 CP– no son «delitos de odio» por denominación legal sino por conclusión interpretativa de qué tipo de prohibición representan(134). La identificación del bien jurídico protegido en estos preceptos, en particular en el artículo 510, nos remite en primer lugar a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 como principal punto de referencia del estándar internacional conforme(135). No cabe desconocer en este caso concreto que la citada Convención internacional contiene una obligación de criminalización en su artículo 4 según la cual los estados ratificantes «[...] declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico [...]»(136).

Se trata por tanto de un supuesto que encaja en un campo emergente y especialmente agitado cual es el de las obligaciones positivas

(134) LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 13 ss. y 21 ss.

(135) LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000, p. 79 ss. y 57 ss.

(136) El texto del artículo 4 señala, íntegramente, lo siguiente: «Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella». Para un análisis de sus implicaciones como estándar de criminalización y, en especial, la necesidad de considerar la obligación de incriminar del artículo 4 como un punto de partida de ponderación a la luz de la tradición constitucional correspondiente, véase LANDA GOROSTIZA, J. M., *La intervención penal*, op. cit., p. 96 ss.

para movilizar el Derecho penal o, si se prefiere, la dimensión coercitiva de los derechos humanos(137) en su función «espada» de (obligación positiva de) tutela antes que de «escudo» (prohibición negativa de interferencia). Las distintas obligaciones sea que consistan en deberes de criminalización, de investigación, de celebración del proceso, o de sanción suficiente y ejecución de la pena(138), pueden ser contempladas como parámetros de eventual concreción del sentido y límites de la prohibición penal.

En el caso del artículo 4 de la Convención Internacional contra el racismo la obligación positiva de incriminación jurídicopenal no supone una incorporación literal del texto internacional, sino una transposición ponderada que tenga en consideración la línea de prohibición con el ámbito esencial de los derechos fundamentales que pueden estar en juego, particularmente la libertad de expresión (artículo 20 CE). Ese juego de transposición ponderado combinado con el resto de estándares concernidos, establece un margen de maniobra y los puntos de apoyatura hermenéutica que debe incorporar el intérprete, la jurisdicción ordinaria y, en su caso, el propio tribunal constitucional como cierre del proceso de concretización de los derechos fundamentales. y así la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español de 7 de noviembre de 2007 (STC 235/2007) es el pronunciamiento que, desde la óptica particular del discurso del odio y la negación del genocidio (y de ahí al conjunto de preceptos penales antididio), se afana por configurar el umbral mínimo de protección de la libertad de expresión en una sociedad democrática identificando los «elementos tendenciales» que expulsan a determinadas conductas del ámbito

(137) Véase al respecto, centrados esencialmente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como agente principal de imposición de tales obligaciones la monografía colectiva de Lavrysen, L. y Mavronicola, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020; también VIGANO, F., «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», en *Política Criminal*, núm. 9-18, 2014, p. 428 ss.; entre nosotros, por todos, solo el detallado estudio de TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2016, p. 1 ss.; con una perspectiva más amplia de los agentes legitimados para la imposición de tales obligaciones más allá del propio TEDH, MALBY, S., *Criminal Theory*, *op. cit.*, p. 50 ss.; específicamente respecto de discurso de odio y el TEDH, STAVROS, S., «Criminal Law Responses to Hate Speech: Towards a Systematic Approach in Strasbourg?», en Lavrysen, L. y Mavronicola, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020, p. 117 ss.

(138) TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., *Deberes positivos*, *op. cit.*, p. 11 ss.

esencial de protección de dicho derecho fundamental. Con otras palabras, de la STC 235/2007 se derivan los criterios que pueden determinar qué discursos salgan de la zona libre y puedan ser legítimamente objeto de castigo penal sin que ello merezca reproche de inconstitucionalidad. y dichos criterios son además los elementos «tendenciales» que permiten configurar indirectamente los criterios materiales de la antijuricidad de la conducta y orientar por tanto el sentido general de interpretación de los tipos penales dejando el camino libre para poder, en un paso ulterior, cristalizar una propuesta solvente de bien jurídico protegido que, en cualquier caso, debería ser compatible con aquellos. Como punto de partida el TC reconoce la libertad de expresión, pero con límites que no pueden ser tan amplios como para acoger un mecanismo equivalente al (efecto guillotina del) artículo 17 CEDH. Por tanto, para expulsar del ámbito de protección del derecho fundamental a un determinado discurso u opinión no basta con que contrarie, choque o inquiete al Estado o a una parte de la población. Discursos inquietantes incluso contrarios al sistema democrático no quedan fuera de la protección de la libertad de expresión: deben además constituir una lesión de bienes o derechos de relevancia constitucional. Alusión que encaja fluidamente con la aproximación a los límites de la libre transmisión de ideas que se desarrolla en el Fundamento de Derecho quinto y cuyo contenido, afirma el TC, coincide «en lo esencial» con lo que ha reconocido el TEDH en su artículo 10.2 CEDH. En esos límites deberán encontrarse los títulos de legitimación o deslegitimación de los discursos a efectos de poder privarlos de tutela constitucional y abrir así la posibilidad de una legítima incriminación penal(139).

Lo que interesa resaltar es que la propuesta de bien jurídico protegido en sede jurídicopenal y que, a mi juicio, se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables(140) debe partir y enlazar con el debate constitucional y

(139) No cabe aquí un análisis en profundidad de la citada STC 235/2007 ni de sus aspectos críticos. Véase al respecto LANDA GOROSTIZA, J. M., *Los delitos de odio*, op. cit., p. 50 ss.

(140) Véase, recientemente, mi propuesta actualizada en LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu” (STS 458/2019)», en Lorenzo Copello, P. y Daunis Rodríguez, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, p. 357 ss., según la cual el nuevo artículo 510 CP es un delito de peligro abstracto, peligro hipotético o posible, cuyo bien jurídico protegido se cifra en las condiciones de seguridad existencial de colectivos o minorías especialmente vulnerables. Seguridad existencial que va más allá de la protección de conductas que pongan en peligro la vida o la integridad física de las personas pertenecientes al colectivo en cuestión y que puede alcanzar a constelacio-

la STC 235/2007 que se ancla en el debate de límites y criterios para identificar el interés a proteger a partir de los estándares internacionales de los derechos humanos de índole universal (en este caso en particular la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 pero también el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966) y regional (en particular la jurisprudencia del TEDH, Recomendación de Política General núm. 15 de la ECRI de 2015, Decisión Marco UE 2008/913/JAI, etc...)(141).

En síntesis: la propuesta de bien jurídico en materia de delitos de odio debe anclarse en el referente principal de interpretación del ámbito esencial de tutela del derecho fundamental de la libertad de expresión a la luz del estándar de interpretación conforme con el Derecho internacional de los derechos humanos. Este último, en su estado de cristalización al momento de la operación hermenéutica, es el marco esencial a partir del cual determinar criterios de tutela, límites y orientación esencial del sentido de tutela de los preceptos.

3.1.2. Una segunda línea de concretización podríamos encontrarla en la teoría de los fines de la pena y, en particular, de forma muy sintética y a efectos meramente ilustrativos, en el protagonismo que debería tener la resocialización como uno de los fines esenciales en fase de ejecución penitenciaria. Dicho protagonismo debería beber de una mayor inspiración en la imagen normativa de la persona presa como ciudadan@ según los estándares internacionales en la materia.

A tales efectos podemos acogernos, siguiendo el diagnóstico de Frisch(142), a la necesidad de tener en cuenta la creciente importancia

nes de casos en los que el peligro generado afecta a las esferas de libertad de otros derechos fundamentales que se ven reducidas a escala grupal. El peligro típicamente relevante se producirá solo en determinados contextos en los que la incitación o la injuria colectiva en sus diversas modalidades «hace crisis»: esto es, despliega un efecto de amenaza que, aunque indirecta o velada, excepcionalmente priva de seguridad normativa al colectivo en cuestión en términos intersubjetivos. Cualquier miembro del colectivo en cuestión, en tal situación, vería peligrar sus espacios de libertad más allá de lo que podría ser únicamente un discurso inquietante, chocante e incluso perturbador o contrario al sistema democrático. El plus de afección de derechos o bienes relevantes constitucionalmente que residía, según el TC en los elementos tendenciales, se remite así al juicio de peligro *ex ante* en el que aquellos deberán detectarse en contextos particulares: en contextos «críticos».

(141) Sobre el estado actual del estándar internacional conforme en la materia véase, en detalle, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, 2020, *passim*.

(142) FRISCH, W., «Pena, delito y sistema de delito en transformación», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2014, *passim*. En todo caso nos acogemos a

de la dimensión comunicativo-expresiva en el estado actual de la concepción del delito y, también, su impacto en el desplazamiento de las teorías de la pena en el mismo sentido⁽¹⁴³⁾. Debe partirse de que, en un proceso de ida y vuelta, cómo concibamos y definamos las categorías centrales de la teoría del delito y sus presupuestos de legitimidad deberán dar también las claves que permitan identificar el sentido y fin de la pena y, en tal medida, los criterios que deberían informar el tratamiento penitenciario resocializador. Podría así ensayarse una aproximación al sentido comunicativo y expresivo que debería inspirar el programa y contenido material de la reinserción como reverso o envés del sentido de la conducta delictiva en un Estado de libertades. En esa línea podría acogerse y resignificarse el impacto de una teoría comunicativa de la prevención general positiva como una teoría global de los fines de la pena y los fundamentos del Derecho penal⁽¹⁴⁴⁾. Una teoría que sitúa en el centro la imagen normativa del ciudadano@ de un Estado social y democrático de Derecho⁽¹⁴⁵⁾ lo que permite desplegar también un efecto positivo de afirmación del Derecho de forma limitada y garantista⁽¹⁴⁶⁾.

A partir de lo señalado exploremos en la fase de ejecución penitenciaria de la pena el potencial interpretativo que se ofrece a partir de ese desplazamiento estructural comunicativo-expresivo. Desde luego parece evidente que de forma progresiva la persona condenada tiende a ser vista —máxime en delitos muy graves— como quien ha infringido

su diagnóstico de partida y no a la posición del autor alemán en sentido estricto.

(143) FRISCH, W., «Pena, delito, *op. cit.*, p. 11 ss. y 6 ss.

(144) FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 515 ss. En una visión de conjunto nosotros partimos de una orientación del Derecho penal hacia la prevención limitada (MIR PUIG, S., *Derecho penal, op. cit.*, pp. 101 y 102) que da paso al despliegue simultáneo de la doble dimensión positiva y negativa de la prevención como mejor forma de integrar las necesidades de protección de la sociedad con otras garantías que se derivan no solo de la retribución sino también de otros principios limitadores del *ius puniendi*. A partir de esa visión general de la función del Derecho penal, una mirada más atenta a la teoría de los fines de la pena que distinga por fases (legislativa, judicial y de ejecución) debe poder reformular los equilibrios en el sentido que se indicará en el texto.

(145) FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general, op. cit.*, p. 517 y 142 ss.; véase también, más recientemente, FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, p. 43 cuando de forma particularmente clara afirma en la misma línea, aunque para criticar las teorías de la prevención general negativa, que el destinatario de las normas no debe ser tratado como un súbdito sino como un ciudadano libre, responsable, poseedor de la máxima dignidad que le habilita sujeto político participante en el discurso político y en los procesos legislativos de creación de las normas.

(146) MIR PUIG, S., *Derecho penal, op. cit.*, p. 89 ss.

la norma con un realce progresivo de los aspectos expresivos, comunicativos y simbólicos de su comportamiento(147). Ahora bien, constatar la «sobre-presencia» de la dimensión comunicativa, expresiva o simbólica, sea en la reacción legislativa, o sea en su aplicación interpretativa, no implica respaldarla ni aceptar su legitimidad. Al contrario, una cabal apuesta por la prevención general positiva precisa también señalar límites normativos que contribuyan a evitar que una tal opción se convierta en intrusiva y lesiva de derechos fundamentales(148). y ello pasa, en primer lugar, por dotar de contenido al principio de reinserción de conformidad con la imagen normativa del ciudadan@ y tomando en serio los estándares internacionales de derechos humanos en la materia(149). Van Zyl y Snacken en su monografía de referencia sobre el derecho penitenciario europeo ya avanzan en esta línea cuando proponen la necesidad de concebir a la persona presa precisamente como un ciudadano (*Rechtsburger*), no en el sentido de miembro de un Estado nacional, sino con relación a destacar su capacidad y necesidad de participación en los asuntos legales con la posibilidad de que se le apliquen principios y valores jurídicos en un proceso discursivo en el que prevalezca la fe en argumentos racio-

(147) Pensemos paradigmáticamente en los delitos de terrorismo (y, en particular, en la deriva inocuidadora y simbólica que representó la LO 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas) como fenómeno en el que la dimensión simbólica y comunicativa está especialmente presente. Véase, en tal sentido, la contribución de PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Beck, München, 2008, pp. 11 y 12, quien realza en este sentido las particularidades del fenómeno del terrorismo cuando señala que, por muy cínico que pueda parecer, el terrorismo no es sino una estrategia de comunicación. Precisamente por las características propias de este tipo de criminalidad y su vocación nítidamente comunicativa, se exagera en su combate contraterrorista por parte del Estado una aproximación que, a nuestro juicio, va más allá de la voluntad meramente inocuidadora cayendo en la tentación de afirmar la vigencia de la norma y la legitimación del sistema frente a quienes lo impugnan de forma directa con sus acciones.

(148) MIR PUIG, S., *Función de la pena*, op. cit., pp. 31 y 32, insistiendo en la idea de la función limitadora de la prevención general positiva y a renglón seguido en el rechazo de su utilización para internalizar valores y lograr la adhesión interna coactiva y moralizante.

(149) Sin que quepa aquí extenderse en la materia baste con mencionar fundamentalmente el consenso universal y regional logrado a partir de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) aprobadas por Resolución 70/175 (anexo) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015; las Recomendaciones Rec(2006)2-rev del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006, y revisada y modificada por el Comité de Ministros el 1 de julio de 2020; y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

nales. Un tal proceso debería permitir también en el espacio de inter-namiento, el juego de demandas y contraargumentos a ser dirimidas frente a una autoridad independiente(150). Los autores citados aluden a la ciudadanía jurídica como estatus posibilitador de un clima o ambiente que permita la autonomía de los presos y el reconocimiento correlativo por parte de las autoridades de su condición de persona titular de derechos fundamentales.

Se está aludiendo en realidad a la persona presa-ciudadan@ como imagen normativa de un sujeto que debe experimentar, idealmente, durante su estancia en prisión, una relación sujeta en todo momento a Derecho de tal forma que esta le sirva de ejercicio de ciudadanía en un Estado sometido al imperio de la ley: literalmente un Estado de Dere-cho (*Rechtsstaat*, *Rule of Law*). La Ley, el Derecho, gobiernan la pri-sión y por ello deben venir así en auxilio de la persona interna, la parte más débil en la relación penitenciaria, y protegerla día a día para evi-tar abusos de poder(151). En concreto dicho estatus jurídico de la per-sona presa, desde una óptica interna de su vida privada de libertad, debe nutrirse de derechos materiales, derechos procesales e informa-ción precisa sobre dichos derechos. Respecto de los derechos materia-les resulta esencial reconocer que la pérdida de libertad que arrostra la pena de prisión entraña tendencialmente otras pérdidas de derechos que deben ser compensadas con una actitud no ya vigilante –pasiva– sino proactiva(152) de las autoridades para evitar ulteriores efectos desocializadores(153).

Las referencias a la imagen normativa de la persona presa debe-rían acompañarse, a su vez, de una elevación del estándar normativo y de una mejora de su operatividad en la fase de la ejecución penitencia-ria. Partir de la prevención general positiva en absoluto se opone a reconocer a la prevención especial su compatibilidad con aquella, si bien cumpliendo tareas complementarias tanto en la determinación de la pena como en la fase de ejecución(154). Pero aquí interesa, no obs-tante, el papel preciso que debería tener la prevención especial en la fase de ejecución y no en momentos previos de conminación penal o de imposición del castigo: se da por supuesto que el sí de la pena y su duración se determina por criterios ajenos a –que no incompatibles

(150) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles*, op. cit., p. 69 ss.

(151) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles*, op. cit., p. 70.

(152) MEIJER, S., «Rehabilitation as a Positive Obligation», en *European Jour-nal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 25, 2017, p. 145 ss.

(153) VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles*, op. cit., p. 71 y 72.

(154) FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Retribución y prevención general*, op. cit., p. 727 ss. y conclusivamente p. 735.

con— la prevención especial pero que esta debe jugar un papel especialmente intenso en la ejecución. Es por ello que debería elevarse el estándar de reinserción de las personas privadas de libertad en el sentido dinámico de propiciar que, según el tiempo de encierro avance, se dote de garantías efectivas de revisión de la pena (obligaciones positivas procesales y materiales) hacia regímenes de semilibertad. Inspirados en la propia evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el control de las penas perpetuas(155) debería implementarse un sistema de revisión de la progresión de grado —principalmente al régimen abierto o a la suspensión del resto de la pena— rodeado de garantías que pudieran garantizar *de iure* y *de facto* la revisión de la evolución hacia la reinserción como criterio rector. Debería por tanto superarse un estándar de reinserción «pasivo» y «notarial» propiciado, a nuestro juicio por el Tribunal Constitucional, cuando afirma que la reinserción es simplemente un fin «más» entre otros y se limita a constatar la compatibilidad, o su ausencia, con dicho fin como criterio único para determinar la constitucionalidad(156). Más allá de consideraciones de prevención general o retribución, legítimamente presentes al momento de ingreso en prisión, la reinserción no debe ser «uno más» de los fines que deben regir la ejecución penitenciaria. La reinserción debe ser el criterio rector, preponderante y decisivo. A diferencia del momento legislativo o del de determinación e imposición de la pena en sentencia, en su fase de ejecución penitenciaria todos los esfuerzos deben dirigirse a lograr la reinserción, y reinserción como preparación para la vida en libertad del interno al que se trata como ciudadad@ y según un horizonte de expectativa en que será devuelto a la vida libre con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal(157). No será el fin único, pero sí con un peso creciente como criterio material decisivo de la progresión de grado según avance el tiempo en prisión. No criterio único: pero sí el criterio rector y principal que permita ir actualizando

(155) Ampliamente al respecto en LANDA GOROSTIZA, J. M., *Fines de la pena*, *op. cit.*, p. 91 ss.

(156) Como es conocido el Tribunal Constitucional español interpreta que el principio de reinserción contenido en el artículo 25.2 CE es un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria sin que constituya propiamente un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de amparo. Véase, por todos, JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 87 y 88.

(157) Artículo 59.2 Ley Orgánica (LO 1/1979) General Penitenciaria; Reglas Nelson Mandela 4.1 y 91; Reglas Penitenciarias Europeas 102.1. Entendidas siempre como respeto «externo» a la ley. Véase LANDA GOROSTIZA, J. M., *Fines de la pena*, *op. cit.*, p. 133.

el balance de necesidades preventivo especiales, generales y retributivas de manera que la progresión en su pronóstico facilite ir dulcificando los regímenes de cumplimiento hacia mayores cotas de libertad.

En síntesis: tomarse en serio los derechos humanos en sede de ejecución penitenciaria de las penas de prisión requiere que el principio de reinserción se refuerce e integre la doctrina de las obligaciones positivas de los derechos humanos como estándar conforme de manera que la actividad de progresión se rodee de garantías efectivas para impulsar proactivamente la progresión de grado y que tanto el control jurisdiccional de tal actividad como, en su caso, el control de constitucionalidad, se haga más efectivo y con consecuencias. Esto es, que la progresión a regímenes de semilibertad, como hito esencial del tratamiento, se rodee de garantías que fuercen a que el filtro material de control se depure de argumentos preventivo-generales o retributivos de bloqueo y que ello se compruebe sobre la base de revisiones efectivas con una actitud pro-activa de impulso de la reinserción en diálogo, no intrusivo, con la persona presa-ciudadan@.

3.2. PARTE ESPECIAL Y DERECHOS HUMANOS

Una mirada sistemática al Derecho internacional de los derechos humanos debería tener influencia y consecuencias también en la clasificación de los delitos de la parte especial. O al menos debería poder abrirse una reflexión sistemática de agrupamiento y relectura de determinados tipos de delitos que podrían llegar a ordenarse según criterios complementarios derivados de los estándares internacionales⁽¹⁵⁸⁾.

A tales efectos podría pensarse, como punto de partida, en los nueve tratados principales que ocupan el núcleo esencial de los mecanismos convencionales de los derechos humanos. Es doctrina asentada que entre el conjunto de instrumentos universales de protección de los derechos humanos existe un «núcleo duro» de convenciones que junto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 representan la codificación central de estándares que están sometidos a una monitorización más intensa y que marcan, en definitiva, un sector de protección del más alto nivel. En realidad, se podría distinguir lo que constituye estrictamente una suerte de «bloque de constitucionalidad» de los derechos humanos universales del resto de Convenciones –también nucleares– de índole

(158) ASÍ ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 143 ss. y 301 ss., en su monografía de referencia, saca las conclusiones de su propuesta de reorientación a los derechos humanos escaneando algunos preceptos de la parte especial en la frontera.

sectorial. El primero, el bloque de constitucionalidad, es conocido como el *International Bill of Human Rights*(159) o Declaración Internacional de derechos humanos, en sentido amplio, y comprende el programa que iniciado por la propia Declaración Universal de 1948 se completó con los dos Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos, por un lado, y de derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, ambos de 16 de diciembre de 1966(160).

A la Declaración de Derechos como bloque de constitucionalidad con una perspectiva transversal de tutela amplia de derechos(161) seguiría un periodo codificador de los Derechos Humanos más de índole sectorial. y desde esta segunda perspectiva las Convenciones de referencia son las de naturaleza antidiscriminatoria sumándose a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979. En la década de los 90 del

(159) SMITH, R. K. M., *International Human Rights Law*, 10th ed., Oxford University Press, Oxford, 2022, p. 59 ss.

(160) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976 (y en España el 27 de julio de 1977 *BOE* núm. 103, 30 de abril de 1977); y sus dos Protocolos Facultativos (el primero habilitando para la presentación de comunicaciones individuales al Comité de Derechos Humanos; el segundo destinado a abolir la pena de muerte). y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976 (en España el 27 de julio de 1977 *BOE* núm. 103, 30 de abril de 1977); y su Protocolo Facultativo que permite reconocer la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para recibir y examinar comunicaciones. Como señala SMITH, R. K. M., *International Human Rights*, *op. cit.*, pp. 59, 60 y 65 la Asamblea General en su primera sesión ya transmitió un borrador de Declaración Universal para su consideración al Consejo Económico y Social y, también, a la Comisión de Derechos Humanos dependiente de aquel. Era una iniciativa que se retomaba de trabajos anteriores de la Liga de Naciones y que consistía en un plan de trabajo a desarrollar en tres líneas de actuación por tres grupos diferenciados: uno que se encargaría de la Declaración, un segundo grupo que desarrollara más en detalle el conjunto de derechos y el tercero se ocuparía de los mecanismos de implementación y garantía. Ese ambicioso programa, sin embargo, se dilató en el tiempo desde la aprobación de la Declaración (1948) y su desarrollo en los Pactos (1966) casi 20 años más tarde.

(161) La Declaración Universal y su listado de derechos se desarrolla por partes: los artículos 3 a 21 en el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos y los artículos 22 a 27 en el de Derechos económicos sociales y culturales representando así una suerte de compromiso de aprobación simultánea en un contexto de enfrentamiento ideológico de bloques en la comunidad internacional. SMITH, R. K. M., *International Human Rights*, *op. cit.*, p. 66.

siglo xx deben señalarse la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 (y su Protocolo Facultativo para el establecimiento de un sistema de visitas) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Mención aparte merece la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990 por ser la única de este núcleo duro de derecho convencional que no ha sido ratificada por España (ni por una gran mayoría de los países europeos de su entorno)(162). Por último, ya en el siglo xxi, cierran este conjunto de tratados la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de 20 de diciembre de 2006(163).

La tortura y los malos tratos, inhumanos y degradantes conforman un punto nodal de protección en expansión si a ello añadimos la perspectiva europea de protección y en particular la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diálogo permanente con la actividad de monitoreo que sistemáticamente se despliega bajo el paraguas del Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987. Esta Convención Internacional, más allá de su proyección e influencia en una interpretación conforme de los preceptos contenidos en el Título VII del Código Penal vigente en España (art. 173-177), bien podría ser objeto de comparación sobre la manera en que las otras Convenciones nucleares (racismo, discriminación contra la mujer, protección del menor de edad, personas con discapacidad, personas desaparecidas e incluso, de *lege ferenda*, personas migrantes) condicionan y obligan a establecer obligaciones de criminalización o, en otra dirección, límites a partir de los cuales el ejercicio efectivo del *ius puniendi* representa una violación de derechos humanos. Una mirada en conjunto, sistemática, de las Convenciones sectoriales y complementada también con los resultados transversales de influjo y control de los dos Pactos Internacionales de 1966, bien podrían depurar un modelo de estudio sectorial de bloques de delitos a la búsqueda

(162) Ningún país de la Unión Europea ha ratificado la convención. Véase, el análisis crítico de las razones para la no ratificación a partir del caso español, recientemente, en VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., «España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 74-1, 2022, p. 65 ss.

(163) SMITH, R. K. M., *International Human Rights*, op. cit., pp. 71 y 72.

de criterios comunes de interpretación enriqueciendo la dogmática interpretativa de la Parte especial(164).

Fuera del núcleo de tutela del Derecho penal, el cruce de reflexiones a partir de la diversas generaciones de derechos humanos y su significado(165) bien puede ofrecer asimismo una buena guía para reorientar la evaluación políticocriminal de la expansión del Derecho penal mínimo máximo(166) y ayudar también a redirigir y ordenar sistemáticamente la mirada del *ius puniendi* a los daños colectivos a partir del equilibrio inestable de grupos –más o menos vulnerables o desempoderados– en una sociedad cada vez más sensible al paradigma de la discriminación(167).

(164) No cabe aquí desarrollar más este punto que queda como mera propuesta embrionaria, como hipótesis de partida para futuras investigaciones. Obviamente las Convenciones sectoriales son un punto de partida que podrían arrojar luz sobre hasta qué punto la clasificación sistemática en Títulos y sus subdivisiones en el Código Penal podrían, de *lege ferenda*, ser objeto de reajuste, en su caso, y, en todo caso, favorecería una mirada de coordinación de prohibiciones penales (relaciones concursales, por ejemplo) o de homogenización de criterios en la incorporación de obligaciones de criminalización. Otras Convenciones ajenas al núcleo duro también pueden ir ampliando la mirada y los niveles regionales de estándares (Consejo de Europa, Unión Europea...) irían complementando como «capas de cebolla» una malla de referencia sobre la que hacer ese contraste sistemático entre la interpretación dogmática del Código Penal a la luz de la interpretación conforme con ese estándar (malla) internacional de referencia.

(165) Por todos, solo, PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos XXII Conferencias Aranguren», en *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 51, 2014, pp. 465 ss.

(166) En acertada expresión de ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, op. cit., p. 301 ss., al reflexionar sobre los bienes jurídicos colectivos.

(167) Es esta una línea de reflexión que solo cabe dejar apuntada: a saber, la infiltración de los «colectivos» como elemento transversal de mayor punitivismo que se superpone a grupos identificados conforme a factores de «raza», color de la piel, etnia, nacionalidad, nación, Estado, religión, creencia, ideología, sexo, orientación e identidad sexual, género, edad, enfermedad, diversidad funcional, situación socio-económica....de suerte que el Derecho penal del hecho se cruza con elementos de configuración grupal a la hora de construir –y combatir– el daño social que representan. Paradigmático al respecto los «dolores de parto» de los delitos de odio no ya respecto de minorías étnicas históricamente discriminadas sino sobre colectivos que pueden ser mayoritarios como las mujeres o la ideología. Véase respecto de la expansión de dichos delitos hacia la violencia sexual y hacia la tutela de colectivos ideológicos, respectivamente, solo (con ulteriores referencias): LANDA GOROSTIZA, J. M., «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en Etxeberria Guridi, J. F. (dir.) ; Otazua Zabala, G. (coord.) y Etxebarria Estankona, K. (coord.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, p. 261 ss., y, conclusivamente, p. 264; y LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del “caso altsasu”», op. cit., pp. 371 y 372. Sobre la perma-

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Probablemente la propuesta aquí defendida no es particularmente novedosa. No hay más que recordar, por ejemplo, la centralidad y trascendencia del debate contemporáneo sobre propuestas de bien jurídico en función de la manera en que se establece su relación con la doctrina jurídicoconstitucional de los derechos fundamentales. O el creciente número de contribuciones de la literatura científica que estudian e incorporan el impacto del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y su recepción creciente, también, por el poder judicial. Pero, aunque no sea tan novedosa, sí que pretende indicar un camino de profundización y de universalización de las propuestas interpretativas en sede penal que se orienten sistemáticamente a los derechos humanos. Se ha intentado visualizar cómo la orientación a los derechos humanos puede llegar a acentuarse desde la propia concepción del Derecho penal, su fin, su objeto, su método científico de interpretación, los principios limitadores del *ius puniendi*, la teoría del delito, de la pena y la Parte especial. El Derecho internacional de los derechos humanos es parte de un lenguaje universal de justicia, una manera actual de expresar esa idea de un Derecho justo. y en tal medida parece conveniente una aproximación entre ese lenguaje universal, sus contenidos positivados pero en continuo dinamismo históricodiscursivo y la perspectiva concreta de la justicia penal y su dogmática. Aproximación que no supone equivalencia ni solapamiento, sino mutua y sistemática referencialidad en la manera propuesta.

Vigano acumula, aparentemente en tono utilitarista, una serie de razones –que compartimos– de por qué deberían tomarse en serio los derechos humanos por parte de los penalistas(168). y alude así a un estado de la Justicia en que la influencia de los profesores/as, de la academia, sigue en declive y por tanto parece más útil redirigir los esfuerzos de la doctrina penal hacia propuestas que tengan un encaje positivo en las Constituciones y/o en el ordenamiento jurídico correspondiente. Las construcciones más racionales de los penalistas, por tanto, podrían resultar inanes y no lograr fruto ante cuerpos judiciales cada vez más ajenos a una (nuda) seducción racionalista. Los mismos tribunales de garantías, que controlan también la política criminal, pueden estar cada vez más al margen de la lógica penal

nente expansión de los estándares internacionales de derechos humanos y su influjo en las jurisdicciones domésticas en esta materia LANDA GOROSTIZA, J. M., *Delitos de odio y estándares internacionales*, op. cit., p. 2 ss.

(168) VIGANO, F., *Menschenrechte und Strafrecht*, op. cit., p. 58 ss.

y sus representantes –l@s penalistas– pocas veces ocupan los sillones de las altas magistraturas de control. Por tanto, su lenguaje jurídicopenal, tan especializado, puede acabar por suponer un obstáculo si de lo que se trata es de buscar una influencia en los órganos de control que pueda poner coto, establecer límites, al ejercicio del *ius puniendi*. Para romper ese aislamiento sería más efectivo que los esfuerzos de la academia se concentraran, al parecer, en hacer propuestas fundadas en «criterios positivos, normativamente bien fundamentados» (169). y para ello los derechos humanos –su Derecho internacional como núcleo de su *praxis*– tiene una triple ventaja: una, que tienen un claro anclaje en la Constitución y en el Derecho internacional y por ello deben ser tenidos necesariamente en cuenta por el poder judicial; dos, son conocidos para todo tipo de juristas, los de todas las disciplinas, y no solo la doctrina penalista; y, tres, son universales (no solo, por tanto, conocidos por círculos concretos como el germánico, o el latino, pero no, por ejemplo, por otras tradiciones como la del *common law*) (170).

Los argumentos que apelan a ese potencial de influencia parecen apuntar, decíamos, a razones más de tipo estratégico o puramente utilitaristas. Pero en realidad se sostienen sobre –y apelan a– la universalidad del Derecho internacional de los derechos humanos que debería ir tendiendo a establecer criterios válidos más allá del ámbito doméstico, aunque adaptables, también, a cada círculo de cultura según la concretización en el multinivel. Esta propuesta, para concluir, apunta así en esta dirección no enteramente novedosa y que se enraíza e inspira en la vocación universalista de la Paz Perpetua de Kant y continua –y actualiza– ese «sueño» (171) en el proyecto de Constitución para la Tierra de Ferrajoli (172). El soñar, podrá replicarse, no es fuente de Derecho. Pero las imágenes normativas de tipo universal son un poderoso argumento que se está infiltrando en las jurisdicciones domésticas a través de la interpretación conforme con el estándar internacional que refleja la cristalización de los derechos humanos en su evolución histórica y dinámica. Ese estándar internacional es el dato positivo que «endurece» el sueño, como cuando se

(169) VIGANO, F., *Menschenrechte und Strafrecht*, op. cit., p. 59.

(170) VIGANO, F., *Menschenrechte und Strafrecht*, op. cit., p. 60.

(171) «Podemos dejar a un lado la cuestión de si esta satírica inscripción [«La paz perpetua»], que estaba escrita en el rótulo de una posada holandesa en el que se veía pintado un cementerio, va dirigida a los *hombres* en general, o a los jefes de Estado en particular –que no llegan nunca a estar hartos de la guerra–, o quizá solo a los filósofos, que anhelan ese dulce sueño de la paz perpetua. [...]». KANT, I., *La paz perpetua*, 2.ª ed., Alianza, Madrid, 2016, p. 69.

(172) FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra*, op. cit.

endurece el derecho blando (*soft law*): que lo convierte en asidero, en derecho (internacional de los derechos humanos) positivo, del que partir en una concepción postpositivista del Derecho.

IX. BIBLIOGRAFIA

- AGUILO REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 665-675.
- ALONSO ÁLAMO, M., *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2014.
- ASHWORTH, A. y HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.
- *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2012.
- BUCHANAN, A., *The Heart of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CALLIES, R. P., «Die Strafzwecke und ihre Funktion», en Britz, G.; Jung, H.; Koriath, H. y Müller, E. (hg.), *Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2001, pp. 99-118.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991.
- CASSESE, A., *Cassese's International Criminal law*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 23-02, 2021, pp. 1-32.
- *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2.^a ed., Trotta, Madrid, 2013.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014.
- *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- FERRAJOLI, L., *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, Madrid, 2022.

- FERRAJOLI, L., «El Derecho penal Mínimo», en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, P. P.U. Disponible en: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_derecho_penal_m%C3%ADnimo_-_ferrajoli_luigi.pdf (última consulta: 13 octubre 2022—: se cita la paginación según esta versión), pp. 1-25.
- FREIXES, T., «El diálogo entre tribunales en el marco europeo», en *Cuadernos Constitucionales*, núm. 1, 2020, pp. 65-80.
- FRISCH, W., «Pena, delito y sistema de delito en transformación», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2014, pp. 1-31.
- GARCÍA AMADO, J. A., «Filosofía hermenéutica y Derecho», en *Azafea*, núm. 5, 2003, pp. 191-211.
- GÄRDITZ, K., «Strafbegründung und Demokratieprinzip», en *Der Staat*, núm. 49, 2010, pp. 331-367.
- GIMBERNAT, E., *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999.
- HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 95-104.
- «Juristische Hermeneutik», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1986, pp. 195-212.
- HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007.
- JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, Iustel, Madrid, 2016.
- KANT, I., *La paz perpetua*, 2.^a ed., Alianza, Madrid, 2016.
- LAGODNY, O., «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 129-136.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Capítulo IV. Derecho penal sustantivo: la violencia sexual», en Etxeberria Guridi, J. F. (dir.); Otazua Zabala, G. (coord.) y Etxeberria Estankona, K. (coord.), *La mujer víctima de violencia. Análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul*, IVAP, Oñati, 2022, pp. 211-264.
- «Delitos de odio y sentido de tutela: reflexiones al hilo del «caso altsasu» (STS 458/2019)», en Lorenzo Copello, P. y Daunis Rodríguez, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, pp. 351-374.
- «Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-19, 2020, pp. 1-34.
- *Los delitos de odio. Artículos 510 y 22.4.º CP 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Fines de la pena en fase de ejecución penitenciaria: reflexiones a la luz de la prisión permanente revisable», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 18, 2017, pp. 91-140.
- *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2000.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LAVRYSEN, L. y MAVRONICOLA, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020.
- MACCORMICK, N., *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MALBY, S., *Criminal Theory and International Human Rights Law*, Routledge, London/New York, 2020.
- MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 235-269.
- MEIJER, S., «Rehabilitation as a Positive Obligation», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 25, 2017, pp. 145-162.
- MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho penal y teoría del delito*, Reppertor, Barcelona, 2019.
- *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2.ª ed., B de F, Buenos Aires, 2003.
- «Bien jurídico y bien jurídicopenal como límites del *Ius puniendi*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. xiv, 1991, pp. 204-215.
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 20ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- PAWLIK, M., *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, Beck, München, 2008.
- PEREIRA GARMENDIA, M., «El ciudadano «universal»», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, pp. 123-135.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos xxii Conferencias Aranguren», en *ISEGORIA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 51, 2014, pp. 465-544.
- PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017.

- ROXIN, C., «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 443-475.
- *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlängen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Auflage, Beck, München, 2020.
- SCHÜNEMANN, B., «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Hefendehl, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, pp. 197-226.
- SERRANO, V., *La herida de Spinoza. Felicidad y política en la vida posmoderna*, Anagrama, Barcelona, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed. Ampliada y actualizada, B de F, Buenos Aires, 2012.
- SMITH, R. K. M., *International Human Rights Law*, 10th ed., Oxford University Press, Oxford, 2022.
- STAVROS, S., «Criminal Law Responses to Hate Speech: Towards a Systematic Approach in Strasbourg?», en Lavrysen, L. y Mavronicola, N. (eds.), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Studies in Security and Justice, núm. 7, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, 2020, pp. 117-138.
- STUCKENBERG, C. F., «Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkung zum Verhältnis von Strafe und Staat», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, pp. 653-661.
- TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, núm. 3, 2016, pp. 1-72.
- TULKENS, F., «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 9, 2011, pp. 577-595.
- VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 2016.
- VIGANO, F., «Menschenrechte und Strafrecht. Ein Plädoyer für eine Neuorientierung», en Fahl, C.; Müller, E.; Satzger, H. y Swoboda, S. (Hg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, pp. 55-68.
- «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», en *Política Criminal*, núm. 9-18, 2014, pp. 428-476.

- VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., «España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 74-1, 2022, pp. 65-80.
- VIVES ANTON, T., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ZAMBRANO, P., «Del ciudadano pasivo-defensivo al ciudadano activo-colaborador y sospechoso. Apuntes para un debate racional acerca de la legitimidad jurídica del modelo penal de ciudadano», en Sánchez-Ostiz, P. (dir.), *Medio siglo de Derecho penal en España. Del modelo autoritario al del ciudadano constitucional*, Comares, Granada, 2021, pp. 197-236.

Problemas asociados a la satisfacción de la responsabilidad civil en los supuestos de prescripción de la infracción penal

JAVIER GÓMEZ LANZ

Profesor ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

M.^a EUGENIA SANMARTÍN GARCÍA-OSORIO

Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar

RESUMEN

Aunque el modelo general de acumulación en el proceso penal de la pretensión penal y civil está fundado en razones de economía procesal, lo cierto es que la falta de habilitación legal o jurisprudencial para resolver la pretensión civil en el seno del proceso penal concluido por prescripción del delito genera una serie de desventajas y dificultades resultantes de la previsión de un régimen jurídico distinto para la prescripción de la responsabilidad penal y civil procedente de un mismo hecho delictivo. Ante esta situación, este trabajo tiene como objeto, previa exposición del régimen jurídico de acumulación y prescripción, delimitar los supuestos en los que subsiste la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo cuya responsabilidad penal ha prescrito y analizar la conveniencia de, en tales casos, resolver esta responsabilidad civil en el proceso penal ya iniciado.

Palabras clave: *responsabilidad civil derivada de delito, prescripción penal, prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito.*

ABSTRACT

As a rule, under the Spanish Criminal Procedure Act, the civil action for the compensation for damages caused by the punishable act is resolved within the criminal proceedings. However, when the statute of limitations on the criminal offence has expired, the Criminal Court is not authorized to settle such civil claim. When the prescriptive period for the civil action is longer than the statute of limitations on the criminal offence, the damaged party must sue once again for civil liability before the Civil Jurisdiction. This paper aims to analyse the series of diseconomies and difficulties arising from this regulation and to put forward some arguments that further the resolution of this kind of civil claims within the criminal proceedings already initiated.

Key Words: *civil liability originated by a criminal offence, statute of limitations on a criminal offence, statute of limitations on a civil action.*

Sumario: I. El ejercicio de la pretensión indemnizatoria en el proceso penal.– II. Prescripción de la infracción penal y prescripción de la acción de responsabilidad civil en los supuestos de hechos dañosos tipificados como delitos. 1. La prescripción de la infracción penal. 2. La prescripción de la acción de responsabilidad civil ante hechos dañosos tipificados como delitos. 3. La subsistencia de la acción de responsabilidad civil con posterioridad a la prescripción del delito.–III. Los problemas derivados de la desacumulación de procesos y su posible resolución mediante la extensión de la previsión del artículo 119 CP a los supuestos de prescripción del delito.–IV. Bibliografía.

I. EL EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA EN EL PROCESO PENAL

Cuando los hechos tipificados en la ley penal como delito causan daños y perjuicios de carácter patrimonial, surge, junto con la responsabilidad penal de quien ejecuta aquellos, la obligación de reparar prevista en el artículo 109.1 CP. A estos efectos, el artículo 100 LECrim señala cómo «de todo delito o falta(1) nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios

(1) A este respecto, de conformidad con la Disposición Adicional 2.^a de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, «las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves».

causados por el hecho punible». Esta segunda acción constituye la pretensión indemnizatoria y su conocimiento procesal está atribuido por defecto al orden jurisdiccional penal (artículos 109.1 CP, 142 LECrim y 742 LECrim).

Así, aunque los artículos 109.2 CP y 111 y 112 LECrim arbitren la posibilidad de que el perjudicado se reserve el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para su posterior exigencia ante la jurisdicción civil(2), nuestro ordenamiento jurídico establece como modelo general la acumulación en el proceso penal de la pretensión penal y la pretensión civil por razones de economía procesal(3). Como ha señalado repetidamente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo(4), esta acumulación de pretensiones no afecta a la naturaleza de la acción civil, que sigue siendo la misma aun cuando se sustancie en un proceso penal(5) y se halla sometida –entre otros– a los principios dispositivo, de aportación de parte y de congruencia(6). En consecuencia, la resolución de las cuestiones relativas a la responsabilidad civil mediante sentencia firme en el proceso penal impide su replantea-

(2) La reserva de la acción civil permite su ejercicio separado en un proceso civil ulterior, aunque para ello será preciso que la acción penal haya sido previamente resuelta en sentencia firme (artículo 111 LECrim). Ello no es sino una concreción de la regla general que prevé el artículo 114 LECrim y de la inmunidad de la jurisdicción penal frente a las eventuales reclamaciones de competencia procedentes de otros órdenes jurisdiccionales (artículo 44 LOPJ). Como señala la reciente sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022 (RJ 2022\469), la reserva puede, en todo caso, dejarse sin efecto mediante una nueva declaración expresa en el proceso penal, siempre que ello no comporte un ejercicio abusivo del derecho.

(3) PANTALEÓN PRIETO, F., ««Perseverare diabolicum» (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», en *Jueces para la democracia*, núm. 19, 1993, p. 6, y ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 43.

(4) *Vid.*, de entre las más recientes, las sentencias de 23 de marzo de 2022 (JUR 2022\116149), 18 de marzo de 2022 (RJ 2022\1390), 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022\236), 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2004), 19 de diciembre de 2018 (JUR 2018\330082), 15 de octubre de 2018 (RJ 2018\5363), 8 de junio de 2018 (RJ 2018\3196), 9 de abril de 2018 (RJ 2018\2157), 28 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4590), 13 de octubre de 2016 (RJ 2016\4910), 19 de febrero de 2014 (RJ 2014\925), 22 de septiembre de 2011 (RJ 2011\6711), 20 de abril de 2010 (RJ 2010\5558) y 10 de octubre de 2006 (RJ 2006\7705).

(5) Sin embargo, MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 690, postula considerar la responsabilidad civil como una «tercera respuesta posible al delito» y «mantener la naturaleza penal» de esta institución.

(6) ROIG TORRES, M., *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 44, y ARNAIZ SERRANO, A., *op. cit.*, p. 112.

miento en un ulterior proceso civil, produciendo los efectos de la cosa juzgada material(7).

Sentado lo anterior, aun cuando la imprecisa –y muy difundida– expresión «responsabilidad civil derivada del delito»(8) pareciera dar a entender que la acumulación de acciones únicamente se produce en el caso de los procesos penales que terminan con condena penal, lo cierto es que, tal y como establece el artículo 119 CP, la resolución de la pretensión indemnizatoria también tiene lugar en el proceso penal cuando se dicta sentencia absolutoria por alguna de las causas de exención de responsabilidad criminal recogidas en el artículo 118 CP (a saber, las causas de inimputabilidad de los números 1.º 2.º y 3.º del artículo 20, el estado de necesidad del número 5.º del artículo 20(9), el miedo insuperable del número 6.º del artículo 20 y los supuestos de error invencible del artículo 14 CP(10)). En estos supuestos –en los

(7) Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional 15/2002, de 28 de enero, y las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017\699), 10 de octubre de 2016 (RJ 2016\4896), 19 de octubre de 2010 (RJ 2010\7589), 6 de octubre de 2010 (RJ 2010\7312), 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8542) y 24 de octubre de 1998 (RJ 1998\8235).

(8) Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, p. 6. MAGRO SERVET, V., «Las consecuencias civiles del delito en el proceso penal» en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 149, 2021, p. 1, señala, a nuestro juicio con acierto, cómo «se debería hablar, más que de la responsabilidad civil ex delicto, de la responsabilidad civil por un hecho que es delito», enfatizando de este modo cómo existe una doble proyección del ordenamiento jurídico, desde distintas perspectivas (la penal y la civil) respecto de un mismo hecho que goza de la doble naturaleza –y de forma relativamente independiente– de ilícito penal (en tanto que acción típica no justificada) y de ilícito civil (en tanto que evento dañoso). En este mismo sentido, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022\169765), precisa que «la obligación indemnizatoria no viene determinada por el delito, como título jurídico de condena, sino por el hecho en el que este consiste, del que se derivan los daños».

(9) La identificación de la justificación de la conducta típica con la conformidad general con el ordenamiento jurídico ha dado lugar a que alguna resolución judicial haya limitado la operatividad de lo previsto en el citado artículo 118 CP en relación con el número 5.º del artículo 20 CP a la concurrencia de un estado de necesidad exculpante, en la convicción de que la apreciación de una situación de estado de necesidad justificante debe excluir la declaración de responsabilidad civil en el proceso penal. Éste es el caso de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995 (RJ 1995\141), que expresamente prevé que, en este caso, «si la lesión del bien jurídico ajeno ha reportado un lucro o un beneficio para el «necesitado», siempre quedará abierta al perjudicado la vía civil por enriquecimiento injusto».

(10) Vid. sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019\5355). Toda vez que se trata de supuestos de error en los que no existe responsabilidad penal, cabría teóricamente plantear también la posibilidad de extensión del artículo 118 CP a los supuestos de error vencible de tipo cuando no está expresamente inculpada la imprudencia y, en consecuencia, procede la absolución del responsable del hecho. No obstante, existe alguna resolución judicial que se

que, propiamente, no hay un delito— la sentencia absolutoria debe, no obstante, recoger un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del injusto penal(11).

De forma análoga, la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, prevé un supuesto adicional en el que es posible resolver la pretensión indemnizatoria en un proceso penal que concluye sin condena penal. En concreto, el número 2 de esta Disposición señala que los juicios de faltas iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica por hechos que lleven aparejada una posible responsabilidad civil —y que resulten despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa como consecuencia de la Ley Orgánica— continuarán su tramitación hasta su normal terminación mediante fallo que estará restringido al pronunciamiento sobre responsabilidad civil y costas(12). Sólo si el legitimado para ello manifiesta expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asisten, se procederá, con el visto del Ministerio Fiscal, al archivo de lo actuado(13).

Finalmente, existe debate acerca del tratamiento que debe dispensarse a los casos del artículo 268 CP, que establece la exención de responsabilidad penal por la comisión de delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios entre parientes y declara a continuación que estos quedan sujetos únicamente a la responsabilidad civil. Si bien este grupo de casos no aparece contemplado en los artículos 118 y 119 CP, algunas resoluciones judiciales indican que tampoco en estos supuestos la ausencia de responsabilidad penal(14) constituye obstá-

manifiesta en contra de esta posibilidad; es el caso de la sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de León de 20 de noviembre de 2002 (ARP 2003\188).

(11) Si el principio de economía procesal constituye el fundamento general de la competencia del Tribunal penal para conocer de la pretensión civil, cuando ese conocimiento se produce en situaciones, como las descritas en el artículo 118 CP, en las que la no se puede dictar una condena penal, la primacía de aquel principio es difícilmente exagerable (Cfr: ARNAIZ SERRANO, A., *op. cit.*, p. 127).

(12) *Vid.* sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2022 (RJ 2022\1516) y 2 de octubre de 2018 (RJ 2018\5067).

(13) Ejemplos en los que se aplica esta posibilidad son las sentencias de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de julio de 2021 (JUR 2021\315750); de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Murcia de 20 de octubre de 2020 (JUR 2020\3345121); de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Girona de 9 de octubre de 2020 (JUR 2022\20120); de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de León de 18 de mayo de 2018 (JUR 2018\196962), y de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de La Rioja de 19 de octubre de 2015 (JUR 2015\268685).

(14) Si se defiende —como hace, por ejemplo, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 40 ss.— que las excusas absolutorias solo impiden la imposición de la pena, pero no afectan a la existencia de delito ni de responsabilidad

culo para que se resuelva la responsabilidad civil en el seno del procedimiento penal(15).

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (RJ 2010\7163) clarificó algo la cuestión al admitir esta posibilidad cuando ya se ha desarrollado el proceso penal en su integridad, pero recordando simultáneamente que la exención del artículo 268 CP puede producir sus efectos tanto en la fase de instrucción como en la fase intermedia (en ambos casos, a través del sobreseimiento de las actuaciones) y que en tal caso no estaría justificada la prosecución del proceso penal a los meros efectos de resolver la reclamación civil(16). En aplicación de esta doctrina –que, como más adelante se dirá, puede resultar relevante para el supuesto que aquí nos ocupa– y añadiendo consideraciones legales sobre la adecuada protección de la víctima y argumentos de economía procesal, las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013 (RJ 2013\4412), 28 de junio de 2013 (RJ 2013\5570) y 26 de noviembre de 2021 (RJ 2021\5274) han mantenido pronunciamientos civiles adoptados en sentencias absolutorias fundadas en el artículo 268 CP. No obstante, se pueden hallar resoluciones aisladas (algo más antiguas) que, si bien recogen la doctrina establecida en la citada sentencia de 23 de junio de 2010, optan excepcionalmente por eludir el

penal, cabe sostener que la fuente legal de la obligación de resolver en estos casos sobre la pretensión civil es el propio artículo 116 CP, pues habría delito, responsabilidad penal y, por ende, responsabilidad civil directa. En este marco conceptual, el artículo 116 CP resultaría de aplicación no solo a los supuestos contemplados en el artículo 268 CP, sino a todas las excusas absolutorias. Naturalmente, el argumento no es invocable si se propone una explicación distinta sobre la naturaleza de la institución (Cfr., por ejemplo, OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 191 ss.).

(15) De entre las que destaca la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 (RJ 1992\2769). Esta línea jurisprudencial aparece recogida en resoluciones posteriores tanto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (como las Sentencias de 5 de marzo de 2007, RJ 2007\1541, y 24 de abril de 2007, RJ 2007\4721, que, no obstante, no la aplican en el caso enjuiciado por otras razones ajenas al debate) como de las Audiencias Provinciales (Cfr., en este sentido, el Auto de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de septiembre de 2004, JUR 2004\264129). Cfr. también al respecto los comentarios de JUAN SÁNCHEZ, R., «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*», *In Dret*, núm. 1, 2009, p. 15.

(16) Como establecen, por ejemplo, los Autos de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de diciembre de 2021 (JUR 2022\90105) o de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 17 de julio de 2020 (JUR 2021\64722).

pronunciamiento civil en el seno de una sentencia absolutoria dictada una vez tramitado el proceso penal en su integridad(17).

Fuera de los casos expuestos hasta el momento (esto es, los del artículo 119 CP y, en su caso, el del artículo 268 CP), en principio no procedería realizar pronunciamientos sobre la responsabilidad civil en otras sentencias absolutorias firmes(18); de hecho, dado que la resolución penal no se pronuncia sobre tal pretensión, la sentencia no produce efectos de cosa juzgada sobre esta materia y la acción civil puede volver a ejercitarse ante la jurisdicción civil(19).

Así las cosas, entre las razones que determinan la conclusión del procedimiento penal sin condena y que, en principio, impiden la resolución de la pretensión indemnizatoria en el seno del propio proceso penal se hallan, precisamente, las causas de extinción de la responsabilidad criminal del artículo 130 CP y, entre ellas, la prescripción del delito, que se contempla en este trabajo(20).

Esta conclusión se funda, ante todo, en la ausencia de una norma habilitante que contemple esta posibilidad (no hay referencia a las causas de extinción de la responsabilidad penal en el artículo 119 CP)(21). De forma adicional, puede entenderse que la previsión del artículo 115 LECrim en relación con la primera de las causas de extinción de la responsabilidad penal (la muerte del reo) respalda también esta tesis, toda vez que, tras reiterar lo dispuesto en el artículo 130.1.1.º CP («la acción penal se extingue por la muerte del culpable»), el precepto señala cómo en este caso «subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que solo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil».

La importancia de este segundo argumento es, sin embargo, menor, pues, si bien es indudable que el artículo 115 LECrim deriva

(17) Como las sentencias de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de mayo de 2012 (ARP 2012\588) y de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de septiembre de 2011 (ARP 2011\1221).

(18) *Vid.* sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2020 (RJ 2020\1081), 25 de junio de 2008 (RJ 2008\4180) y 30 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7063). Del mismo modo, dado el tenor del artículo 119 CP, tampoco es posible dirimir la pretensión de responsabilidad civil cuando la exención de responsabilidad penal no se aprecia en el seno de una sentencia absolutoria, sino mediante un auto de sobreseimiento libre (ARNAIZ SERRANO, A., *op. cit.*, p. 129, y DEL MORAL MARTÍN, A., y DEL MORAL GARCÍA, A., *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, Comares, Granada, 2002, p. 481).

(19) *Vid.* sentencias 17/2008, de 31 de enero, y 15/2002, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional.

(20) *Vid.* sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2022 (JUR 2022\190485).

(21) DEL MORAL MARTÍN, A., y DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 480.

en esta situación de forma absolutamente explícita la resolución de la acción civil a un ulterior proceso civil, el motivo que de modo habitual se aduce para ello (la necesidad de salvaguardar el derecho de defensa de los herederos y causahabientes, quienes, como regla general, no habrán sido llamados al proceso penal) es predicable solo respecto de este escenario concreto(22).

Sin entrar por el momento en el debate relativo a la justificación de este régimen ni en su aplicabilidad a todos los supuestos de extinción de la responsabilidad penal, lo cierto es que se trata de una fórmula que genera ciertas consecuencias perniciosas –en algunos casos, seguramente indeseadas– que legitiman tomarla como objeto no solo de análisis, sino también de debate. Entre ellas destacan, a nuestro juicio, principalmente dos: (i) la complejidad derivada de la intervención sucesiva de dos órdenes jurisdiccionales en el enjuiciamiento de lo que son, en sentido estricto, unos mismos hechos, y (ii) la dilación en la restauración del orden jurídico perturbado por el hecho, que resulta nociva fundamentalmente para la víctima del delito prescrito que ha sufrido de modo simultáneo un perjuicio patrimonial.

En este trabajo, nuestro propósito es presentar las razones que hacen de este sistema un modelo particularmente perjudicial desde una perspectiva victimológica y fundar la legitimidad de un régimen alternativo, explorando al mismo tiempo la posibilidad de incorporar algunos rasgos de este último *de lege lata*.

De modo previo, no obstante, será preciso examinar cómo la regulación de las condiciones en las que se producen, respectivamente, la prescripción de la infracción penal y la prescripción de la acción civil permite la existencia de situaciones en las que se genera la primera, pero no la segunda. En tanto que ello constituye una condición de posibilidad para la aparición del problema que aquí abordamos, parece sensato comenzar por exponer las circunstancias en las que el ordenamiento jurídico español habilita la producción de esta situación peculiar.

(22) En cualquier caso, pese a la rotundidad de la previsión, BACIGALUPO SAGGESE, S., y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2006, pp. 156-160, tras subrayar cómo esta decisión somete a la víctima a un largo proceso penal y luego civil, proponen que, siempre que sea posible por existir otros investigados o acusados, es conveniente dilucidar toda la responsabilidad civil en el proceso penal llamando inmediatamente a los herederos en la pieza de responsabilidad civil del proceso. Esta posibilidad, de hecho, fue contemplada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo acudiendo a la figura del litisconsorcio pasivo necesario en un caso en el que se pretendía la nulidad de un contrato a través del que se había articulado un delito de alzamiento de bienes (Sentencia de la Sala de lo Penal de 27 de junio de 1990, RJ 1990\5718).

II. PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN PENAL Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE HECHOS DAÑOSOS TIPIFICADOS COMO DELITOS.

1. La prescripción de la infracción penal

La prescripción de la infracción penal entraña la atribución de eficacia extintiva de la responsabilidad criminal al mero transcurso del tiempo⁽²³⁾. En concreto, la extinción opera cuando transcurre un plazo determinado de tiempo tras la comisión de la infracción sin que se haya incoado un procedimiento penal dirigido contra la persona indiciariamente responsable del delito, dando así lugar a una restricción autónoma por parte del Estado de la faceta judicial de la potestad punitiva (la prescripción del delito impide imponer una pena o medida de seguridad al responsable)⁽²⁴⁾.

Existe una apreciable diversidad de propuestas teóricas relativas a la razón de ser de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, predominando las que identifican en esta institución un principio de carácter material.

Entre estas destaca la tesis que anuda la prescripción a la existencia de un derecho a la seguridad jurídica del responsable de la comisión de un delito, derecho que veta una posibilidad indefinida de persecución⁽²⁵⁾. Esta idea preside la sentencia 157/1990 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 18 de octubre, que afianza la institución precisamente «en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el artículo 9.3 CE». Hasta tal punto entiende el Tribunal Constitucional que la prescripción conviene al orden de valores de la Constitución española que estima «cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos

(23) *Vid.*, por ejemplo, la importante sentencia 157/1990, de 18 de octubre, del Pleno del Tribunal Constitucional, que explícitamente definió la prescripción del delito como «autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo», noción acogida por resoluciones posteriores del mismo Tribunal como las sentencias 25/2018, de 5 de marzo; 192/2013, de 18 de noviembre; 195/2009, de 28 de septiembre; 79/2008, de 14 de julio, y 63/2005, de 14 de marzo.

(24) ORTOS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 203.

(25) *Cfr.* MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 384, así como la sentencia 25/2018, de 5 de marzo, del Tribunal Constitucional.

y faltas»(26), pues «en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas».

Carácter material tienen también las explicaciones que vinculan la prescripción de la infracción con la falta de necesidad de pena. Dentro de estas, destacan las que sostienen que la imposición de una sanción penal transcurrido un periodo suficiente de tiempo resulta ineficiente en atención a los fines propios de prevención general, bien intimidatoria, bien integradora(27). Una visión particular de esta tesis es la que presenta Ragués i Vallés cuando alude a la pérdida de lesividad que el delito experimenta con el paso del tiempo, que lleva al autor a calificar de ilegítima la pena que ya no es, por la razón antedicha, necesaria para el mantenimiento del orden social vigente(28).

Además, la doctrina también asocia a la prescripción un fundamento conectado con la falta de necesidad de pena por la inadecuación de las sanciones tardías para cumplir fines preventivo-especiales(29). Se trata de un argumento que recoge igualmente la citada sentencia 157/1990 del Tribunal Constitucional, de 18 de octubre, que, junto con la referencia principal, ya señalada, a la seguridad jurídica, alude cumulativamente como principio complementario de la institución al «derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE)» y, por cuanto respecta a lo ahora señalado, a «los principios

(26) Sobre la posibilidad de conciliar un sistema que presente estas características y el principio de seguridad jurídica, *Cfr.* la opinión de GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito*, B de f, Buenos Aires, 2016, pp. 21 y s. En contra de esta tesis, CAAMAÑO, F., *Garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 157.

(27) GÓMEZ MARTÍN, V., *op. cit.*, pp. 23 ss., y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2010, p. 1438.

(28) RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 41 ss., y «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *In Dret*, núm. 1, 2022, pp. 14 y s. A nuestro juicio, la conexión que establece el autor entre la idea de lesividad y la perturbación del modelo social vigente aproxima la fundamentación que propone a la de quienes conectan la prescripción con su falta de necesidad para la consecución de un efecto preventivo general positivo. A este respecto, aunque el propio autor sostiene que la pena del delito prescrito contribuye aún –y, de hecho, contribuye más– a reafirmar la confianza en la vigencia de la norma, es discutible que ese refuerzo se produzca cuando, según lo que el mismo RAGUÉS I VALLÉS subraya, ya no existe perturbación del orden social.

(29) *Cfr.* LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 144, y RODRÍGUEZ DEVEZA, J. M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte General*, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 681, quienes enfatizan este aspecto, aun cuando aluden también a la inconveniencia de la pena en estos casos desde el punto de vista retributivo y de la prevención general.

de orientación a la reeducación y reinserción social que el artículo 25.2 CE asigna a las penas privativas de libertad».

Es frecuente, en todo caso, que, de forma independiente o cumulativa a este soporte material, se alegue un fundamento procesal de la prescripción(30); el Tribunal Supremo, por ejemplo, señala que «la prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal: por un lado, se reconoce a la prescripción una base material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado, desde la perspectiva procesal, se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio»(31).

En nuestra opinión, esta explicación probatoria de la institución es, al menos en esta formulación, tan habitual como discutible, y ello porque cuando la prescripción del delito opera activamente como causa de extinción (es decir, cuando es la base de una resolución judicial que declara la extinción de responsabilidad criminal) es precisamente en casos en los que el conjunto de pruebas de la comisión de la infracción penal ha sido suficiente no solo para la incoación del proceso, sino para su instrucción y, en algunos casos, para su prosecución hasta la fase de juicio oral. Ciertamente, habrá infracciones que prescriban sin haber sido descubiertas, pero resulta sorprendente que se pretenda cimentar la prescripción en una hipotética dificultad probatoria que, desde luego, no está presente en los supuestos en los que la figura despliega más activamente su eficacia. Mayor fortaleza presenta el argumento si lo que se enfatiza no es tanto la dificultad de contar con un acervo probatorio, cuanto la fiabilidad apreciable en este(32), acotación, no obstante, que no parece por sí misma suficiente para concluir la necesidad de extinguir la responsabilidad penal, ya que el propio proceso penal constituye un escenario adecuado tanto para detectar la posible inconsistencia de la evidencia probatoria como, en su caso, para decretar su falta de aptitud para asentar en ella una condena(33).

(30) MOLINA BLÁZQUEZ, C., *op. cit.*, p. 679, y LANDROVE DÍAZ, G., *op. cit.*, p. 144

(31) *Vid.* ya la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9436), que recoge la línea jurisprudencial conformada por las resoluciones que en ella se citan.

(32) RAGUÉS i VALLÉS, R., *op. cit.*, 2022, p. 12.

(33) Argumentos adicionales que limitan la efectividad de este criterio pueden hallarse en GÓMEZ MARTÍN, V., *op. cit.*, pp. 15 y s.

Esta dualidad que se aprecia en el debate sobre el fundamento de la prescripción se manifiesta también en la discusión sobre la naturaleza de la institución. A este respecto, si bien seguramente se trata de una oposición sobredimensionada cuyas consecuencias realmente significativas no se encuentran unívocamente asociadas a la adopción de una de las dos posiciones ortodoxas enfrentadas(34), la controversia sobre la naturaleza procesal o material de la prescripción se ha convertido, sin duda, en uno de los tópicos usuales en este ámbito.

En este orden de cosas, la expresa mención de esta figura como óbice procesal integrado entre los artículos de previo pronunciamiento relacionados en el artículo 666 LECrim y su paralela aparición en el catálogo de causas de extinción de la responsabilidad penal en el artículo 130 CP indican, a nuestro juicio, el carácter híbrido de la institución. En realidad, la prevalencia que el sentir común (tanto judicial como doctrinal) otorga a los aspectos materiales(35) está guiada por el propósito de sustentar dos afirmaciones que pueden concebirse al margen de categorizaciones rotundas: (i) que la prescripción puede ser proclamada de oficio en cualquier momento del proceso en el que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan, de modo que la alegación en tiempo y forma por el responsable criminal no constituya un requisito para su apreciación(36), y (ii) que los enunciados legales que disponen las condiciones y plazos para la operatividad de la prescripción son leyes penales a efectos del artículo 2.2 CP, de forma que su aplicación retroactiva solo es posible en los términos previstos en este artículo(37).

(34) Como señalan PEDREIRA GONZÁLEZ, F., «La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre», *La Ley*, 2005, p. 1557, y GÓMEZ MARTÍN, V., *op. cit.*, p. 12.

(35) *Vid.*, por ejemplo, las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2021 (RJ 2021\5453), 14 de diciembre de 2018 (RJ 2018\5420), 30 de noviembre de 2015 (RJ 2015\5782), 6 de julio de 2015 (RJ 2015\3584), 25 de junio de 2015 (RJ 2015\3880), 20 de noviembre de 2014 (RJ 2014\5975), 17 de julio de 2009 (RJ 2009\6995) y 7 de octubre de 1997 (RJ 1997\7173) y, entre la doctrina, MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 135.

(36) Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2018 (RJ 2018\5420). La sentencia 11/2004, de 9 de febrero, del Tribunal Constitucional confirmó que, si bien la legislación procesal identifica el trámite de alegaciones previas al juicio oral como la fase idónea para debatir la prescripción del delito, este momento procesal no precluye su alegación posterior, que puede producirse tanto en el seno del propio juicio oral como en la fase de impugnación de la sentencia.

(37) *Vid.*, en este sentido, la sentencia 25/2018, de 5 de marzo, del Tribunal Constitucional, así como las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009 (RJ 2009\6995) y 20 de junio de 2003 (RJ 2003\6869). Como

Mayor importancia para el asunto que aquí nos ocupa tiene la determinación legal de los plazos que han de transcurrir para que opere la prescripción. De acuerdo con el primer apartado del artículo 131 CP, estos plazos son, respectivamente, de veinte años (cuando la pena máxima señalada para el delito es prisión de quince o más años), quince años (cuando la pena máxima señalada por la Ley es inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años), diez años (cuando la pena máxima señalada por la Ley es prisión o inhabilitación por más de cinco, siempre que no exceda de diez), cinco años (para todos los demás delitos, incluyendo todos los menos graves, excepto los de calumnia e injuria) y un año (para los delitos leves y los de calumnia e injuria). De este régimen se encuentran exceptuadas las infracciones penales que el artículo 131.3 CP declara imprescriptibles, esto es, los delitos de lesa humanidad, genocidio, contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (salvo los castigados en el artículo 614 CP), así como los de terrorismo que hubiesen causado la muerte de una persona.

Puede comprobarse cómo la norma articula los concretos plazos de prescripción de las infracciones penales empleando para ello criterios heterogéneos, pues (i) en algunos casos –delitos imprescriptibles y delitos de calumnia e injuria–, atiende al *nomen* de la figura delictiva a fin de prever plazos específicos para infracciones concretas, (ii) en otros –la mayoría de supuestos–, toma en consideración la pena fijada para la infracción, y (iii) por último, asigna un plazo de prescripción único para una clase de infracciones penales caracterizada por una gravedad común normativamente establecida (como ocurre con los delitos leves). Este sistema plantea, al menos, dos dificultades de delimitación que es preciso esclarecer de forma previa.

Por una parte, en cuanto se refiere al segundo de los criterios mencionados, resulta evidente la importancia de contar con un criterio estable que permita distinguir cuál es la pena relevante. A este respecto, el CP solo sienta dos pautas precisas: cuando la pena señalada por la Ley es compuesta, se ha de estar a la que exija mayor tiempo para la prescripción (artículo 131.2 CP); y, ante un concurso de infracciones o ante infracciones conexas, el plazo será el que corresponda al delito más grave (artículo 131.4 CP). No determina, en cambio, de

indicó la sentencia de la misma Sala de 15 de julio de 1997 (RJ 1997\5755), el régimen de prescripción es uno de los factores a los que se debe atender en el trance de determinar si un CP cuya vigencia es posterior a la comisión de la infracción penal resulta o no más favorable para el reo. Naturalmente, su eventual aplicación retroactiva deberá someterse también al criterio de aplicación de normas completas establecido en la Disposición Transitoria 2.^a del CP.

forma incontrovertible si la pena que se ha de tomar como referencia es la directamente indicada en el tipo o si, por el contrario, es la resultante de aplicar los diversos factores legales de individualización, ya que las expresiones «pena máxima señalada al delito» y «pena máxima señalada por la ley» no son suficientemente perspicuas.

En esta tesitura, el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997, ratificado por el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008, estableció que la pena que ha de ser tomada en cuenta a estos efectos es la «pena en abstracto». En principio, esta expresión tampoco resulta por completo inmune a la polémica, pues, en sus propios términos, permite debatir la necesidad de aplicar o no –al objeto de determinar la pena en abstracto– las normas sobre grados de participación o de ejecución, que no en vano comportan una degradación imperativa de la pena y contribuyen, por tanto, *ex lege* a la conformación de la pena máxima señalada por la ley(38).

Es cierto que, al amparo del citado Acuerdo, una serie constante de resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo descarta taxativamente que haya que atender a la pena que el Tribunal sentenciador ha impuesto en el caso concreto o a la pena solicitada por la acusación, «ya que esto no es cuestión de legalidad, sino simplemente de individualización de la pena, que el legislador no puede tener en cuenta al establecer el tiempo necesario para la prescripción»(39). y en varias sentencias muy recientes, la misma Sala rechaza expresamente tomar en consideración el grado de ejecución y la forma de participación, salvo que ello determine la configuración de un subtipo agravado(40).

(38) Como admite la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002\6455) y apuntan, en la doctrina, GÓMEZ MARTÍN, V., *op. cit.*, pp. 32 y s.; RAGUÉS i VALLÉS, R., *op. cit.*, 2004, pp. 108 ss., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *op. cit.*, p. 680. En este sentido podrían citarse también resoluciones como las sentencias de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2276), 3 de marzo de 2021 (RJ 2021\907), 23 de julio de 2019 (RJ 2019\3040), 14 de diciembre de 2018 (RJ 2018\5420), 16 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1187), 2 de febrero de 2004 (RJ 2004\2112) y 26 de octubre de 2001 (RJ 2001\9084), que han tenido en cuenta la concurrencia de continuidad delictiva para atender a una pena superior a la del tipo, aunque existen también pronunciamientos en sentido contrario, como el formulado por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 (RJ 2003\2330).

(39) Entre otras, pueden citarse las sentencias de 4 de marzo de 2021 (RJ 2021\891), 2 de febrero de 2004 (RJ 2004\2112), 25 de octubre de 2002 (RJ 2002\10850) y 9 de abril de 2001 (RJ 2001\10289).

(40) Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022\1307), 27 de noviembre de 2017 (RJ 2017\5315) y 20 de julio de 2015 (RJ 2015\3604).

No obstante, en nuestra opinión, sería oportuno distinguir la legitimidad de valorar elementos preceptivos de individualización legal (como es el caso de los grados de participación o de ejecución) de la oportunidad de atender a la pena completamente delimitada en cuanto esta tiene de decisión judicial(41).

Y, también en relación con los criterios de fijación de plazos del artículo 131 CP, es conveniente llamar la atención sobre la necesidad de extremar el cuidado a la hora de identificar las infracciones penales que deben ser calificadas como delitos leves. A primera vista, esta cuestión –que, como más adelante se comprobará, es de importancia capital para este trabajo– puede parecer trivialmente resuelta por el artículo 13.3 CP, que estipula que «son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve». Sin embargo, el tenor del segundo inciso del apartado 4 del mismo precepto («Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve»), sumado a la enumeración del catálogo de penas leves en el artículo 33.4 CP y a la previsión de ciertas penas para infracciones específicas, conduce a situaciones, cuando menos, llamativas.

Ello se produce, en concreto, cuando la pena señalada para la infracción es la de multa conforme al sistema de días-multa, pues se trata de una pena que es calificada como menos grave cuando supera los tres meses (artículo 33.3.j CP) y como leve cuando se extiende hasta tres meses (artículo 33.4.g CP). Así las cosas, existen varias infracciones penales en el Libro II del Código a las que se asigna una pena de multa que tiene como límite inferior justamente tres meses y como límite superior una magnitud que, según los delitos, puede ser de dieciocho, doce o seis meses (por ejemplo, artículos 142.2 CP, 236.1 CP y 247.1 CP). Se trata de penas que son, en la práctica totalidad de su extensión, penas menos graves (pues superan los tres meses de multa), pero que pueden considerarse simultáneamente penas leves por cuanto el límite inferior de la pena lo es, de conformidad con el

(41) Como señala claramente la reciente sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2021 (RJ 2021\891), «el legislador no castiga al que comete un homicidio, sino que castiga al que comete un homicidio consumado o al que comete un homicidio intentado y al que participa como autor o como cómplice en un homicidio con penas diferentes, que no pueden pasar de un máximo según cada caso». Más discutible, de acuerdo con este criterio, resulta exigir la ponderación de la concurrencia o ausencia de circunstancias modificativas como factor relevante a la hora de precisar la pena de referencia para el cálculo del plazo de prescripción. Una asentada corriente jurisprudencial (con manifestaciones como la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2003 –RJ 2003\6869–) excluye expresamente esta posibilidad.

mencionado artículo 33.4.g) CP. y aunque sea solo por la presencia de ese día que constituye el límite inferior, ello prescribe la aplicación del también citado inciso segundo del artículo 13.4 CP y, por tanto, toda vez que la pena fijada, por su extensión, puede considerarse al mismo tiempo como leve y como menos grave, determina la consideración del delito, en todo caso, como delito leve(42).

Es preciso subrayar esta cuestión desde un primer momento no solo porque puede resultar paradójico que una pena que es menos grave en el 99,8% de su extensión y leve en el restante 0,2% provoque la calificación del delito como leve, sino porque ello determina la fijación de un plazo de prescripción de un año, que, además de singularmente breve, es, como se dirá, inferior al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil que emana de tales infracciones penales cuando ocasionan daños susceptibles de indemnización.

No son estos, en todo caso, los únicos aspectos controvertidos del régimen legal de la prescripción de la infracción penal. También, a efectos del asunto que aquí nos ocupa, resulta primordial delimitar con claridad la forma en la que ha de realizarse el cómputo de los plazos legales, que comienza, según el artículo 132 CP, «el día en que se haya cometido la infracción punible»(43).

Este mismo artículo establece criterios específicos para la determinación del *dies a quo* en algunos supuestos conflictivos: así, (i) en los casos de delito continuado, el término se computa desde el día en que se realizó la última infracción, (ii) en los de delito permanente, desde que se eliminó la situación ilícita, circunstancia que acontece, según la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, cuando cesa la situación lesiva para los bienes jurídicos protegidos(44), y (iii) en los supuestos de infracciones que exijan habitualidad, desde que cesó la conducta.

(42) *Vid.* al respecto las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022\1307), 2 de junio de 2021 (RJ 2021\2595) y 31 de mayo de 2017 (RJ 2017\2609).

(43) Aun cuando el artículo 7 CP establece que, a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar, la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima que el criterio relevante para la fijación del inicio del cómputo de los plazos de prescripción es el momento de producción del resultado típico; por todas, *Vid.* las sentencias de 31 de enero de 2022 (RJ 2022\1711), 29 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4826), 21 de junio de 2021 (RJ 2021\2944), 22 de junio de 2020 (RJ 2020\3485) y 26 de octubre de 2001 (RJ 2001\9084).

(44) Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2021 (RJ 2021\54799), 31 de marzo de 2016 (RJ 2016\1442), 12 de mayo de 2015 (RJ 2015\2875), y 24 de enero de 1990 (RJ 1990\487).

Asimismo, en los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 CP, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima sea menor de dieciocho años, los términos se computan desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si fallece antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento. También en los casos de víctima menor de edad, en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y contra las relaciones familiares (en todo caso, distintos de los ya mencionados), los términos se computan desde el día en que esta haya alcanzado la mayoría de edad, y si fallece antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

Por último, si bien tiene una relevancia menor a los efectos que aquí nos ocupan, conviene al menos dejar constancia de la tradicional disputa concerniente a la previsión del artículo 132.2 CP conforme a la cual la prescripción se interrumpe «cuando el procedimiento» se dirige «contra la persona indiciariamente responsable del delito», lo que supone dejar sin efecto el tiempo transcurrido, que comienza a correr de nuevo en cuanto el procedimiento se paraliza o termina sin condena⁽⁴⁵⁾. Según la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el proceso se considera paralizado en tanto no se producen actos procesales dotados de auténtico contenido material, entre los que no se cuentan diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento tales como las encaminadas a aprehender a los culpables o las actuaciones obrantes en la pieza de responsabilidad civil⁽⁴⁶⁾.

(45) En relación con la prescripción por paralización del procedimiento (o prescripción intraprocesal), es opinión estable de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que para el cómputo del término ha de estarse al título de imputación. Por otra parte, cuando se enjuician en un procedimiento diversas infracciones conexas, no cabe apreciar la prescripción de ninguna en tanto no prescriba la más grave de ellas. Sobre estas cuestiones, *Vid.* las sentencias de 10 de febrero de 2022 (RJ 2022\1263), 11 de febrero de 2021 (RJ 2021\628), 21 de octubre de 2020 (RJ 2020\5260), y 30 de septiembre de 2020 (RJ 2020\5303), así como la sentencia de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003\7351) y las que esta recoge.

(46) *Vid.* las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022\1139), 27 de enero de 2022 (RJ 2022\779), 20 de mayo de 2021 (RJ 2021\2497), 22 de marzo de 2018 (RJ 2018\1512), 25 de junio de 2015 (RJ 2015\3880), 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\1733) y 8 de febrero de 1995 (RJ 1995\793). Siempre que gocen de contenido material, las actuaciones procesales impiden considerar que el procedimiento está paralizado aun cuando resulten fallidas o posteriormente sean declaradas nulas (*Vid.* sentencias de la Sala de lo Penal del

En su momento, la referencia en este enunciado legal al ‘procedimiento’ propició una larga polémica relativa a la determinación de los actos que habían de estimarse hábiles para ocasionar la interrupción del cómputo del plazo, llegando a imponerse una corriente en la Sala 2.^a del Tribunal Supremo que afirmaba la suficiencia de la presentación de una denuncia o una querella para la interrupción del cómputo, siempre que en ellas aparecieran datos suficientes para identificar a los supuestos responsables de la infracción(47).

La controversia generada por esta doctrina –que implicaba que un procedimiento eminentemente público existía en un momento en el que la jurisdicción no había tenido todavía participación alguna– motivó la reforma del precepto en 2010 al objeto de aclarar que el procedimiento se entiende dirigido contra una persona determinada «desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito».

De este modo, la mera presentación de una querella o de una denuncia en la que se atribuya a una persona la comisión de un delito no interrumpe la prescripción, aunque sí suspende el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de la denuncia. La suspensión, a diferencia de la interrupción, no deja sin efecto el tiempo transcurrido: si dentro del plazo citado el Juez dicta resolución firme por la que inadmite a trámite la querella o la denuncia o por la que acuerda no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada, o bien si el Juez no dicta resolución alguna, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia. Por el contrario, si dentro del plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra otra persona implicada en los hechos, una resolución judicial motivada en la que se le atribuya

Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2020, RJ 2021\1699; 3 de octubre de 2017, RJ 2017\4789; 3 de junio de 2011, RJ 2012\600; 8 de febrero de 2011, RJ 2011\330; y 20 de diciembre de 2000, RJ 2001\738).

(47) Por todas, las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2004 (RJ 2004/2112) y 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\2263) y las que en estas se citan. La primera de estas, de hecho, precisaba «la fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querella, más exactamente, la de su asiento en el Registro General [...], puesto que es la que permite con mayor seguridad establecer el *dies a quo* al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado», de forma que solo se exigía que la declaración de voluntad o de conocimiento del denunciante o querellante se incorporara de modo fehaciente al registro público judicial para entender que ya existía una actividad penal relevante frente a una persona.

su presunta participación en un delito, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

2. La prescripción de la acción de responsabilidad civil ante hechos dañosos tipificados como delitos

Por cuanto respecta al segundo de los factores relevantes para la cuestión que se aborda en este trabajo, el artículo 1092 CC remite al CP la regulación de las obligaciones civiles que «nazcan de los delitos o faltas»; sin embargo, pese a que el CP dedica un Título completo a normar esta cuestión, ninguno de sus dieciocho artículos determina directamente cuál es el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en estos supuestos.

En principio, esta ausencia de previsión abre dos posibilidades teóricas: i) recurrir, como Derecho supletorio, a las normas de prescripción de la acción de responsabilidad civil contenidas en el CC, o ii) aplicar el plazo de prescripción establecido en el artículo 131 CP para el delito concreto que constituya la calificación jurídico-penal del evento dañoso del que deriva la responsabilidad civil (esto es, aplicar el plazo de prescripción de la infracción penal correspondiente).

Aunque esta segunda posibilidad puede resultar sorprendente – toda vez que entraña una peculiar integración de normas relativas a distintas aproximaciones jurídicas al mismo fenómeno –, se trata de una técnica acogida por parte de algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tal es el caso de los Códigos civiles italiano y portugués, que disponen que cuando la responsabilidad civil proceda de un delito para el que esté previsto un plazo de prescripción penal mayor, este será el plazo aplicable a la pretensión indemnizatoria; y también es la decisión adoptada en el Código Procesal Penal francés, el cual dispone que la responsabilidad civil derivada de delito prescribirá con arreglo a las normas penales cuando se ejercite ante un tribunal penal y con arreglo a las normas civiles cuando se ejercite ante la jurisdicción civil(48).

De hecho, esta opción legislativa tampoco es completamente desconocida en la historia del ordenamiento jurídico español, pues una regulación muy próxima se introdujo en el CP de 1822 al establecer los mismos plazos de prescripción para la responsabilidad civil *ex delicto* y para el ejercicio de la acción penal, eso sí, con un matiz esen-

(48) Artículos 498.3 del CC portugués, 2947 del CC italiano y 10 del CPP francés.

cial respecto del Derecho Comparado expuesto, ya que en este CP no se producía una identificación general y abstracta de ambos plazos, sino que se fijaba el mismo término para la «acción para acusarlos o proceder criminalmente contra ellos, o para demandar los resarcimientos e indemnizaciones»(49).

No obstante, con posterioridad a este texto punitivo y pese a que es posible encontrar pronunciamientos aislados en nuestra jurisprudencia en los que *–obiter dictum–* se hace referencia directa o indirecta a esta posibilidad(50), la disociación entre los plazos de prescripción de la infracción penal y de la responsabilidad civil derivada de delito se fue acrecentando hasta el punto de que tanto los Proyectos de CP de 1938 y de 1939 (respectivamente, artículos 108 y 130) como el propio artículo 117 del CP de 1973 remitieron expresamente la extinción de la responsabilidad civil derivada del delito a las reglas del CC.

Es cierto que, como se ha indicado previamente, en los preceptos que el vigente CP destina a regular esta materia no se incluye ninguna referencia al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en estos supuestos; ahora bien, esta falta de remisión expresa no es, a nuestro juicio, un argumento de peso suficiente para defender la aplicación a la pretensión indemnizatoria de los plazos de prescripción previstos para la infracción penal con la que aquella esté conectada.

A este respecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la naturaleza de ambas instituciones es diversa.

La responsabilidad civil constituye, sin duda, una obligación (la de reparar el daño causado, conforme al artículo 1902 CC) y, por tanto, la prescripción civil puede caracterizarse como la extinción de la acción para reclamar el cumplimiento de tal obligación. Sin embargo, resulta discutible asociar la responsabilidad criminal con la existencia de una obligación a cargo de un sujeto. Es cierto que esta última es una opinión no desconocida entre la doctrina penal(51), pero, en nuestra opinión, se trata de una tesis que adolece de cierta indefinición a la hora de describir el contenido de la obligación que

(49) Artículos 170 ss. del Código Penal de 1822, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos penales españoles*, Akal, Madrid, 1988, pp. 50 y s.

(50) Es el caso de resoluciones antiguas como las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1956, de 18 de junio de 1968, de 28 de septiembre de 1971, de 29 de marzo de 1976 o de 9 de febrero de 1998 (RJ 1998\978), pero también de algunas muy recientes como las sentencias de la Sala de lo Penal de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021\439) y 21 de noviembre de 2017 (RJ 2017\5223).

(51) La defiende, por ejemplo, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 6.^a edición, Reppertor, Barcelona, 2002, p. 728, quien habla del «deber de responder» penalmente y del deber de «someterse a las consecuencias penales del delito».

supuestamente recae sobre el responsable penal. En concreto, si se admite la opinión común según la cual la obligación se materializa en el deber de cumplir la sanción penal impuesta, la propuesta resulta incoherente con la estructura legal de la institución, pues este deber no surge, como cabría esperar, con el nacimiento de la responsabilidad criminal, sino, en todo caso, con su declaración⁽⁵²⁾. De este modo, si la responsabilidad criminal es engendrada por la comisión de la infracción penal, su contenido no puede ser la obligación de cumplir una sanción que en ese momento aún no ha sido impuesta y que puede no llegar a acordarse⁽⁵³⁾.

No parece, pues, del todo apropiado hablar de responsabilidad criminal para aludir a la imposición de una obligación a un sujeto cuando este segundo dato es posterior al surgimiento de aquella y, es, además, un hecho contingente que puede o no acontecer. En nuestra opinión, se ajusta más a la configuración legal de la institución usar la expresión «responsabilidad criminal» para indicar globalmente la situación en la que incurre un individuo como resultado de la comisión de una infracción penal. De este modo, la prescripción del delito, en contraste con lo que ocurre con la civil, no expresa tanto la imposibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación cuanto el abandono del sujeto de la situación en la que se hallaba por haber cometido la infracción penal y la pérdida por parte del Estado de la potestad de imponer al sujeto la sanción penal.

A esta diferencia de naturaleza se anuda, además, la diversidad de fundamento entre ambas instituciones, pues mientras que, como se

(52) Si bien el Código no lo dispone expresamente, en el ordenamiento español la responsabilidad criminal nace con la comisión de la infracción penal, de modo que la sentencia –que da por probados los hechos, los juzga constitutivos de la infracción y castiga con la pena prevista– se limita a declarar judicialmente la existencia de una responsabilidad penal ya originada (PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., «Causas de extinción de la responsabilidad criminal», en ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 191). No es razonable otra intelección de la institución cuando dos de las causas de extinción de la responsabilidad criminal (en concreto, la prescripción de la infracción penal y el perdón del ofendido) deben operar forzosamente antes de la imposición de la sanción penal. Lógicamente, si la ley confiere a ciertos eventos eficacia extintiva de la responsabilidad criminal, no cabe sostener que esta surge con un acontecimiento necesariamente posterior a aquellos, pues ello sería tanto como defender que la responsabilidad penal existe y no existe al mismo tiempo. En contra de esta opinión, no obstante, *Cfr.* los argumentos aducidos por GÓMEZ MARTÍN, V., *op. cit.*, p. 14.

(53) Podría imaginarse un modelo de control social penal en el que obligaciones como la autodenuncia o la colaboración con la investigación gravaran al sujeto desde que comete una infracción penal. En el ordenamiento español, los derechos procesales que se establecen en el artículo 24 CE proscriben la asignación al ciudadano de este tipo de deberes.

indicó en el apartado anterior, la prescripción del delito suele entenderse «fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*»(54), la prescripción de la responsabilidad civil gravita estrictamente en ideas próximas a la sanción al negligente, la presunción de incuria o el abandono(55).

En definitiva, ya sea por las razones materiales antedichas, ya sea por la atención a la evolución histórica de la institución o bien por la consideración específica de la naturaleza civil de la responsabilidad civil ante hechos dañosos tipificados como delito, la mayoría tanto de la doctrina(56) como de la jurisprudencia(57) concluye que la responsabilidad civil derivada de un hecho que reviste caracteres de delito prescribe conforme a las normas del CC.

Ahora bien, esta remisión de la cuestión a lo previsto en la norma civil no trae consigo una resolución incontrovertible del problema, pues, toda vez que los artículos 1961 ss. CC no se refieren directamente a la prescripción de la responsabilidad civil *ex delicto*, se ha prolongado el conflicto –principalmente entre la doctrina civilista y la jurisprudencia– a la hora de determinar cuál es el concreto plazo –dentro de los previstos en el CC– al que se debe entender realizada la remisión.

Por un lado, existen autores dentro de la dogmática civil que sostienen que la responsabilidad civil apareja a la comisión de hechos

(54) Sentencia 12/1991, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional (RTC 1991\12).

(55) MAGRO SERVET, V., «La prescripción de la acción civil tras archivo o absolución en el proceso penal», *La Ley, Práctica de Tribunales*, núm. 148, 2021, *passim*.

(56) Por todos, PASTOR ALCOY, F., *Tratado de la prescripción penal: Aplicación en todas las reformas del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2019, p. 414; PÉREZ RUA, L. M., «Ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción de la acción civil», en *Actualidad civil*, núm. 12, 2020, p. 3; ROCA DE AGAPITO, L., «La prescripción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre» en *Diario La Ley*, núm. 8675, Sección Doctrina, 2016, pp. 1 ss., o GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. «La prescripción penal cuestión abierta» en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 52, 2008, pp. 5-26.

(57) Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2004), 14 de octubre de 2020 (RJ 2020\4095), 15 de octubre de 2018 (RJ 2018\5363), 30 de abril de 2007 (RJ 2007\4726) y 24 de julio de 2006 (RJ 2009\4187). Una excepción –aun cuando la mención que realiza es claramente *obiter dicta*– es la sentencia de 28 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4590), que alude a que las reglas de prescripción de la responsabilidad civil derivada del delito «son diferentes a las reguladas por la normativa específica» y apunta que «mientras no prescribe el delito, no prescribe la acción civil dimanante del mismo».

delictivos es sustancialmente idéntica a la responsabilidad civil extracontractual genérica y, por tanto, resultaría aplicable a aquella el artículo 1968.2.º CC, que prevé que prescribe por el transcurso de un año «la acción para exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902»(58).

En cambio, la jurisprudencia(59) ha entendido tradicional y mayoritariamente que la falta de previsión de un plazo específico de prescripción de la responsabilidad civil *ex delicto* obliga a aplicar con carácter general el artículo 1964 CC, que establece que «las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años», siendo el plazo de un año del artículo 1968.2.º CC únicamente aplicable a la pretensión indemnizatoria derivada de las injurias o calumnias(60).

A nuestro juicio, si bien es cierto que, como señala el citado sector de la doctrina civilista, existen razones fundadas para propugnar la conveniencia de una unificación en la regulación de ambas acciones(61), no puede cuestionarse que, en el Derecho vigente, los artícu-

(58) Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, pp. 70 ss. (en relación con la regulación del CP de 1973), así como *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil): Plazo de prescripción aplicable a la acción civil en caso de hecho delictivo cometido por menores de edad penal*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 96 ss., y «Prescripción de la acción de responsabilidad civil: novedades y cuestiones pendientes» en *XV Congreso Nacional. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de circulación (Valladolid, noviembre 2015)*, Sepin, Madrid, 2015, *passim*, en relación con el Código Penal en vigor, y CLEMENTE MEORO, M. E., «Prescripción de la acción de reclamación de daños», en CLEMENTE MEORO, M. E., y Cobas Cobiella, M. E. (dir.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1825.

(59) Así ocurría ya con sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1985 (1985\3307) y 6 de mayo de 1985 (RJ 1985\6319) y se sigue poniendo de manifiesto con resoluciones recientes como las sentencias de la Sala de lo Penal de 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2004) y de la Sala de lo Civil de 23 de mayo de 2019 (RJ 2019\2116).

(60) Existen pronunciamientos judiciales que consideran aplicable el artículo 1966.1.º CC (que fija el plazo de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pagar pensiones alimenticias) a la responsabilidad civil derivada del delito de abandono de familia del artículo 227 CP (es el caso de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2004) y de las sentencias 310/2020, de 16 de junio, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Alicante y 438/2018, de 11 de junio, de la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Madrid); sin embargo, tras la reforma del artículo 1964.2 CC por medio de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, esta distinción carece de trascendencia práctica, pues el plazo de prescripción previsto en ambos artículos es el mismo.

(61) *Vid.* ya PANTALEÓN PRIETO, F., *op. cit.*, p. 9, e YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, 1993, pp. 52 ss. Recientemente, CLEMENTE MEORO, M. E., «Responsabilidad civil por ilícito civil y por ilícito penal y dualidad de jurisdicciones», en CLEMENTE

los 1092 y 1093 CC dejan meridianamente claro que la acción de reclamación de responsabilidad civil derivada de hechos delictivos no es la acción regulada en el artículo 1902 CC(62).

Además, sin duda y con independencia de la gran identidad existente entre las dos obligaciones, el plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 1968.2.º CC está conectado única y específicamente con «las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902», por lo que sus propios términos impiden extenderlo a una obligación civil distinta como es la regulada en el CP por remisión del artículo 1092 CC. De este modo, parece más razonable concluir la aplicación a la acción de responsabilidad civil que emana de hechos delictivos del plazo de prescripción de cinco años fijado en el artículo 1964 CC como plazo genérico para todas las acciones que no tienen previsto plazo especial (como es el caso, precisamente, de la referida en el artículo 1092 CC).

Este plazo de prescripción opera en relación con el ejercicio de todas las acciones de responsabilidad civil derivadas de hechos delictivos y, por lo tanto, (i) es independiente de que la acción se sustancie ante la jurisdicción penal o la civil(63), y (ii) es independiente de que haya existido o no resolución penal condenatoria, toda vez que la responsabilidad civil que procede fijar en los supuestos de los artículos 118 y 119 CP (en los que hay exención de responsabilidad penal) es, sin duda, a la que se refiere el artículo 1092 CC y sobre la que se proyecta el artículo 1964 CC.

La situación, no obstante, es algo más complicada en aquellos supuestos en los que la razón de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento es distinta de las expresadas en los citados artículos 118 y 119 CP. En este escenario es posible identificar una pluralidad de supuestos heterogéneos que deben ser objeto de consideración separada.

Así, por una parte, cuando la terminación del proceso penal sin condena se debe a la apreciación de la ausencia de un injusto penal (bien por la atipicidad o la justificación de los hechos contemplados, bien por la falta de acreditación procesal de la efectiva producción de estos últimos), parece indudable que las eventuales obligaciones civiles que puedan surgir no derivan de un hecho simultáneamente calificable como ilícito penal y, por consiguiente, deben regirse por lo

MEORO, M. E., y Cobas Cobiella, M. E. (dir.), *op. cit.*, p. 97, y NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2013, p. 59.

(62) DEL MORAL MARTÍN, A., y DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 466.

(63) *Vid.* sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2022 (JUR 2022\116149) y de 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2004).

dispuesto en el artículo 1093 CC y, en esa medida, someterse al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968.2 CC(64).

Ahora bien, la situación es manifiestamente diversa si el archivo o la absolución se producen como consecuencia de motivos como el indulto anticipado, el fallecimiento del reo, la incapacidad sobrevenida de este, la existencia de una situación de rebeldía o, justamente, la prescripción del delito. En estos casos, si bien existen pronunciamientos jurisprudenciales que han aplicado el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2.º CP a la pretensión indemnizatoria ejercitada tras un proceso penal terminado por muerte del investigado, incapacidad sobrevenida o prescripción del delito(65), creemos que, por el contrario, resulta también de aplicación el plazo de cinco años establecido en el artículo 1964 CC.

El principal argumento para ello es que, en estos supuestos, la terminación del proceso sin condena no obsta a la existencia objetiva de responsabilidad penal, pues, como antes se indicó al presentar el régimen de la prescripción del delito en nuestro ordenamiento, aquella surge con la comisión de la infracción penal y no con la sentencia condenatoria. De este modo, en las situaciones mencionadas, el sujeto incurrió de modo efectivo en responsabilidad penal, aun cuando esta resultara posteriormente extinguida (en los casos de indulto, fallecimiento o prescripción) o, siendo subsistente, no se pudiera imponer (rebeldía) o se decidiera no imponer por razones de oportunidad (incapacidad sobrevenida del reo). Aunque en estos casos la responsabilidad penal no pueda ser declarada judicialmente, el hecho de que la

(64) Ciertamente, pueden existir casos en los que las resoluciones de archivo, sobreseimiento o absolución no permitan por sí mismas aclarar si los hechos enjuiciados son o no constitutivos de infracción penal, o bien constituyen meramente un ilícito civil. A este respecto, RABASA DOLADO, J., *La responsabilidad civil derivada del delito: víctimas, perjudicados y terceros afectados*, tesis doctoral inédita accesible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/55270>, 2016, pp. 38 ss., identifica como supuestos en los que sería difícil discernir entre la infracción penal y el ilícito civil el impago de hospedaje o transporte, la no realización de la prestación cobrada, el uso de la tarjeta de crédito por encima del límite pactado, el exceso en el uso del vehículo alquilado o su apropiación, la venta de un bien con carga o gravamen no declaradas y relación mendaz de bienes para obtención de créditos o préstamos, la venta de cosa ajena y la doble venta, la apropiación de cosas fungibles y disposición irregular de dinero pendiente la rendición de cuentas, el descuento de letras de cambio vacías o sin cobertura, el fraude del crédito e insolvencias punibles, el impago de pensiones pactadas o judicialmente aprobadas y las acciones u omisiones imprudentes con resultados lesivos.

(65) Es el caso, por ejemplo, de las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2015 (RJ 2015\2688), 31 de enero de 2004 (RJ 2004\444), 9 de febrero de 1998 (RJ 1998\978), 18 de octubre de 1995 (RJ 1995\7544), y del Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2020 (JUR 2020\326200).

misma haya existido o, en algunos supuestos, siga existiendo permite afirmar que la pretensión indemnizatoria que deriva de tales hechos es la regulada por el artículo 1092 CC y, por ende, que el plazo de prescripción aplicable es el del artículo 1964 CC(66).

A esta razón se añade que, como se ha apuntado expresamente en la doctrina(67), la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos está asociada en el Derecho penal español a la realización del injusto penal, circunstancia que concurre en los supuestos de extinción y de imposibilidad de exigencia de la responsabilidad criminal que se acaban de mencionar. Que esto es así se puede deducir no solo de la referencia del artículo 109 CP para emana la obligación de reparar civilmente los daños ocasionados) a «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito», sino también –y, sobre todo– de la instrucción expresa que contiene el artículo 119 CP para proceder a la fijación de la responsabilidad civil en el procedimiento penal en los supuestos del artículo 118 CP, que describen situaciones en las que concurre sin duda un injusto penal aun cuando no exista culpabilidad(68).

Estos argumentos, en suma, han propiciado la existencia de pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en favor de la aplicación a estas pretensiones indemnizatorias del plazo general de prescripción del artículo 1964.2 CC(69). y ello, como se ha señalado

(66) Conclusión que comparten, entre otros, ROIG TORRES, M., *op. cit.*, p. 25; JUAN SÁNCHEZ, R., *op. cit.*, pp. 9 ss.; GÓNZALEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. «Responsabilidades pecuniarias y medidas cautelares en el proceso penal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 110, 2013, pp. 53 ss., y ROCA DE AGAPITO, L., *op. cit.*, pp. 1 ss.

(67) ROIG TORRES, M., *op. cit.*, pp. 72 ss.; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 593, y MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 109», en *Comentarios al Código Penal de 1995 (vol. I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 573 ss.

(68) Como antes se indicó, la razón por la que la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1995 (RJ 1995, 141) limitó la operatividad de lo previsto en el artículo 118 CP en relación con el número 5.º del artículo 20 CP a la concurrencia de estado de necesidad exculpanente fue precisamente la constatación de que cuando el estado de necesidad es justificante no se realiza el injusto penal y, en consecuencia, se debe excluir la declaración de responsabilidad civil en el proceso penal.

(69) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha aplicado o ha hecho referencia a la aplicación de este plazo de prescripción a la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos en supuestos de absolución (sentencia de 21 de marzo de 1984, RJ 1984\1315), sobreseimiento por indulto (sentencias de 28 de noviembre de 2008, RJ 2009\523; 5 de marzo de 2007, RJ 2007\1537; 20 de noviembre de 2001, RJ 2001\9487; 20 de septiembre de 1996, RJ 1996\6818; 10 de mayo de 1993, RJ 1993\3532; y 21 de junio de 1985, RJ 1985\3307), sobreseimiento por fallecimiento (sentencias, ya citadas, de 5 de marzo de 2007, RJ 2007\1537; 20 de noviembre de 2001, RJ 2001\9487 y 20 de septiembre de 1996, RJ 1996\6818, así como la de 7 de diciembre de 1989, RJ 1989\8806) o rebeldía (sentencia 388/1970, de la Sala de

ya, con independencia de que tal pretensión se resuelva en el seno del procedimiento penal (supuestos del artículo 119 CP y, en su caso, el del artículo 268 CP) o en el seno de un procedimiento civil ulterior (como ocurre generalmente en los casos de extinción de la responsabilidad penal y, en particular, en el de prescripción del delito(70)).

En este último caso –cuando la acción de responsabilidad civil derivada de hechos delictivos se ejercita ante la jurisdicción civil tras dictarse una resolución de finalización del proceso penal sin condena (por causa, por ejemplo, de prescripción del delito)–, pueden surgir también problemas ligados a la prescripción de la acción civil que van más allá de este debate sobre la duración del plazo correspondiente.

Así ocurre, en primer lugar, con la fijación del momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción civil. A este respecto, debe tenerse en consideración, en primer lugar, que las previsiones de los artículos 1968.2.º CC (que dispone que el plazo de un año se computará «desde que lo supo el agraviado») y 1969 CC (que prevé que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse») no resultan incompatibles, toda vez que si el perjudicado ha tenido conocimiento del daño, pero aún no es posible el ejercicio de la acción por concurrir algún obstáculo que lo impida, no existirá óbice a la aplicación del artículo 1969 CC(71).

A este respecto, en los casos de responsabilidad civil derivada de hechos delictivos penalmente prescritos, ha de tomarse en consideración que la acción de reclamación civil solo puede ejercitarse desde que el perjudicado tiene conocimiento de la sentencia firme absoluta o del auto firme de sobreseimiento dictados en el procedimiento penal(72), pues, como se ha indicado desde un principio, los artículos 111 y 114 LECrim impiden el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción civil mientras se encuentre pendiente el proceso penal. A estos efectos, el Tribunal Supremo entiende que se tiene conocimiento

lo Civil del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 1970), y absolución por prescripción de falta (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1985, RJ 1985\6319).

(70) ROIG TORRES, M., *op. cit.*, p. 25.

(71) REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M., *Lecciones de responsabilidad civil: La prescripción de la acción de reclamación de daños*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 189 ss.

(72) ROIG TORRES, M., *op. cit.*, pp. 75 ss. *Vid.* también las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2016 (RJ 2016\6014) y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022\911) y 13 de enero de 2015 (RJ 2015\266), así como las resoluciones citadas en estas.

desde la notificación de dichas resoluciones firmes al perjudicado(73), esté o no personado(74), y sin perjuicio de que en el caso concreto pueda probarse el conocimiento por otra vía(75).

Del mismo modo, también en estos supuestos es importante precisar que, en congruencia con lo anterior, el inicio del proceso penal interrumpe frente al responsable penal y al responsable civil subsidiario el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de los hechos delictivos(76), por lo que el plazo de prescripción comenzará de nuevo a computarse desde la notificación de la resolución firme(77). Ello sin perjuicio –por supuesto– de que, cuando el plazo de prescripción de la acción civil ya hubiera transcurrido íntegramente con anterioridad al inicio del proceso penal que termina por prescripción del delito, no será posible ejercitar posteriormente tal acción de responsabilidad civil(78).

3. La subsistencia de la acción de responsabilidad civil con posterioridad a la prescripción del delito

Como a continuación se expondrá, la existencia de distintos plazos de prescripción para la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos, unida a un distinto régimen tanto del *dies a quo* para el cómputo del plazo cuanto de las causas de interrupción de la prescripción, permite que existan situaciones en las que, una vez prescrita la acción penal, subsiste la acción de responsabilidad civil derivada del hecho dañoso tipificado como delito.

Así las cosas, a resultas de los distintos plazos establecidos para ambas acciones, la pervivencia de la acción de responsabilidad civil

(73) Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022\911), 20 de mayo de 2014 (RJ 2014\3761) y 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012\3524).

(74) Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 (RJ 2015\266), 19 de octubre de 2009 (RJ 2009\5583) y 3 de octubre de 2006 (RJ 2006\6508).

(75) *Vid.* las citadas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014 (RJ 2014\3761) y 19 de octubre de 2009 (RJ 2009\5583).

(76) DIEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 121. *Cfr.* también la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2015 (RJ 2015\2284).

(77) MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, 2021, pp. 1 ss., hace notar que, si bien no es lógico ni habitual, no se interrumpiría el plazo de prescripción en caso de renuncia a la acción civil de forma expresa en el proceso penal en el que se ejercita la acción penal.

(78) MAGRO SERVET, V., *Guía práctica sobre responsabilidad civil*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 395 ss.

tras la prescripción de la responsabilidad penal tendrá lugar con carácter general en todos los supuestos de delitos leves, pues mientras que el plazo de prescripción de estas infracciones penales es de un año (artículo 131.1 CP)(79), la acción de responsabilidad civil, según lo indicado en el apartado anterior, no prescribe hasta que no han transcurrido cinco años.

Este es, sin duda, el principal contexto en el que se produce esta circunstancia. Y, pese a lo que pudiera parecer en una primera aproximación, no se trata de una posibilidad remota. Como ya se apuntó en el anterior epígrafe 2.1, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la regla del artículo 13.4 CP obliga a considerar como leves varias infracciones penales a las que se asigna una pena de multa que tiene como límite inferior tres meses y que, pese a no estar sancionadas de forma particularmente intensa, sí son susceptibles de generar una responsabilidad civil que puede llegar a extenderse a pretensiones de gran significación.

Este es el caso, en especial, de los delitos leves de homicidio por imprudencia menos grave (artículo 142.2 CP) y de los delitos de lesiones básicas, graves y muy graves causadas por imprudencia menos grave (artículo 152.2 CP); además, cuando la imprudencia menos grave es atribuible a un profesional sanitario, es habitual que las pretensiones indemnizatorias de gran cuantía asociadas a estos delitos puedan exigirse no solo contra el referido profesional, sino también contra la correspondiente entidad aseguradora(80).

La situación también puede tener relevancia en el caso de los delitos leves de carácter patrimonial, pues en ellos será habitual que, pese a la prescripción de la infracción penal, subsista un interés económico de la víctima susceptible de reparación a través de la responsabilidad civil *ex delicto*. De hecho, la primacía que en estos delitos leves adquiere la reparación civil del daño sufrido es reconocida por el

(79) Conviene recordar que, conforme a la doctrina sentada por el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 (JUR 2010\294748), el plazo de prescripción debe ser el correspondiente a la subsunción de los hechos definitivamente declarados en la sentencia. De esta forma, el plazo de prescripción de un año se aplicará a todos los hechos calificados como delitos leves, incluso si tal calificación se produce *ex novo* en una resolución fruto de un recurso de apelación o de casación (Cfr: la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2021, RJ 2021\4790).

(80) La sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 16 de julio de 2020 (JUR 2020\275542), si bien concluye que en el caso enjuiciado la imprudencia médica fue grave, contempla expresamente la posibilidad de que el profesional médico pueda cometer los delitos leves de homicidio y lesiones con imprudencia menos grave.

legislador, que presume que el interés público en la persecución de estos delitos decae cuando se haya procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado (artículo 963 LECrim). Esta es también la percepción aparente de la Fiscalía General del Estado, que, en el seno de la Circular 1/2015, de 19 de junio de 2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015, instruye genéricamente al Ministerio Fiscal para que interese la prosecución del procedimiento y la celebración del juicio oral cuando la víctima denuncia los hechos, «especialmente si existen indemnizaciones pendientes» y, en todo caso, en los «delitos previstos en los artículos 236 CP (sustracción de cosa propia), 246 CP (alteración de términos y lindes), 247 CP (distracción de aguas), 254 CP (apropiación indebida impropia), 255 CP (defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones) y 256 CP (uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno) cuando el objeto, cantidad o utilidad ilícitamente obtenida hubiera alcanzado un valor superior a los 400 euros».

Dentro de las infracciones patrimoniales leves es preciso distinguir un primer grupo de delitos (del que forman parte los delitos leves de hurto –artículo 234.2 CP–, estafa –artículo 249, párrafo 2.º CP–, administración desleal –artículo 252.2 CP–, apropiación indebida –artículo 253.2 CP– y daños –artículo 263.1, párrafo 2.º CP–) que generarán, en principio, una responsabilidad civil de escasa entidad, dado que en tales casos la calificación como delito leve depende de que la cuantía de lo sustraído, defraudado o apropiado, o bien el perjuicio patrimonial o daño causado no exceda de 400 euros.

Sin embargo, existe un segundo grupo de infracciones patrimoniales en las que la cuantía de 400 euros no delimita la frontera entre el delito leve y el menos grave (o grave), sino entre dos infracciones calificables ambas como delitos leves, aunque su gravedad relativa sea diferente. Ello ocurre porque el delito leve «más grave» (esto es, cuando se supera la barrera de los 400 euros) tiene asignada una pena de multa cuyo límite inferior es de tres meses, lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 13.4 CP, determina, como se indicó anteriormente, que esta infracción de mayor entidad sea también catalogable como delito leve. En estos casos, la responsabilidad civil puede resultar especialmente cuantiosa aun cuando el delito siga considerándose leve a efectos penales; así ocurre, entre otros, con el hurto de cosa propia –artículo 236.1 y 2 CP–, la alteración de lindes –artículo 246.1 y 2 CP–, la distracción de aguas –artículo 247.1 y 2 CP–, la apropiación de cosa ajena del artículo 254.1, inciso 1.º y 254.2 CP, la defraudación del fluido eléctrico y otras fuentes de energía –artículo

255.1 y 2 CP–, el uso indebido de equipos terminales de telecomunicación –artículo 256.1 y 2 CP–, y los daños por imprudencia grave en archivos, registros, museos, bibliotecas, etc., del artículo 324 CP.

Precisamente la previsión de una pena de multa cuyo límite inferior es igual o menor a tres meses convierte también en delitos leves otras infracciones patrimoniales idóneas para generar responsabilidades civiles de gran entidad: es el caso, ante todo, del delito de daños por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros del artículo 267 CP, pero también de los delitos leves de receptación de efectos procedentes de la comisión de un delito leve contra el patrimonio, pues, conforme al artículo 298.3 CP *in fine*, la pena prevista para estos supuestos es la correspondiente al delito encubierto en su mitad inferior. En estos casos, el alcance de la responsabilidad civil dependerá también, como es natural, del concreto delito patrimonial antecedente.

El resto de delitos leves generarán habitualmente una responsabilidad civil de escasa trascendencia –como las lesiones que requieren una sola primera asistencia facultativa (artículo 147.2 CP)(81), las injurias leves entre familiares (artículo 173.4 CP), las injurias graves sin publicidad (artículo 209 CP), o la imputación mendaz de un delito leve (artículo 456.1.3.º CP)– o bien no darán lugar, por regla general, a responsabilidad civil alguna al no estar necesariamente asociados a la producción de un daño, como es previsible que ocurra en los delitos leves de detención ilegal cometida por particular para la presentación del detenido ante la autoridad (artículo 163.4 CP), amenazas leves (artículo 171.7 CP), coacciones leves (artículo 172.3 CP), omisión del deber de socorro o de petición de auxilio (artículo 195.1 y 2 CP), allanamiento pasivo del domicilio de persona jurídica (artículo 203.2 CP), maltrato cruel de animales en espectáculos no autorizados legalmente (artículo 337.4 CP), abandono de animales (artículo 337 bis CP), expendición o distribución de moneda falsa recibida de buena fe (artículo 386.3 CP), falsificación de sellos o efectos timbrados de valor

(81) El Tribunal Supremo ha ido ampliando progresivamente los mecanismos de cura que han de considerarse tratamiento médico quirúrgico, incluyendo la aplicación de puntos de aproximación (Sentencia de la Sala de lo Penal de 15 de junio de 2016, RJ 2016\2533) o la prescripción de antiinflamatorios (Sentencia de la Sala de lo Penal de 5 de noviembre de 2019, RJ 2019\4468), por lo que rara vez los delitos leves de lesiones llevarán aparejada una gran responsabilidad civil. No obstante, puede tener interés para la víctima su apreciación en sede penal y no civil, pues en la jurisdicción penal suele valorarse por el Ministerio Fiscal cada día de perjuicio personal básico, moderado y grave por encima de lo establecido en la Ley 35/2015, de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que es el criterio generalmente utilizado en la jurisdicción civil.

inferior a 400 euros (artículo 389, párrafo 2.º CP), libramiento de certificado falso (artículo 397 CP), falsificación de certificados por particular (artículo 399 CP), utilización indebida de uniforme oficial (artículo 402 bis CP), aceptación del nombramiento injusto para un cargo público (artículo 406 CP), destrucción de actuaciones judiciales por un particular (artículo 465.2 CP), favorecimiento de evasión de presos por familiares (artículo 470.3 CP) y falta de respeto a la autoridad (artículo 556.2 CP)(82). En estos supuestos, como es natural, perderá relevancia práctica la incidencia de los distintos plazos de prescripción.

Un segundo campo en el que resulta posible la persistencia de la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos después de la prescripción de la infracción penal es el referente a la responsabilidad penal de los menores de edad. En este ámbito, tanto la jurisprudencia(83) como la doctrina(84) consideran que prescribe en el plazo general de cinco años (y comienza a computarse conforme a las nor-

(82) Varios de los delitos enunciados en esta enumeración (en concreto, los recogidos en los artículos 173.4 CP, 337.4 CP y 337 bis CP) están sancionados con una pena compuesta, bien alternativa, bien cumulativa. Su consideración como delitos leves deriva de que todas las penas integradas en la pena compuesta son leves, porque, como ha reiterado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (por todas, sentencias de 22 de febrero de 2002, RJ 2022\1307; 14 de julio de 2021, RJ 2021\3353; 2 de junio de 2021, RJ 2021\2595; y 31 de mayo de 2017, RJ 2017\2609), en los casos de penas alternativas o conjuntas, cuando una tiene la consideración de pena menos grave, el delito es menos grave aun cuando la otra pena prevista sea leve. El Tribunal Supremo recoge en este punto la propuesta que ya formulaba la Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado: no es aplicable en estos casos el artículo 13.4 CP (que solo atañe a supuestos en los que la pena, por su *extensión*, puede simultáneamente calificarse como leve o menos grave), sino las reglas generales del artículo 13 CP conforme a las cuales, si el delito está castigado con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativa) la naturaleza de menos grave se predica también de la infracción penal.

(83) *Vid.* la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2009 (RJ 2009\1621), así como las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1.ª) de 25 de enero de 2017 (JUR 2017\305664), de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 2.ª de 8 de enero de 2016 (JUR 2016\30107), de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 2.ª de 30 de junio de 2010 (JUR 2010\370378), de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.ª) de 29 de julio de 2009 (JUR 2012\341701), de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 8.ª) de 24 de diciembre de 2008 (JUR 2009\159852) y de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 27 de mayo de 2005 (AC 2005\1062).

(84) DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Responsabilidad civil por daños causados por menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 444, y VAQUER ALOY, A., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores: una propuesta de interpretación» en *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2001, núm. 1, pp. 1632-1638.

mas expuestas) la responsabilidad civil exigible a los menores y a sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo dañoso cometido por un menor de edad.

Así, partiendo de los plazos de prescripción de los hechos punibles cometidos por menores que se regulan en el artículo 15 de la LORPM, es posible que subsista la acción civil una vez prescrita la responsabilidad penal del menor no solo en el caso de delitos leves cometidos por estos⁽⁸⁵⁾, sino también en ciertos supuestos de delitos menos graves y graves, como ocurre con los sancionados en el CP con una pena igual o inferior a diez años, que, cuando son cometidos por menores, prescriben respectivamente en los periodos de uno y tres años.

Por último, algunos autores postulan que en los delitos de usurpación de inmuebles (artículo 245 CP) –cuya prescripción penal se produce a los cinco años si media violencia o intimidación o al año en caso de no mediar estas– subsistiría siempre la acción civil reivindicatoria de la propiedad, cuyo plazo de prescripción es de 30 años *ex* artículo 1963 CC, constituyendo de este modo un tercer ámbito de prolongación de la prescripción de la acción de responsabilidad civil respecto de la prescripción de la infracción penal⁽⁸⁶⁾. A nuestro juicio, no obstante, se trata de una tesis discutible, pues, como ya se ha indicado, la acción de responsabilidad civil derivada de hechos delictivos se encuentra regulada –cualquiera que sea su contenido– por el artículo 1092 CC y, por ende, su plazo de prescripción es el fijado en el artículo 1964 CC en tanto que plazo genérico para todas las accio-

(85) Tras haberse planteado judicialmente en diversas ocasiones, conviene poner de manifiesto que, a pesar de que la LORPM se sigue refiriendo a las faltas, dado que la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo dispone que «las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves», se ha de entender que los delitos leves cometidos por menores prescriben a los tres meses. En este sentido se pronuncia las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.ª) de 28 de junio de 2019 (JUR 2019\239126), de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2.ª de 25 de abril de 2018 (JUR 2018\190819), de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1.ª) de 27 de septiembre de 2018 (ARP 2017\1451), y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.ª) de 6 de octubre de 2017 (JUR 2018\6604).

(86) QUINTERO OLIVARES, G.; CAVANILLAS MÚGICA, S., y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad Civil «Ex delicto»*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 39. LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020, p. 193, en concreto, apunta que la restitución de la cosa como forma de responsabilidad civil es equivalente a la acción reivindicatoria civil, por lo que la acción de responsabilidad civil en los casos de restitución prescribiría a los 30 años en el caso de bienes inmuebles y a los 6 años en el caso de bienes muebles y, en consecuencia, podría ejercitarse tras la prescripción de todos los delitos castigados con una pena de prisión o inhabilitación no superior a cinco años.

nes que no tienen previsto plazo especial (de nuevo, independientemente de que la acción de responsabilidad civil adopte uno u otro de los contenidos señalados en el artículo 109 CP).

Dicho esto, como ya se ha anticipado, la subsistencia de la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos una vez que estos han prescrito puede producirse no solo como consecuencia de la distinta extensión de los respectivos plazos de prescripción, sino también a resultas de la distinta regulación tanto del *dies a quo* para el cómputo de los citados plazos como de las causas de interrupción de estos últimos. Se trata, no obstante, de supuestos muy específicos, como ocurre con los requerimientos extrajudiciales que interrumpen la prescripción civil, pero no la penal (situación que se produce, por ejemplo, con el acto de conciliación previo a la interposición de una querella por injurias o calumnias) o con la aplicación de las reglas de suspensión del plazo de prescripción previstas en el artículo 121.16 del CC de Cataluña (pretensiones de las cuales sean titulares personas menores de edad o incapaces, mientras no dispongan de representación legal; pretensiones entre cónyuges, mientras dura el matrimonio, hasta la separación judicial o de hecho; pretensiones entre los miembros de una unión estable de pareja, mientras se mantiene la convivencia; pretensiones entre el padre o la madre y los hijos en potestad, hasta que esta se extingue por cualquier causa; pretensiones entre la persona que ejerce los cargos de tutor, curador, administrador patrimonial, defensor judicial o acogedor y la persona menor o incapaz, mientras se mantiene su función correspondiente)(87).

III. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DESACUMULACIÓN DE PROCESOS Y SU POSIBLE RESOLUCIÓN MEDIANTE LA EXTENSIÓN DE LA PREVISIÓN DEL ARTÍCULO 119 CP A LOS SUPUESTOS DE PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Es evidente que la falta de resolución de las pretensiones civiles en el proceso penal concluso mediante absolución o archivo por prescrip-

(87) DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad civil en el proceso penal: algunos puntos controvertidos (tratamiento jurisprudencial)», en López y García del Serrano, J. (dir.), *Sobre responsabilidad civil y seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Sepin, Madrid, 2020, pp. 327 ss. A este problema aluden las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021 (RJ 2021\2004) y de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.^a de 13 de septiembre de 2021 (JUR 2021\358606).

ción del delito aboca a la víctima a un peregrinaje de jurisdicciones que incrementa el coste moral y económico que aquella sufre. Desde esta perspectiva, la extensión a los supuestos de prescripción del delito de la posibilidad de resolución de la pretensión indemnizatoria en el seno del procedimiento penal ofrecería aspectos ventajosos cuya afirmación resulta, en buena medida, trivial en tanto que indiscutible. De este modo, cuando la acción civil sobrevive a la acción penal (en los supuestos examinados en el apartado 2.3) habilitar esta solución supondría un beneficio indudable para los perjudicados, por cuanto no se verían obligados a solicitar la incoación de un proceso civil ulterior para obtener la reparación del daño.

Esta situación –incuestionable– conduce a autores como Arnáiz Serrano(88), Juan Sánchez(89) o Iglesias Río(90) a proponer primar criterios de política legislativa tendentes a una mejor tutela del perjudicado por el delito, de tal manera que se le reconozca la posibilidad de satisfacer sus pretensiones civiles en el propio proceso penal mediante la integración de un pronunciamiento relativo a estas en el seno de la sentencia absolutoria por prescripción de la infracción penal. En esta misma línea, Cerrada Moreno postula expresamente la introducción de mecanismos que posibiliten la celebración en estos casos del juicio oral con el único objeto de determinar las responsabilidades civiles(91).

No obstante, si se examina la cuestión en términos de estricta economía procesal, es preciso también tomar en consideración los inconvenientes que esta decisión podría traer consigo en relación con el funcionamiento eficiente de la Administración de Justicia, pues no es posible obviar que una hipotética obligación de resolver en estos casos la pretensión indemnizatoria en el procedimiento penal impediría la apreciación de la prescripción del delito en un momento anterior a la sentencia, obligando por consiguiente a prolongar hasta su conclusión procesos penales que en modo alguno pueden conducir a la imposición de una pena.

Este factor de deseconomía procesal podría considerarse poco significativo si la única posibilidad de apreciación anticipada de la prescripción fuera la prevista por el artículo 666 LECrim dentro de los

(88) ARNAIZ SERRANO, A., *op. cit.*, p. 151.

(89) JUAN SÁNCHEZ, R., *op. cit.*, p. 16, quien expresamente alude «a una mejor tutela del perjudicado por el delito y a evitar el llamado peregrinaje de jurisdicciones».

(90) IGLESIAS RÍO, M. A., «Caso de los «Albertos»», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, La Ley, Las Rozas, 2011, p. 822.

(91) CERRADA MORENO, M., *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos*. Orígenes, Fundamentos, Naturaleza jurídica, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 250 ss.

artículos de previo pronunciamiento, pues, dado que este precepto configura un trámite de alegaciones inmediatamente previo al juicio oral, el exceso procesal se vería restringido únicamente a la elaboración y publicación de la sentencia (que, en esta hipótesis, sería absoluta, pero contendría los pronunciamientos oportunos en materia de responsabilidad civil).

Ahora bien, como ya se ha indicado, la prescripción puede ser proclamada de oficio en cualquier estado del procedimiento en el que se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan, de modo que puede apreciarse, sin ningún tipo de dificultad, en el curso de la fase de instrucción del procedimiento. Cuando se dan las circunstancias para que esto se produzca resulta más difícil justificar –al menos en puros términos de economía procesal– la continuidad de un proceso penal limitado de modo indefectible a la resolución de las pretensiones indemnizatorias(92).

Cabría argüir que esta misma es la situación en todos los supuestos del artículo 118 CP a los que se proyecta en la actualidad la previsión del artículo 119 CP, pero lo cierto es que algunos de estos supuestos –118.1. 1.^a y 2.^a en relación con los arts. 20. 1.º, 2.º y 3.º CP– pueden determinar, si se aprecia peligrosidad criminal en el reo, la imposición de medidas de seguridad en la sentencia y, en todo caso, la verificación de los requisitos para la exención de responsabilidad penal en tales supuestos alcanza grados de complejidad que hacen del juicio oral el foro idóneo para su debate y valoración. La prescripción, por el contrario, está supeditada a la satisfacción de unas exigencias que, en términos comparativos, son razonablemente objetivables, lo que favorece su identificación en momentos relativamente tempranos del proceso(93).

(92) Como ya se indicó en relación con la posibilidad de resolver la pretensión indemnizatoria en los procesos penales en los que opera la exención de responsabilidad penal recogida en el artículo 268 CP, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2010 (RJ 2010, 7163) habilitó la posibilidad de tratar diferenciadamente los supuestos en los que ya se había desarrollado el proceso penal en su integridad y aquellos en los que la exención era apreciada en la fase de instrucción o en la fase intermedia, a través del sobreseimiento de las actuaciones. Seguramente esta es la razón por la que JUAN SÁNCHEZ, R., *op. cit.*, p. 16, restringe su propuesta de habilitar la posibilidad de resolver en el proceso penal la pretensión indemnizatoria a los «supuestos de prescripción penal *declarada por sentencia*» (la cursiva es nuestra).

(93) Si bien, como recuerda GÓMEZ MARTÍN, V., *op. cit.*, p. 7, cada vez está más generalizada la línea jurisprudencial que propugna, por razones de seguridad jurídica, una apreciación restrictiva de la concurrencia de prescripción con anterioridad a la celebración del juicio oral.

Por otro lado, debe tenerse también en cuenta que, en todos estos casos, la hipotética prolongación del proceso penal hasta la sentencia absolutoria (pero con resolución de la pretensión civil) evitaría la tramitación de un ulterior proceso civil para el examen de esta última, por lo que seguramente al ahorro de costes global para la Administración de Justicia sería mayor si la responsabilidad civil quedara resuelta en el seno de un proceso que, en todo caso, ya ha avanzado en su tramitación.

Sin duda, como recientemente ha recordado Ragués i Vallés, en los casos en los que el plazo de prescripción es singularmente breve (como son todos aquellos a los que sobrevive la acción civil), es precisamente la economía procesal la razón prevalente que fundamenta la renuncia estatal al ejercicio de la acción penal, pues el corto periodo fijado para la prescripción impide afirmar seriamente que ha desaparecido ya la necesidad de pena⁽⁹⁴⁾. No obstante, parece arriesgado invocar el argumento de economía procesal como aval incontestable de la prosecución de un proceso penal relativo a un delito prescrito a los meros efectos de posibilitar la resolución de la pretensión indemnizatoria, pues esta decisión produce tanto economías como deseconomías y no resulta irrefutable que el efecto neto—en términos estrictos de economía procesal—resulte positivo en todos los supuestos.

Sin embargo, si a este criterio se une un examen de la cuestión desde otras perspectivas concurrentes, la balanza, a nuestro juicio, sí se puede decantar definitivamente a favor de la extensión de la previsión del artículo 119 CP a los supuestos de prescripción de la infracción penal.

A este respecto, no resulta trivial que, como se ha anticipado en el epígrafe anterior, la reducción del plazo general de prescripción aplicable a la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos tras la reforma del artículo 1964 CC haya concentrado en los delitos leves gran parte de los supuestos en que puede ser habitual la subsistencia de esta acción civil tras la prescripción de la infracción penal. y ello porque las normas de competencia objetiva y territorial aplicables a los delitos leves y a la responsabilidad civil asociada a estos supuestos, así como la distribución de la planta judicial española, conducen en no pocas ocasiones a que el conocimiento ulterior de esta pretensión civil se atribuya a un Juzgado también competente para el enjuiciamiento de los delitos leves, pudiendo incluso llegar a darse la paradoja de que el mismo Juzgado que dictó la sentencia absolutoria o el archivo del procedimiento penal resulte competente más tarde para dirimir la responsabilidad civil asociada al hecho objeto del proceso penal del que previamente conoció.

(94) RAGUÉS I VALLÉS, R., *op. cit.*, 2004, p. 16, y *op. cit.*, 2022, p. 52.

Ciertamente, mientras que el artículo 14 LECrim atribuye a los Juzgados de Instrucción el conocimiento y fallo de los juicios por delito leve, el artículo 45 LEC determina que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. No obstante, toda vez que en la actualidad 340 de los 431 partidos judiciales existentes en España no tienen dividida la jurisdicción penal y la civil, existen 1.057 Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que tendrían competencia tanto para enjuiciar penalmente un delito leve como para resolver sobre la hipotética acción de responsabilidad civil derivada de este delito posteriormente ejercitada de modo independiente⁽⁹⁵⁾.

Es cierto que las normas de competencia territorial determinan que, para el enjuiciamiento del delito leve, es competente (artículos 14 y 15 LECrim) el Juzgado de Instrucción del lugar donde se hubiere cometido el delito (y, cuando este no conste, sucesivamente el del término municipal, partido o circunscripción donde se hayan descubierto pruebas materiales del delito, donde el reo haya sido aprendido, donde el reo tenga la residencia o donde cualquiera hubiese tenido noticia del delito), mientras que para la resolución de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, el competente (artículos 50 y 51 LEC) es el Juzgado del domicilio del demandado. Sin embargo, no será extraño que ambos fueros confluyan en el mismo lugar, pudiendo llegar a producirse la extravagante situación de que sea necesariamente competente el mismo órgano judicial, ya que en 85 de los partidos judiciales en que no está dividida la jurisdicción los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción son únicos⁽⁹⁶⁾.

En definitiva, parece evidente que la generación a la Administración de Justicia de los costes personales y materiales propios de cualquier duplicidad de procesos resulta particularmente injustificada desde un punto de vista competencial en aquellos casos en los que la responsabilidad civil no resuelta en el proceso penal es la derivada de un hecho delictivo de carácter leve. La dificultad de explicar la oportunidad de la intervención sucesiva de dos órdenes jurisdiccionales en estos supuestos se incrementa cuando en el proceso penal se procede a declarar como hecho probado la conducta que dio origen a la responsabilidad penal (extinguida por la prescripción del delito) y que simultáneamente determinó la producción del daño. En estos casos, no obstante la posibilidad de nueva valoración fáctica reconocida por

(95) Anexo actualizado de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/justicia-espana/organizacion-justicia/organizacion-juzgados-juzgados-tribunales>

(96) *Vid.* nota al pie anterior.

la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no es infrecuente que en el orden jurisdiccional civil se acepten sin más los hechos probados en el proceso penal(97).

A ello se suma que el peregrinaje jurisdiccional no solo dilata y dificulta la reparación civil de la víctima(98), sino que incrementa los costes económicos en los que esta incurre, ya que, siempre que la indemnización civil pretendida sea superior a 2.000 euros, la víctima tendrá que emplear –y, por consiguiente, pagar– su propia representación y defensa en el seno del procedimiento civil, mientras que, de haberse resuelto la pretensión en el proceso penal sería el Ministerio Fiscal quien ejercitase la acción civil conjuntamente con la acción pública sin gran coste adicional ni para la víctima ni para la propia Administración Pública(99).

Adicionalmente, la falta de resolución de la responsabilidad civil derivada del delito por parte de la jurisdicción penal impide a la víctima beneficiarse de normas procesales específicas como la objetivación de la responsabilidad civil de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho en caso de ejercicio conjunto ante la jurisdicción de menores frente a la exigencia de culpa propia de la jurisdicción civil(100), la valoración en la jurisdicción penal del día de curación no impeditivo en 40 euros y el impeditivo en 60 euros(101) frente a la aplicación general de las reglas del baremo de tráfico –32,40 euros el día no impeditivo y 56,15 euros el día impeditivo para el año 2022– por parte de la jurisdicción civil, o la necesidad de satisfacer el requisito de mala fe o temeridad para la condena en costas frente a la operatividad del principio de vencimiento objetivo en el seno de la jurisdicción civil(102).

(97) *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003\8332).

(98) El estudio de campo realizado por SOTELO, H. y GRANÉ, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 34 a 46 y 92 a 95, concluye, a este respecto, que la demora en la tramitación potencia la situación de insolvencia sobrevenida y forzada de muchos condenados que no eran insolventes previamente.

(99) PASCUAL BROTONS, C. C., «Utilización del proceso penal para la reclamación de daños», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 136, 2019, pp. 7 ss.

(100) LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 433 ss.

(101) Este es el criterio generalmente utilizado por la Fiscalía y asumido en por los Tribunales en el ámbito penal (Cfr. la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de mayo de 2020, JUR 2020\167854).

(102) YÁÑEZ VELASCO, R., «La injusticia de las costas en el proceso penal», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, núm. 68, 2015, pp. 324 ss., arguye

A las anteriores consideraciones de carácter eminentemente pragmático se une, en nuestra opinión, una argumentación material de mayor calado, ligada a la finalidad específica que cabe atribuir a la responsabilidad civil derivada de hechos delictivos.

A este respecto, hace ya más de veinte años Hassemer señalaba cómo el sentido de la reparación a la víctima no se agota en la reposición material del daño causado, sino que, desde el punto de vista de los fines de la pena, tal reparación incorpora también significados adicionales como la «reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y un injusto» y «la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima»(103). Recogiendo esta idea, Galain Palermo apunta cómo la reparación a la víctima debe valorarse como una ampliación del mensaje transmitido por la pena y cumple, por sí misma, «con los fines de la pena de modo inclusivo»(104) en la medida en que contribuye a generar las condiciones para la pacificación de las partes enfrentadas por el delito y a disminuir la insatisfacción del ofendido(105).

En cierto sentido, incluso la mera existencia de una resolución judicial penal que declara de forma pública cuál es el estatus de la víctima en relación con el delito «satisface el derecho a saber, ofrece seguridad jurídica y se convierte en una forma de reparación»(106). Esta concreta funcionalidad de la resolución judicial no se ve mermada, a nuestro juicio, en aquellos casos en los que la extinción de la responsabilidad criminal impide la imposición de una pena. Naturalmente, ello no implica afirmar que el reconocimiento formal de lo acontecido y la reparación del daño puedan suplir al castigo (cualesquiera que sean los fines –preventivos o retributivos– que se prefieran asignar a este), sino que aquellos tienen un sentido propio con independencia de la efectiva imposición de la sanción.

la necesidad de diferenciar entre las costas derivadas de la acción penal y de la acción civil especialmente cuando existen responsables civiles solidarios o subsidiarios al acusado.

(103) HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 110. Cfr. también los efectos comunicativos de la reparación en los procesos penales que identifica DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 96.

(104) GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 321. Vid. ya ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 8, 1991, p. 22.

(105) GALAIN PALERMO, P., *op. cit.*, p. 325.

(106) GALAIN PALERMO, P., *op. cit.*, p. 334.

La conveniencia de resolver esta situación se sustenta, pues, tanto en razones pragmáticas como en motivos de fondo. Por un lado, se habilita la efectiva reparación de los perjuicios ocasionados evitando el coste adicional –en tiempo y en dinero– a quien no deja de ser víctima del hecho delictivo por más que la responsabilidad penal del perpetrador se haya extinguida por el transcurso del tiempo. Por otro, se promueve la dignificación de las víctimas y perjudicados a través del establecimiento de una verdad judicial de lo sucedido⁽¹⁰⁷⁾ que permite manifestar públicamente y en la sede que le es propia –un procedimiento penal– tanto el carácter delictivo de la conducta ejecutada como la condición de víctima de quien resultó agraviado por aquella.

La importancia otorgada a este argumento victimológico no parece cuestionable en el contexto presente: es este tipo de fundamento, precisamente, el que subyace a la regulación actual de otros supuestos en los que el ordenamiento español decreta la continuación de un procedimiento penal como vía para la determinación de la pertinencia de una compensación económica. Así ocurre, señaladamente, en relación con la prestación de las ayudas públicas reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Tras calificar en su artículo 2.2. como «víctimas directas» a «las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito», el artículo 10.3 de la citada Ley 35/1995 exige que la solicitud de la ayuda provisional contenga, entre otros extremos, un informe del Ministerio Fiscal «que indique la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento, las lesiones o los daños se han producido por un hecho con caracteres de delito violento y doloso». En relación con ello, la Circular 2/1998 de la Fiscalía General del Estado insta expresamente al Ministerio Fiscal a velar, tanto por el «derecho (de la víctima) a ser resarcido por el culpable del ilícito penal» como por su «derecho a obtener la prestación pública de la Ley 35/1995», y, en tal medida, toda vez que el reconocimiento de tales derechos depende «del material probatorio acopiado en la instrucción sumarial», a practicar las diligencias procesalmente necesarias para garantizar, como fin del proceso, «el restablecimiento de la víctima a una situación lo más parecida posible a la que vivía antes de producirse el delito».

(107) CERRADA MORENO, M., *op. cit.*, pp. 250 ss.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2006.
- CAAMAÑO, F., *Garantía constitucional de la inocencia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.
- CERRADA MORENO, M., *Prescripción e imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, Fundamentos, Naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 2018.
- CLEMENTE MEORO, M. E., y COBAS COBIELLA, M. E. (dir.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 95-192.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad civil en el proceso penal: algunos puntos controvertidos (tratamiento jurisprudencial)», en López y García del Serrano, J. (dir.), *Sobre responsabilidad civil y seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Sepin, Madrid, 2020.
- DEL MORAL MARTÍN, A., y DEL MORAL GARCÍA, A., *Interferencias entre el proceso civil y el proceso penal*, Comares, Granada, 2002.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Responsabilidad civil por daños causados por menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- DIEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas, Madrid, 2002.
- DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito*, Bdef, Buenos Aires, 2016.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. «La prescripción penal cuestión abierta» en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 52, 2008.
- GÓNZALEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L. «Responsabilidades pecuniarias y medidas cautelares en el proceso penal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 110, 2013.
- HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- IGLESIAS RÍO, M. A, «Caso de los “Albertos”», en Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P. (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, La Ley, Las Rozas, 2011.
- JUAN SÁNCHEZ, R., «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil ex delicto», *In Dret*, núm. 1, 2009, p. 15.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed, Tecnos, Madrid, 1991.
- LLAMAS POMBO, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Madrid, 2020.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos penales españoles*, Akal, Madrid, 1988.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2001.
- MAGRO SERVET, V., *Guía práctica sobre responsabilidad civil*, La Ley, Madrid, 2015.
- «La prescripción de la acción civil tras archivo o absolución en el proceso penal», *La Ley*, Práctica de Tribunales, núm. 148, 2021.
- «Las consecuencias civiles del delito en el proceso penal» en *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 149, 2021.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 6.^a edición, Reppertor, Barcelona, 2002.
- MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2022.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 109», en *Comentarios al Código Penal de 1995 (vol. I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 573 ss.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2013.
- OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- ORTS BERENGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Perseverare diabolicum» (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), en *Jueces para la democracia*, núm. 19, 1993, pp. 6-10.
- PASCUAL BROTONS, C. C., «Utilización del proceso penal para la reclamación de daños», en *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 136, 2019.
- PASTOR ALCOY, F., *Tratado de la prescripción penal: Aplicación en todas las reformas del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2019.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., «La prescripción de las infracciones penales tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre», *La Ley*, 2005.
- «Causas de extinción de la responsabilidad criminal», en ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ RUA, L. M., «Ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción de la acción civil», en *Actualidad civil*, núm. 12, 2020, pp. 1-10.

- QUINTERO OLIVARES, G.; CAVANILLAS MÚGICA, S., y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *La Responsabilidad Civil «Ex delicto»*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- RABASA DOLADO, J., La responsabilidad civil derivada del delito: víctimas, perjudicados y terceros afectados, tesis doctoral inédita accesible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/55270>, 2016.
- RAGUÉS i VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004.
- «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *In Dret*, núm. 1, 2022.
- REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M., *Lecciones de responsabilidad civil: La prescripción de la acción de reclamación de daños*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
- ROCA DE AGAPITO, L.», La prescripción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre» en *Diario La Ley*, núm. 8675, Sección Doctrina, 2016.
- RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*. Parte General, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 1992.
- ROIG TORRES, M., La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 8, 1991.
- SOTELO, H. y GRANÉ, A., *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019.
- VAQUER ALOY, A., »La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores: una propuesta de interpretación» en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, núm. 1, pp. 1632-1638.
- YÁÑEZ VELASCO, R., «La injusticia de las costas en el proceso penal», en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, núm. 68, 2015.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993.
- *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil): Plazo de prescripción aplicable a la acción civil en caso de hecho delictivo cometido por menores de edad penal*, Dykinson, Madrid, 2009.
- «Prescripción de la acción de responsabilidad civil: novedades y cuestiones pendientes» en *XV Congreso Nacional. Ponencias sobre Responsabilidad Civil y Derecho de circulación* (Valladolid, noviembre 2015), Sepin, Madrid, 2015.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el ciberespacio. Especial mención a la prueba pericial digital

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora doctora adjunta de Derecho Penal y Derecho Penitenciario
Universidad CEU San Pablo
Doctorada Universidad de Alcalá

RESUMEN

Las nuevas tecnologías e Internet han cambiado la forma en la que las personas nos relacionamos y eso ha llegado también al ámbito jurídico. Las actividades delictivas que pueden cometerse a través de la red o utilizando medios informáticos y electrónicos tienen difícil limitación. En este estudio analizamos los delitos de descubrimiento y revelación de secretos recogidos en el capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal, siendo el bien jurídico protegido la intimidad. Finaliza este trabajo con una especial mención a la prueba pericial digital, para poder dar a conocer por un experto perito la información digital empleada por las partes para acreditar la realidad de un hecho durante el proceso judicial.

Palabras clave: Intimidad, cibercriminosos, ciberespacio, prueba pericial digital.

ABSTRACT

New technologies and the Internet have changed the way in which people relate to each other, and this has also affected the legal sphere. The criminal activities that can be committed through the network or using computer and electronic means are difficult to limit. In this study, we analyse the crimes of discovery and disclosure of secrets included in Chapter I of Title X of Book II of the Criminal Code, the protected legal right being privacy. This work ends with a special mention of digital expert evidence,

in order to provide an expert witness with the digital information used by the parties to accredit the reality of a fact during the judicial process.

Key words: *Privacy, cybercrime, cyberspace, digital forensic evidence.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. El derecho a la intimidad como bien jurídico protegido.–III. Modalidades delictivas. 1. El descubrimiento y revelación de secretos. 1.1. El apoderamiento para descubrir y la interceptación de las comunicaciones (art. 197.1 CP). 1.2. Los delitos cometidos a través de medios informáticos (art. 197.2 CP). 1.3. La difusión, revelación o cesión de los datos reservados a terceros (art. 197.3 CP). 1.4. El apoderamiento para descubrir y la interceptación de las comunicaciones y los delitos cometidos a través de medios informáticos realizados por encargados o responsables o mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima (art. 197.4 CP). 1.5. Datos sensibles o que afecten a personas especialmente vulnerables (art. 197.5 CP). 1.6. El ánimo de lucro (art. 197.6 CP). 1.7. El delito de *sexting* (art. 197.7 CP). 1.8. El acceso ilícito a los sistemas informáticos y la interceptación de transmisiones no públicas de datos: el vandalismo electrónico (art. 197 bis CP). 1.9. La facilitación delictiva (art. 197 ter CP). 1.10. La criminalidad organizada (art. 197 *quater* CP). 1.11. La responsabilidad de las personas jurídicas (art. 197 *quinques* CP). 1.12. El delito especial impropio (art. 198 CP). 1.13. El secreto profesional (art. 199 CP). 1.14. Cláusula extensiva referida a la tutela penal de la intimidad en las personas jurídicas (art. 200 CP). 1.15. Condiciones de perseguibilidad (art. 210 CP).–IV. La prueba pericial digital.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), en general, e Internet como red global, en particular, han supuesto la creación de un lugar de comunicación social transnacional, universal y en permanente evolución tecnológica, que ha sido denominado el ciberespacio(1). En la era de la llamada ciber-civilización(2) la sociedad muestra una constante preocupación por conocer el nivel de protección que el

(1) Cfr: VILA LOZANO, J. (2022): «Protección de datos en el ciberespacio de la Unión Europea: control de contenidos y perfiles digitales», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 58, p. 1.

(2) Cfr: WIENER, N (1958): *Cibernética y sociedad*, (traducción de José Novo Cerro), Editorial Sudamérica, Buenos Aires, p. 15.

Derecho confiere a las víctimas de delitos cometidos a través de medios tecnológicos. De este modo, el Derecho penal no queda extramuros de tipificar delitos cometidos en el mundo cibernético.

Es por ello por lo que cuando hablamos de cibercriminalidad lo realizamos desde un nuevo ámbito o espacio con características estructurales intrínsecas y extrínsecas tan distintas a las del espacio físico en el que se ejecuta la delincuencia tradicional, que nos obliga a una revisión criminológica de la explicación de la actuación delictiva, así como una adaptación de las normas jurídicas(3).

En las últimas décadas, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales requieren una atención más específica y amplia, para poder responder a esta continua transformación digital. En tal sentido, si bien las TIC constituyen un adelanto ampliamente reconocido, novedoso y favorable en todos los sectores, también existen diversos problemas derivados de los avances tecnológicos.

La STC 70/2002, de 3 de abril, afirmó que «los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del artículo 18.3 de la Constitución española».

El desarrollo de Internet ha transformado las comunicaciones en términos de velocidad, sencillez y accesibilidad. Desde un mismo dispositivo podemos realizar una llamada telefónica, pero también a través de un servicio de voz *IP*; enviar mensajes; hacer videollamadas; intercambiar correos electrónicos desde diversas cuentas instaladas en una única aplicación gestora; chatear, tanto a través de sistemas de mensajería instantánea como mediante las utilidades de este tipo disponibles en redes sociales o, incluso, intercambiar mensajes con nuestro asesor a través de la propia aplicación bancaria(4). Todo esto provoca amplias funcionalidades comunicativas de la red que ofrecen crecientes y más fáciles posibilidades de interceptar procesos comuni-

(3) Vid. MIRÓ LINARES, F. (2011): «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminológica*, RECPC 13-07, p. 3. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>.

(4) Cfr. OCÓN GARCÍA, J. (2022): «La incidencia del conocimiento tecnológico en la delimitación del secreto de las comunicaciones», en Arruego Rodríguez, G. y Pascual Medrano, A. (dir.): *La evidencia científica y tecnológica como recurso jurídico*, Comares, Granada, p. 338.

cativos, pero, también, una mayor exposición a acciones de vigilancia masiva o de recopilación generalizada de datos de tráfico.

Debemos tener en cuenta que el derecho a la intimidad es inherente a la persona, que necesita de espacios libres de intromisiones en su vida individual y familiar, para lograr el pleno desarrollo de su personalidad y su identidad. Todos los seres humanos cuentan con una vida privada, conformada por aquella parte de la vida que no está consagrada a una actividad pública y que no trasciende a la sociedad de manera directa.

Según datos del INE, el número de delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el año 2019 fueron un total 484, en 2020 descendió levemente a 421 y en 2021 ascendió a 592(5). Por lo tanto, nos encontramos en un ascenso preocupante de estos delitos.

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en las declaraciones internacionales de derechos surgidas tras las II Guerra Mundial. Figura en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; en el artículo V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948; en el artículo 11, incisos 2 y 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; en el artículo 8, inciso 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000. El primer texto constitucional en Europa que recogió de forma expresa el derecho a la intimidad fue la Constitución Portuguesa de 1976 en el artículo 26.1 y, posteriormente, lo hizo la Constitución española de 1978.

El derecho a la intimidad, recogido en las Constituciones, tiene su origen en un trabajo doctrinal: *the right to privacy*. Su objetivo era establecer un límite jurídico que vedase las intromisiones de la prensa en la vida privada de las personas; con propósito de dar respuesta a un nuevo fenómeno social, el poder de la prensa. A finales del siglo XIX, los medios de comunicación ejercieron una gran influencia con una

(5) Datos extraídos del INE. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997>

capacidad de entrometerse y lesionar la vida privada desconocida hasta la difusión generalizada de los periódicos(6).

En España, el artículo 18 de la Constitución española garantiza el derecho a la intimidad personal en todas sus manifestaciones. En el apartado primero se recoge la personal, familiar y la propia imagen; en el apartado segundo la inviolabilidad del domicilio; en el apartado tercero el secreto de las comunicaciones; y en el apartado cuarto el uso de la informática.

Debemos tener en cuenta que la privacidad no es equivalente a la intimidad. El primero de los términos, privacidad, significa pertenencia a la esfera de lo privado, es decir, el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión. Es lo particular y personal de cada individuo, que se realiza a vista de pocos. El término privado proviene del latín *privatus*, lo que significa privar y está relacionado con la propiedad, propiedad privada, zona privada, uso privado, acceso privado, mensaje privado, reunión privada, todo esto para señalar lo contrario a lo público(7). Por otro lado, la intimidad es un término mucho más restringido y contenido dentro de la esfera general de la vida privada, nos remite a un significado semántico análogo a lo reservado. Lo íntimo es un adjetivo que proviene del latín *intimus* y que alude a lo interior, a lo interno, a lo recóndito, que está en el fondo de algo. Hace referencia a aquello que queremos ocultar de los demás, que queremos preservar sin que se vea(8).

La intimidad es el conjunto de sentimientos, pensamientos e inclinaciones más guardadas en el interior (la ideología, la religión o las creencias), las tendencias personales que afectan a la vida sexual, determinados problemas de salud que se desea mantener en total secreto, u otras inclinaciones, como conductas o hábitos(9). En cuanto a la intimidad personal, la STC 257/1985, de 17 de abril, en su fundamento jurídico segundo, señala que el derecho a la intimidad que reconoce el artículo 18.1 de la Constitución española, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente

(6) Vid. DUPUY DE REPETTO, D. S. (2019). *Revelación de imágenes y grabaciones íntimas obtenidas con consentimiento (art. 197.7 CP)*, Tesis doctoral dirigida por Miguel Polaino Navarrete, Universidad de Sevilla, p. 257.

(7) Vid. GONZÁLEZ PORRAS, A. (2015): *Privacidad en Internet: los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en Internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, Tesis doctoral de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, p. 56.

(8) *Ibidem*, p. 57.

(9) Vid. Nebrera González, M. (coord.) (2002): *Intimidad y seguridad: dos conceptos y un conflicto*, Associació Isegs per a la Promoció dels Estudis sobre la Governabilitat, Barcelona, p. 17.

autorizado. Por lo tanto, la privacidad está constituida por las facetas que forman la vida personal, frente a la dimensión pública o profesional y la intimidad es lo más interno del sujeto.

El contenido esencial de la intimidad puede identificarse con esa capacidad de decisión respecto a ciertos aspectos para los que se quiera impedir cualquier tipo de intromisión de terceros. Ese contenido, que podemos considerar clásico, de la intimidad ha cambiado como consecuencia de la evolución de las relaciones sociales y el avance de las nuevas tecnologías que han modificado los ámbitos sobre los que ejercer, desarrollar y garantizar el derecho a la intimidad.

La actual sociedad donde se busca desde conocer a otros, o que se nos conozca, o que seamos conocidos o, incluso, cómo seamos conocidos, provoca la necesidad inevitable de facilitar datos o informaciones en cualquiera de los soportes que puedan ser válidos para darlos a conocer, como las redes sociales. Por lo tanto, en este dinámico juego de información, presupuesto de nuestras relaciones sociales, el derecho a la intimidad cobra un nuevo significado. Abandona la dimensión impeditiva de injerencias de terceros, para adquirir una dimensión dinámica y de control de la información personal. Es decir, este derecho a la intimidad se transforma en la facultad de toda persona de controlar qué datos o informaciones pueden conocerse o utilizarse(10).

III. MODALIDADES DELICTIVAS

El Código Penal en el Título X del Libro II titulado «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», regula en su Capítulo I «Del descubrimiento y revelación de secretos» recogido en los artículos 197 a 201.

El bien jurídico protegido en estos delitos es la intimidad, como anteriormente hemos mencionado. Además de este bien jurídico genérico, también queda incluido dentro de estos tipos penales, el bien jurídico específico de protección de datos personales especialmente sensibles y que contiene información reservada del sujeto pasivo. La propia reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha sugerido esta matización, al entender que la intimidad personal no es el único objeto jurídico de tutela penal de este capítulo.

(10) Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. (2021): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)», en Morillas Cueva, L. (dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, p. 308.

El contenido de este Título tiene una dimensión pluridimensional, esto se debe a que los atentados a la intimidad afectan a la dignidad o integridad moral de la persona que puede convertirse en objeto de contemplación como una simple cosa si no tiene suficientemente garantizada su intimidad o un ámbito de privacidad en que desarrollarse. También se ve afectada su libertad, toda vez que la intimidad supone un ejercicio de voluntad por el que se fija un ámbito estrictamente propio, íntimo, del que quedan excluidas terceras personas. y ese ámbito propio o personal es el que garantiza la seguridad de toda persona frente a injerencias de terceros, abarcando no solo las injerencias inocuas, sino también las que pudieran ser nocivas o lesivas para la persona(11).

Por un lado, se sanciona el descubrimiento, que hay que entender como el acceso o toma de conocimiento de datos o informaciones voluntariamente excluidos por su titular del conocimiento ajeno o cuyo conocimiento se limita por la autorización de su titular que fija que puede conocerse, quien puede tener tal conocimiento y para qué puede utilizarse tal conocimiento. Y, por otro lado, la revelación, difusión o cesión a terceros de tales conocimientos en lo que supondría una vulneración de la voluntad del control de los datos e informaciones por parte de su titular.

Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se añadió una nueva modalidad delictiva de intrusismo en sistema de información, el llamado *hacking*.

Por lo tanto, el contenido del capítulo I se articula sobre una doble modalidad. Por un lado, los delitos de descubrimiento de secretos o datos reservados (artículos 197.1 y 197.2 del Código Penal). Los delitos de revelación de tales secretos o datos (artículo 197.3 del Código Penal). El artículo 197.4 del Código Penal contempla una modalidad agravada en función del sujeto pasivo. El artículo 197.5 del Código Penal se refiere al núcleo duro de la *privacy*(12). El artículo 197.6 del Código Penal contempla una modalidad agravada en función de la finalidad lucrativa. El artículo 197.7 del Código Penal contempla el *sexting*, ilícito que se añadió en la reforma de 2015 y que, actualmente, ha sufrido una modificación con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Las modalidades específicas se encuentran contempladas en el artículo 199 CP, regulan la revelación de secretos profesionales y

(11) *Ibid.* p. 307.

(12) *Cfr.* ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2022): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E., y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 7.ª edición, Dykinson, Madrid, p. 242.

del profesional. Y, por otro lado, los delitos de intrusión en sistema de información (artículos 197 bis y 197 ter).

Se incluye la criminalidad organizada (artículo 197 *quater* del Código Penal); la responsabilidad criminal a personas jurídicas (artículo 197 *quinquies* del Código Penal); el delito especial impropio, siendo el sujeto activo la autoridad o funcionario público (artículo 198 del Código Penal). Además, se recoge una cláusula extensiva referida a la tutela penal de la intimidad de las personas jurídicas (artículo 200 del Código Penal). Y, por último, unas disposiciones comunes respecto a la perseguibilidad de estos delitos (artículo 201 del Código Penal).

1. Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos

1.1. EL APODERAMIENTO PARA DESCUBRIR Y LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES (ART. 197.1 CP)

El artículo 197.1 del Código Penal castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación».

El descubrimiento tiene por objeto material del delito, es decir, el ámbito físico sobre el que recae la conducta se divide, por un lado, en formato físico (papeles, cartas o cualesquiera otros documentos o efectos personales). El término documento debe ser interpretado en su acepción amplia, en este sentido, cualquier escrito que ilustra acerca de algún hecho. En cuanto a los efectos personales, debe entenderse todo tipo de bienes, cosas muebles o enseres⁽¹³⁾. Por otro lado, en formato electrónico o digital (mensajes de correo electrónico⁽¹⁴⁾ o cualesquiera otros documentos electrónicos). El delito se presenta con tres comportamientos: apoderarse, interceptar o utilizar artificios técnicos.

(13) Vid. LLORIA GARCÍA, P. (2013): «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al “sexting”». *La Ley Penal*, núm. 105, p. 5.

(14) La primera definición de documento electrónico en España se encuentra en el artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica «se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado».

La primera modalidad de conducta, «se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documento», debe realizarse para descubrir los secretos de otro o vulnerar la intimidad(15). Especial mención, a la incorporación, como objeto material, de los mensajes de correo electrónico, consecuencia lógica y necesaria por el avance de la tecnología, y permite incluir también todo tipo de archivos, ficheros o documentos electrónicos, agrupados en la expresión «cualquiera otros documentos».

Obviamente, la conducta ha de realizarse en todo caso sin consentimiento del titular de las informaciones. Por lo tanto, el consentimiento se recoge como elemento negativo del hecho, por lo que su concurrencia determina la atipicidad de la conducta.

La acción de apoderamiento ha sido interpretada con diversidad de significados, normalmente como la aprehensión u obtención ilícita del objeto material. González Rus(16) señala que «se precisa de alguna actuación material del sujeto activo en relación con el soporte, en virtud de la cual, este entre, siquiera sea por unos instantes, en su esfera de disponibilidad, entendida esta como capacidad para acceder al conocimiento del secreto o información personal reservada que el mismo contiene».

Sin embargo, como se ha señalado en la STS 1391/2000, de 14 de septiembre, y en la más reciente STS 538/2021, de 17 de junio, «el apoderamiento de documentos exigido en el artículo 197 CP, no puede considerarse estrictamente como el apoderamiento físico de los mismos. Basta con su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como, por ejemplo, mediante su fotografiado». Atendiendo al momento consumativo, la Sala explica en los siguientes términos: «se consuma tan pronto el sujeto activo accede a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues solo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre. Es ello lo que lleva a entender que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar al titular de los datos o a un tercero» (SSTS 803/2017, de 11 de diciembre; 312/2019, de 17 de junio; 392/2020, de 15 de julio, y 260/2021, de 22 de marzo, entre otras).

(15) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *op. cit.*, p. 238. En igual sentido, STS 5/2019, de 9 de enero.

(16) Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J. (2005): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en Cobo del Rosal, M. (coord.): *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, p. 348.

La segunda modalidad es la interceptación de las telecomunicaciones, como modalidad específica de apoderamiento o de acceso a los datos o informaciones, generalmente interviniendo en canal comunicativo entre emisor y receptor del mensaje o comunicación. La conducta se consumará en el momento en que produzca el apoderamiento o el acceso a la información, cuando se tenga disponibilidad sobre los datos, aunque no se comprendan. Por ello, utilizar un dispositivo de escucha sin acceder al contenido de la conversación sería un supuesto de tentativa(17).

Y, la última modalidad castiga el uso de artificios técnicos que permitan ese acceso a la esfera privada o íntima, ya sea mediante la escucha no consentida de conversaciones, la grabación, transmisión o reproducción de las mismas, o de sonidos e imágenes o cualquier otra señal de comunicación. En relación a las escuchas telefónicas la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas sentencias, siendo relevante la SSTS 2005/1995 y 2954/1995 que establecen doctrina general respecto a la intervención de comunicaciones. Se señalan una serie de requisitos básicos para no vulnerar el derecho fundamental a la intimidad cuando se realizan escuchas bajo autorización judicial. En primer lugar, la proporcionalidad y motivación de la medida. Y, en segundo lugar, se exige especialidad, es decir, la intervención telefónica ha de hacerse para el descubrimiento de delitos concretos y no para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales(18).

El uso de las nuevas tecnologías permite otras formas de comunicación, por ejemplo, correo electrónico, WhatsApp, Telegram, Skype o cualquier otra red social con mensajería, ha supuesto una revolución en todos los ámbitos creando un nuevo escenario delictual. Surgen dudas acerca de qué aspectos de estas comunicaciones deben ampararse por el secreto de las comunicaciones y cuáles por el derecho a la intimidad(19).

1.2. LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS (ART. 197.2 CP)

El artículo 197.2 del Código Penal castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que «sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de ter-

(17) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J. (1999): «Protección penal de sistemas, elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, 01-14, p. 1. Disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html.

(18) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Op. cit.*, p. 239.

(19) Vid. LLORIA GARCÍA, P.: *Op. cit.*p. 6.

cero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado». Y, mismas penas «a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

Este apartado recoge el tipo base de los delitos contra la libertad informática o *habeas data*, derecho de nueva generación que otorga a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, para preservar la propia identidad, la dignidad y la libertad, en desarrollo del precepto constitucional que protege la intimidad como derecho fundamental(20).

El bien jurídico protegido es la autodeterminación informática(21), referida en el artículo 18.4 de la Constitución española. Un sector doctrinal considera que en el artículo 197.2 del Código Penal se protegen dos bienes jurídicos. Por una parte, la intimidad del sujeto pasivo, en relación con las conductas de apoderarse, acceder y utilizar los datos. Por otra parte, la integridad de los datos, en relación con los comportamientos de modificar o alterar. Distinción, no obstante, relativa por el hecho de quien pretende modificar o alterar, primero debe acceder, con lo que se habría lesionado también la intimidad en estas modalidades de conducta.

Las acciones nucleares de este apartado son: apoderarse, es decir, la traslación de los datos a otro soporte para su posesión; utilizar, es decir, hacer uso de los datos, emplearlos o aprovecharse de los mismos; modificar, es decir, transformar o cambiar los datos; acceder, es decir, entrar o tener acceso a los datos, en este caso sin tener autorización; y alterar, es decir, dañar o estropear los datos. En todas las modalidades, se sanciona al que ejecuta esa conducta sin estar autorizado, lo que se entiende por algunos autores como un elemento normativo del tipo: realizar la conducta fuera de los casos permitidos por la ley. En sentido contrario, otros autores consideran que se trata de una especial causa de justificación, porque la protección de la intimidad no debe cesar, si no es a causa de un conflicto con otro interés de mayor entidad.

En cuanto al término en perjuicio, según STS 40/2016, de 3 de febrero, no supone que el delito incorpore una finalidad económica. El perjuicio se refiere al peligro de que los datos albergados en las bases de datos protegidas puedan llegar a ser conocidos por personas no autorizadas. El perjuicio se realiza cuando se apodera, utiliza, modi-

(20) Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Op. cit.*, p. 239.

(21) *Ibidem*.

fica o accede a un dato protegido con la intención de que su contenido salga del ámbito de privacidad en el que se incluyó en una base de datos. El perjuicio exigido va referido a la invasión de la intimidad y no a la producción de un quebranto económico patrimonial concreto.

Por último, ante la reiteración de conductas que enumera, al sancionar primero al que «se apodere, utilice o modifique en perjuicio de tercero» y, posteriormente, al que «sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero», explica y encuentra la doctrina(22), su diferenciación sistemática en la posición subjetiva del autor en relación con los datos: que esté o no autorizado para acceder a ellos, aunque de estarlo pueda rebasar el nivel de acceso para el que ha sido autorizado. Si bien, con relación a la persona externa al registro, una vez realizado el acceso ilícito son irrelevantes los siguientes comportamientos previstos en el párrafo segundo del artículo 197.2 del Código Penal (alterar o utilizar), pues quedarán absorbidos por el primero (acceder), salvo que la prueba de estos últimos sea determinante para establecer el perjuicio al que alude el tipo. En la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, son escasas las resoluciones que contemplan supuestos similares y solo en relación con mensajería instantánea (STS 544/2016, de 21 de junio; STS 237/2007, de 21 de marzo; STS 377/2018, de 23 de julio). Existen sin embargo, múltiples ejemplos de las Audiencias Provinciales, que contemplan el acceso o la apropiación del dispositivo electrónico personal (desde el que se posibilitaba el acceso a los ficheros; así entre otras: SAP Almería, Sección 2.^a núm. 394/2019, de 7 de octubre; SAP Madrid, Sección 2.^a núm. 551/2019, de 24 de junio; SAP Tarragona, Sección 4.^a, núm. 222/2019, de 17 de junio; SAP Madrid, Sección 27.^a, 544/2016, de 27 de septiembre; SAP de Burgos, Sección 1.^a, 189/2016, de 13 de mayo; SAP Soria núm. 22/2019, de 21 de marzo).

Respecto de lo que entendemos por dato, la jurisprudencia, STS 374/2020, de 8 julio, relata con sumo detalle de actualización que el contenido y alcance del concepto se encuentra definido en el nuevo Reglamento Europeo sobre Protección de Datos, 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril, al tener la Unión Europea la competencia para legislar en materia de protección de datos. Su artículo 4.1 delimita el concepto de dato personal en los siguientes términos: «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado), indicando a continuación que se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda

(22) Vid. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.: *Op. cit.*, p. 315.

determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo, un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». La Directiva de 2016 incluye la misma definición en el artículo 3.

La Sala Segunda en la STS 538/2021, de 17 de junio, ha explicado el concepto de dato de carácter personal de la siguiente manera: «El epigrama dato reservado de carácter personal es un concepto normativo que ha de interpretarse conforme a la legislación protectora de ese derecho de nueva generación consolidado al amparo del artículo 18.4 de la CE, esto es, el derecho a autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de uno mismo, derecho que adquiere especial pujanza cuando la información que nos afecta se incorpora –en la mayoría de las ocasiones, de forma irreversible– a una red social. De ahí que el concepto de datos personales no pueda ser identificado a efectos penales como dato secreto». Continúa la sentencia exponiendo que «es indudable que una información referida a lo que se ha llamado historia social de una persona, en la que se recogen datos, siendo ciertos, no tienen por qué ser objeto de acceso y conocimiento público en contra de la voluntad de la interesada, pudiendo tener plena cabida en el concepto normativo de dato reservado de carácter personal. No se olvide que los datos que se contienen en el historial de asistencia social de una persona pueden ser incluso datos susceptibles de precipitar una imagen que se proyecta sobre el círculo de la privacidad de cualquier ciudadano. Pueden afectar a la salud, a sus circunstancias familiares o, en fin, a su nivel de pobreza que justifica el ingreso en una casa de acogida. En definitiva, banalizar el impacto que en la privacidad de una persona puede producir la incorporación de esos datos a una red social, con el argumento de que no son secretos o que fueron conocidos hace ya varios años, supondría desproteger a la interesada del derecho que le confiere el artículo 18.4 de la CE».

1.3. LA DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN DE LOS DATOS RESERVADOS A TERCEROS (ART. 197.3 CP)

El artículo 197.3 del Código Penal castiga, en el primer párrafo, con pena de prisión de dos a cinco años «si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores». Nos encontramos con un tipo agravado. Para que opere esta cláusula se tiene que haber cometido previamente cualesquiera de las modalidades delictivas a

que se refieren los tipos bases del artículo 197.1 y 2 del Código Penal, por lo que esta cláusula agravatoria se comporta como un tipo penal compuesto. Estamos, por tanto, ante un delito especial impropio que solamente podrán realizar como sujetos activos aquellos que previamente hayan cometido alguna de las conductas de los artículos 197.1 y 2 del Código Penal y mixto alternativo (al ser varias las conductas por las que puede cometerse).

El tiempo transcurrido desde que se obtuvo la información que se pretende difundir, esto es, la actualidad o novedad de esta, no es relevante, pues como se afirma en la STS 538/2021, de 17 de junio, «el artículo 197.3 del CP no subordina su aplicación a que la información difundida en perjuicio de la víctima sea de reciente conocimiento». Tampoco varía la pena tanto si hay un solo destinatario como si llega a recibir la información una pluralidad de personas, lo que puede producirse por medio de Internet.

La difusión alude a la transmisión a través de un medio de comunicación, con lo que esta llegaría a un buen número de personas. La revelación va dirigida a un número más reducido de personas, por lo que se trata de una comunicación más controlada. La cesión parece ir referida a la transmisión para que el tercero haga uso de esa información, por lo que el delito suele ir asociado a una contraprestación de tipo económico, que hará aplicable la agravación del artículo 197.6 del Código Penal(23).

En el segundo párrafo del artículo 197.3 del Código Penal se castiga con «penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior». Se tipifica de este modo lo que podríamos denominar un delito de receptación impropio o, es decir, un delito de receptación de datos informáticos(24), cuando el sujeto activo utilice datos provenientes de una fuente delictiva. Se trata de un supuesto común, mixto alternativo, de mera actividad y privilegiado con relación a la pena, teniendo en cuenta que aquí el sujeto activo no ha cometido previamente el delito de descubrir la intimidad.

(23) SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.: *Op. cit.*, p. 320.

(24) Vid. QUINTERO OLIVARES, G. (2016): *Compendio de la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 366.

1.4 EL APODERAMIENTO PARA DESCUBRIR Y LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS REALIZADOS POR ENCARGADOS O RESPONSABLES O MEDIANTE LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE DATOS PERSONALES DE LA VÍCTIMA (ART. 197.4 CP)

El artículo 197.4 castiga con una pena de prisión de tres a cinco años los hechos descritos en los apartados 1 y 2 del artículo 197 del Código Penal cuando « a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) Se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima».

En primer lugar, el apoderamiento para descubrir y la interceptación de las comunicaciones y los delitos cometidos a través de medios informáticos realizados por encargados o responsables, se trata de un tipo agravado en función del sujeto activo, un delito especial impropio. Se fundamenta la agravación debido a la esfera del dominio profesional del sujeto activo y el tipo conecta con las funciones de los encargados o responsables de los sistemas que prevé la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Otros autores interpretan que estamos ante un supuesto de posición de garante por vía legal de los encargados o responsables de los datos(25). Finalmente, otros autores consideran que el fundamento de la agravación se encuentra en el mayor desvalor de la conducta y del resultado(26).

En segundo lugar, si se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Algunos autores entienden que estamos ante un subtipo superfluo, ya que la conducta se superpone con el acceso ilícito y no parece que hubiera ninguna necesidad de incluir este segundo inciso en el precepto, por cuanto el relativo a las personas o responsables de los sistemas ya abarca los supuestos en los cuales se está trabajando con datos personales ajenos. Sin embargo, el verbo típico utilizar puede ser interpretado como usar los mismos sin apoderamiento, en el sentido de aprovechar tales datos(27).

La parte final del artículo 197.4 del Código Penal se refiere a la difusión, cesión o revelado a terceros, con una imposición de penas en su mitad superior. Se trata de un supuesto privilegiado con relación a

(25) *Ibid.*, p. 370.

(26) *Vid.* CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2022): *Derecho penal. Parte Especial*, 7.^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 523.

(27) *Ibid.*, p. 524.

la pena, teniendo en cuenta que aquí el sujeto activo no ha cometido previamente el delito de descubrir la intimidad. El tipo penal señala que el sujeto tiene conocimiento de su origen ilícito, pero sin haber tomado parte en su descubrimiento. En opinión de algún autor se trataría de una especie de receptación de secretos personales o de intimidad⁽²⁸⁾.

1.5. DATOS SENSIBLES O QUE AFECTEN A PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES (ART. 197.5 CP)

El artículo 197.5 del Código Penal se refiere al denominado núcleo duro de la privacidad, es decir, la esfera más sensible, los «datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección», imponiéndose las penas previstas en su mitad superior. Son los datos especialmente protegidos recogidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

La jurisprudencia ha realizado algunas matizaciones respecto a algunos de los contenidos del núcleo duro de la privacidad. Ejemplo de ello es la STS 302/2008, de 27 de mayo, donde se sostiene que la referencia del artículo 197.5 CP a los datos que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual no abarca la investigación ilícita de infidelidades o relaciones sexuales de cualquier índole, sino solamente aquellas que se refieran a la orientación sexual de la víctima, estableciéndose la agravante en función de la discriminación social, lo que es radicalmente distinto de la posible inquietud, ansiedad o desasosiego que pueda producir en una persona el hecho de que se conozcan sus relaciones sexuales.

La relación y distinción entre los preceptos de los apartados 197.2 y 197.5 del Código Penal ha sido señalada por el Tribunal Supremo al resaltar la exigencia de una especial lesividad en orden al dato descubierto para poder situarnos en la agravación del artículo 197.5 CP. Así, para un supuesto de acceso in consentido a datos personales referidos a la salud, en la STS 171/2021, de 1 de marzo, se ha venido a señalar que «la diferenciación entre uno y otro apartado del artículo 197 CP, radica en la naturaleza de los datos a los que de manera in consentida y no justificada se accede. Uno, los del artículo 197.2 CP, son datos reservados personales o familiares que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, en tanto que los del apartado 5 del ar-

(28) Vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Op. cit.*, p. 371.

título 197 CP, trata de datos de carácter personal, obviamente reservados, que revelan la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o respecto de personas necesitadas de especial protección. Se trata de supuestos especialmente graves que cuando afectan a la salud, han de ser interpretados, como tipo agravado, cuando concurra una especial lesividad, dañosidad, en ordena al dato descubierto; o la afectación y concurrencia del daño junto a otros bienes jurídicos».

1.6. EL ÁNIMO DE LUCRO (ART. 197.6 CP)

El artículo 197.6 del Código Penal contiene una modalidad agravada en función de la finalidad lucrativa, la interposición de un precio por la comisión de algunos de los delitos de revelación o descubrimiento de secretos supone una motivación especialmente rechazable socialmente. La STS 10/2020, de 10 marzo, indica que el legislador ha querido agravar, mediante la aplicación del artículo 197.6 CP, aquellas conductas en las que la vulneración del derecho a la intimidad esté filtrada por un propósito lucrativo.

Como ha señalado Marcos Ayjón(29), «se trata de agravar la penalidad ante las conductas que pretenden sacar provecho del tráfico de datos personales, ya sean actividades más o menos profesionalizadas, con el consiguiente aumento del desvalor del injusto de la conducta y del posible daño al bien jurídico protegido».

Las penalidades en este apartado serán en la mitad superior según las penas previstas en los apartados 1 al 4 del artículo 197 del Código Penal. En el caso de que afecte a datos sensibles, los recogidos en el apartado 6, tendrán pena de prisión de cuatro a siete años.

1.7. EL DELITO DE *SEXTING* (ART. 197.7 CP)

El delito de *sexting*(30) se regula en el artículo 197.7 del Código Penal que castiga, en el primer párrafo, con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses «el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su

(29) Vid. MARCOS AYJÓN, M. (2020): *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*, Bosch, Barcelona, p. 450.

(30) Según SSAP de Granada 315/2014, de 5 de junio y 486/2014, de 18 de septiembre, el *sexting* supone el envío de imágenes estáticas (fotografías) o dinámicas (vídeos) de contenido sexual, con mayor o menor carga erótica, entre personas que voluntariamente consienten en ello, formando parte de su actividad sexual que se desarrolla de manera libre.

anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona».

Según las SSTS 70/2020 y 37/2021, el sujeto activo «es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017».

La tipificación de esta conducta supone la introducción de un insólito deber de sigilo para toda la población, convirtiendo a los ciudadanos en confidentes necesarios de los demás respecto de personas que han decidido abandonar sus expectativas de intimidad en relación con grabaciones o imágenes propias que son cedidas voluntariamente a terceros(31).

El artículo alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única. Según la STS 70/2020, de 24 febrero, los requisitos que se establecen son, en primer lugar, la acción debe ser consistente en divulgar imágenes obtenidas con el consentimiento de la víctima en un ambiente privado. En segundo lugar, la imagen o grabación de que se trate debe haber sido remitido voluntariamente por la víctima. En tercer lugar, no exige que se haya realizado en el domicilio, sino que basta con haberse fotografiado o grabado fuera del alcance de la mirada de terceros. En cuarto lugar, se requiere que haya una difusión, revelación o cesión a un tercero, es decir, cualquiera que no entre en el círculo de confianza en el cual se remite la imagen o grabación. En quinto lugar, comete el delito la persona que recibe voluntariamente la fotografía o grabación y que quebranta la confianza que depositó la víctima enviándola o exhibiéndola a terceros. Y, en último lugar, no se exige que sea una divulgación masiva, es suficiente con que se remita a una persona.

Lo que caracteriza a esta conducta es que las imágenes y/o grabaciones, debemos entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo, se obtienen con la anuencia de la persona afectada, sobre la base, generalmente, de una relación de confianza, disponiéndose después de ellas, en perjuicio de la víctima,

(31) Vid. CÁMARA ARROYO, S. (2019): «*Sexting* (art. 197.7 CP)», en Gil Gil, A. y Hernández Berlinches, R. (Coords.): *Cibercriminalidad*, Dykinson, Madrid.

muchas veces por motivos de venganza o despecho, así lo señala la Circular 3/2017.

Tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se amplía el precepto, a través del párrafo segundo, y se considera delictiva la conducta de revelar, difundir o ceder a terceros dichas imágenes por persona distinta del destinatario principal. Es decir, en la primera conducta, el que comete el delito es la persona a la que la víctima envía dichas imágenes o grabaciones, mientras que en la segunda conducta es un tercero que, tras recibirlo del primero, lo difunde o revela a otros, si bien en este caso la pena es considerablemente inferior al ser una pena de multa de uno a tres meses.

En el último párrafo del artículo 197.7 del Código Penal, el legislador ha previsto la imposición de la pena en su mitad superior en tres supuesto. En primer lugar, cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona que esté, o haya estado unida a la víctima, por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Se trata de una inserción que se enmarca dentro del concepto de violencia de género, aunque en este caso particular no se diferencia entre hombres y mujeres como sujetos activos del delito. Por tanto, estamos más bien ante la introducción de un elemento accidental típico por razón de un vínculo específico de parentesco no sanguíneo con base en el vínculo de confianza existente entre aquellos que han mantenido, esto provoca que se elimine la posibilidad de aplicar la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal. No se exige, sin embargo, convivencia, lo que aleja la justificación de la agravación del concepto de violencia doméstica o intrafamiliar. En segundo lugar, cuando la víctima fuera un menor, en cuyo caso se cometerá también un delito de pornografía infantil, o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Se trata de agravaciones por razón del sujeto pasivo, basadas en un incremento del desvalor de la conducta y del resultado. Por menor de edad debe entenderse a quienes aún no hayan cumplido los dieciocho años y por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquellos que reúnen las características expuestas en el artículo 25 del Código Penal. Y, en tercer lugar, cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa. Se añade, por tanto, un elemento subjetivo específico que se fundamenta en el mayor desvalor social de la conducta(32).

(32) Vid. FERNÁNDEZ NIETO, J. (2016): «Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de *sexting* y *grooming*», en *La Ley*, núm. 863, p. 4.

1.8. EL ACCESO ILÍCITO A LOS SISTEMAS INFORMÁTICOS Y LA INTERCEPTACIÓN DE TRANSMISIONES NO PÚBLICAS DE DATOS: EL VANDALISMO ELECTRÓNICO (ART. 197 BIS CP)

Por primera vez el Código Penal regula el acceso a datos y programas contenidos en sistemas informáticos(33) y el mantenimiento dentro de ellos, lo que una parte de la doctrina ha considerado un adelantamiento en la barrera de protección de la intimidad(34). Su justificación se encuentra en la necesidad de limitar y controlar el uso de la informática y los medios que facilita su uso y las posibilidades de uso que abre, para de esta forma dar protección a la intimidad personal, sin olvidarnos del interés por tutelar la seguridad de los sistemas informáticos o la intimidad del domicilio informático. Con coherencia con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal se pretende imponer limitaciones al acceso informático a sistemas de información, o a los medios por los que tales medios normalmente se utilizan de forma que se pueda evitar la realización efectiva de intrusiones ilegítimas en la intimidad ajena. Esta inclusión, en un primer momento, responde al mandato armonizador contenido en la Convención del Consejo de Europa sobre criminalidad informática, de 23 de noviembre de 2001 y a la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información. Con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se realiza una nueva redacción más completa y acorde a las exigencias supranacionales, como consecuencia de las exigencias contenidas en la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto.

El artículo 197 bis del Código Penal es un tipo penal alternativo que regula el acceso a un sistema informático y también el mantenimiento dentro del mismo, sin consentimiento. El punto primero es conocido como *hacking* (vandalismo informático), allanamiento virtual o intrusismo informático. Estamos ante un delito común y de mera actividad. Nos señala que «el que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para

(33) La Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, define sistema de información como todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento.

(34) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Op. cit.*, p. 244. De igual manera, en MIRO LLINARES, F. (2010): «Delitos informáticos. *Hacking*. Daños en reforma penal 2010», en ORTIZ UBRINA GIMENO, I.: *Memento Experto. Reforma penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.

impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo», consiste, por lo tanto, en el acceso por cualquier medio o procedimiento de forma directa o remota. Se trataría de llevar a cabo un delito de intrusismo informático⁽³⁵⁾. La conducta no persigue una finalidad concreta, ya que no contempla apoderamiento ni interceptación. El acceso, es decir, penetrar en el sistema o en una parte de este, debe llevarse a cabo sin autorización y vulnerando las medidas de seguridad establecidas. Es difícil contemplar la tentativa, pero no imposible, puesto que el intento de acceso que se ve interceptado por agentes de policía virtuales daría lugar a un delito intentado.

La Circular 3/2017, de 21 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado indica que lo que el legislador castiga es el acceso no autorizado que se lleva a efecto desplegando una especial energía criminal, la aplicación del tipo requiere el quebrantamiento de medidas o códigos de seguridad, resultando atípica la intrusión no autorizada en la que no concurra dicha circunstancia. Esta misma Circular indica que tendrá la consideración de medida de seguridad toda aquella que se haya establecido con la finalidad de impedir el acceso al sistema con independencia de que la misma sea más o menos sólida, compleja o robusta y también de que haya sido establecida por el administrador, el usuario, o por el instalador del sistema, siempre que se mantenga operativa como tal medida de seguridad por quien está legitimado para evitar el acceso.

No podemos olvidarnos de que estas conductas pueden llevarse a cabo por los propios encargados o responsables de los sistemas informáticos cuando acceden, intencionadamente, superando barreras de seguridad, a una parte del sistema a la que no se extiende su autorización personal. En estos supuestos podría ser aplicable la circunstancia de agravación de abuso de confianza del artículo 22.6 del Código Penal, si la vulneración de las medidas se ve facilitada por la posición privilegiada que ocupa el agente como usuario del sistema atacado.

Por un lado, se podría dar un concurso medial con el artículo 197.1 y 2 del Código Penal, como igualmente si se produjera el caso de que el acceso ilegal tuviera por objeto el descubrimiento de secretos de empresa (artículo 278 del Código Penal) o se buscara el descubrimiento de secretos oficiales (artículos 598 y siguiente del Código Penal). Por otro lado, cuando para sortear las medidas de seguridad

(35) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. (2010): «Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas (art. 197.3 y 8, 264 y 248)», en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, p. 183.

fuera preciso utilizar datos de carácter personal de la víctima, la aplicación del artículo 197 bis.1 del Código Penal junto con el artículo 197.4.b) del Código Penal supondría una infracción del principio *non bis in idem*, debiendo aplicarse en estos casos este último precepto, por el principio de especialidad establecido en el artículo 8.1 del Código Penal.

La pena de prisión recogida para el punto primero del artículo 197 bis es de seis meses a dos años.

El segundo punto del artículo 197 bis del Código Penal, «el que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos», se refiere a la interceptación ilegal de datos informáticos. Estamos, también, ante un delito común y de mera actividad con los medios tasados: mediante utilización de artificios o instrumentos técnicos. Son objeto de protección las comunicaciones entre dos o más sistemas informáticos, las que tienen lugar entre distintos ordenadores dentro de un mismo sistema o incluso las que median entre una persona y un ordenador. Se incluye la interceptación de transmisiones automáticas entre equipos, no personales(36).

Según la Circular 3/2017 el objeto de protección en este tipo penal es doble. Por un lado, los datos informáticos que se transmiten entre los distintos dispositivos de un sistema, o entre dos o más sistemas, en forma no pública, es decir aquellos datos que queda excluidos del conocimiento por parte de terceros. Por otro lado, se protegen los datos informáticos susceptibles de obtenerse a partir de las emisiones electromagnéticas de un sistema de información.

Cuando se habla del término «no públicas» matiza la naturaleza del proceso de transmisión y no la naturaleza de los datos transmitidos(37). Los datos comunicados pueden ser información que esté accesible al público, pero que las partes quieren comunicar de forma

(36) Vid. MARCOS AYJÓN, M.: *Op. cit.*, p. 453.

(37) En el Anexo II de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, una red pública de comunicaciones electrónicas es aquella que «se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de señales entre puntos de terminación de la red» y según el glosario de la Organización Mundial del Comercio «una red no pública es aquella que se utiliza para establecer comunicaciones dentro de una organización o para suministrar esas comunicaciones a organizaciones basándose en una configuración de instalaciones propias o arrendadas» (el término comprende las redes utilizadas por las compañías privadas, las empresas estatales o entidades gubernamentales).

confidencial. Por lo tanto, debemos incluir tanto las redes de área local (*Local Area Network*, LAN), así como las redes locales extensas (*Wide Area Network*, WAN), pero también debemos considerar las redes privadas de carácter virtual (VPN), que son redes establecidas con garantías de privacidad pero que utilizan la infraestructura de la red pública de comunicaciones.

Las emisiones electromagnéticas no pueden ser consideradas en sí mismas datos informáticos, pero es posible que los datos puedan ser reconstruidos a partir de dichas emisiones. Es por ello que la interceptación de los datos provenientes de las emisiones electromagnéticas de un sistema informático está incluida como delito.

En definitiva, para que la conducta sea delictiva han de concurrir dos requisitos. En primer lugar, que quien efectúe la interceptación no esté autorizado para ello. Y, en segundo lugar, que la misma se realice utilizando como medios artificios o instrumentos técnicos.

En el supuesto de que la concurrencia se produzca entre la interceptación ilegal del artículo 197 bis.2 del Código Penal y los delitos del artículo 197.1 del Código Penal, el criterio a aplicar será el del concurso de normas, según el principio de absorción. En el supuesto de que la interceptación ilegal concorra con alguna de las conductas ilícitas contempladas en el artículo 197.2 del Código Penal se apreciará un concurso medial.

La penalidad recogida para el punto segundo del artículo 197 bis es de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

1.9. LA FACILITACIÓN DELICTIVA (ART. 197 TER CP)

La reforma producida con la Ley Orgánica 1/2015 introdujo este delito que tipifica la facilitación, adquisición, importación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos. Estamos ante un delito común, de peligro abstracto y de intención, toda vez que no requiere ninguna lesión, pero sí un elemento finalista específico, facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis del Código Penal. Podemos considerarlo un cibercrimen en sentido estricto(38).

La Circular 3/2017 indica que los comportamientos objeto de sanción se encuentran definidos de una forma abierta que incluye tanto la elaboración para uso propio, o para distribución a terceros, como la importación, la adquisición, bien sea para uso propio o para la distri-

(38) Vid. Gil Gil, A. y Hernández Berlinches, R. (Coords.) (2019): *Cibercriminalidad*, Dykinson, Madrid, p. 167.

bución o entrega a otros u otros y, en general, cualquier forma de puesta a disposición de terceros de estos instrumentos o herramientas. Estamos ante unos actos preparatorios elevados a delitos autónomos y punibles, con un evidente adelantamiento de la intervención penal(39).

En cuanto a los medios concretos a través de los que se cometen las conductas típicas distinguimos entre programas informáticos(40), contraseñas de ordenador, códigos de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte del sistema.

La penalidad para la facilitación delictiva es de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses.

1.10. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA (ART. 197 *QUATER* CP)

El artículo 197 *quater* CP constituye una modalidad agravada de comisión cuando los hechos se cometan en el seno de organizaciones o grupos criminales, aplicándose las penas superiores respectivamente. Esta previsión supone el cumplimiento al mandato armonizador contenido en la Decisión-Marco 2005/222/JAI del Consejo de Europa de 25 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, que ha sido sustituida por la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

1.11. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 197 *QUINQUIES* CP)

El artículo 197 *quinquies* CP regula la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos recogidos en los artículos 197, 197 bis y ter del Código Penal, estableciendo una pena de multa de seis meses a dos años, haciendo una remisión expresa al artículo 66 bis del Código Penal, relativo a las penas que corresponden a las personas jurídicas. Concluye el precepto disponiendo la potestad de jueces y tribunales para aplicar las penas de disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar determinadas actividades, la inhabilitación para obtener determinadas subvenciones o ayudas o

(39) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Op. cit.* p 246.

(40) Según la Directiva 2013/40/UE, los programas informáticos sirven para que el sistema de información realice una función. En este caso, debe tratarse de un sistema informático malicioso (*malware*, *spyware*), diseñado para infiltrarse, para obtener información o para dañar un dispositivo o sistema de información sin el consentimiento de su propietario.

para disfrutar de determinados beneficios fiscales o sociales o intervención judicial.

1.12. EL DELITO ESPECIAL IMPROPIO (ART. 198 CP)

Nos dice el artículo 198 del Código Penal que «la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleándose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años». Nos encontramos ante un delito especial impropio donde el sujeto activo es la autoridad o funcionario público, que actúa como un particular, fuera del ámbito de sus competencias, prevaleándose de su cargo. Además, se trata de un supuesto agravatorio al permitir imponer las penas correspondientes en su mitad superior, así como la de inhabilitación absoluta.

No podemos considerarlo una conducta pluriofensiva, toda vez que lo que protege de forma exclusiva es la intimidad y no el correcto funcionamiento de la función pública⁽⁴¹⁾.

1.13. EL SECRETO PROFESIONAL (ART. 199 CP)

El artículo 199 se divide en dos apartados. El primero castiga con pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses «el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales». Y, el segundo, castiga con pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años al «profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona».

Nos encontramos ante delitos especiales que solo pueden cometerse por un núcleo determinado de personas, siendo necesario que el secreto se conozca como consecuencia de una determinada relación entre la persona que revela el secreto y el titular de este.

Los dos párrafos presentan similitudes, pero también diferencias. El primero se refiere el Código Penal a la relación laboral y oficio, en

(41) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Op. cit.*, p 247. Así como BARREIRO, A. J. y GUÉREZ TRICARIO, P. (2019): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Memento Práctico*, Ediciones Francis y Teyebvre, Madrid, p. 1112. También Sanz Delgado, E. y Fernández Bermejo, D. (Coords.), (2021): *Tratado de delincuencia cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 342.

los que el sujeto activo vulnera la obligación de sigilo, por razón de su relación laboral. En el segundo, hace referencia al profesional, respecto del que impone, no una mera obligación de sigilo, sino una obligación de guardar secreto profesional. Este último es una de las bases fundamentales en las que se sustenta el ejercicio de determinadas profesiones(42).

La STC 115/2000, de 5 de mayo, define el secreto profesional, en cuando deber que se impone a determinadas personas. Esta obligación resulta exigible no solo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquellos que, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona. En tales casos, es indudable que la observancia del deber de secreto es una garantía de que no serán divulgados datos pertenecientes a la esfera personal y familiar del titular del hogar, con vulneración de la relación de confianza que permitió el acceso a los mismos.

Dentro del secreto profesional, debemos referirnos al quebrantamiento de tal obligación por los denominados confidentes necesarios(43), es decir, los profesionales con especial deber de sigilo. A esta categoría pertenecen los abogados, los procuradores, los médicos, los detectives, los profesionales del sector bancario, los profesionales de la informática, los eclesiásticos y ministros de cultos y los periodistas. Por lo tanto, nos debemos ir a la normativa extrapenal para ver la regulación de cada actividad profesional: al artículo 22 del Estatuto de la Abogacía (Real Decreto 135/2021); el artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los procuradores, de conformidad con el artículo 38 f del Estatuto General de los Procuradores (Real Decreto 1281/2002); los detectives, según el artículo 8.4 de la Ley de Seguridad privada (Ley 5/2014, de 4 de abril); los sanitarios de cualquier ámbito, en virtud del, entre otros, artículo 16.6 de la Ley 41/2002, 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; los profesionales del sector bancario según el artículo 82 y 83 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; para los profesionales de la informática se encuentra en el artículo 10 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carác-

(42) Cfr. GARCÍA SANZ, J. (2005): «El secreto profesional», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22 de diciembre, p. 187.

(43) Vid. MESTRE DELGADO, E. (2001): *La exigente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supragarantías de justificación penal*, Edisofer, Madrid, p. 102.

ter persona; para los profesionales de la información se consagra en el artículo 20.1.d) de la Constitución española.

1.14. CLÁUSULA EXTENSIVA REFERIDA A LA TUTELA PENAL DE LA INTIMIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 200 CP)

El artículo 200 del Código Penal recoge una cláusula extensiva referida a la tutela penal de la intimidad de las personas jurídicas. Nos debemos plantear si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, STC 231/1988, de 2 de diciembre, estableciendo que los derechos fundamentales son de carácter personalísimo y están ligados a la existencia del individuo. Por lo tanto, las personas jurídicas no podrían ser titulares del derecho fundamental a la intimidad, es por ello por lo que debemos entender esta cláusula extensiva con relación a la intimidad de terceros o de los miembros integrantes de la persona jurídica(44).

El AAP de Madrid de 28 de abril de 1999 declara que «si bien pudiera plantearse alguna duda en relación con el artículo 200 del Código Penal al referirse esta a datos reservados de las personas jurídicas decir que aunque en este precepto el Código Penal extienda la tutela brindada al derecho a la intimidad de las personas físicas a las jurídicas –frente a conducta de descubrimiento, revelación o cesión de datos reservados pertenecientes a estas últimas– se entiende que solo es posible aplicar dicha cláusula extensiva cuando la conducta consistente en descubrir, divulgar o ceder los secretos o datos reservados pueda afectar a la intimidad personal de terceros o a los propios individuos que forman parte de la correspondiente asociación o fundación. Todo lo anterior se fundamenta en el entendimiento del derecho a la intimidad personal como un bien de naturaleza personal cuya titularidad corresponde exclusivamente a las personas físicas (SSTC 231/1988 y 139/1995). En definitiva, no se trata en el artículo 200 del Código Penal de proteger aquellos secretos de empresa cuyo descubrimiento lesionaría otros bienes jurídicos distintos a la intimidad personal».

Es posible, no obstante, defender que las personas jurídicas tienen derecho a mantener una esfera de reserva y confidencialidad y a preservar datos que les conciernan, y no constituyan estrictamente secreto

(44) Vid. BARREIRO, A. J. y GUÉREZ TRICARIO, P.: *Op. cit.*, p. 590; así como ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *Op. cit.*, p. 251.

de empresa(45). El objeto de protección del artículo 200 del Código Penal está constituido por informaciones que no atañen directamente a las personas físicas que componen la persona jurídica (que es un ente autónomo y distinto de estas) ni puede considerarse, propiamente, secreto empresarial(46).

1.15. CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD (ART. 210 CP)

Los delitos comprendidos en este Capítulo que hemos ido desarrollando, y según el artículo 210.1 del Código Penal, «será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal». Por lo tanto, se configuran procesalmente como semipúblicos.

En el segundo punto, y después de la redacción introducida por la modificación de la disposición final sexta punto veintiséis de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se establece que «no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección». Por lo tanto, en todos estos supuestos, el delito se convierte en público.

Y, por último, en el punto tercero hace la referencia al perdón del ofendido y a sus consecuencias con relación a estos delitos, considerando que se «extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5.º, párrafo segundo». Por lo tanto, tal perdón es causa de extinción de la responsabilidad criminal, aun cuando respecto de menores e incapaces, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por sus representantes.

IV. LA PRUEBA PERICIAL DIGITAL

Después de haber hecho un estudio pormenorizado de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos consideramos adecuado hacer una especial mención a la prueba pericial digital, ya que puede

(45) Cfr. GÓMEZ NAVAJAS, J. (2008): «La protección de los datos personales en el Código Penal español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16, p. 360.

(46) Vid. GÓMEZ NAVAJAS, J. (2005): *La protección de los datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho penal*, Civitas, Madrid, p. 342.

ser fuente probatoria para estos tipos de delitos cuando se realicen en el ciberespacio.

Utilizo el término digital, toda vez que, lo considerado digital agrupa, en primer lugar, un conjunto de tecnologías del acrónimo SMACIT(47) (redes sociales, movilidad, analítica de datos, computación en la nube y la internet de las cosas); y, en segundo lugar, su utilización intensiva para transformar la relación con los clientes para automatizar completamente las operaciones dentro de la empresa y en su relación con otras o para crear nuevos productos, servicios y modelos de negocio basados en información. Lo digital se refiere así tanto a la tecnología como a los sistemas de información, serían dos caras de la misma moneda(48).

La prueba digital o evidencia electrónica(49) no ha sido descrita por ninguna norma jurídica en España. Debemos irnos a la Decisión 2002/630/JAI del Consejo de Europa, de 22 de julio de 2002, relativa a la creación del programa marco para la cooperación policial y judicial en materia penal, para comprobar que define la prueba electrónica como «la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho». También define los medios de prueba electrónicos como «los soportes técnicos que recogen la prueba electrónica». Martínez Galindo define la prueba digital como «aquella cuya fuente de obtención radica en los datos producidos en los procesos de comunicación, en la información contenida, almacenada, tratada o transmitida por medios electrónicos o que obra en los soportes técnicos o informáticos, y que dado el carácter efímero y manipulable que tiene, mayor que el de las otras pruebas, debe ser incorporada al proceso mediante un análisis pericial que garantice su integridad y originalidad, que contribuirá a producir un conocimiento probable respecto de las circunstancias de lugar, hecho y autoría(50)».

La prueba digital o evidencia digital implica su necesaria contextualización en el ámbito de las tecnologías de la comunicación e infor-

(47) SMACIT significa Social, Mobile, Analytics, Cloud e Internet de las cosas.

(48) Vid. RODRÍGUEZ, J. R. (2017): «Informática, IT, IS y digital: ¿cuál es la diferencia?» en *Blog de Estudios de Informática, Multimedia y Telecomunicaciones*, p.1. Disponible en: <https://blogs.uoc.edu/informatica/informatica-it-is-y-digital-cual-es-la-diferencia/>.

(49) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G. (2022): «Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-23, p. 6.

(50) *Ibidem*.

mación, este tipo de pericia se realiza por ingenieros informáticos(51). La información que generan las operaciones de informática de carácter delictivo resulta producida, almacenada o transmitida mediante dispositivos o instrumentos digitales(52). Por lo tanto, con carácter general se entiende por prueba informática o evidencia electrónica la referida a la que contiene cualquier tipo de información almacenada o transmitida a través de dispositivos informáticos que tiene la virtualidad de poder acreditar los hechos sobre los que versa el proceso(53).

La ISO/IEC 27042/2015 establece una serie de presupuestos para el análisis e interpretación de las evidencias digitales y proporciona directrices sobre cómo un perito informático puede abordar la evidencia digital en un incidente o en una intervención pericial, desde su identificación (evidencia digital potencial), pasando por su análisis (evidencia digital), hasta que es aceptada como prueba en un juicio (prueba digital).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula expresamente el régimen jurídico de la incorporación al proceso de la prueba digital, esto no impide que dicha incorporación al proceso esté exonerada de la observación más elemental de la denominada disciplina de prueba y, muy especialmente, de la posibilidad de contradecir por parte del inculcado las supuestas evidencias digitales que pudieran obrar en su contra. Por lo tanto, el peritaje informático de parte se constituye en el garante de uno de los derechos fundamentales más importantes en el orden penal como es el de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 de la Constitución española.

En los supuestos de análisis de evidencias digitales, el acceso a la información contenida en estos instrumentos queda sometido a la extensión previa y vinculante de una autorización judicial específica. Debemos recordar que en STC 173/2011, de 7 de noviembre, se expresa la importancia de dispensar protección al cúmulo de la información deriva del uso de los instrumentos tecnológicos, «si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados, están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, vídeos, etc.) por lo que sus funcio-

(51) *Vid.* DE AGUILAR GUALDA, S. (2019): La prueba digital en el proceso judicial: ámbito civil y penal, Bosch, Barcelona, p. 125.

(52) *Cfr.* GONZÁLEZ REYES, J. M. (2021): «La prueba pericial digital y la cadena de custodia», en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38, p. 44.

(53) *Ibid.*, p. 45.

nes podrían equipararse a los de una agenda electrónica, no solo forma parte de este mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la persona. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no solo el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución española (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución española), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado. Por ello deviene necesario establecer una serie de garantías frente a los riesgos que existen para los derechos y libertades públicas, en particular la intimidad personal, a causa del uso indebido de la informática así como de las nuevas tecnologías de la información».

Por otro lado, debemos tener en cuenta el artículo 588.c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que el juez fijará las condiciones para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación, pero no se especifica en qué modo se debe proceder al acceso de la información para preservar los datos contenidos en los dispositivos intervenidos. Además, se deben asegurar las garantías que permiten preservar la cadena de custodia para que no se tenga duda acerca de la identidad e integridad de los dispositivos intervenidos y de las copias que se efectúen. Se debe acreditar que se realicen las periciales oportunas que acrediten que no ha habido ninguna manipulación no autorizada judicialmente.

Aunque en principio la prueba pericial informática pueda parecer una prueba pericial más, dado que no tiene un tratamiento procesal diferenciado con respecto a las otras, lo cierto es que ostenta un carácter especial. Esta singularidad deriva de las características particulares de las fuentes de prueba digitales, especialmente su volatilidad y su facilidad de replicación y alteración, que las distingue del resto de fuentes de prueba utilizadas en otro tipo de pericias y, en particular, de las fuentes de prueba documentales(54). La prueba pericial alcanza relevancia por sus aspectos técnicos y especialmente complejos como es el ámbito informático.

Para que la prueba o evidencia digital pueda alcanzar relevancia en sede judicial, se requiere cumplir las siguientes características: verificable (se debe poder comprobar la veracidad de las conclusiones extraídas a partir de la realización del análisis); reproducible (se deben poder reproducir en todo momento las pruebas realizadas durante el proceso); documentada (de manera comprensible y detallada); independiente (las conclusiones obtenidas deben ser las mismas, independientemente de la persona que realice el proceso y de la metodología utilizada); auténtica (debe ser verídica y no haber sufrido manipulación alguna, garantizando y asegurando para ello su total integridad); completa (debe representar la prueba desde un punto de vista objetivo y técnico, sin valoraciones personales, ni prejuicios); creíble (debe ser comprensible por los órganos judiciales profanos en la materia); y, finalmente, confiable (las técnicas utilizadas para su obtención no deben generar ninguna duda sobre su veracidad y autenticidad)(55).

En lo que respecta al objeto de la pericia informática se centra en el análisis de los equipos intervenidos o dispositivos de almacenamiento. Unas veces se realiza para concretar el tipo penal que se persigue, así lo expone la STS 1102/2007, de 21 de diciembre. Otras veces se pretende conocer la autoría del delito. Así, las fases y elementos básicos que componen todo análisis forense digital son la identificación del hecho tratado y su entorno; la recopilación de evidencias; la preservación de evidencias; el análisis de la evidencia; la contextualización de la evidencia; y la documentación y presentación de los resultados. Con todo ello el perito informático forense elaborará el informe pericial que presentará ante el tribunal(56).

Y, por último, en cuanto a la valoración de la prueba digital rige la previsión del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal refe-

(54) Vid. Dolz Lago, M. J. (dir.); Figueroa Navarro, C; (coord.) (2012): *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid, p. 201.

(55) Cfr. GONZÁLEZ REYES, J. M. (2021): *Op. cit.*, p. 65.

(56) Vid. OCÓN GARCÍA, J.: *Op. cit.*, p. 340.

rente a la «íntima convicción o apreciación en conciencia» del juzgador a la relevancia de la evidencia digital. y en relación con ello, el artículo 726 del mismo texto legal concreta que «el Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad», términos extensivos a cualquier clase de soporte o evidencia digital.

V. CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional (STC 143/1999, de 9 de mayo) ha declarado que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana. Las innovaciones tecnológicas han remodelado el sistema de comunicaciones afectando, entre otros, a uno de los derechos fundamentales, la intimidad. Ejemplo de ello son las redes sociales que sirven, ante todo, como canal de exposición o comunicación de la propia intimidad, a través de fotos, vídeos, información sobre gustos, actividades, aunque obviamente también operan como vehículo de difusión de lo que puede afectar a la intimidad de terceros no usuarios que no hayan prestado su consentimiento a dicha exposición. Es por ello por lo que se ha realizado un análisis detallado de las modalidades delictivas recogidas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, donde se entrelazan delitos de esta naturaleza cometidos en el ciberespacio, recogidos en los artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 *quater*, 197 *quinquies*, 198, 199, 200 del Código Penal, finalizando con el artículo 200, la cláusula extensiva referida a la tutela penal de la intimidad de las personas jurídicas.

La preocupación por la cibercriminalidad, realizada desde un nuevo espacio con características estructurales intrínsecas y extrínsecas tan distintas a las del espacio físico en el que se ejecuta la delincuencia tradicional, nos obliga a hacer una especial mención a la prueba pericial digital, ya que se considera una prueba frágil, al poder modificarse o desaparecer con relativa facilidad, además de ser fácilmente manipulable. Se comprueba una falta de cobertura legal específica que determine en el proceso penal la incorporación de la evidencia digital como medio de prueba, por su dificultad en la obtención, conservación e incorporación al proceso penal, lo que puede incidir en la aplicación de la norma penal y la determinación de la culpabilidad.

La sociedad digital o ciber-civilización demanda, cada vez más, soluciones a las ilicitudes y problemas judiciales en los escenarios digitales, es por ello por lo que debemos seguir perfilando tanto la normativa penal como los mecanismos para poder acreditar los nuevos escenarios delictivos cibernéticos que cada año se incrementan.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2022): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio» en LAMARCA PÉREZ, C.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.; MESTRE DELGADO, E., y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A.: *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 7.^a edición, Dykinson, Madrid.
- BARREIRO, A. J. y GUÉREZ TRICARIO, P. (2019): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Memento Práctico*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.
- CÁMARA ARROYO, S. (2019): «*Sexting* (art. 197.7 CP)», en Gil Gil, A. y Hernández Berlinches, R. (Coords.): *Cibercriminalidad*, Dykinson, Madrid.
- CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2022): *Derecho penal. Parte Especial*, 7.^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- DE AGUILAR GUALDA, S. (2019): *La prueba digital en el proceso judicial: ámbito civil y penal*, Bosch, Barcelona.
- DUPUY DE REPETTO, D. S. (2019). *Revelación de imágenes y grabaciones íntimas obtenidas con consentimiento (art. 197.7 CP)*, Tesis doctoral dirigida por Miguel Polaino Navarrete, Universidad de Sevilla.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. (2016): «Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de *sexting* y *grooming*», en *La Ley*, núm. 863.
- DOLZ LAGO, M. J. (dir.); FIGUEROA NAVARRO, C; (coord.) (2012): *La prueba pericial científica*, Edisofer, Madrid.
- GARCÍA SANZ, J. (2005): «El secreto profesional», en *Anales de la Facultad de Derecho*, 22 de diciembre.
- GIL GIL, A. y HERNÁNDEZ BERLINCHES, R. (Coords.) (2019): *Cibercriminalidad*, Dykinson, Madrid.
- GÓMEZ NAVAJAS, J. (2008): «La protección de los datos personales en el Código Penal español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 16.
- (2005): *La protección de los datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho penal*, Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ PORRAS, A. (2015): *Privacidad en Internet: los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en Internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva*, Tesis doctoral de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo.
- GONZÁLEZ REYES, J. M. (2021): «La prueba pericial digital y la cadena de custodia», en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 38.

- GONZÁLEZ RUS, J. J. (2005): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en Cobo del Rosal, M. (coord.): *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid.
- (1999): «Protección penal de sistemas, elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, 01-14, p. 1. Disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html.
- LLORIA GARCÍA, P. (2013): «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al “sexting”». *La Ley Penal*, núm. 105.
- MARCOS AYJÓN, M. (2020): La protección de datos de carácter personal en la justicia penal, Bosch, Barcelona.
- MARTÍNEZ GALINDO, G. (2022): «Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los principios penales», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-23.
- MESTRE DELGADO, E. (2001): *La eximente de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Edisofer, Madrid.
- MIRÓ LINARES, F. (2011): «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», en *Revista Electrónica de Ciencias Penal y Criminológica*, RECPC 13-07, p. 3. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>.
- (2010): «Delitos informáticos. Hacking. Daños en reforma penal 2010», en ORTIZ UBRINA GIMENO, I.: *Memento Experto. Reforma penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid.
- NEBRERA GONZÁLEZ, M (coord.) (2002): *Intimidad y seguridad: dos conceptos y un conflicto*, Associació Isegs per a la Promoció dels Estudis sobre la Governabilitat, Barcelona.
- OCÓN GARCÍA, J. (2022): «La incidencia del conocimiento tecnológico en la delimitación del secreto de las comunicaciones», en Arruego Rodríguez, G. y Pascual Medrano, A. (dir.): *La evidencia científica y tecnológica como recurso jurídico*, Comares, Granada.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2016): *Compendio de la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ, J. R. (2017): «Informática, IT, IS y digital: ¿cuál es la diferencia?» en *Blog de Estudios de Informática, Multimedia y Telecomunicaciones*. Disponible en: <https://blogs.uoc.edu/informatica/informatica-it-is-y-digital-cual-es-la-diferencia/>.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. (2021): «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I)», en Morillas Cueva, L. (dir.): *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid.
- SANZ DELGADO, E. y FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (Coords.) (2021): *Tratado de delincuencia cibernética*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona.

- TAMARIT SUMALLA, J. (2010): «Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje informático y uso ilícito de tarjetas (art. 197.3 y 8, 264 y 248)», en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi.
- VILA LOZANO, J. (2022): «Protección de datos en el ciberespacio de la Unión Europea: control de contenidos y perfilaciones digitales», en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 58.
- WIENER, N (1958): *Cibernética y sociedad*, (traducción de José Novo Cerro), Editorial Sudamérica, Buenos Aires.

EL PAPEL DEL JURISTA DE PRISIONES

PUERTO SOLAR CALVO

Jurista de Instituciones Penitenciarias
Doctora en Derecho

RESUMEN

El papel del jurista de prisiones es mucho más amplio de lo que habitualmente se explica. Las posibilidades de intervención, no solo tratamental, sino también jurídica, que se abren una vez recaída la sentencia, son inmensas y no siempre se aprovechan. El presente trabajo propone líneas de actuación para que la labor de los juristas de prisiones no se limite a esperar a que lleguen las fechas relevantes de cumplimiento.

Palabras clave: proactividad, promoción, protección, derechos, actuación.

ABSTRACT

The role of the jurist in a prison is much more wider than it is usually explained. During the execution of the sentence, the intervention possibilities, not only in a therapeutic way, but also from a legal point of view, are multiple and not always achieve. The current paper proposes some ideas of activity for improvement the role of the jurist in a prison in its hole extension.

Key words: proactivity, promotion, protection, rights, performance.

SUMARIO: I. El marco normativo como introducción.–II. El artículo 53 CP como posibilidad.–III. La acumulación jurídica en el artículo 76 CP.
1. Acuerdo del TS de marzo de 2016 e innovación jurisprudencial. 2. Acuerdo

del TS de junio de 2018. 3. ¿Qué pinta el jurista en todo esto? 3.1. La vía de la revisión de acumulaciones firmes. 3.2. La cuestión de las sentencias estorbo. 3.3. La acumulación de condenas nacionales y europeas. 3.4. A modo de conclusión.–IV. El jurista como potenciador de derechos.–V. Por un nuevo marco de actuación.–VI. Conclusiones finales.–VII. Bibliografía.

I. EL MARCO NORMATIVO COMO INTRODUCCIÓN

Para conocer las funciones básicas de un jurista de prisiones tenemos que acudir al artículo 281 del RP de 1981 que se mantiene vivo en esta materia. De acuerdo con el mismo, «al jurista-criminólogo le corresponderán las funciones siguientes: 1. Estudiar toda la información penal, procesal y penitenciaria recibida sobre cada interno, realizando la valoración criminológica necesaria para la clasificación y la programación del tratamiento del mismo, emitiendo los informes propios de su especialidad que ha de presentar a las reuniones del equipo. 2. Asistir como vocal a las reuniones del equipo, participando en sus actuaciones y acuerdos y, una vez que sobre cada caso hayan informado todos los miembros del mismo, hacer la propuesta global del diagnóstico criminológico y, en su caso, de programación del tratamiento; previa la discusión y acuerdo correspondiente, redactar, en un momento posterior, la propuesta razonada de destino o el informe final que se ha de remitir al Centro directivo, redacción que se someterá previamente a la aprobación del Subdirector-Jefe del equipo. 3. Redactar, previa discusión y acuerdo correspondiente del equipo, los informes solicitados por las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal y el Centro directivo. 4. Colaborar en la medida posible y del modo que el equipo determine a la ejecución de los métodos de tratamiento. 5. Informar a los internos acerca de su situación penal, procesal y penitenciaria, bien por propia iniciativa, cuando lo crea adecuado, bien a petición del interno, así como a los efectos previstos en el artículo 130.1, siempre que sea requerido para ello por el interno y no ostente vocalía en la Junta de Régimen y Administración. 6. Informar al Director de las instancias y recursos cursados o interpuestos por los reclusos con respecto a sus derechos y situaciones jurídicas. 7. Asesorar jurídicamente en general a la Dirección del establecimiento.

8. Cumplir cuantas tareas le encomiende el Director concernientes a sus cometidos»(1).

Como se infiere del precepto, el jurista es el transmisor fundamental de la información penal y penitenciaria que versa sobre los internos. Sin embargo, como profesional tiene la posibilidad de realizar la siguiente elección: bien convertirse en un mero fedatario de los datos jurídicos que obran en el expediente de cada interno, ante los diferentes órganos colegiados y unipersonales del centro penitenciario en el que actúa; bien tratar de colaborar en el desarrollo, amparo y protección real de los derechos de los internos en el sentido que el artículo 25.2 CE establece. No olvidemos que de acuerdo con este artículo, los internos gozan de los mismos derechos fundamentales del Capítulo II que los ciudadanos libres, siempre que ello sea compatible con el cumplimiento de la condena.

Siguiendo la segunda opción, y en forma de informes, votos particulares y recursos(2), el jurista está cualificado por ejemplo, para valorar aspectos tan relevantes como las técnicas actuariales de peligrosidad y riesgo (Tabla de Variables de Riesgo –en adelante, TVR– y RisCanvi), explicando si su resultado se adecúa a la realidad concreta del caso. De concurrir procedimientos pendientes de sustanciación, es el que ha de analizar y justificar hasta qué punto debe respetarse en el supuesto concreto el principio de presunción de inocencia(3) o éste ha de minimizarse por el riesgo que el nuevo procedimiento supone en el inicio de la trayectoria de reinserción –salidas de permiso y acceso a tercer grado o libertad condicional–. Finalmente, es el más cualificado para reconducir ciertas extralimitaciones reglamentarias en función de la evolución normativa y jurisprudencial que se haya producido. Como ejemplo de esta posibilidad, y a pesar de que los artículos 108 ss. RP de 1981 permiten castigar conductas de los internos fuera de los centros penitenciarios (unidades de custodia, calabozos, etc.), cada vez son más los JJVP que determinan una relectura de los preceptos de 1981 en clave legal(4).

(1) Presenta esta figura, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La organización administrativa: órganos unipersonales y colegiados en los establecimientos penitenciarios», en CÁMARA ARROYO, S.; DELGADO CARRILLO, L.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., y MACULAN, E., *Derecho Penitenciario*, Ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 104-105.

(2) En la medida en que, como se indica posteriormente, no hay un procedimiento ante la jurisdicción penitenciaria que ubique esta y otras posibilidades, los recursos de los juristas han de realizarse siempre en nombre de las personas privadas de libertad. Esto es, el sujeto que recurre es siempre el interno o interna en prisión.

(3) Como ejemplo, el AAP Madrid, Secc. 5.ª 405/2016.

(4) De modo que conforme al artículo 41 LOGP: «1. El régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una conviven-

Lo anterior sin tener en cuenta otros aspectos jurídico penales relacionados con el cumplimiento de la condena en los que es fundamental la tutela jurídica que se dispense a los internos. Así, las solicitudes de aplicación de la sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por trabajos en beneficio de la comunidad del artículo 53 CP; el estudio y la viabilidad de la triple de la mayor o acumulación jurídica del artículo 76 CP; y, en caso de penados mixtos –internos penados y preventivos al mismo tiempo–, la posibilidad de solicitar que el tiempo cumplido durante la causa preventiva se considere a efectos de cómputo de beneficios penitenciarios tal y como ha señalado el TS(5). Vías de actuación a las que se suman aquellas otras necesarias para la realización de derechos fundamentales ajenos al mundo penitenciario, pero afectados por el cumplimiento de la condena, como son el derecho a la protección de datos(6) o el necesario mantenimiento de las relaciones paterno filiales mediante, por ejemplo, la concesión de permisos extraordinarios para acudir a puntos de encuentro(7).

Sin lugar a dudas esta línea de actuación que proponemos plantea su problemática interna. Como juristas acusamos la ausencia de un procedimiento penitenciario tanto interno, como externo ante la Autoridad Judicial, que dé cauce formal adecuado a nuestro trabajo más allá de las clasificaciones en grado o las concesiones o denegaciones de permiso(8). El cumplimiento de la condena es amplio y abarca múltiples asuntos diversos que afectan al interno en su esfera jurídica

cía ordenada». En sintonía con el mismo, el artículo 231 RP de 1996, define como sancionables las conductas que ponen en peligro la seguridad del establecimiento (Auto del JVP de Pamplona de 13 de diciembre de 2011; Autos del JVP de Ciudad Real de 7 de julio de 2011, 25 de febrero de 2013 y 16 de diciembre de 2013; y más recientemente, Autos del JVP de Ciudad Real de 10 de junio de 2015 y JVP de Zaragoza núm. 2 de 19 de agosto de 2015).

(5) Principalmente, la STS de 4 de noviembre de 1994.

(6) La Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, abre un ámbito de análisis al establecer el mismo régimen jurídico para el tratamiento de datos personales derivados de la ejecución de la condena y la investigación policial.

(7) La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha dado una nueva redacción a los artículos 92 y 94 CC que bien merece estudio específico. Al respecto, SOLAR CALVO, P., «Normas totales y régimen de visitas», *Legal Today*, 21 de marzo de 2023.

(8) Aborda en profundidad esta problemática, 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.

de forma muy intensa. En segundo lugar, puede darse el caso de que el interés legítimo del interno sea contrario al de la Administración Penitenciaria. Sin embargo, creemos que este problema se resuelve si la perspectiva de ejecución administrativa es la adecuada. Nuestro trabajo no consiste en conseguir internos obedientes, sino en lograr que sean ciudadanos capaces de vivir dentro de la norma. Para ello, nada mejor que un sistema de cumplimiento que respete la totalidad de sus derechos, incluido el de derecho a tutela judicial efectiva si consideran que nuestra actuación ha sido incorrecta. Sólo de este modo la administración podrá justificar su exigencia de que los administrados respeten las normas. Para ser conscientes de todas estas posibilidades, veamos con mayor detenimiento algunas de las líneas de actuación que hemos apuntado.

II. EL ARTÍCULO 53 CP COMO POSIBILIDAD

Comenzamos la exposición con una posibilidad que suele pasar desapercibida y que justamente por eso merece ser especialmente destacada. El artículo 53 CP establece que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa puede cumplirse en forma de localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad en los siguientes términos: «1. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de delitos leves, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el apartado 1 del artículo 37. También podrá el juez o tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo. 2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad».

Entendemos que con esta previsión se abre una valiosa vía para que la pena de prisión, en forma de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, se imponga a quienes carecen de recursos económicos, rompiendo, aun mínimamente, el nexo de unión exis-

tente entre pobreza y privación de libertad. A su vez, la aplicación del artículo 53 CP permite evitar la entrada en prisión para cumplir condenas privativas de libertad de escasa duración en aquellos supuestos en que la responsabilidad personal subsidiaria no acompaña a ninguna otra pena privativa de libertad. Igualmente, para estos supuestos en que dicha responsabilidad se suma a otra pena de prisión, la vía del artículo 53 CP evita también la inflación desmedida de las condenas privativas de libertad producto de la suma de penas de prisión originarias y aquellas derivadas de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Conforme al artículo 73 CP, al tratarse de condenas de diferente naturaleza, el cumplimiento de la prisión y la responsabilidad personal subsidiaria en forma de trabajos en beneficio de la comunidad puede cumplirse de manera simultánea y no sumatoria. Dado que los centros penitenciarios vienen ofertando de manera habitual actividades de utilidad pública mediante las que dar contenido a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, el interno podrá cumplir, al mismo tiempo y en el mismo centro penitenciario donde se cumple la pena privativa de libertad, aquellos trabajos en beneficio de la comunidad que se le hubieran impuesto, acortando con ello en mucho su dependencia administrativa. En definitiva, se trata de un planteamiento que opta por la solución menos onerosa para el interno y que se sustenta en argumentos de proporcionalidad y justicia, pues no olvidemos la incongruencia inicial que supone que una pena de multa acabe convertida en privación de libertad(9).

Lo anterior, como anunciábamos y he aquí la novedad, al margen de las previsiones de los artículos 80 ss. CP que, tras la LO 1/2015, determinan los requisitos para la suspensión de las condenas. A partir de la reforma, la sustitución se regula como modalidad de suspensión de la condena y ha de cumplir por tanto, con los requisitos que el CP determina para ésta (art. 84 CP)(10). Sin embargo, la sustitución como

(9) TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva regulación del artículo 71.2 CP: o alternativas al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses», *La Ley Penal*, núm. 126, mayo-junio 2017, p. 15.

(10) En concreto: «1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación. 2.ª El pago de una multa, cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. 3.ª La realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por

instrumento jurídico autónomo desaparece, quedando reducida a supuestos residuales como el del artículo 53 CP que ahora abordamos (casos de prisión por responsabilidad personal subsidiaria por imago de multa) y el del artículo 71.2 CP (caso de privación de libertad inferior a tres meses). Preceptos que no prevén requisito alguno para la aplicación de la posible sustitución que contemplan y que, desde luego, se regulan al margen del instrumento de suspensión de los artículos 80 ss. CP(11).

En relación con la sustitución autónoma y residual del artículo 71.2 CP, pretende evitar la entrada en prisión en supuestos de condenas cortas en los siguientes términos: «1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente. 2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente».

Como vemos, para condenas de prisión de menos de tres meses, el CP regula un régimen de sustitución residual respecto del que la doctrina ya se ha pronunciado en el sentido que reclamamos para el artículo 53 CP. Esto es, se acota como ámbito propio de aplicación otro

cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración. 2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.^a del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común».

(11) En contra de este planteamiento y, quizá por la juventud y escaso predicamento del mismo, gran parte de los autos en los que se valora la forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, acuden a los criterios establecidos en los artículos 80 ss. CP y ligados ahora a la suspensión de las condenas. De modo que, si no se cumplen los requisitos establecidos en los mismos, declaran que no es posible el cumplimiento de dicha responsabilidad personal mediante una medida alternativa, por la vía indirecta de la denegación de la suspensión. Para mayor análisis, SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad personal subsidiaria y tbcs. La vía del artículo 53 CP tras la LO 1/2015», *Diario La Ley*, núm. 9040, 13 de septiembre de 2017.

diferente del propio del régimen de suspensión general. De modo que «cuando la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad quede descartada, lo que sucederá cuando no se cumplan las condiciones y requisitos para ello enumerados en el artículo 80 CP, procederá aplicar lo dispuesto en el artículo 71.2 CP: en todo caso la pena de prisión inferior a tres meses resultante de la aplicación de las reglas de determinación de la pena será sustituida»(12). Al respecto, si bien es cierto que, a diferencia del artículo 53 CP, los términos del artículo 71.2 CP son preceptivos, dando a la sustitución un carácter obligatorio, también lo es que esa misma doctrina aboga por su extensión a supuestos similares más allá de los que derivan de la determinación de la pena (art. 71.1 CP) y entre los que se encuentra el supuesto del artículo 53 CP. Es decir, casos de condenas de prisión de menos de tres meses derivados de una responsabilidad personal subsidiaria por imago de multa. Todo ello atendiendo al espíritu de la norma –evitar la entrada en prisión en caso de condenas menores de tres meses– y los criterios de prevención general y especial que han de orientar el cumplimiento de las penas(13).

Volviendo al artículo 53 CP y en concreto para el mismo, son cada vez más las resoluciones que abogan por la postura que mantenemos en cuanto a la separación de este precepto de aquellos asociados a la suspensión de la condena. Las resoluciones que pasamos a comentar son recientes y plantean una línea jurisprudencial a explorar y desarrollar. En primer lugar, destaca por su relevancia la AN Sala de lo Penal Secc. 1.^a, que en Auto de 19 de abril de 2017 (Ej. 64/2015), aplica el artículo 53 CP al margen de cualquier valoración relativa sobre la suspensión de la condena, cuyos requisitos el interesado no cumpliría. La importancia de la resolución estriba no solo en la visibilidad jerárquica del órgano del que emana, sino también en la gravedad de los delitos que por especialidad recaen bajo su paraguas competencial(14) y que no obsta para la aplicación sustitutiva que

(12) TRAPERO BARREALES, M. A., 2017, p. 7.

(13) TRAPERO BARREALES, M. A., 2017, pp. 14-15.

(14) Conforme al artículo 65 LO 6/85, de 1 de julio del Poder Judicial:

«La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: 1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos: a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno. b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales. c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de

destacamos. En el caso concreto, se trata de una responsabilidad subsidiaria ligada a una pena de prisión por delito Contra la Salud Pública (en adelante, CSP), que se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad a cumplir de forma simultánea a la condena privativa de libertad. En sentido similar y en los mismos términos, el JP de Palencia núm. 1, en Auto de 10 de abril de 2017 (Ej. 560/2013) y el Auto de 15 de noviembre de 2016 Servicio Común de Ejecución de Penas de Baracaldo (Ej. 1196/2016 JP 2 Baracaldo), que valoran únicamente la aplicación del artículo 53 CP al margen del mecanismo de suspensión de la condena. En segundo lugar, destaca la AP Vizcaya, Secc. 2.^a, que en su Auto de 9 de junio de 2017, tras la valoración de una posible suspensión vía artículos 80 ss. CP y una vez acordada la denegación de la misma, aplica la posibilidad del artículo 53 CP al margen de todo ello, con la finalidad, tal y como se establece en dicho auto, de no hacer más gravoso el cumplimiento de la pena de multa a quien es insolvente que a quien tiene medios para hacer frente a la misma. Finalmente, el Auto de 16 de mayo de 2017 Servicio Común de Ejecuciones de Baracaldo (Ej. 372/17 JP 1 Baracaldo) que introduce la novedad formal de diferenciar entre la suspensión del artículo 80 ss. y la sustitución del artículo 53 CP en la misma resolución, aplicando criterios diferentes para ambos mecanismos.

más de una Audiencia. d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias. e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles. En todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados. 2.º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal. 3.º De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte. 4.º Del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento. 5.º De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción y del Juzgado Central de Menores. 6.º De los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria de conformidad con lo previsto en la disposición adicional quinta. 7.º De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes».

En definitiva, al desaparecer la regulación general y sistemática de la sustitución de las condenas, ésta queda reducida a una modalidad de suspensión de la condena que ha de cumplir con los requisitos que el artículo 80 CP establece para la misma. Sin embargo, y de forma residual, continúan vigentes dos posibilidades de sustitución de la privación de libertad, una obligatoria (art. 71.2 CP) y otra potestativa (art. 53 CP), cuya potencialidad no debiera pasar desapercibida. En concreto para el artículo 53 CP y el posible cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en forma de trabajos en beneficio de la comunidad, se abren nuevas posibilidades a las que los juristas de los centros penitenciarios habremos de estar atentos, tanto a nivel de asesoramiento, como en la elaboración de peticiones para evitar la inflación del castigo a la que hacíamos referencia. Todo ello, sin entrar en el cuestionamiento de que los trabajos en beneficio de la comunidad hayan acabado sumándose al engranaje penitenciario, y que una pena en principio alternativa a la prisión sea, más que alternativa, acumulativa a la pena de privación de libertad que originariamente pretendía sustituir(15).

III. LA ACUMULACIÓN JURÍDICA EN EL ARTÍCULO 76 CP

Pasamos ahora a un ámbito específico de carácter eminentemente jurídico en el que los profesionales penitenciarios necesariamente han de actuar. Se trata de la acumulación de condenas, donde los centros penitenciarios, y especialmente los juristas, como receptores y lectores últimos de las resoluciones judiciales recaídas sobre una persona, tienen una posición privilegiada para promover que la duración de la condena pueda acortarse. Recordando lo expuesto en relación al artículo 53 CP, el artículo 73 CP establece que «al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas». Para los casos en que, por la idéntica naturaleza de dichas penas, ello no es posible, el artículo 75 CP trata de ordenar temporalmente su cumplimiento en el sentido de que «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

(15) Sobre este aspecto concreto, SOLAR CALVO, P., «Medidas alternativas y sistema penitenciario. Acumulación versus Alternatividad», *RGDP*, núm. 32, noviembre, 2019.

su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». Es en este contexto en el que aparece el artículo 76 CP para limitar ese cumplimiento sucesivo y evitar condenas excesivamente largas e inmanejables a efectos de la reinserción de los condenados. En concreto, su párrafo primero determina que «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».

La interpretación de este precepto por el TS y los criterios que el mismo ha impuesto para la aplicación de una posible acumulación jurídica de las condenas impuestas ha sido en general favorable al reo(16). De modo que se prescinde de la *rationae materiae* y toma como referencia única y exclusivamente la *rationae temporis*. Esto es, con independencia de su naturaleza, se tiene en cuenta la fecha de hechos probados de los delitos cometidos y la fecha en que hubieran sido respectivamente sentenciados(17). El motivo para esta interpretación tan flexible no es otro que cumplir con el mandato del artículo 25.2 CE. Es decir, evitar que la excesiva duración de la condena, aunque ésta sea el resultado de múltiples condenas impuestas en procedimientos distintos, impida la consecución de la reinserción social dentro de márgenes temporales proporcionados a la duración de la vida humana. A la vez, concurre el argumento de considerar que, en muchos casos, y de haber sido más rápida la aplicación de la Justicia, las consecuencias penales pudieran haber sido menores –apreciación de delito continuado–, o, por el simple reproche penal, se hubiera minimizado una escalada delictiva posterior. Sin embargo, a la par, y con la finalidad de evitar acumulaciones jurídicas materialmente injustas, el TS ha consolidado dos parámetros predominantes para excluir condenas de un posible bloque de acumulación. A saber, que los hechos que dan lugar a dicha condena estuviesen: bien sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; bien sean posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. De modo que sólo son acumulables las condenas referidas a aquellos hechos, próximos o lejanos en el tiempo, que no se encuentren separados por una senten-

(16) Entre otras, SSTS 548/2000 de 30 de marzo; 722/2000 de 25 de abril; 1265/2000 de 6 de julio; 860/2004, de 30 de junio; 931/2005, de 14 de julio; 1005/2005, de 21 de julio; 1010/2005, de 12 de septiembre; 1167/2005, de 19 de octubre.

(17) Auto de 9 de diciembre de 2015 (Ej. 491/14) JP 3 Santander.

cia firme(18). Es así como se evita acumular condenas por hechos que no podrían haberse enjuiciado en un solo proceso e impedir que los ya condenados cuenten con un crédito delictivo al que computar nuevos posibles delitos que, en la práctica, no serían castigados.

Tras los múltiples cambios normativos del CP en el sentido de aproximar la redacción de los preceptos transcritos a la interpretación que el TS ha ido imponiendo, la LO 1/2015 ha supuesto un paso más para la armonización jurídica en relación con esta figura(19). La nueva redacción del apartado 2 del artículo 76 CP acerca la redacción de la norma penal a la jurisprudencia que hemos comentado. Así, «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». Las SSTS, Sala de lo Penal, Secc. 1.^a, núm. 206/2018, de 26 de abril; y Sala de lo Penal, Secc. 1.^a, núm. 275/2018, de 8 de junio, se expresan de forma prácticamente idéntica para exponer de manera plástica el criterio del TS en cuanto a la aplicación de este precepto, a la vez que recuerdan el camino recorrido, en forma de acuerdos no jurisdiccionales y jurisprudencia, hasta alcanzar el mismo(20). Por su importancia, destacamos los dos últimos de estos acuerdos para adentrarnos en el papel del jurista en relación a este importante instrumento.

(18) STS 150/2017, de 9 de marzo.

(19) Sobre la misma, recientemente y con profusión, VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, 2020.

(20) En concreto: «La regla general de cumplimiento de las penas privativas de libertad viene establecida en el artículo 75 del Código Penal que dispone: «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». Esta regla general tiene su limitación en el apartado 1.º del artículo 76 del mismo texto legal, que dispone: «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, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años», junto a las reglas especiales que siguen a continuación. El apartado segundo de este artículo, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015, sigue diciendo: «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». Por su parte, el artículo 988 de la LECrim. regula el trámite que debe seguir el juzgador al que corresponda refundir las condenas: «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo prevenido en el artículo 17 de esta Ley».

1. Acuerdo del TS de marzo de 2016 e innovación jurisprudencial

Considerando las múltiples dudas interpretativas que plantea la aplicación del artículo 76 CP, el TS aprovechó la modificación normativa que el precepto había experimentado en la LO 1/2015 para alcanzar el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 3 de febrero de 2016. En el mismo, se tratan de establecer con mayor claridad los criterios temporales para proceder a la acumulación en los términos que antes referimos. De un lado, el acuerdo supone una consolidación de los mismos. De otro, se produce un importante avance interpretativo, que trata de facilitar que la aplicación del artículo 76 CP sea lo más favorable posible al reo. En concreto, siguiendo el literal del acuerdo, «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 impedirá 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 la del juicio».

Como vemos, sigue siendo parámetro para excluir condenas de un posible bloque de acumulación que los hechos que dan lugar a dicha condena estuviesen bien sentenciados cuando se inicia el periodo de acumulación contemplado, es decir cuando se comete el delito enjuiciado en la sentencia que determina la acumulación; bien sean posteriores a la sentencia que determina la acumulación, cuando ésta no sea la última. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, se permite escoger la sentencia que va a servir de referencia para la acumulación, de modo que puedan realizarse varios cálculos y combinaciones para que el resultado de esa acumulación sea el más favorable al interno. Sin duda, toda una revolución en materia de acumulación jurídica que cambia significativamente los parámetros interpretativos que venían aplicándose hasta el momento. De hecho, consecuencia de dicho acuerdo, la STS 300/2017, de 27 de abril destaca que «hemos alcanzado una modificación del criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación (SSTS 338/16, 339/16, de 21

de abril; 579/16, de 30 de junio; 790/16, de 20 de octubre; 178/2017, de 22 de marzo). Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se agrupen, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado». Criterio reiterado de nuevo en numerosas resoluciones recaídas desde entonces, entre las que destacamos la STS 617/17, de 15 de septiembre y las recientes SSTS 206/2018 y 275/2018(21).

2. Acuerdo del TS de junio de 2018

A lo largo de los dos años de aplicación del acuerdo antes expuesto han surgido nuevas dudas y supuestos prácticos que, de nuevo, han tenido que ser abordados. El Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 27 de junio de 2018 analiza algunos de ellos(22), fijando los criterios en caso de acumulación de condenas en los siguientes términos:

(21) Siguiendo el contenido literal de estas dos últimas sentencias: «Con fecha de 3 de febrero de 2016, esta Sala Casacional ha tomado el siguiente Acuerdo de Pleno para la Unificación de Criterios: «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 impedirá 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 la del juicio». Con posterioridad a dicho acuerdo, fruto de la nueva redacción del artículo 76.2 del Código penal, en la que se fija como único requisito de la acumulación el elemento cronológico, en el sentido de que las penas que se acumulen lo sean por hechos perpetrados antes de la fecha de la sentencia de aquellos que –siendo objeto de acumulación– lo hubiera sido en primer lugar (sin ninguna otra exigencia a cómo debe formarse ese bloque), la jurisprudencia de esta Sala (STS 617/2017, de 15 de septiembre, con citación de otras muchas) ha introducido una modificación en el criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación. Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se le agrupen, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado».

(22) Destaca el profuso e interesante análisis que realiza 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*, núm. 134, septiembre-octubre 2018, pp. 1-15. De forma resumida y en relación directa con algunas propuestas que

«Acuerdo: 1. Las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta). 2. La nulidad como solución al recurso casacional, debe evitarse cuando sea dable conocer la solución adecuada, sin generar indefensión. 3. Cuando la sentencia inicial es absolutoria y la condena se produce *ex novo* en apelación o casación entonces, solo entonces, esta segunda fecha será la relevante a efectos de acumulación. 4. En la conciliación de la interpretación favorable del artículo 76.2 con el artículo 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. 5. Las condenas con la suspensión de la ejecución reconocida, deben incluirse en la acumulación si ello favoreciere al condenado y se considerarán las menos graves, para el sucesivo cumplimiento, de modo que resultarán extinguidas cuando se alcance el periodo máximo de cumplimiento. Favorece al condenado, cuando la conclusión es que se extinguen, sin necesidad de estar sometidas al periodo de prueba. 6. No cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación. 7. La pena de multa solo se acumula una vez que ha sido transformada en responsabilidad personal subsidiaria. Ello no obsta a la acumulación condicionada cuando sea evidente el impago de la multa. 8. La pena de localización permanente, como pena privativa de libertad que es, es susceptible de acumulación con cualquier otra pena de esta naturaleza. 9. A efectos de acumulación los meses son de 30 días y los años de 365 días. 10. La competencia para el incidente de acumulación, la otorga la norma al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia; sin excepción alguna, por tanto, aunque fuere Juez de Instrucción (salvo en el caso del artículo 801 LECr), aunque la pena que se imponga no sea susceptible de acumulación e incluso cuando no fuere privativa de libertad. 11. Contra los autos que resuelven los incidentes de acumulación, solo cabe recurso de casación».

Como vemos, el TS avanza tímidamente sobre criterios ya conocidos o previamente apuntados como problemáticos, matizando y orientando su aplicación. En lo relativo a la competencia para resolver el incidente de acumulación, el punto 10 del acuerdo establece que el juzgado competente es en todo caso el que ha dictado la última sentencia, con independencia de la mayor o menor gravedad de la condena

luego se realizan, SOLAR CALVO, P., «De nuevo la triple de la mayor: a propósito del reciente acuerdo del TS de 27 de junio», *Legal Today*, 31 de agosto de 2018.

impuesta por el mismo, al margen de que sea o no susceptible de pertenecer a la acumulación que se calcula, y aunque sea una medida alternativa a la privación de libertad(23). Por otro lado, en relación con estas medidas alternativas, destaca especialmente la relevancia que se otorga a las mismas en el acuerdo que aborda los casos de la responsabilidad personal subsidiaria (punto 7), la suspensión de las condenas (punto 5) y la localización permanente (punto 8). Si bien respecto de la primera, se consolida y mejora el criterio que se seguía hasta el momento, respecto de otras dos, se recogen avances y cambios(24).

3. ¿Qué pinta el jurista en todo esto?

En este contexto normativo y jurisprudencial, no es de extrañar que se reclame y potencie una presencia clara de la figura de los juristas. No sólo por la complejidad jurídica de detectar y poner en marcha un expediente de acumulación, sino también porque, como adelantábamos, la propia ubicación de los centros penitenciarios como eslabones últimos de prácticamente todas las vicisitudes penales de los internos(25), hace que sea en este ámbito donde se detecten con mayor facilidad las posibilidades de acumulación. Igualmente, por la propia especialidad y dedicación, creemos que los juristas son quienes mejor pueden promover una aplicación de máximos del artículo 76 CP, procurando a su vez que la jurisprudencia siga avanzando en el sentido en que lo ha venido

(23) A pesar de la escasa novedad que aporta este punto del acuerdo, VARONA JIMÉNEZ, A., *La Ley Penal*, 2018, p. 12, realiza la siguiente e interesante puntualización: «En nuestra opinión, los problemas que puede plantear el acuerdo derivan de su propia taxatividad («sin excepción alguna»); y decimos esto porque junto al supuesto excepcionado del artículo 801 LECrim. existe otro caso muy habitual en las grandes ciudades en los que existe una disociación entre el órgano sentenciador y el órgano de ejecución. Nos referimos concretamente a aquellos partidos judiciales donde existen juzgados de lo penal con competencia exclusiva para la ejecución de las resoluciones dictadas por el resto de juzgados de lo penal de la circunscripción, conocidos como juzgados de ejecutorias, competencia que incluye en la práctica la acumulación jurídica de penas».

(24) Al respecto, VARONA JIMÉNEZ, A., *La Ley Penal*, 2018, pp.8-9, profundiza en el acuerdo adoptado en este punto por el TS. En continuación de su anterior trabajo «A vueltas con las penas acumulables jurídicamente: La pena de multa», *Diario La Ley*, 2018.

(25) Lo normal será que el jurista y el centro penitenciario conozcan todas las causas acumulables. No obstante, y especialmente tras el Acuerdo del TS de 2018, habrá que poner especial celo en recabar aquellas sentencias que estando suspendidas o consistiendo en medidas alternativas, puedan tener impacto o ser incluidas en una posible acumulación.

haciendo hasta ahora. Los ejemplos que exponemos a continuación nos ayudan a entender esta importante vía de actuación⁽²⁶⁾.

3.1. LA VÍA DE LA REVISIÓN DE ACUMULACIONES FIRMES

Consecuencia del primer Acuerdo del TS de 2016, la STS 300/2017, de 27 de abril destaca que «hemos alcanzado una modificación del criterio jurisprudencial hasta entonces seguido, permitiéndose hoy la elección de la ejecutoria más antigua que sirva de base a la acumulación (SSTS 338/16, 339/16, de 21 de abril; 579/16, de 30 de junio; 790/16, de 20 de octubre; 178/2017, de 22 de marzo). Ello supone que la ejecutoria más antigua, cuya fecha de sentencia operará como acotación cronológica de los hechos anteriores que se agrupen, podrá ser aquella de la que se derive la refundición de menor gravamen o más favorable para el penado». Criterio reiterado de nuevo en la STS 617/17, de 15 de septiembre. La cuestión que se plantea con carácter inmediato es si esta postura jurisprudencial puede aplicarse a acumulaciones jurídicas que hubieran adquirido firmeza con anterioridad al cambio interpretativo, o si el principio de la intangibilidad de las resoluciones judiciales, la cosa juzgada, tiene una fuerza menor en relación con la acumulación jurídica.

Hasta el momento, tal y como ha señalado numerosa jurisprudencia del TS, «la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación, siempre y cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada» (SSTS 207/14, de 11 de marzo; 204/12, de 20 de marzo). Sin embargo, recientes resoluciones del TS nos invitan a ir más allá, pues establecen que un mero cambio jurisprudencial motiva por sí solo la posibilidad de plantear de nuevo una acumulación jurídica ya realizada. En este sentido, las SSTS 1000/2013, de 7 de febrero, 922/2013, de 2 de diciembre, 874/14, de 27 de enero, y 618/2015, de 14 de octubre, amplían la posibilidad de revisar una acumulación jurídica firme en caso de darse modificaciones normativas o interpretaciones jurisprudenciales más favorables. De hecho, en aplicación de esta novedosa tesis, la segunda de las resoluciones aportadas (STS 922/2013, de 2 de diciembre) reabre un incidente de acumulación ya firme sobre la base de la modificación del artículo 76 CP por LO 1/2015. Entendemos que en casos de aplicación del artículo 76 CP, relativos mayoritariamente a condenas de larga duración, mantener una privación de

(26) Las propuestas que aquí se realizan aparecen más desarrolladas en SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas*, Reus, 2019.

libertad por encima de lo normativamente posible, infringe el derecho fundamental a la libertad de los condenados recogido en el artículo 17 CE. A la vez que se compromete el fin resocializador que el artículo 25.2 CE determina como fundamental en la ejecución de la privación de libertad. De ahí que desde nuestro punto de vista, cualquier vía procesal que permita replantear acumulaciones jurídicas bien erróneamente realizadas, bien claramente mejorables conforme a una nueva y favorable corriente interpretativa, ha de ser bienvenida(27).

3.2. LA CUESTIÓN DE LAS SENTENCIAS ESTORBO(28)

Como segundo camino de necesaria mejora, corresponde destacar aquellos supuestos que cumplen con el requisito temporal para proceder a la acumulación pero en los que no se opta por la acumulación más favorable al incluirse en la misma las conocidas como sentencias estorbo. La colisión que estos supuestos plantean con el artículo 25.2 CE es evidente. Los propósitos prácticos de reinserción se vuelven quimeras si nos enfrentamos a penas excesivamente largas, lo que se han dado en llamar condenas eternas. De ahí que parte de la doctrina con la que nos posicionamos, reclame cambios al respecto(29).

Para su resolución, bastaría con una modificación jurisprudencial, no siendo necesario cambio normativo alguno para que, dentro del literal del artículo 76.2 CP y respetando el requisito de conexidad temporal que determina, se eliminase de las acumulaciones las sentencias estorbo, buscando así la acumulación jurídica que sea más favorable al reo. Por el momento, la postura mayoritaria, aunque cada vez más discutida, del TS al respecto es realizar la acumulación jurídica

(27) Parece que esta vía de actuación encuentra un freno en el Acuerdo del TS de 2018 antes transcrito. Si recordamos su punto primero, «las resoluciones sobre acumulación de condena solo serán revisables en caso de una nueva condena (o anterior no tenida en cuenta)». Sin embargo, creemos que ello no debe impedir plantear nuevas acumulaciones con los fundamentos de fondo aportados. Como acertadamente refiere VARONA JIMÉNEZ, A., *La Ley Penal*, 2018, p. 13, «aunque parece que el tenor literal de este criterio está rechazando implícitamente la posibilidad de revisar los autos de acumulación por el simple hecho de que se haya producido un cambio jurisprudencial», de ser ésta la intención del acuerdo, y dados los fundamentos y resoluciones que se han emitido en sentido contrario, «hubiese sido necesario un pronunciamiento expreso en este punto».

(28) Acerca de este concepto, SOLAR CALVO, P. y LACAL CUENCA, P., «Sentencias estorbo y acumulación jurídica (art. 76 CP). Buscando la combinación más favorable», *Legal Today*, 4 de agosto de 2017.

(29) Destacan RÍOS MARTÍN, J. C.; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 729 ss., quienes aportan la tramitación de indultos parciales para casos de acumulaciones imposibles y condenas largas.

siguiendo el orden cronológico de las sentencias impuestas y buscando cuáles cumplen con el requisito de conexidad respetando esa sucesión temporal. La propuesta que aquí hacemos prescinde de esa limitación. De manera que, con independencia de ese orden cronológico de las sentencias, y siempre que se cumpla el requisito temporal que la norma y la lógica jurídica exigen, se puedan eliminar de la acumulación las sentencias estorbo que evitan estimar la triple de la condena más favorable al reo(30). Como decimos, ni el literal del artículo 76.2 CP ni la jurisprudencia antes destacada se oponen a que se busque esa combinación que pueda dar lugar a la triple más favorable al interno. Parece que la lógica del análisis que el operador jurídico realiza para el estudio de la acumulación –seguir el orden cronológico de las sentencias impuestas–, se ha convertido en una limitación al resultado de la misma, sin que tal limitación se establezca en ninguna norma. A su vez, como fundamento de esta postura, ha de tenerse en cuenta que una perspectiva, ya no resocializadora, sino meramente humanitaria del cumplimiento, reclama soluciones prácticas que acorten condenas desproporcionadas teniendo en cuenta los márgenes habituales de duración de la vida humana.

3.3. LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS NACIONALES Y EUROPEAS

La STS 186/2014, de 13 de marzo, vino a establecer la posibilidad de acumulación de las sentencias dictadas en nuestro país y en otros Estados miembros. Ello en base a dos fundamentos principales. De un lado, teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial antes expuesto y confirmado posteriormente en la nueva versión del artículo 76 CP tras la reforma operada por LO 1/2015, que escoge la conexidad temporal como único requisito a tener en cuenta. De otro, la consideración de ser más conforme esta interpretación con la existencia de un espacio

(30) De nuevo respecto al Acuerdo de 2018, y a pesar de que parece taxativo respecto a no permitir la eliminación de las sentencias estorbo (punto 4), lo cierto es que su redacción contribuye a la incongruencia que referimos. De acuerdo con el texto, «en la conciliación de la interpretación favorable del artículo 76.2 con el artículo 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». Siguiendo a VARONA JIMÉNEZ *La Ley Penal*, 2018, p. 6, se podría entender que el nuevo Acuerdo, «cuando hace referencia a «la última», se está refiriendo a la última sentencia de un bloque de condenas conexas temporalmente. Siguiendo el tenor del acuerdo, o eso parece desprenderse, se habilitaría al juzgador para excluir la última condena de un bloque y convertirla en la sentencia guía del siguiente». Por tanto y de nuevo, si no solo es posible eliminar las primeras de las sentencias a acumular, sino también la última, parece que la prohibición de eliminar las sentencias intermedias se vuelve más arbitraria.

européo de libertad, seguridad y justicia, que implica, de alguna forma, una distinta consideración de algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la soberanía. Por ello, tal y como establece la referida sentencia, en tanto no hubiera normas que expresamente regulasen esta materia, la interpretación de las vigentes debería realizarse de la manera más conforme posible con el contenido de la normativa europea. De ahí que entienda que no constituye un límite a la posibilidad de acumulación el que la sentencia haya sido dictada por un tribunal de otro Estado de la UE.

La situación anterior y la jurisprudencia sentada por la STS 186/2014, de 13 de marzo cambian radicalmente a raíz de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la UE⁽³¹⁾. La norma, que implementa la DM 675/2008/JAI, de 24 de julio, determina en su artículo 14.2: «Las condenas firmes dictadas en otros Estado miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión: c) Sobre los autos dictados o que deban dictarse, conforme al párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fijen los límites de cumplimiento de penas entre las que se incluya alguna de las condenas a que se refiere la letra b)». En definitiva, sin aportar argumentos de fondo, la LO 7/2014 eliminó la posibilidad de acumular condenas nacionales y europeas. Sin embargo, creemos que ello no obsta para que, en aplicación de los principios de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales recogidos en la STS 186/2014, se puedan promover e informar favorablemente recursos en diferentes instancias que permitan una reconsideración de la norma dentro del marco de actuación europeo.

3.4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como vemos, a pesar de lo criticada que resulta en ocasiones, por poder llegar a reducir ostensiblemente la cuantía total de una condena al margen de número de injustos cometidos, la acumulación jurídica no siempre ofrece los resultados óptimos deseados a efectos de reinserción social. Primero, para su aplicación es necesario que concurren unos requisitos temporales que no siempre se cumplen. Segundo, aun dándose dichos requisitos, los resultados de limitación temporal que

(31) Expone la evolución al respecto, SOLAR CALVO, P., «Sobre la posibilidad de acumular sentencias europeas y nacionales. Análisis al hilo de la STS 1882/2017, de 12 de mayo», *Revista Aranzadi UE*, núm. 7, 2017.

la acumulación jurídica permite, no siempre son tan beneficiosos como indica el ideario colectivo. Esto es, la triple de la mayor de la pena impuesta suele dar lugar a una condena definitiva también larga. A su vez, acabamos de mencionar la difícil conjugación de las sentencias nacionales y europeas. Por todo ello, a pesar de los beneficios que una acumulación jurídica puede suponer, la realidad es tozuda en indicar que la misma no siempre permite acortar el tiempo de internamiento en términos que hagan viable la reinserción social del condenado. Teniendo en cuenta el consenso doctrinal que sitúa en 20 años el máximo de prisión soportable por el ser humano si, tras su cumplimiento, se pretende su reincorporación social(32), entendemos que cualquier medida que permita una reducción de la condena que la aproxime a este límite ha de ser bienvenida. De ahí que cambios jurisprudenciales como el protagonizado por el TS sean bienvenidos. Sin embargo, como se ha expuesto, queda camino por recorrer. Las propuestas que se han realizado como necesarios cambios de futuro son las ideas que aportamos para continuar en este camino tan rico y variado en el que los juristas de centros penitenciarios tienen sin duda mucho que aportar.

IV. EL JURISTA COMO POTENCIADOR DE DERECHOS

Al margen de los ejemplos anteriores –el relativo a la aplicación de los artículos 53 y 76 CP–, no podemos dejar de mencionar lo que supone el artículo 25.2 CE y la reciente jurisprudencia del TC en materia de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad(33). Todo ello como marco de actuación de la labor de los juristas.

(32) Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 82-83; RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, núm. extraordinario, 2013, p. 186; VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 98-104; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, núm. 6, 2014, p. 44; PÉREZ MANZANO, M. en PÉREZ MANZANO, M. y CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Introducción al Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2.^a ed., 2015, pp. 145-146.

(33) A pesar de que la línea argumental toma la STC de 27 de enero de 2020 como referencia, la vía interpretativa que con esta resolución se abre en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales de los internos, tiene una importante continuidad en la STC de 10 de febrero de 2020 sobre libertad de expresión, la STC de 4 de octubre de 2021 sobre acceso al expediente, y la reciente STC de 7 de febrero de 2022 sobre tutela judicial efectiva. Se analizan con LACAL CUENCA, P., «Reflexión al

Para ver la influencia que este giro jurisprudencial puede tener en el ejercicio de la labor jurídica penitenciaria, nos centramos en la relevante STC de 27 de enero de 2020 que reconoce la libertad de expresión de los internos en centros penitenciarios(34). Veamos primero el devenir del proceso judicial acontecido.

La STC que a continuación abordamos tiene una importancia vital, pues ejemplifica de una manera inmejorable la necesidad que existe en cuanto a mejorar las garantías jurídicas en la protección de los derechos fundamentales de los internos en la jurisdicción de vigilancia. Después de pasar por todas las instancias de protección judicial posibles, por diferentes motivos y sobre la base de fundamentos que ahora analizaremos, es el TC el que ha de estimar que efectivamente se ha producido una vulneración del artículo 20 CE al no permitir a un interno comunicar con un medio de prensa. Ninguna de las instancias previas había entrado al fondo del asunto de forma concreta. Y, si en alguna de las resoluciones, podemos decir que analizó más la situación de hecho, se dieron por buenos los argumentos de la Administración Penitenciaria sin constatar la auténtica realidad de los mismos. Siguiendo el texto de la propia STC, «el día 28 de marzo de 2017 el JVP núm. 8 de Andalucía dictó auto desestimatorio de la queja formulada, fundamentando tal decisión en que se pretende obtener autorización para que el interno pueda ser entrevistado por un periodista y, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51.3 LOGP y 49.5 RP, dicha autorización es potestativa de la administración penitenciaria, por lo que tal potestad, al configurarse como discrecional, no constituye un derecho subjetivo del interno y encuentra como límite la interdicción de la arbitrariedad, lo cual no se produce al constatarse que el 25 de abril de 2016 el interno tuvo ocasión de mantener una entrevista con el mismo medio de información y la entrevista fue publicada el 4 de junio de 2016».

En primer lugar, el párrafo transcrito nos da una idea de la base inicial de la que todo el análisis posterior parte: la consideración de que

hilo de la STC de 27 de enero de 2020 sobre la libertad de expresión de los internos. Sistema de garantías penitenciario. Algunas luces y muchas sombras», *Diario la Ley*, núm. 9598, 20 de marzo de 20; «La STC de 4 de octubre y el acceso al expediente de los internos en prisión», *Diario La Ley*, núm. 9979, Sección Tribuna, 28 de diciembre de 2021. Igualmente, SOLAR CALVO, P., «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, núm. 144, mayo-junio 2020.

(34) La STC completa merece ser leída con detenimiento por los múltiples aspectos que plantea y que corrigen la actuación de la Administración Penitenciaria. Se encuentra disponible en:

<https://apdha.org/media/sentencia-TC-derecho-expresion-presxs-040220.pdf>.

el derecho a la libertad de expresión del artículo 20 CE no es un derecho subjetivo de los internos. Esto, que a posteriori llama la atención, es habitual tanto en la práctica penitenciaria, como en la jurisdicción de vigilancia. Prácticamente todos los derechos se consideran de implicación progresiva y su ejercicio depende de las necesidades de la Administración, que tiene una potestad casi omnímoda para limitarlos en función del interés común que supone la ejecución de la condena. Sobre esta idea se articula la relación de sujeción especial entre la Administración Penitenciaria y los internos y sobre esta idea se justifica la restricción de derechos fundamentales como es el caso(35).

Continuando con el proceso, el 7 de abril de 2017 el interesado interpuso recurso de reforma contra el auto anterior porque «habiéndose denunciado la infracción de derechos fundamentales, no existía en la resolución impugnada motivación alguna sobre la adecuación de la decisión adoptada por el centro penitenciario a los derechos cuya infracción se denuncia». A su vez, relativo a algo que sucede habitualmente en el devenir penitenciario ante el JVP, «no se había dado traslado al interno del informe del centro penitenciario antes reproducido, siendo ello relevante porque en él se habían introducido hechos nuevos –referidos a la existencia de la entrevista anterior– que no se habían consignado en el acuerdo denegatorio impugnado, por lo que no se tuvo la ocasión de contestar al respecto, al no haber formado parte del debate inicial». Esto es no hay suficiente motivación de la resolución administrativa, ésta tampoco se produce en sede judicial, y, en el caso de que la Administración Penitenciaria aporte en sede judicial informes sobre su actuación –lo que es muy habitual en estos casos–, no se promueve la contradicción. El JVP estimó efectivamente el recurso de reforma al entender que concurría esta última circunstancia, declarando nulo el auto anterior. Sin embargo, considera impertinentes las pruebas propuestas por el interesado. Contra este auto, se interpone recurso de apelación en el que se señala que no basta con que se dé «conocimiento de la existencia de un elemento nuevo en el enjuiciamiento a efectuar por el JVP –los informes que había enviado la Administración–, si no se le da, simultáneamente, la oportunidad de rebatirlo mediante la práctica de la prueba solicitada». La AP de Córdoba, en Auto de 9 de junio de 2017, desestima el recurso de apelación interpuesto, al entender que «la estimación del recurso de reforma que se había producido debía llevar a retrotraer las actuaciones del juzgado hasta el momento inmediatamente anterior a deci-

(35) Al respecto, SOLAR CALVO, P., «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma, *ADPCP*, 2019, Tomo 72, conmemorativo de la LOGP, octubre 2019.

dir, por lo que por el juzgado debía proceder a dictar una nueva resolución una vez que el recurrente conociera el informe emitido por la dirección del centro penitenciario y, si lo estimara conveniente, alegara al respecto lo que tuviera por conveniente. En cuanto a la prueba denegada al interno, señalaba la Audiencia que podría solicitarse de nuevo tanto si se recurre en reforma la resolución que se dicte, como posteriormente, si nuevamente es denegada, en apelación». Finalmente, por parte del JVP se reiteró en resolución posterior que las comunicaciones como las solicitadas son de carácter discrecional por el interno y que se podía prever un mal uso de la misma sobre la base de lo dicho en la entrevista anterior. Por su parte, la AP en auto de 26 de diciembre desestima el recurso de apelación por entender que «resulta creíble» que las opiniones vertidas por el apelante en la entrevista publicada un año antes hubieran atentado el orden y la buena marcha regimental del centro. Como vemos, a pesar de que se trata de la posible afectación de un derecho fundamental, se califica que su limitación es discrecional desde el punto de vista administrativo. Por ello, su limitación no se basa en el juicio de proporcionalidad que el TC exige, sino simplemente en que resulte creíble lo que la Administración Penitenciaria aportó en su informe.

Al margen de las mejoras concretas que el devenir transcrito debiera suponer para la regulación de un procedimiento ante la jurisdicción de vigilancia, actualmente limitada a la DA 5.^a LOPJ(36), destacamos el vuelco que la STC comentada supone en términos de protección de los derechos fundamentales de los internos. Al respecto, y a diferencia de lo que decíamos que es habitual en la práctica de la Administración Penitenciaria, el STC determina que cualquier derecho fundamental de un interno sólo puede limitarse sobre la base del propio artículo 25.2 CE cuando contempla 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». En consecuencia, 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

(36) Sobre las deficiencias de esta disposición adicional, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., «Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria», *Eguzkilore*, núm. extraordinario, enero 1988; TÉLLEZ AGUILERA, A., «Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria», *Revista SEPIN práctica penal* núm. 5, Septiembre-Octubre, 2003. Igualmente, 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. 178 ss.

para un fin concreto y no ha de existir otro medio menos gravoso de alcanzar el mismo. Lo que denominamos triple análisis de constitucionalidad. Utilizando las palabras del Tribunal Constitucional, «por ello, el marco normativo constitucional, de acuerdo con el cual un condenado a pena de prisión recluido en un establecimiento penitenciario puede ejercer su libertad de expresión e información, no viene determinado únicamente por lo dispuesto en el artículo 20 CE, sino además por el artículo 25.2 CE, pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos que adquieren un status propio que se configura, de acuerdo con este último precepto constitucional, como una relación de sujeción especial». Por tanto, en la limitación de los derechos fundamentales no sirve alegar la existencia de una relación de sujeción especial vacía de contenido, como hemos visto que sucedía en el supuesto de hecho que da lugar a la resolución comentada. Más bien al contrario, el concepto de relación de sujeción especial adquiere sentido en los términos del artículo 25.2 CE segundo inciso.

Si lo anterior ya es relevante, más aun lo que contempla el propio TC cuando continúa delimitando el contenido de este precepto. Así, el TC considera el respeto a los derechos fundamentales de los internos conforme a los parámetros expuestos del artículo 25.2 CE, como contenido esencial para lograr el fin de la reinserción social que ese mismo precepto recoge. En definitiva, la segunda parte del artículo 25.2 CE sirve para completar la primera. De nuevo, de acuerdo con el texto de la sentencia, «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 artículo 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». Por tanto, la STC de 27 de enero de 2020 alcanza dos conclusiones fundamentales para el ejercicio de la función penitenciaria. En primer lugar, nos dice que el artículo 25.2 CE exige que la restricción de los derechos fundamentales de los internos solo se lleve a cabo tras el anteriormente referido triple análisis de constitucionalidad – esto es, concurriendo un interés legalmente protegido, concretado en hechos específicos y tras haber realizado un estudio valorativo de proporcionalidad–. En segundo lugar, el proceder de esta manera, procurando que el ejercicio de la función penitenciaria restrinja en lo menos posible los derechos de los internos y su efectivo ejercicio, beneficia la propia reinserción que el mismo artículo 25.2 CE consagra como finalidad principal de la privación de libertad. Dicho de otro modo,

cuanto más autonomía jurídica se fomente, más se favorece la reinserción del condenado privado de libertad.

V. POR UN NUEVO MARCO DE ACTUACIÓN

¿De qué manera puede influir la mencionada resolución en el día a día de un jurista de prisiones? ¿Se abren con ella nuevas pautas y vías de actuación? Creemos que sí. La resolución expuesta, seguida por otras que han venido a consolidar esta doctrina constitucional (37), ubican la actividad penitenciaria en un marco normativo nuevo que abandona, aun de manera paulatina, el uso y el recurso a la relación de sujeción especial como criterio de justificación de toda actuación penitenciaria. Dicho esto, exponemos a continuación de qué manera creemos que los juristas de instituciones penitenciarias podemos incorporar este acervo a nuestro quehacer diario.

Para ello, con el afán de concretar al máximo y hacer plástico el cambio práctico que este giro jurisprudencial puede suponer, volvemos al inicio, al artículo 281 del RP de 1981 transcrito al principio de este trabajo. En el mismo, como parte fundamental de la labor de los juristas, se menciona su participación en dos órganos colegiados clave de todo centro penitenciario: las Juntas de Tratamiento y las Comisiones Disciplinarias. Los acuerdos que se adoptan en estos órganos tienen incidencia directa o indirecta en los derechos fundamentales de los internos. Así, lo mismo que la concesión de un permiso o el acceso a un tercer grado aumentan la capacidad de ejercer la libertad de la persona privada de ella, su denegación limita ese estatus jurídico básico. Pues bien, aplicando la doctrina constitucional que emana de la STC de 27 de enero de 2020, la Administración Penitenciaria debería verse interpelada a dejar de lado las fórmulas estereotipadas de concesión y sobre todo denegación de mayores cotas de libertad. Esta forma de actuación tendría que ser sustituida por resoluciones más detalladas de las que claramente se extrajese que el triple análisis de constitucionalidad se ha llevado a cabo. Y lo mismo, aún con mayor motivo, para los acuerdos que emanan de las Comisiones Disciplinarias. La imposición de sanciones de aislamiento –la restricción de la libertad dentro de la privación de ella que *per se* supone la prisión–, debería ser el resultado de una resolución administrativa específica e

(37) Principalmente, como hemos adelantado, la STC de 10 de febrero de 2020 sobre libertad de expresión, la STC de 4 de octubre de 2021 sobre acceso al expediente, y la reciente STC de 7 de febrero de 2022 sobre tutela judicial efectiva.

individualmente fundamentada, tras el triple análisis de constitucionalidad que el TC reclama. Si esto se puede predicar en relación a aquellos procedimientos más habituales y en los que el jurista tiene una participación ya establecida en la norma, lo mismo cabe decir de aquellos otros en los que la presencia del jurista es menor o nula. Por ejemplo, la aplicación de las restricciones regimentales del artículo 75 RP que implican un aislamiento y la consiguiente limitación de la libertad ambulatoria, sólo podría tener lugar tras el triple análisis jurídico que hemos expuesto al abordar la sentencia sobre la libertad de expresión en centros penitenciarios. Esto es, no sólo habría de concurrir el hecho causante y motivador de la limitación, sino que además, habría de analizarse en cada caso si dicha medida es proporcional o si hay un modo de proceder menos lesivo desde el punto de vista de la libertad del interno.

Con lo anterior, no decimos que en el momento actual no se realice al menos en parte, el triple análisis que el TC reclama. La cuestión es más sutil. Volviendo al caso de la imposición de una sanción de aislamiento, el interés que se protege está normativamente previsto –la propia seguridad del establecimiento recogido en el artículo 41 LOGP– y se concreta en el parte de hechos que la Comisión Disciplinaria analiza. Sin embargo, sí creemos que en muchos casos, la propia burocratización de la actuación administrativa, motiva que no se sea todo lo riguroso que requiere el hecho de restringir la libertad individual que ya se encuentra limitada. De manera que el análisis de necesidad y proporcionalidad se lleva a cabo de modo cuasi automático si se observa que se dan los requisitos mínimos de la norma para aplicar el aislamiento⁽³⁸⁾. Y lo mismo sucede en los casos de denegación de permiso. Si los operadores penitenciarios fuéramos plenamente conscientes de que a través de nuestras resoluciones restamos días de libertad a las personas por ellas afectadas, puede que lleváramos a cabo un análisis más riguroso en los términos de constitucionalidad que la STC de 27 de enero de 2020 reclama. Los ejemplos expuestos afectan a procedimientos más o menos regulados dentro de la normativa penitenciaria, pero pensemos en su aplicación a procedimientos o peticiones más innovadoras como la que dio lugar a la STC que hemos comentado. En la misma, ninguno de los operadores intervinientes detectó que se

(38) En concreto, de acuerdo con el artículo 42.4 LOGP: «La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro. En todo caso, la celda en que se cumple la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento».

estaba restringiendo un derecho fundamental y que dicha restricción requería unos parámetros de valoración más estrictos.

Sin duda, la participación del jurista como agente de cambio que permita reconducir estas y otras resoluciones administrativas a los cauces constitucionales que el TC determina, es compleja. Especialmente, por la falta de un procedimiento *ad hoc* que prevea su específica intervención en aspectos tan relevantes como, por ejemplo, la aplicación de las limitaciones regimentales del artículo 75 CP. A la vez, requeriría reformular su posición más como garante de los derechos de los internos y menos como mero asesor jurídico de la Administración. Sea como sea y con las dificultades descritas, lo cierto es que se abre una vía a considerar. La implicación como profesionales y nuestra ubicación dentro del medio en el que trabajamos, nuestra empatía con el mismo y las personas privadas de libertad, ayudará a que podamos definir mejor un papel que consideramos necesario(39).

VI. CONCLUSIONES FINALES

Resumimos las propuestas realizadas en cada uno de los anteriores apartados para hacer más comprensible la reformulación del papel de jurista que pretendemos. En concreto:

1) Entendemos fundamental que la doctrina constitucional comentada sirva de nuevo marco regulatorio para la función del jurista dentro del organigrama de una prisión. De manera que, tanto para los procedimientos en los que tiene un papel ya establecido como miembro de órgano colegiado –Junta de Tratamiento y Comisión Disciplinaria–, como para aquellos en los que su participación no se requiere normativamente –como ejemplo, la aplicación de limitaciones regimentales– se establezcan las pautas para que, a través de su figura y con la independencia necesaria, pueda desarrollarse en triple análisis de constitucionalidad que el TC reclama.

2) Recordar, dar a conocer y potenciar, los múltiples procedimientos penales adyacentes a la ejecución de la condena y que tanto influyen en la misma, respecto de los que la intervención del jurista es fundamental. De entre todas ellas, se han expuesto las posibilidades

(39) CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 5.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 411-415, aborda la importancia del informe criminológico a lo largo del cumplimiento. Quizá esta propuesta del jurista como garante de derechos de las personas privadas de libertad pueda ayudar a delimitar cauces de actuación que suelen confundirse con las de otras profesiones.

relacionadas con el artículo 53 CP y las vías de mejora en lo relativo al expediente de acumulación jurídica. En cuanto a esta última, tanto para promover expedientes de reducción de condena acordes con el estado actual de la doctrina del TS, como para potenciar la innovación interpretativa de dicha doctrina.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La nueva reforma penal de 2013», *Eunomía. Revista de la Cultura en la Legalidad*, núm. 6, 2014.
- 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.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 5.^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «La organización administrativa: órganos unipersonales y colegiados en los establecimientos penitenciarios», en CÁMARA ARROYO, S.; DELGADO CARRILLO, L.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., y MACULAN, E., *Derecho Penitenciario*, Ed. Dykinson, Madrid, 2022.
- MAPELLI CAFFARENA, B., «Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria», *Eguzkilore*, núm. extraordinario, enero 1988.
- Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 2011.
- PÉREZ MANZANO, M. en PÉREZ MANZANO, M. y CANCIO MELIÁ, M., «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Introducción al Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 2.^a ed., 2015.
- RÍOS MARTÍN, J. C., «La cadena perpetua y la custodia de seguridad en la reforma penal de 2013», *RDPC*, núm. extraordinario, 2013.
- RÍOS MARTÍN, J. C.; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- SOLAR CALVO, P., «Responsabilidad personal subsidiaria y tbs. La vía del artículo 53 CP tras la LO 1/2015», *Diario La Ley*, núm. 9040, 13 de septiembre de 2017.
- «Sobre la posibilidad de acumular sentencias europeas y nacionales. Análisis al hilo de la STS 1882/2017, de 12 de mayo», *Revista Aranzadi UE*, núm. 7, 2017.
 - «De nuevo la triple de la mayor: a propósito del reciente acuerdo del TS de 27 de junio», *Legal Today*, 31 de agosto de 2018.
 - «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma», *ADPCP*, 2019, Tomo 72, conmemorativo de la LOGP, octubre 2019.
 - «Medidas alternativas y sistema penitenciario. Acumulación versus Alternatividad», *RGDP*, núm. 32, noviembre, 2019.

- SOLAR CALVO, P., *Triple de la mayor y condenas eternas*, Reus, 2019.
- *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, Editorial BOE, 2019.
 - «Análisis de dos resoluciones revolucionarias. Las SSTC de 27 de enero y 10 de febrero de 2020», *La Ley Penal*, núm. 144, mayo-junio 2020.
 - «¿Puede ser proactivo un jurista de II. PP?», *Legal Today*, 26 de junio de 2022.
 - «Normas totales y régimen de visitas», *Legal Today*, 21 de marzo de 2023.
- SOLAR CALVO, P. y LACAL CUENCA, P., «Sentencias estorbo y acumulación jurídica (art. 76 CP). Buscando la combinación más favorable», *Legal Today*, 4 de agosto de 2017.
- «Reflexión al hilo de la STC de 27 de enero de 2020 sobre la libertad de expresión de los internos. Sistema de garantías penitenciario. Algunas luces y muchas sombras», *Diario la Ley*, núm. 9598, 20 de marzo de 2020.
 - «La STC de 4 de octubre y el acceso al expediente de los internos en prisión», *Diario La Ley*, núm. 9979, Sección Tribuna, 28 de diciembre de 2021.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «Sobre la creación del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria y el nuevo sistema de recursos en la jurisdicción penitenciaria», *Revista SEPIN práctica penal* núm. 5, Septiembre-Octubre, 2003.
- TRAPERO BARREALES, M. A., «La nueva regulación del artículo 71.2 CP: o alternativas al cumplimiento de la pena de prisión inferior a tres meses», *La Ley Penal*, núm. 126, mayo-junio 2017.
- VAN ZYL SMIT, D. y SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- 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*, núm. 134, septiembre-octubre 2018.
- «A vueltas con las penas acumulables jurídicamente: La pena de multa», *Diario La Ley*, 2018.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Régimen penológico del concurso real de delitos*, Reus, 2020.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el delito corporativo y el blanqueo de dinero

DANIEL GONZÁLEZ URIEL

Juez de apoyo en el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional
Doctor en Derecho
Profesor en el Máster en Derecho Penal Económico de la UNIR

RESUMEN

En este trabajo se pretenden exponer los principales puntos de conexión entre el delito de blanqueo de dinero y la responsabilidad criminal de los entes corporativos. Para ello se analiza, de modo escueto, el proceso de incorporación de dicha responsabilidad al texto punitivo y se presta una especial atención a la intensa discusión doctrinal, que aún persiste, a propósito del fundamento de dicha responsabilidad, en esencia, si se trata de un sistema de autorresponsabilidad o, por el contrario, si nos hallamos ante un modelo de heterorresponsabilidad, y se exponen algunas de las críticas fundamentales a la tipificación expresa de dicho sistema. A su vez, se apuntan las principales líneas jurisprudenciales al respecto, en una materia todavía en fase de desarrollo y consolidación. Asimismo, se aborda la figura del delito corporativo, centrándonos en sus rasgos característicos, en su recepción jurisprudencial y en algunas objeciones que se han vertido frente a dicha construcción. Por último, se apuntan los principales rasgos del delito de blanqueo que pueden cometer las personas jurídicas, se anotan algunas discordancias legislativas y se promueve una interpretación restrictiva del tipo.

Palabras clave: responsabilidad penal de las personas jurídicas, delito corporativo, blanqueo de dinero, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, programas de compliance.

ABSTRACT

This paper aims to expose the main points of connection between the crime of money laundering and the criminal liability of legal persons. To this end, the process of incorporating said liability into the Spanish criminal law is briefly analysed, and we take a special attention to the intense doctrinal discussion, which still persists, regarding the foundation of said liability, in essence, if it is a system of self-liability or, on the contrary, if we are faced with a model of hetero-liability, and some of the fundamental criticisms of the express typification of said system are exposed. At the same time, we point out the main jurisprudential lines in this regard, in a matter still in the development and consolidation phase. Likewise, we study the figure of corporate crime, focusing on its characteristic features, its jurisprudential reception and some objections that have been raised against this construction. Finally, we analyze the main features of the crime of money laundering that legal persons can commit, we note some legislative discrepancies and we promote a restrictive interpretation of the type.

Key Words: *Criminal liability of legal persons, corporate crime, money laundering, self-responsibility, hetero-responsibility, compliance programs.*

SUMARIO: I. La situación anterior al año 2010.–II. La tipificación expresa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español y el debate doctrinal.–III. Breves notas sobre el delito corporativo.–IV. Algunas notas sobre su conexión con el delito de blanqueo de dinero.–V. Bibliografía.

I. LA SITUACIÓN ANTERIOR AL AÑO 2010

El hito legislativo consistente en la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se produjo hasta el año 2010. Con el Código Penal (CP) *de la Democracia*, del año 1995, gozaba de plena virtualidad la concepción de que los entes corporativos no podían cometer delitos. En la doctrina española era absolutamente minoritario el sector que sustentaba la necesidad de su incriminación –significadamente, desde 1980, lo defendía Zugaldía Espinar(1)–,

(1) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, pp. 67-88.

aunque se ponía de manifiesto que(2) en el Derecho penal «moderno», por contraposición al «clásico», la noción de sujeto activo individual resultaba «insuficiente» para dar respuesta a la comisión de algunos injustos penales, sobre todo, en aquellos casos en que los hechos se cometían en el marco de una organización empresarial, a la vista de la distribución de competencias dentro de ella, lo que impedía, en muchas ocasiones, la imputación del injusto a una concreta persona física, por lo que se reclamaba que había que «reestructurar» ese «sujeto insuficiente», propugnándose una ampliación del ámbito de imputabilidad, que habría de abarcar tanto a los individuos particulares como a las personas jurídicas. A su vez, algún autor subrayó, desde momentos incipientes de la vigencia del texto punitivo, que(3) aunque el legislador negaba dicha forma de responsabilidad, sí que recogía la responsabilidad directa de quien actuaba en su nombre y que, en todo caso, se podían imponer a los entes corporativos las «consecuencias accesorias» que «aunque no tienen el carácter de penas, materialmente presenten un contenido afflictivo análogo al de la sanción penal»; asimismo, dichas consecuencias eran concebidas con una función análoga a las medidas de seguridad. Por todo ello, dicho autor concluía que no existían «obstáculos insalvables» para sostener su tipificación, lo que ya se mantenía en otros ordenamientos jurídicos, como Francia y Reino Unido, y se había aconsejado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación 18/88, de 20 de octubre(4), aunque sería «planteable una reelaboración dogmática de los conceptos de acción y culpabilidad».

Precisamente, en lo tocante a dicha Recomendación, Silva Sánchez(5) manifestaba que el Consejo de Europa había manejado cuatro principios esenciales: i) las empresas habrían de responder por hechos

(2) BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho penal*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, pp. 450-452.

(3) CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Hacia la unificación del Derecho penal Comunitario. El Corpus Iuris europeo», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, pp. 15 y 16. (Se advierte al lector de que se ha empleado el documento electrónico de este artículo existente en la base de datos *la ley digital*, del grupo Wolters Kluwer, por lo que no coincide el paginado con el de la obra en papel. Aquí se citará la correspondencia numérica del documento electrónico, que consta de 24 páginas, sin perjuicio de que en la bibliografía final conste el paginado original).

(4) Recomendación núm. 18/88: «[...] la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de evitar otras infracciones».

(5) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal», *Manuales de for-*

cometidos en el ejercicio de sus actividades, «aun cuando el delito fuera ajeno a las finalidades de la empresa», ii) la empresa sería responsable pese a que la concreta persona física no hubiera sido individualizada, iii) la entidad societaria quedaría exenta de responsabilidad en el supuesto de que su organización (*management*) no se hubiera visto implicada en el delito y, además, hubiese adoptado las medidas necesarias para impedir su futura comisión y iv) esta atribución de responsabilidad a la empresa en modo alguno conllevaría la exoneración de la persona física involucrada en el delito en cuestión. Asimismo, este destacado autor anotaba que desde estos incipientes pasos se había dado una «progresiva introducción de cláusulas más o menos explícitas de atribución de responsabilidad penal (o cuasi-penal) a las personas jurídicas» en los Estados de tradición continental europea, lo que reputaba como un «hecho constatado», y diluía las fronteras entre el sistema del *common law* y los continentales europeos en este concreto aspecto, en el que habían mantenido notables diferencias.

A continuación, el autor que seguimos anotaba algunos de los principales argumentos esgrimidos por la doctrina a propósito de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: i) la división del trabajo produce una «significativa difuminación de la responsabilidad penal individual», lo que llevaría a hablar de una «irresponsabilidad organizada» o de la «institucionalización de la irresponsabilidad». Si bien, Silva Sánchez matizaba que no siempre surgía dicha situación. Con todo, admitía la insuficiencia de las sanciones impuestas a las personas físicas para dar respuesta al problema de la criminalidad de empresa. ii) En segundo lugar, abordaba el tema de la insuficiencia preventiva de la responsabilidad individual, para lo que exponía que, frente a los modelos de responsabilidad subsidiaria del ente corporativo, solo para aquellos casos en que no fuera posible sancionar a las concretas personas físicas, un modelo de prevención de delitos económicos fundamentado en dichos postulados dejaba «intacta la estructura que promueve su comisión, a la vez que el patrimonio obtenido con ella», por lo que el entramado asociativo permanecería «indemne» tras la condena de la concreta persona física. Además, el mantenimiento de la responsabilidad individual podía incentivar, de cara al futuro, el establecimiento de fórmulas de irresponsabilidad organizada. A su vez, se incidía en que, como las penas de multa se atribuían a las concretas personas físicas, con arreglo a su patrimonio, ello implicaba una limitada eficacia preventiva. Sin embargo, Silva matizaba que esto no podía implicar que en el Derecho

mación continuada, núm. 14, 2001 (ejemplar dedicado a: Derecho penal económico), pp. 310-321.

penal de la empresa se eliminase la responsabilidad individual, puesto que «implicaría degradar al Derecho penal a la categoría de factor de coste adicional, relativizando la propia vigencia de sus normas», si bien, había llevado a que se considerase el modelo de responsabilidad acumulativa como el más idóneo en este ámbito. iii) También se cuestionaba la insuficiencia preventiva de las sanciones administrativas a las empresas: frente a los autores que propugnaban el elevado importe de las multas administrativas, así como el carácter «expeditivo» de dicho procedimiento, y que tales sanciones administrativas, junto con las penas imponibles a las personas físicas constituirían «un mecanismo más que suficiente para la consecución de los objetivos de política jurídica en el ámbito de los ilícitos económicos», el autor que seguimos replicaba que debía atender, en primer lugar, al «significado simbólico» del remedio penal. Además, mencionaba la imposibilidad de articular, de modo satisfactorio, la acumulación de los procedimientos administrativo y penal. En tercer término, anotaba un argumento de naturaleza criminológica, por cuanto refería que el procedimiento administrativo sancionador resultaba inidóneo para responder al fenómeno de la criminalidad organizada.

De un modo brillante, Silva Sánchez explicaba el valor comunicativo que presentaban las sanciones jurídico-penales, lo que no era predicable de las sanciones administrativas. Así las cosas, el significado ético-social más grave se anudaba a las acciones caracterizadas como delitos, por lo que, «aunque una determinada consecuencia jurídico-penal tenga el mismo contenido fáctico que una sanción administrativa, o eventualmente uno inferior, ello no obsta a que su significado comunicativo sea muy superior». Además, este destacado autor ponía de manifiesto las disfunciones que presentaba la existencia de dos procesos –penal y administrativo– frente a personas físicas y jurídicas, lo que incluso podría vulnerar el principio *ne bis in idem*, con imposibilidad de sanción al ente corporativo, a la vista de la identidad de hechos, fundamento y sujeto. De modo perspicaz puntualizaba que, si se objetaba a tales afirmaciones que se trataría de diferentes hechos y sujetos, ello abocaría a sostener que la persona jurídica es un sujeto diferente de los individuos que la integran y que ejecuta su hecho propio. En consonancia con tales postulados, abundaba que si la persona jurídica podía ser, «en cuanto tal, sujeto activo de infracciones administrativas y sujeto pasivo de sanciones administrativas, entonces empieza a hacerse más difícil argumentar por qué no puede ser sujeto en el ámbito del Derecho penal». A su vez, diluía los reproches relativos a la ausencia de culpabilidad de los entes corporativos, concretando que dicho principio también regía en el Derecho administrativo sancionador y

que, en todo caso, si se afirmaba que gozaba de una virtualidad matizada en el ordenamiento administrativo, «la pregunta es por qué no habría de regir de ese modo matizado dentro del Derecho penal, en un sector de este en el que se impusieran sanciones desprovistas de la dimensión corporal característica de la pena privativa de libertad». Así las cosas, ello llevaría a aceptar, implícitamente, que la persona jurídica es «un sujeto distinto de las personas que en ella se integran, que realiza un hecho distinto, y que puede infringir normas administrativas». Por último, zanjaba que el procedimiento administrativo no era el idóneo para ventilar los temas relativos a empresas criminales, aspecto característico de la criminalidad organizada de corte transnacional, por lo que ni el procedimiento administrativo ni las sanciones de dicha naturaleza serían «mecanismos adecuados para hacer frente a los delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas».

En otro trabajo posterior, al hilo del análisis del Convenio de Budapest sobre Cibercriminalidad, Silva Sánchez(6) volvía a tratar la temática relativa a la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En su decir, el Convenio se sustentaba en un principio de responsabilidad transferida y, en lo tocante a la relación entre dicho texto y el ordenamiento punitivo vigente en España –recordemos que este estudio es del año 2002–, lo fundamental radicaba en que «el delito de la persona física exprese el defecto de organización de la persona jurídica que permite prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido». Así las cosas, la imposición de «reacciones jurídico-penales», ya se llamasen consecuencias accesorias, como en el artículo 129 CP, o de otro modo, requería de una doble constatación: «un juicio de pasado y un juicio de futuro». Por lo que hace al juicio de pasado, según Silva, consistiría en «la determinación de que en la comisión del delito por la persona física influyó un defecto de organización de la persona jurídica, que la favoreció». En su opinión, nos hallábamos ante un juicio de imputación objetiva, en el que el riesgo generado por el modo en que se hallaba organizado el ente corporativo se había realizado en «el resultado de favorecimiento de la actuación de la persona física» y, en última instancia, en el delito cometido por esta. Hilaba aún más fino y distinguía dos tipos de juicio, dentro del juicio de pasado: i) un subjuicio *ex ante*, en el que el espectador medio, a la vista de la concreta organización del ente corporativo, llevaba a cabo un «juicio de peligrosidad objetiva» sobre

(6) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2002 (Ejemplar dedicado a: Delincuencia informática: problemas de responsabilidad; Morales García, O. (dir.), pp. 137 y 138.

ella; ii) a continuación, se daría un subjuicio *ex post* sobre la realización de dicho riesgo en el resultado producido. En segundo lugar, habría de efectuarse un juicio de presente y de futuro, que consistiría en «la constatación de que el defecto de organización no ha sido corregido en el momento de dictar la resolución y que es previsible que éste favorezca la nueva comisión de delitos».

Un firme defensor de la incriminación de los entes corporativos era Zugaldía Espinar(7), quien entendía que en el artículo 129 CP se acogía un modelo de responsabilidad criminal de las empresas que se podía calificar como «propia e indirecta». En su decir, cabían tres posibles modelos: i) una forma impropia, en que las consecuencias económicas –multa o responsabilidad civil– del delito se ponen a cargo del ente corporativo, ii) la «forma impropia indirecta», que «permite, en determinados casos, que el delito de una persona física sea imputado también, con sanciones específicas, a una persona jurídica» y iii) la forma «propia y directa», en la que es factible, de modo inmediato, atribuir tal responsabilidad al ente societario. En opinión de dicho autor, este último modelo era el «preferible», puesto que cumple la finalidad de prevención de modo más eficaz, desde el punto de vista de política criminal. En cuanto a las resistencias doctrinales a su admisión, las residenciaba en los principios del hecho y de culpabilidad de los entes corporativos, por lo que abogaba por una construcción propia de la teoría jurídica del delito de las personas jurídicas.

Con todo, a propósito de la regulación entre los años 1995 y 2010, podemos citar a Mir Puig(8), cuando escribía que el artículo 129 CP había establecido una «tercera vía»: partía de que la pena, como tal, era solo imponible a las personas físicas, si bien matizaba que las personas jurídicas ostentaban una peligrosidad especial, que había de zanjarse mediante las consecuencias accesorias, que eran medidas preventivas previstas por el ordenamiento punitivo, basadas «en la peligrosidad objetiva, instrumental» de los entes societarios, y no en el principio de culpabilidad, y que no se fundamentaban en la capacidad de delinquir de las personas físicas. Puntualizaba que la citada peligrosidad no iba referida a una persona física que puede delinquir, sino a «la peligrosidad de un instrumento». Dicho autor matizaba que

(7) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, 1997 (Ejemplar dedicado a: Empresa y delito en el nuevo Código Penal; Bacigalupo Zapater, E. (dir.), pp. 230-234.

(8) MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, pp. 4, 16 y 17, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf> [consultado el 22 de mayo de 2022].

había que diferenciar tales consecuencias de las penas y de las medidas de seguridad, por lo que abrían una «tercera vía», aunque de modo «tímido», ya que solo eran aplicables a determinados delitos. A su vez, Mir Puig indicaba que tales medidas deberían aplicarse aunque no se concretase el autor del delito, si bien ello conllevaba riesgos criminógenos, ya que podría conducir a que no se pusiese tanto empeño en determinar a los autores materiales del delito.

Si bien, debemos apostillar que, cuando aparecieron los textos prelegislativos de reforma del texto punitivo en orden a la inclusión de la responsabilidad penal de los entes corporativos –desde el proyecto de reforma del CP de 2007–, el estado de opinión doctrinal fue paulatinamente virando y aumentó el elenco de autores partidarios del cambio de paradigma(9). Morales Prats(10) expresó que la fórmula «societas delinquere non potest» no es que se ubicase en un momento de relativización, sino de «extinción», aludiendo a un «contexto larvado en el tiempo, en el que ha ido declinando paulatinamente la idea de que el Derecho penal debía dirigirse solo contra personas físicas». Anotaba dicho autor que, frente a propuestas anteriores, en las que la responsabilidad de los entes jurídicos solo se barajaba como instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, en las propuestas que analizaba se había producido una ampliación de su «escenario de proyección», por lo que se llegaba a «abarcar a la mayoría de ámbitos en los que la verificación del delito se produce en un contexto organizado y, particularmente, en empresas». Así las cosas, se perseguía el «ámbito de la criminalidad socio-económica y financiera», a lo que se agregaban «los circuitos de corrupción que ofrecen un entramado organizado». Abundaba en la cuestión Morales Prats y, tras aludir al movimiento favorable en el ámbito de la UE, de modo gráfico consignaba que se habían abandonado los planteamientos «relativamente tibios» sobre esta cuestión,

(9) No podemos obviar en esta década los valiosos trabajos de GÓMEZ-JARA DÍEZ, uno de los más relevantes autores en la materia, quien sedimentó una sólida construcción dogmática de la culpabilidad empresarial, y cuyos aportes han guiado, en buena medida, los avances jurisprudenciales hasta nuestros días. Sirva como ejemplo, en este momento, el título de su tesis doctoral, *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, leída en el año 2004 en la Universidad Autónoma de Madrid.

(10) MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155, 2009 (ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), pp. 248-250. (Se advierte al lector de que en el documento electrónico empleado, descargado desde la base de datos del CENDOJ, la numeración del trabajo abarca las pp. 248-274, lo que no coincide con el paginado en papel, que se anota en la bibliografía final).

«que mantenían un cordón umbilical respecto del Derecho penal heredero del iluminismo», ya que las formulaciones previas se basaban en un modelo de atribución de responsabilidad penal a la concreta persona física. En su decir, el CP, en su artículo 129, se había movido entre la tradición y el futuro y, en realidad, acogía un estatuto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque etiquetado con la fórmula «consecuencias accesorias».

Precisamente, al hilo de este precepto, Cuadrado Ruiz(11) dijo que el artículo 129 CP era una «solución de compromiso», y que se introdujeron sanciones penales a las que «no se ha atrevido a denominar penas, sino consecuencias accesorias». Asimismo, dicha autora defendía que los entes corporativos ostentaban capacidad de acción y que al dirigir también la persecución penal frente a la concreta persona física que ha ejecutado el delito en el seno del entramado societario no se vulnera el principio de culpabilidad; además, afirmaba la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. En idéntica senda cabe incardinar a Bacigalupo Zapater(12), quien argumentaba que las exigencias del Derecho de la Unión Europea (UE) habrían de llevar, tarde o temprano, a la incriminación expresa de las personas jurídicas. Apostillaba que, una vez admitida la responsabilidad administrativa de dichos entes, no había «razones de peso» para excluir la vía penal. También traía a colación la existencia de numerosos textos internacionales en dicha línea. Si bien, dicho autor anotaba que se trataba de una innovación «relativa», puesto que, a su entender, el artículo 129 CP acogía una «responsabilidad penal (accesoria) de las personas jurídicas respecto de los hechos punibles de sus órganos». Por otro lado, después de efectuar varias críticas de técnica legislativa del Proyecto analizado, concluía Bacigalupo Zapater que «la culpabilidad de organización debe ser un presupuesto general de la responsabilidad de las personas jurídicas».

(11) CUADRADO RUIZ, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pp. 132, 133, 135, 141, 142, 144 y 145.

(12) BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7442, 2010, pp. 1-3.

II. LA TIPIFICACIÓN EXPRESA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CP ESPAÑOL Y EL DEBATE DOCTRINAL

Hasta el año 2010, como hemos apuntado, el ordenamiento punitivo español no contaba con un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fue precisamente en este año, en virtud de la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, cuando se operó semejante cambio de paradigma mediante la incorporación del artículo 31 bis CP. Con anterioridad a dicho momento gozaba de plena vigencia el principio *societas delinquere non potest*. A propósito de dicha fórmula hemos de significar que, frente a las consideraciones que la ubicaban, erróneamente, en el Derecho Romano o medieval –por su empleo del latín–, como señala Martínez Patón(13), su paternidad se debe a la primera edición del manual de Frank Von Liszt, publicada en el año 1881. Sobre este modelo, implantado en el año 2010, Fernández Teruelo(14) expuso que se operaba un traslado de responsabilidad hacía el ente corporativo, puesto que «como los titulares del capital de la sociedad no controlaron a los administradores ni establecieron los medios idóneos para hacerlo, se considera a la sociedad penalmente responsable, lo que tendrá consecuencias económicas indirectas para los primeros». Para este mismo autor, con el artículo 31 bis CP se introducía una regulación «incompatible con muchos de los principios y axiomas básicos de nuestro Derecho penal»; en su decir, no solo se vulneraban los principios de culpabilidad, de responsabilidad personal y de personalidad de las penas, sino que se laminaba el *ne bis in idem*, «al determinar penas para dos sujetos por la misma acción anti-jurídica y decisión culpable», y ello se apreciaba en la modulación de la pena de multa cuando se imponía a la persona física y a la persona jurídica, por lo que el reproche que se efectuaba a cada una de ellas no era distinto e independiente. Dicho autor diferenciaba tres tipos de hipótesis empresariales: i) las grandes empresas, donde determinados sujetos que cuentan con un porcentaje escaso del capital controlan, sin embargo, la sociedad y su gestión, v. gr., en el caso de mercantiles con

(13) MARTÍNEZ PATÓN, V., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*, BdF, Buenos Aires, Montevideo, 2019, pp. 30 y 31. En idéntico sentido se han pronunciado Orts Berenguer y González Cussac (ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 147).

(14) FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 19-22.

multitud de accionistas. ii) Los casos en que existe un «administrador ajeno (externo o no propietario del capital)». iii) El supuesto más problemático, en que se residenciaban las principales dificultades del modelo implantado, donde el gestor o administrador es, a la vez, propietario de la empresa, ya sea de todo o de gran parte del capital; en este supuesto, «los mismos hechos dan lugar a una doble responsabilidad: el administrador responde (penalmente) personalmente y responde como titular de la sociedad penalmente condenada por su (misma) conducta delictiva», es decir, si el fundamento del sistema era la falta de control, se le reprocharía al sujeto no haberse controlado a sí mismo. Con ello se produciría una restricción de las garantías penales y se habría seguido, por el legislador, un «atajo indebido».

Nieto Martín(15) alegaba que, *prima facie*, parecía que se instauraba un sistema de responsabilidad vicarial, ya que ello se desprendía de una primera lectura del artículo 31 bis CP, sobre todo en el caso de los administradores, ya que el tenor literal del precepto invitaba a pensar que era preciso «demostrar que un concreto administrador ha omitido vigilar personalmente al subordinado que ha cometido el delito» y que, por ende, a la persona jurídica se le trasladaría la culpabilidad de dicho sujeto infractor. No obstante, mataba dicho autor que, pese a que era posible realizar dicha interpretación, ello era incorrecto, y propugnaba que en ambos casos –tanto cuando el delito se cometía por los administradores como por los subordinados–, la intelección del precepto había de efectuarse «en atención al modelo de responsabilidad o culpabilidad propia. O dicho de otro modo: el artículo 31 solo consagra un modelo de imputación, basado en la responsabilidad propia».

Por otro lado, se argumentó(16) que tras la reforma del año 2010, el CP no definía qué había de entenderse por persona jurídica, a efectos punitivos, por lo que se había optado por un sistema «dual», de personas jurídicas y entidades y agrupaciones sin dicha personalidad. Con todo, Morales Prats y Carbonell Mateu expresaban que el artículo 33.7 CP, que contenía el elenco de penas imponibles a las personas jurídicas, resultaba un precepto «alambicado y confuso», por lo que hubiera sido más «plausible» que «hubiera contenido una definición,

(15) NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, p. 56.

(16) CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis)», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 82-85.

a efectos penales, de persona jurídica comprensiva tanto de las entidades con naturaleza jurídica de tales cuanto las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, careciendo de tal naturaleza, intervengan en el tráfico jurídico». Además, apreciaban que su formulación obedecía a mantener con contenido el artículo 129 CP, puesto que en dicho momento la subsistencia de las consecuencias accesorias carecía de sentido. A su vez, tras enumerar el listado de delitos para los que el legislador había previsto la posibilidad de responsabilidad penal de los entes corporativos, dichos autores escribían que resultaba «fácil», a la vista de dicho elenco, «comprender la incompatibilidad de los delitos cuya comisión permite la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la estructura imprudente con la que la doctrina mayoritaria pretende fundamentar dicha responsabilidad». Por último, afeaban que no se habían llevado a cabo los oportunos ajustes en la normativa procesal penal, indicando la insuficiencia de la normativa vigente en el momento de la promulgación de la LO 5/2010, pronosticando que los problemas que ello provocaría serían «numerosísimos», «desde la traslación de los derechos del imputado o acusado hasta la misma competencia jurisdiccional pasando por el puro mecanismo procedimental o la confrontación de intereses entre la persona jurídica y sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho».

Debemos mencionar en este punto la postura de Díez Ripollés(17), quien explicaba que el debate político-criminal contemporáneo sobre esta materia partía del consenso de que los entes corporativos habían de ser objeto de atención específica por el ordenamiento punitivo, ubicándose el punto de referencia en la eficacia de la lucha contra la criminalidad socio-económica y financiera, lo que se veía agravado por el carácter internacional de esta delincuencia. Pues bien, tomando dicho aspecto como punto de partida, el autor que seguimos resaltaba la existencia de «incongruencias significativas» en la argumentación político-criminal, puesto que el merecimiento de pena por las personas jurídicas no se situaba en el centro de la discusión. Reflexionaba que, por el contrario, el debate se basaba en razones pragmáticas. El primer argumento colocaba la justificación de la responsabilidad societaria «en las dificultades prácticas para exigir responsabilidad penal a las personas físicas insertas en una persona jurídica», fundamentada en la «intercambiabilidad» de los trabajadores en la estructura empresarial y en la división del trabajo. Otra idea conectada con ésta se centraba en «ali-

(17) Díez RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 2-5.

viar de tensiones al sistema de responsabilidad individual». Díez Ripollés rechazaba tales ideas, tildándolas de poco fundadas. A su vez, desgranaba una segunda batería de argumentos de justificación, basados en las necesidades preventivas que satisface la pena, puesto que el instrumento penal sería el único con capacidad para repercutir en la sociedad «en términos funcionales y de reputación». Dichas ideas también eran refutadas, por cuanto la necesidad de pena no puede fundamentar la responsabilidad de ningún comportamiento.

Aludía Díez Ripollés a un tercer argumento que se había empleado por algunos autores: la necesidad de «implicar a los entes colectivos en la prevención y persecución de delitos cometidos en su seno por personas físicas». Ante la complejidad tecnológica y organizativa de los entes corporativos, las administraciones públicas no podrían perseguir, por ellas mismas, tales comportamientos, por lo que la prevención y persecución de los delitos cometidos en su seno pasaría a ser «una tarea y un coste» imputable a las propias sociedades. De ahí que el nuevo modelo perseguiría «incentivar la autorregulación y auto-organización de los entes colectivos». Si bien, afeaba el autor analizado que ello ubicaría la fundamentación teórica, nuevamente, en el ámbito de la necesidad de pena, y que se conectaría con los postulados de la criticable «prevención comunitaria», en que se asignan a los ciudadanos funciones cuasi-policiales. En su opinión, tales postulados conllevaban serios problemas de legitimación, ya que «supone una renuncia en toda regla al carácter público del Derecho penal». No desarrollaba –aunque enunciaba– otras justificaciones pragmáticas, y que calificaba como «coyunturales», cifradas en las obligaciones internacionales, la evolución del Derecho comparado o «la brecha que ya supone la vigencia del Derecho administrativo sancionador de sociedades». No obstante, finalizaba su alegato subrayando que las razones expuestas eran insuficientes para fundamentar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, dado que se hallaban ligadas a los planos ético y teleológico. Por ello, destacaba que era necesario un amplio acuerdo social sobre tres aspectos: i) «la existencia de contenidos de tutela relevantes que son afectados seriamente por las actuaciones societarias», lo que ya existía; ii) «las cualidades que deben darse en los actores societarios y en sus actuaciones para hacerles responsables penalmente de ésta», lo que exigía categorizar los elementos que permitían afirmar el juicio de reproche. iii) Que se estructurase «un sistema de sanciones que satisfaga los fines de la pena pretendidos, con el debido respeto de los otros principios de la sanción penal», lo que también se cumplía. Por ende, estimaba que habían de centrarse los esfuerzos dogmáticos en configurar un juicio de

responsabilidad penal de los entes corporativos que fuese «socialmente asumible».

No obstante, retomando nuestro hilo cronológico, debemos poner de relieve que, tan solo dos años después del 2010, mediante la LO 7/2012, de 27 de diciembre, se pulieron algunos aspectos del artículo 31 bis CP, suprimiendo de su apartado 5 la mención a partidos políticos y sindicatos como sujetos exentos de responsabilidad criminal. Sobre dicha reforma, Terradillos Basoco⁽¹⁸⁾ argumentó, en términos contundentes, que se trataba de una «reforma, pues, dentro de la reforma», relativa a un precepto que no había sido aún aplicado y cuya virtualidad práctica no se había constatado, de donde infería que se trataba de una política criminal de «parcheo intuitivo para hacer frente a problemas graves con medios cuya idoneidad nadie se ha molestado en probar». En su decir, el legislador estaba más preocupado de la percepción social de la impunidad que de esta última en sí, por lo que se trataba, una vez más, de una «respuesta penal eminentemente simbólica». Con esta introducción se abrían «nuevos espacios a la judicialización represiva de la vida política y de la dinámica sindical». Apuntaba Terradillos el riesgo de «ampliar la intervención criminalizadora en ámbitos especialmente sensibles», con cita de los artículos 6 y 7 CE, relativos a la libertad de actuación política y sindical. Además, también citaba dicho autor las dificultades técnicas para incardinar dicha responsabilidad penal de partidos políticos y sindicatos «en un entramado normativo diseñado para exigirla a empresas por la comisión de delitos socioeconómicos». En su opinión, figuras tales como «administradores de hecho o de derecho, sometimiento a la autoridad de otros, provecho, actividades sociales, son elementos que, perfectamente identificables en la estructura empresarial, solo con calzador pueden integrarse en la de las organizaciones políticas o sindicales». A su vez, ponía el foco en que no se debía de acudir al instrumento penal, sino que habían de optimizarse los recursos previos, citando algunas disfunciones: «actuación policial poco eficaz o condicionada por la corrupción, mecanismos prepenales de inspección y control inidóneos o contaminados, ausencia de voluntad política de investigación, falta de adecuación de los cauces del proceso penal, recurso arbitrario a indultos no justificables, etc». A su parecer, resultaban suficientes las respuestas contenidas en la Ley Orgánica 6/2007, de Partidos Políticos, y en la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sin-

(18) TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 172-177.

dical, puesto que se permitía «dar respuesta a las situaciones de conflicto acudiendo a criterios más adecuados a la función institucional de partidos y sindicatos que los que puede incorporar el CP». También era posible el recurso al delito de asociación ilícita, por lo que no existían lagunas normativas «que impidieran la persecución penal» de partidos políticos o sindicatos, sino que el legislador operó una «huida hacia el Derecho penal», reputándolo como «una opción paradigmática de Derecho penal simbólico».

Por su parte, Berdugo Gómez de la Torre y Matellanes Rodríguez(19), aunque valoraban de modo positivo la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010, ponían el acento en que, a pesar de la repercusión de su introducción, el legislador no había explicado las razones de su incorporación, estimando que esta cuestión se despachaba de manera «lacónica» en la Exposición de Motivos de la LO, con una referencia a los «numerosos instrumentos jurídicos internacionales», con lo que parecía que el legislador español buscaba en tales normas internacionales «una «coartada» a la decisión de incluir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, que rompía con una tradición que arranca del iluminismo», si bien en ninguno de tales textos se imponía la obligación de su expresa tipificación en el CP. Tales autores fijaban la justificación de la incriminación independiente de los entes corporativos en «la política criminal frente a la criminalidad organizada», o bien, en que se obtuviese una «respuesta eficaz frente a las consecuencias más negativas de una economía cada vez más globalizada y con la presencia de un importante poder corporativo». En su autorizada opinión, podían enunciarse dos razones fundamentales para justificar la novedad: i) en las sociedades actuales van de la mano el progreso y el riesgo, por lo que la empresa «actúa como un importante factor criminógeno» en el que la propia estructura organizativa facilitaba la concentración de responsabilidad en los niveles más bajos del ente, por lo que la nueva regulación «tendría además el efecto de potenciar el compromiso de socios y directivos con la prevención de comportamientos delictivos dentro de la empresa». ii) Se atendía a la situación de la «economía internacional globalizada», donde potentes entes empresariales supranacionales ostentaban un gran poder corporativo, con lo que, con carácter general, se desarrollaba una «política jurídica, encaminada al control de las grandes corporaciones, que puede tener consecuencias en el ámbito penal y en especial sobre la explicación de la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas». Si bien,

(19) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho penal*, núm. 20, 2013, pp. 4-9.

tales autores matizaban que dicha novedad legislativa había de ser tamizada por «el filtro de las exigencias constitucionales respecto al uso del Derecho penal, en especial de principios como el de ultima ratio o el carácter subsidiario del Derecho penal», y apuntaban que la regulación contenida en el artículo 31 bis CP abría «muchos interrogantes».

Sin embargo, la última reforma en dicho ámbito –hasta la fecha, julio de 2022– se llevó a cabo mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, en que se desarrollaron los aspectos embrionarios de este régimen y se agregaron varios preceptos –arts. 31 ter hasta el artículo 31 quinquies–. Por lo tanto, la regulación mollar se contiene en los artículos 31 bis-31 quinquies(20) CP –que, a pesar de su extensión, nos vemos

(20) Artículo 31 bis CP: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán

obligados a transcribir en nota al pie, para obtener una visión de conjunto completa y detallada—. En cuanto a la exégesis de dichos precep-

cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios»

Artículo 31 ter CP: «1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente».

Artículo 31 *quater* CP: «1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

Artículo 31 *quinques* CP: «1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

tos, distintos autores que han tratado el tema han manifestado que⁽²¹⁾ esta orientación late en muchas legislaciones de países miembros de la UE, así como en varias Decisiones Marco comunitarias –2005/667, 2005/222, 2004/757–. Frente al sistema de consecuencias accesorias del anterior artículo 129 CP, que se considera como «el embrión del sistema sancionador aplicable a la persona jurídica», la LO 5/2010 introdujo un cambio radical, que se vio complementado con la LO 1/2015. Su incorporación obedece a una decisión política, fundamentada en la importancia creciente de estos entes en el tráfico económico, en su empleo para luchar contra la corrupción y la criminalidad organizada, en el auge de la denominada «cultura del cumplimiento normativo corporativo», en la mejora de las organizaciones empresariales o en la reducción de los riesgos inherentes a la actividad societaria, lo que se vio espoleado por graves casos de corrupción internacional.

De este modo, se ha configurado un Derecho penal «de bases diferentes», y más que de un Derecho penal «distinto» se podría hablar de «algo distinto al Derecho penal». En primer lugar, como notas características, los sujetos activos han de gozar de personalidad jurídica, para lo que habrá de estarse a la normativa civil. Los entes que carezcan de dicha personalidad se incardinan en el régimen de consecuencias accesorias que mantiene el artículo 129 CP⁽²²⁾. Se excluyen el Estado, las Administraciones territoriales e institucionales y los entes

(21) MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 607-616; ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *op. cit.*, pp. 147-151; Díez RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte General*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2020, pp. 281-292; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. y NIETO MARTÍN, A. (auts.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, pp. 129-132.

(22) *Artículo 129 CP*: «1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la

que ejercen potestades administrativas o de soberanía. El primer aspecto destacable es que existe un sistema de *numerus clausus* de delitos que se pueden cometer por estos entes. En segundo lugar, la persona jurídica solo responde cuando la persona física que cometa el hecho sea representante legal de la organización, o actúe en su nombre, u ostente facultades de organización y control, o bien, que se trate de empleados que hayan cometido el delito por déficit de control de los sujetos anteriores. A su vez, dicho delito debe haberse cometido en nombre o por cuenta de la empresa y en su beneficio, tanto directo como indirecto. De ahí que se hable de dos vías de imputación o «hechos de conexión», que permiten transferir o derivar la responsabilidad de un sujeto a otro: por representación y por culpa *in vigilando*, lo que se asimila al «defecto de organización». El «debido control» que ha de ejercer el ente corporativo se traduce en normas, mecanismos e instrumentos para evitar la comisión de delitos en su seno, y puede operar como eximente de la responsabilidad penal si se cumplen todos los requisitos legales, de donde se extrae la relevancia de los «modelos de organización», popularmente conocidos como «compliance programs», aunque se anota que tales programas han de ser eficaces, sin que sean idóneos los meramente formales o semánticos, denominados «paper compliance(23)», que serían puramente cosméticos y carecerían de toda virtualidad práctica.

causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7».

(23) FRAGO AMADA, J. A., «El paper compliance, su detección y tratamiento procesal del mismo», en Frago Amada, J. A. (dir.), *Actualidad Compliance 2018*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 317-329. En idéntico sentido PÉREZ FERRER, quien subraya que los programas de cumplimiento no pueden ser «de cara a la galería», sino que deben proporcionar una adecuada formación tanto a los directivos como a los empleados. En decir de dicha autora, «sus niveles de exigencia deberán ser elevados en materias que supongan un beneficio para la organización, en contraposición a aquellos casos donde el beneficio es puramente secundario», y deben conseguir que «el compromiso con los valores éticos permee toda la organización, generando e inculcando una auténtica cultura ética corporativa». Al hilo de esta cuestión cabe significar que PÉREZ FERRER realiza una valoración positiva de que «se traslade el coste de la prevención del delito en el ámbito empresarial del Estado a las personas jurídicas, entendiendo que la implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo debe realizarse en todas las entidades que cuenten con cierta vocación de permanencia y viabilidad», y los define como «herramientas autorregulatorias imprescindibles», destacando que constituyen «un sistema de control social empresarial necesario para el Estado y el Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad», (PÉREZ FERRER, F., «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (*compliance*)», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, 2018, p. 138).

Sobre el sistema de responsabilidad penal instaurado, se ha expresado que el legislador acoge un «principio de excepcionalidad», en atención al sistema de *numerus clausus*. En este caso descuella la síntesis de Dopico Gómez-Aller, quien enuncia siete aspectos fundamentales de este modelo: i) los delitos han de ser cometidos en beneficio del ente corporativo, ii) siempre que se trate de un delito incardinado en el catálogo cerrado, iii) coexisten penas de imposición obligatoria con otras facultativas, iv) concurre una doble vía de imputación – cuando el hecho lo cometen los máximos responsables del ente o quien se encuentra bajo su supervisión–, v) se trata de una responsabilidad cumulativa con la de la persona física y vi) se otorga una relevancia capital a la actuación preventiva de la entidad, fomentándose la idea de autoorganización, por lo que vii) la idea del defecto de organización es la clave sobre la que pivota la construcción.

Otro rasgo del sistema es que coexisten la responsabilidad penal individual y la corporativa, que no son excluyentes entre sí, aunque ha de modularse la pena de multa cuando se condene a ambas personas. El sistema de exención de responsabilidad penal a las organizaciones se introdujo en el año 2015, y requiere la adopción de modelos de gestión y organización eficaces con anterioridad a la comisión del delito. Asimismo, el artículo 31 *quater* CP recoge atenuantes específicas de las personas jurídicas. El modelo no prevé circunstancias agravantes específicas para tales sujetos colectivos, aunque cabe atender a su reincidencia como elemento a valorar en la determinación de la pena, *ex* artículo 66 bis CP. Por lo que respecta a las penas que se les pueden imponer, se enumeran en el artículo 33.7 CP y todas ellas ostentan la condición de graves. En punto a la responsabilidad civil *ex delicto*, conforme al artículo 116.3 CP, ha de ser satisfecha de modo solidario por la persona jurídica y por las personas físicas declaradas penalmente responsables.

Con todo, hemos de anotar que un aspecto fundamental reside en determinar si se trata de un sistema de autorresponsabilidad o bien, de heterorresponsabilidad. La LO 1/2015 excluye de modo expreso que se trate de un sistema de responsabilidad vicarial, como es de ver en el núm. III de su Preámbulo, cuando prescribe que «se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial». No obstante, pese a esta proclamación, una de las voces más autorizadas⁽²⁴⁾ ha contestado que se trata de una responsabilidad vicaria, ya que exige como presupuesto la comisión

(24) DEL MORAL GARCÍA, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», en Pérez-Cruz Martín, A. J. (dir.),

de un delito por una persona física, si bien apostilla que nos hallamos ante una «vicariedad matizada», ya que no se exige la condena previa o simultánea de la persona física, ni su concreta culpabilidad; así las cosas, Del Moral García defiende que nos hallamos ante un sistema de responsabilidad criminal vicaria, acumulativa o dual y directa y restringida.

Precisamente, la cuestión relativa al título de imputación y al acomodo o no de este sistema en el molde de la teoría jurídica del delito ha hecho verter ríos de tinta en la doctrina española(25). Nos hallamos ante uno de los temas estrella en este momento, que ha propiciado un ingente e incesante aparato bibliográfico, como gráficamente y con sumo ingenio ha descrito el citado Del Moral García(26), cuando refiere que «el tema se ha convertido en una auténtica *vedette* del mundo académico penal de estos últimos años». Pues bien, a la vista de que estamos en un estadio práctico incipiente, y de que se ha controvertido una pluralidad de postulados doctrinales, hemos de efectuar una exposición esquemática de los principales argumentos de los autores que lo han tratado. En el sector doctrinal que propugna el sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas destaca Gómez-Jara Díez(27), quien ha escrito que el punto de partida es la asunción de la noción de «delito corporativo»(28). En su decir, solo un actor corpora-

Neira Pena, A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 57 y 58.

(25) Existe una multitud inabarcable y casi diaria de ensayos sobre temas relacionados con personas jurídicas, tanto sustantivos como procesales, o estudios variados sobre *compliance* y su aplicación práctica. Por ello, vaya por delante en esta nota una disculpa con las omisiones de artículos y trabajos de referencia. Por ende, se ha aplicado un criterio no exhaustivo de selección de algunos materiales señeros en este ámbito, si bien, el espacio acotado conlleva que no se puedan desarrollar lo suficiente todos los aspectos.

(26) DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, p. 48.

(27) GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 21-63. También sobresale la síntesis jurisprudencial que efectúa en otra obra destacada GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

(28) Término acuñado en la doctrina española por FEIJOO SÁNCHEZ (FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas*, 2.^a ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016). Noción que ha sido aplaudida por algún autor, que la concibe como «fructífera y prometedora» en el ámbito de la delincuencia económica, ya que «que sitúa el foco de la investigación en el hecho de que el delito se comete en el interior de una empresa —de un colectivo— y se realiza a su favor», por lo que se coloca el acento en el «grupo», DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.*, pp. 41 y 45.

tivo puede cometer un delito corporativo. Para ello acude a la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, y estima que la responsabilidad penal ha de predicarse de un ente totalmente independiente –imputable–, que no es un mero instrumento, zanjando que dicha independencia es «un límite normativo que probablemente irá variando a lo largo del tiempo». Únicamente es predicable de entidades con un sustrato organizativo complejo, que adquieren una capacidad de autodeterminación. En este sentido, el ciudadano corporativo ha de ser fiel al Derecho, y ha de articular un sistema de gestión conforme a él, siguiendo sus pautas, implantando un modelo ético, a la vista de la relevancia socioeconómica de la actuación de las grandes corporaciones. En la síntesis de su elaborada construcción destaca la idea de una cultura de cumplimiento normativo de las empresas y, por ende, la afirmación de que su responsabilidad penal se basa en un injusto propio del ente corporativo, el delito corporativo, fundamentado en un defecto de organización, que tiene como presupuesto –que no requisito– un hecho ejecutado por una persona física, y fundamenta la culpabilidad empresarial en un concepto constructivista, que toma como referente al ciudadano empresarial fiel al Derecho, por lo que las entidades sin organización interna compleja podrían ser «inimputables».

Por otro lado, Zugaldía Espinar⁽²⁹⁾ explica que, entre los partidarios de la autorresponsabilidad de los entes corporativos, se pueden discriminar cuatro posturas: i) la teoría del dominio de la organización funcional sistemática, que se basa en el aumento del riesgo propio de la actividad de la empresa, con una «culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial»; ii) la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, que, como vimos, residencia la acción típica en un defecto de organización empresarial, si bien, Zugaldía Espinar le afea que se convierta al hecho humano en un «extraño presupuesto», y estima que incurre en una «gran falacia» cuando «intenta presentar como propio de la persona jurídica lo que no es sino obra las personas físicas que la integran y a través de las cuales actúa»; iii) la teoría de la acción comunicativa, que estima que la acción típica de la persona jurídica es «el incumplimiento del deber que jurídicamente le incumbe»; iv) el «modelo del hecho de conexión» –por el que aboga Zugaldía Espinar– atiende al aumento del riesgo propio de la actividad de la empresa por la realización «por una persona física competente, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal (hecho de conexión) en el que se

(29) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 121, 2017, pp. 15-23 (cursivas en el original).

admita la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y que, en tanto realizada con los requisitos del artículo 31 bis CP (en el giro de empresa, en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica), sea al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, una *acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo*». En esta concepción se trata de «determinar bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su autora», y se concluye que la culpabilidad del ente se basa en el defecto de organización.

Para Cuello Contreras y Mapelli Caffarena(30), el legislador español ha seguido el «modelo mixto» de responsabilidad criminal del ente corporativo, ya que dicha atribución «presupone *siempre* la comisión de un delito por parte de alguien que actúa desde dentro» del ente y, en punto a la culpabilidad societaria, arguyen que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se acredita que desarrolló un «modelo de organización idóneo para prevenir el delito, asignado a un órgano independiente dentro de la persona jurídica que los autores del delito burlaron fraudulentamente, sin que hubiera omisión o insuficiencia del órgano de control». Así las cosas, la responsabilidad se basa en la propia culpabilidad del ente corporativo, con lo que se «evita que la responsabilidad sea *vicaria*». Asimismo, dichos autores concluyen que esta punibilidad, pese a la existencia de grandes detractores, «era necesaria», ante la insuficiencia de las medidas de naturaleza administrativa, de las consecuencias accesorias y de las medidas de seguridad. No obstante, advierten de la dificultad para acomodar las categorías de acción, culpabilidad y pena a tales entes, puesto que se elaboraron tomando como referente a la persona física. Sin embargo, apostillan que, desde la vertiente del lenguaje coloquial, resulta «fácil» comprender la atribución de sanciones penales a los entes societarios, con base en el «efecto social dañoso» que es dable atribuir a las acciones de dichos entes. Además, la presencia de una persona física que realiza el concreto acto u omisión, garantiza la presencia del «presupuesto ontológico (naturalístico)», que está vinculado a la realidad preexistente y evita que «la regulación jurídica divague en lo etéreo», lo que se cifra como el «principal problema del funcionalismo normativista».

A juicio de Galán Muñoz y Núñez Castaño(31), la responsabilidad penal de las personas jurídicas era necesaria, ya que «represen-

(30) CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 71-74 (cursivas en el original).

(31) GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho penal Económico y de la Empresa*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 47-52.

tan uno de los principales focos de peligro» de los delitos más graves que se pueden cometer hoy en día, puesto que se conciben como el instrumento jurídico que se emplea, con mayor frecuencia, para «reunir y organizar los recursos materiales y humanos que se requieren para poder realizarlos»; a su vez, dichos autores subrayan el hecho de que tales entes «pueden incluso llegar a incentivar su comisión mediante la implantación de subculturas internas que la fomentan», poniendo como ejemplo las primas a empleados por captación de clientes, incluso con engaños, mediante la promesa de mayores beneficios. En cuanto al fundamento de la autorresponsabilidad de la empresa, y partiendo de la necesidad de que esta haya establecido «medidas con carácter previo, tal y como podían y debían haber hecho, para reducir de forma significativa el riesgo de realización de conductas delictivas como la finalmente realizada», tales autores expresan que resulta «imposible» entender que dicho sistema de responsabilidad penal «se sustente solo en el hecho y en la responsabilidad de la persona física que hubiese cometido el delito del que se la trate de responsabilizar», por lo que, en síntesis, los entes corporativos responden «porque no cumplieron con el deber de prevenir dichos delitos que el ordenamiento penal les dirige, favoreciendo así que, finalmente, uno de ellos se llegase a realizar, en su nombre y en beneficio, gracias a su falta o defectuoso de control».

Por su peso específico, debemos detenernos en este punto en la exposición que nos brinda Martínez-Buján Pérez(32), al hilo de su concepción significativa de la acción. Dicho autor recuerda que en nuestro país era minoritario el sector doctrinal que defendía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la culpabilidad por defecto de organización requería como presupuesto la realización de un hecho típico ya que, de lo contrario, nos hallaríamos ante una culpabilidad sin antijuridicidad. Al hilo de su análisis, se cuestiona cómo se puede fundamentar dogmáticamente este modelo de responsabilidad a partir de los postulados de la concepción significativa de la acción que él asume. Y responde –siguiendo a Carbonell Mateu y a González Cussac– que «ni la acción ni la culpabilidad pueden ser escollos dogmáticos para admitir dicha responsabilidad». Parte de que «la acción es significado», por lo que «el sentido será atribuible a todo aquello que, de acuerdo con nuestro lenguaje social y comunicativo, pueda ser fuente de significado», lo que equipara a «todo aquello a lo que jurídicamente decidamos otorgarle capacidad de comportamiento, de decisión y de sometimiento a las normas». En este sentido, el sujeto

(32) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 5.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 607-615.

de derecho que puede cometer el incumplimiento de una norma «puede ser objeto de atribución de un sentido», por lo que ostenta capacidad de acción. A su vez, el sujeto que es capaz de incumplir un deber que resulta exigible también es sujeto de derecho, y zanja que una persona jurídica puede incumplir obligaciones e incurrir en responsabilidades patrimoniales o de otro tipo.

Así, afirmada su capacidad de acción, Martínez-Buján Pérez desarrolla a continuación su capacidad de culpabilidad, aunque reconoce que esta cuestión resulta «algo más compleja». Admite que los entes corporativos «carecen en rigor de dignidad», si bien, este escollo puede ser salvado si se toma en consideración que no ha de verificarse un reproche moral, sino «estrictamente jurídico», es decir, de obligatoriedad personal, cifrado en «comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias personales en las que actuó» y, bajo tales premisas, también resulta predicable las personas jurídicas. Esta construcción le lleva a afirmar que el reproche que se realiza al ente societario se basa en un «hecho propio», dado que así se reconoce en todas las ramas del ordenamiento jurídico, en las que «se constata una manifestación de voluntad llevada a cabo a través de los sistemas legal o estatutariamente reguladores de la formación de voluntad en los órganos individuales o colegiados que adoptan resoluciones ejecutivas». Por ende, esta responsabilidad penal debe articularse de modo similar a las personas físicas, puesto que se requiere la existencia de «una conducta ilícita que ha de ser exigible personalmente». Así las cosas, el defecto de organización empresarial deberá verificarse en cada caso concreto, puesto que es factible que se ejecuten conductas «con significado típico con una perfecta organización y se pueden cometer con o sin dolo». En resumen, Martínez-Buján Pérez sentencia que con ello se ofrece un «soporte teórico y dogmático adecuado», y que se construye un modelo convincente y coherente que resulta común al exigido para las personas físicas.

Otro relevante trabajo que se sustenta en la concepción significativa de la acción ha sido confeccionado por González Cussac(33), quien efectúa un sintético análisis desde los postulados de la filosofía del lenguaje. En su decir, el punto de partida ha de situarse en la diferencia entre lo que la ley dice y lo que habría de decir. Expresa que el modelo español no contiene, en puridad, y de modo completo «un régimen de autorresponsabilidad o de heterorresponsabilidad», si bien puntualiza que desde el año 2015 «se ha acentuado la dependencia de

(33) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje», *Revista Penal México*, núm. 19, 2021, pp. 31-36.

la conducta delictiva previa cometida por la persona física», lo que aproxima, en su opinión, el texto punitivo a un modelo de heterorresponsabilidad, y lo que provoca que se enciendan «las alarmas de riesgo de inconstitucionalidad». En dicho sentido, exige una interpretación cautelosa «para evitar una responsabilidad criminal de la persona moral automática, objetiva, vicaria y desproporcional». González Cussac rechaza tanto los planteamientos que niegan la responsabilidad penal de los entes corporativos como los que sustentan «modelos de autorresponsabilidad originados en construcciones sistémicas», por lo que es partidario de una «vía intermedia». Avanza en su explicación y, siguiendo a Carbonell Mateu y su aplicación de la teoría significativa de la acción, González Cussac afirma que ha de admitirse la capacidad de acción de la persona jurídica, lo que se consigue «gracias a la liberación de una parte del «lastre del soporte físico» y de otra de la dualidad cartesiana mente-cuerpo», lo que se sintetiza en que la responsabilidad criminal del ente corporativo «debe justificarse en el desvalor de su acción, de su resultado y en la atribución subjetiva de su propio hecho». Si bien, matiza que los autores que se adhieren a la teoría significativa de la acción –Carbonell Mateu y Martínez-Buján Pérez– no afirman que se acoja un modelo de autorresponsabilidad, sino que es el «más coherente y menos problemático constitucionalmente», ya que los otros modelos teóricos «no dejan de ser remedios o parches que nunca logran sortear satisfactoriamente todos los riesgos de inconstitucionalidad». Por lo tanto, llegados a dicho punto y salvados los obstáculos dogmáticos, el debate sería de naturaleza político-criminal.

González Cussac desarrolla su planteamiento y, al hilo de la legitimación de la intervención penal, arguye que se trata de un asunto que no resulta sencillo, si bien, confronta los postulados del modelo clásico de heterorresponsabilidad ya que, en su decir, «practica una espuria importación del contenido teórico del Derecho civil, con serias dudas de violación del principio de culpabilidad»; no obstante, afea a los partidarios del sistema de culpabilidad del ente corporativo basado en el defecto de organización que «tratan, sin éxito, de disimular la conexión de la responsabilidad de la persona jurídica con la conducta precedente de la persona física, pero no logran resolver satisfactoriamente el problema de la heterorresponsabilidad». Para afirmar la responsabilidad propia de la persona jurídica habrían de afirmarse tres elementos: «desvalor de acción, desvalor de resultado y culpabilidad propios». Tras ello, expone dos aspectos basales de su construcción. El primero se centra en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, donde discrimina tres esferas: i) el fundamento de la legitimidad

de la sanción a dichos entes ha de radicarse en la tutela de bienes jurídicos, por lo que «los parámetros preventivos quedan subordinados a esta función previa y principal de tutela», por ende, debe partirse de un reconocimiento previo de un derecho del que surge una ulterior obligación. ii) Por lo que hace al «defecto de organización», estima que nunca se puede erigir en fundamento del castigo, puesto que «guarda un inquietante parecido con el Derecho penal de autor o por la conducción de la vida», con lo que debe estarse al hecho concreto. iii) Debe descartarse toda confusión entre Derecho y moral, por lo que «al margen de evitar el renacimiento del privilegio de la autorregulación, resulta incompatible con esta concepción del *ius puniendi* una justificación que, abierta o subrepticamente, coloque la «ética» o la «cultura» empresarial por encima de las normas jurídicas emanada de la soberanía popular». De ahí que rechace dicho recurso a normas «propias de naturaleza extra o metajurídicas».

En segundo lugar, González Cussac analiza la infracción de la ley penal y su concreto significado en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para afirmar el castigo ha de partirse de que dichos entes han contribuido, con su actuación, a la lesión o puesta en peligro de intereses jurídicamente tutelados. En este sentido, ha de ponerse el foco en dos cuestiones, que únicamente apunta en el trabajo que seguimos: si las personas morales tienen capacidad para realizar acciones ilegales y, en segundo término, si ostentan «capacidad de incumplimiento de deberes dimanantes de la ley», es decir, si poseen capacidad de acción y de infracción de la ley penal.

Con todo, las fórmulas basadas en la autorresponsabilidad han cosechado severas críticas doctrinales, así como la propia noción de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, podemos recapitular algunas objeciones frontales⁽³⁴⁾. Se describe como

(34) GRACIA MARTÍN, L., «La doctrina de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Revista Foro FICP*, núm. 2, 2014, pp. 16-78; Díez RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, pp. 281-292; MIR PUIG, S., «Las nuevas «penas» para personas jurídicas, una clase de «penas» sin culpabilidad», *Revista Foro FICP*, núm. 1, 2014, pp. 24, 31; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley Compliance Penal*, núm. 3, 2020, pp. 1-8; DEL MORAL GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 48-51; ROBLES PLANAS, R., «Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal», *La Ley Compliance Penal*, núm. 8, 2022; LUZÓN PEÑA, D. E., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 163-170, (se advierte al lector de que en este trabajo se ha empleado la versión de la monografía que obra en la biblioteca *online* de Tirant lo Blanch, en que no aparece paginado en el cuerpo del texto, por lo que las distorsiones que se aprecien entre el libro en papel y el documento electrónico empleado se deben

«extraviado y disparatado constructo», como «zombi político criminal» que acelera la «entropía» del Derecho penal. Así, a diferencia de la noción de culpabilidad, la «responsabilidad» es multívoca y resulta errado aplicar dicho concepto a este campo. También se cuestiona cuáles son la acción y la culpabilidad propias del ente corporativo, qué es la norma de determinación o en qué consisten el dolo o la imprudencia de la persona jurídica. Así, Gracia Martín concluye negando «contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado». Otra de las críticas es que con la reforma de 2015 estamos ante un modelo «cuestionado», que va a permitir que muchos entes puedan eludir su responsabilidad, y que es una modificación «apresurada» que constituye una «traducción prácticamente literal de la regulación italiana». A su vez, un sector doctrinal entiende que la persona jurídica no tiene capacidad de acción ni de omisión, por lo que las penas asignadas tienen un carácter «simbólico» y un presupuesto distinto al de las personas físicas. En cuanto a sus carencias, los distintos autores analizados expresan que persisten delitos que se limitan a prever las consecuencias accesorias del artículo 129 CP y que se incluyen muy pocos delitos susceptibles de comisión imprudente; además, estiman «improcedente» la noción propia de culpabilidad de la empresa. Para esta línea de pensamiento, nos hallamos ante una ficción jurídica, ya que las personas jurídicas ni delinquen ni actúan, por lo que se da un uso equívoco del lenguaje –v. gr. en el concepto de dolo–, y habrían de mantenerse en el «Derecho penal de cosas», ante su carácter instrumental. Otro argumento contrario es la necesidad de manejar con cautelas tales ficciones en el ordenamiento punitivo «para no traicionar algunos de sus principios básicos», que se infringen los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de las penas, y que «*societas delinquere non potest... sed puniri potest*».

En este orden de ideas, Robles Planas ha colocado el acento en el carácter «premio» que tiene la adopción de sistemas de *compliance*, no como deber, sino como «incumbencia» de los entes corporativos, por lo que «el beneficio permite justificar al Estado que fomente o incentive que las empresas sean cuasi-funcionarias o colaboradoras activas en la prevención y detección del delito. La «herejía» de la persona jurídica sería no adoptar ese papel». Por su parte, y en apretada síntesis, Luzón Peña estima que ha de mantenerse el concepto de acción como conducta humana, por lo que niega su aplicación a las

a dicho particular); COBO DEL ROSAL, M., ««Societas delinquere non potest», a pesar de los pesares», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 115, 2015, pp. 389-400.

personas jurídicas, en las que su voluntad o decisión no responde «a un sistema espiritual humano en situación consciente, sino que se forma por acuerdo», además, no puede tener dolo –carece de conciencia y voluntad– y no realiza ella el acto imprudente en la organización o vigilancia, sino sus órganos directivos, por lo que no es dable ampliar la noción de acción a tales entes. A su vez, dicho autor sostiene que el delito lo habría cometido una persona física y no el ente corporativo. Por último, Luzón Peña afirma la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y la inadecuación de que se apliquen penas frente a ellas, tanto por el quebranto del principio de personalidad de las penas como por el hecho de que dicho sistema «no se ajusta –o al menos no se ajusta bien– a los fines de la pena».

Por otro lado, conviene que nos detengamos en la contundente crítica vertida por Cobo del Rosal, quien emplea calificativos especialmente duros cuando manifiesta que nunca se debió poner en tela de juicio el principio *societas delinquere non potest*, «y menos de la forma tan zafia y bruta con que se ha pretendido introducir por la gatera legislativa pues revela una falta, y muy grave, de respeto constitucional». Estima que nos hallamos ante una «aporía jurídico penal», ya que las personas jurídicas son ficciones y, como tales, «no pueden cometer hechos delictivos, ni hechos humanos de ninguna clase». Afea en este campo las «absurdas elucubraciones que se están llevando a cabo por algunos y otros autores contemporáneos que se creen de vanguardia». Niega que se pueda hacer referencia a la teoría jurídica del delito, «por muchas fantasías interpretativas que se utilicen», y manifiesta que las personas morales no tienen capacidad de acción ni de culpabilidad. Siguiendo un tono muy duro, Cobo del Rosal escribe que el CP «con cierta zafiedad y grosería, ha hecho brotar como una especie de espurio hongo basado en una consecuencia del delito en estricto sentido solo cometido por las personas físicas entre la basura de la reforma del año 2010 y ha proclamado consecuencias limitadoras, negativas y restrictivas, para las personas jurídicas». Rechaza la posibilidad de la autoría de tales entes, con base en los artículos 28 y 29 CP, cuando añade que «de la literalidad y sentido de ambos artículos, si se leen, como debe ser, de forma no locoide e imprejuizada, no hay posibilidad de afirmar una persona moral, como realizadora, en régimen de autoría estricta o de complicidad, de infracción penal alguna».

Continúa dicho autor su vehemente discurso expresando que «se ha llegado al brutal disparate de crear una responsabilidad que se denomina penal, porque sí, sin que se sea autor ni cómplice como es el caso de las sociedades y ya así puede caber todo, como sería la dispa-

ratada existencia de un delito sin autor, sin que, en suma, se pueda afirmar la autoría. Eso, no!». Cobo del Rosal mantiene su tono acerrado y proclama que «incrustar y colocar un engendro, como el que se ha creado en la reforma del 2010 y modificado en la de 2015 es, sencillamente, un soberano error de una enorme complejidad y poner en entredicho el principio del hecho, confundiendo lamentablemente el hecho delictivo con su resultado económico, en su caso». Lamenta también que no se hayan reforzado y desarrollado las consecuencias accesorias. Dedica agrios adjetivos a los defensores de esta forma de responsabilidad criminal cuando sentencia que «no sólo es criticable la reforma penal acaecida en mala hora, sino sobre todo la estólida actitud, acrítica y beata, de un gran sector de la pretendida doctrina científica (¿?) española que deja en el aire, con absoluta superficialidad, graves problemas derivados del inusitado decisionismo y expansionismo represivos del moderno Derecho penal español, que se proclama por doquier «democrático», y no lo es, a mi juicio, desde luego». Por último, tilda esta incorporación como «anticonstitucional» y concluye que «destruye principios básicos» del Derecho penal.

También discrepa de la incriminación de los entes corporativos Gómez Martín(35), quien refuta buena parte de los postulados en cuanto a la aplicación de las categorías de la teoría jurídica del delito a las personas jurídicas –significadamente, en cuanto a la culpabilidad de la empresa– y, tras descartar que el hecho de conexión sea suficiente para dejar intacto el principio de personalidad de las penas en tales supuestos, analiza la naturaleza jurídica de las penas imponibles a las personas jurídicas. En su decir, y compartiendo el sentir de un sector doctrinal, aunque formalmente se denominen penas. En este sentido, las que se enuncian en el artículo 33.7 CP se pueden dividir en dos grupos: pecuniarias e interdictivas. Las primeras –la multa– perseguirían «el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento injusto de la persona jurídica» provocado por la conducta de la persona física, mientras que las interdictivas «tendrían más bien la naturaleza propia de medidas de seguridad previstas para controlar la probabilidad de reiteración delictiva inherente a sociedades peligrosas». Abunda en tales consideraciones cuando estima que el ordenamiento punitivo debe ser respetuoso con los límites que impone un Estado democrático, y entiende que en las penas imponibles a las personas jurídicas nos hallamos ante «consecuencias jurídicas derivadas

(35) GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en Landa Gorostiza, J. M.; Ortubay Fuentes, M. y Garo Carrera, E. (Coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 270, 279-281 (cursivas en el original).

de una política criminal eminentemente pragmática y consecuencialista sustraída a límites tan fundamentales como el de *non bis in idem*, personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, imputación subjetiva, imputación personal o proporcionalidad de las penas». Por ello, sostiene que tales medidas divergen de la naturaleza propia de las penas para las personas físicas, por lo que su naturaleza jurídica se corresponde con la de la responsabilidad civil –en el caso de la multa– o con las medidas de seguridad. Considera Gómez Martín que «el presupuesto de la responsabilidad no será un hecho propio delictivo, sino un *estado de cosas peligroso* que genera un *enriquecimiento injusto* a la persona jurídica», por lo que concluye que hay «razones para creer, por tanto, que bajo la piel de lobo de la pena, el Código Penal oculta, en realidad, en parte la oveja descarriada de una suerte de responsabilidad civil derivada de delito y, en parte, la de una especie de sistema de medidas de seguridad interdictivas para sociedades peligrosas».

Una vez que hemos expuesto las principales líneas doctrinales al respecto, debemos prestar atención a la plasmación jurisprudencial de la controversia. En la primera Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en que se analizó la materia, la STS 154/2016(36), se indicó que el CP proclamaba un sistema de autorresponsabilidad de los entes corporativos, cuyo injusto típico radicaba en un defecto organizativo, y en el que el comportamiento de las personas físicas era reputado como presupuesto, pero no como fundamento de la punición, por cuanto de lo contrario se trataría de un modelo de responsabilidad por hecho ajeno –es decir, asumió los postulados de Gómez-Jara Díez–. Con todo, esta primera sentencia contó con una fuerte discrepancia, ya que siete de los quince magistrados de la Sala firmaron un voto particular disidente en el aspecto relativo a la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como elemento definidor de la tipicidad, reputándolo como «evanescente». Al hilo de esta cuestión podemos citar la crítica a esta pionera sentencia formulada por Gómez Tomillo(37). A juicio de dicho autor, cuando la Sala 2.^a proclama, en la meritada resolución, que el delito cometido en el seno de la persona jurídica «ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al

(36) STS 154/2016, de 29 de febrero, ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, ECLI: ES:TS:2016:613. Sobre esta resolución resulta relevante el análisis de DEL ROSAL BLASCO, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, núm. 8732, 2016, pp. 1-13.

(37) GÓMEZ TOMILLO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario La Ley*, núm. 8747, 2016, pp. 4 y 5.

Derecho», se trata de un criterio incorrecto, por dos motivos: «Por una parte, por la imposibilidad de que la ausencia de una cultura determinada facilite nada. Y, por otra, por utilizar un criterio muy discutible como núcleo de la exigencia de responsabilidad penal de las entidades jurídicas». En lo tocante al primer aspecto, que el delito se facilite mediante dicha ausencia, el autor que seguimos expone que resulta incorrecto afirmar que de una omisión se derive algo, «cuando un abstenerse de actuar es una nada fáctica y de la nada, nada puede surgir, *ex nihilo nihil fit*». En su opinión, habría de exigirse «una conexión fáctica entre la idea de cultura empresarial de tal persona y el delito cometido».

Sin embargo, el argumento mollar del comentario de Gómez Tomillo se centra en rechazar que la ausencia de cultura empresarial pueda erigirse en fundamento determinante de la responsabilidad penal de los entes corporativos. No desconoce que dicha idea se encuentre en el sistema angloamericano, pero califica dicha construcción como «excesivamente ambigua», lo que, a su parecer, comporta «una excesiva restricción de las posibilidades sancionatorias, reducidas al ámbito de lo excepcional, puesto que una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que, excepcionalmente, incurren en un delito». Además, abunda en dicho aspecto cuando aprecia que la sentencia que desgrana prescinde de semejante elemento cuando justifica la condena a los entes societarios declarados penalmente responsables. Apunta, a continuación, dos ideas interesantes: i) «a una empresa recién creada claramente se le puede imputar un delito, pero difícilmente se puede decir que carezca de una cultura de cumplimiento (aunque sí un defecto organizativo, idea que tiene un carácter más puntual)», dado que dicha cultura no se puede improvisar, sino que implica «una proyección dilatada en el tiempo». ii) Además, advierte que «un injusto consistente en la ausencia de una determinada cultura, implicaría claramente una transición de un Derecho penal del hecho a una especie inasumible de Derecho penal de autor asociado al modo de conducción de la vida en nuestro caso social, empresarial, u organizativa».

No obstante, debemos significar que, con posterioridad a la fundamental STS 154/2016, ha habido varias decenas de resoluciones en las que el Alto Tribunal ha ido perfilado los elementos del sistema, tanto sustantivos como procesales, y se ha asentado en la jurisprudencia la nota de la autorresponsabilidad de los entes corporativos. Destaca la asunción de la noción de «delito corporativo», fórmula útil –como veremos a continuación–, que condensa que nos hallamos ante un delito propio de la persona jurídica, por lo que se enfatiza en su hecho

diferencial; si bien, pese al carácter preciso de tales conceptos, su empleo ha sido fuertemente contestado por algunos sectores doctrinales y desde la *praxis* judicial diaria, puesto que quien suscribe ha observado que en variados escritos procesales las defensas señalan que esta formulación no aporta ningún beneficio adicional y que carece de sustento en el texto punitivo. En apretada síntesis, Villegas García y Encinar del Pozo indican(38) que, según la jurisprudencia de la Sala 2.^a «nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas es un modelo por hecho propio, en el que el delito cometido por la persona física es el presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero donde esta última responde por un injusto diferenciado (delito corporativo) tras la constatación de un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda entidad». Para tales autores, la responsabilidad de la persona física y del ente societario son independientes, y la persona jurídica no es responsable porque lo sea la primera. Si bien, no cabe atender a una supuesta coautoría del mismo delito, sino que la responsabilidad penal de la persona jurídica, una vez acreditada la comisión del delito por la persona física –su presupuesto–, se basa en «la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran dicha organización».

En todo caso, como indicamos, nos hallamos ante una materia dinámica, en plena y continua evolución, en que el TS está cumpliendo su labor nomofiláctica y en la que resultan esenciales los aportes de la doctrina. Como se ha podido apreciar con la exposición de las principales posturas en liza, el debate doctrinal continúa siendo prolijo, ya que incluso entre los propios autores partidarios de la incriminación de las personas jurídicas y del sistema de autorresponsabilidad se observan notables controversias, por lo que habrá de estarse a la expectativa en los progresos teóricos, con su innegable repercusión en la práctica judicial. En este punto podemos citar a un especialista en la materia de la talla de Nieto Martín(39), quien efectúa una serie de interesantes propuestas al respecto. A su juicio, es posible entender de dos modos la fundamentación de la responsabilidad penal de las per-

(38) VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: algunas reflexiones», *La Ley Compliance Penal*, núm. 2, 2020. (Se advierte al lector que en este documento se ha seguido la versión obrante en la base de datos *la ley digital*, del grupo Wolters Kluwer, cuyo paginado se seguirá en esta nota al pie), pp. 2 y 3.

(39) NIETO MARTÍN, A., «Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad», *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021, pp. 1-3.

sonas jurídicas: para un grupo de autores se trata de una «forma de regulación», en que la pena es «un incentivo destinado a que la dirección de la entidad establezca procedimientos internos eficaces para prevenir y detectar los comportamientos ilícitos que tengan lugar en la organización», por lo que no se daría un juicio de reproche, y concluye que, desde tales postulados, la naturaleza de la sanción –penal o administrativa– constituye un elemento secundario. En segundo término, frente a dicha visión «regulatoria» se hallaría la «genuinamente penal», que requiere la culpabilidad del ente corporativo y la que «la imposición de la pena conlleva por ello un reproche de naturaleza ético social». Si bien, resultan atinadas sus palabras cuando afirma que, pese a la diferencia teórica entre ambas construcciones, existen pocas diferencias prácticas entre un sistema y otro, ya que en ningún caso «implica diferencias sustanciales a la hora de establecer el modelo de imputación», y en ambos supuestos se coincide en la existencia del defecto de organización como base del reproche.

De la mayor repercusión es la afirmación de Nieto Martín en la que sostiene que la distinción teórica tampoco afecta a «la construcción de los programas de cumplimiento» y, a su vez, no se producen repercusiones en el diseño de las sanciones. Tomando como referente tales premisas, y en orden a dotar a su argumentario de consecuencias prácticas, el autor que analizamos propone «adoptar el concepto de legitimidad como epicentro del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica». Parte del «valor comunicativo» de la pena frente a otro tipo de «medidas reguladoras» y afirma que, en el caso de los entes corporativos, «la imposición de la pena tiene como efecto una pérdida de legitimidad, que no debe confundirse con el daño reputacional», elemento este último al que tilda de hecho «empírico y social», si bien, la pena implica «una deslegitimación de carácter normativo»; por tal motivo, cuando la empresa comete un delito «parte de la confianza que el ordenamiento deposita en las organizaciones, en virtud de la cual se confía en sus dirigentes, concediéndoles un gran margen de autonomía para autorregularse».

En este orden de consideraciones, Nieto Martín estima que esta pérdida de legitimidad empresarial, derivada de la imposición de la pena, debe conectarse con la «responsabilidad social corporativa», cuya función cifra en «garantizar la legitimidad de la empresa en su entorno». En su decir, la legitimidad es uno de los grandes retos de la gestión empresarial, por dos motivos: i) porque es un «elemento imprescindible para que una organización realice correctamente sus funciones y se desenvuelva con éxito» y, de modo más importante, y en relación con las grandes corporaciones, ii) porque estas han

dejado de ser meros sujetos económicos para convertirse en sujetos políticos, con grandes poderes y capacidades para intervenir en la vida pública y que sus decisiones trasciendan y afecten a terceros, por lo que las grandes empresas necesitan «aproximarse a los criterios de legitimación organizaciones políticas, como el Estado». De ahí que la responsabilidad social corporativa deje de ser un elemento puramente voluntario y esté llamada a ser «un elemento transformador de la regulación jurídica del gobierno corporativo», con lo que superaría su papel tradicional, al margen del ordenamiento jurídico. Para Nieto Martín, esta coincidencia de sentido entre la responsabilidad social corporativa y la responsabilidad criminal de las personas morales «implica que la función de los programas de cumplimiento va más allá de la gestión de los riesgos legales de la empresa y en especial el derivado de la responsabilidad penal»; en este sentido, los entes corporativos pretenden «garantizar la legitimación social» de su actividad empresarial, por lo que «la relación entre legitimación y legalidad es de inclusión». En segundo lugar, apunta una consecuencia en sede de penas, puesto que su comprensión de la «deslegitimación» comporta que la realización del delito por la empresa significa que el ordenamiento jurídico deje de «confiar en su capacidad de autoorganización», por lo que al delito de la empresa se le debe anudar una respuesta contundente, para lo que estima insuficiente la simple multa y, realizando un paralelismo con la importancia de la pena de prisión en el ámbito de las personas físicas, entiende Nieto Martín que «resulta necesario diseñar una nueva generación de sanciones penales para las personas jurídicas, con mayor potencial comunicativo que la multa».

Dado que hemos aludido al aspecto regulatorio, siquiera de modo conciso, en este punto hemos de recordar las lúcidas palabras de Silva Sánchez(40), cuando advierte que, desde hace dos décadas, nos encontramos ante un nuevo paradigma de Estado, «que conlleva la desaparición del Estado intervencionista o prestacional», que se caracteriza, formalmente, por una «delegación del poder de instituciones centrales del Estado a agencias regulatorias independientes», y que dichos entes están constituidos por expertos. En segundo término, dicha delegación se superpone a otro fenómeno, la tendencia a la «disminución de la intervención directa del Estado en las actividades económicas», con lo que se da un «adelgazamiento del Estado», por lo que se transita del Estado prestacional al «Estado garante», en el que las prestaciones se llevan a cabo por quienes se encuentran en mejores

(40) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, pp. 1-4.

condiciones para ello, lo que cifra en los terceros privados, por lo que se combinan las agencias estatales y el sector privado, con lo que un rasgo característico de este nuevo sistema es «tanto la regulación técnica como, sobre todo, su conocida variante de la autorregulación regulada». En consecuencia, se produce una «descentralización del control», en que el Estado actúa como «observador». Pues bien, en este modelo, los sujetos privados aparecen como «colaboradores» de las Administraciones Públicas. En tal esquema se establece un «marco regulador», caracterizado por «su configuración según un sistema de niveles superpuestos», en el que confluyen tanto el Derecho supranacional, el Derecho comunitario y la legislación nacional, y «una vez establecido el marco regulador, se trata de que tenga lugar el dictado de una autorregulación que cumpla con las condiciones establecidas en aquel marco».

En relación con el ordenamiento punitivo, el Derecho penal se desvirtúa, ya que su fundamento, apoyando el proceso de «autorregulación regulada», se incardina en «la necesidad de pena concebida como principio utilitarista de fundamentación de la incriminación de conductas prescindiendo de toda consideración de merecimiento», por lo que se diluye la idea de proporcionalidad. Aparece, además, el principio de oportunidad en materia penal, que se tiene en cuenta para eximir de pena al sujeto que había cometido un delito, o bien, llegando a propiciar recompensas económicas cuando se colabora con la Administración. Precisamente, al hilo de tales postulados, Silva Sánchez sentencia que «el fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada de prestación y control, al tiempo que de máxima densidad de ésta, viene dado precisamente por la conversión de toda persona jurídica en un delegado de prevención de los delitos que se cometan en su seno».

Para finalizar este apartado hemos de anotar que las críticas doctrinales frente a la concreta tipificación efectuada por el legislador en sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se limitan a la fundamentación teórica –autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad– del sistema, sino que se han descrito una serie de discordancias legislativas que habrían de ser corregidas. En este sentido, de modo sintético y siguiendo a Abel Souto(41), podemos enunciar una serie de defectos del texto punitivo: pese a que el listado de delitos tasado en los que se puede condenar a los entes corporativos se ha ido expan-

(41) ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español», *Revista General de Derecho penal*, núm. 35, 2021, pp. 10, 16, 17, 21, 22, 34, 35, 41 y 46-51.

diendo, existen notables ausencias(42), como los delitos contra los derechos de los trabajadores, dado que el artículo 318 CP efectúa una remisión al artículo 129 CP, y otros ilícitos que se podrían incluir, como el de incendio que pueda acabar beneficiando a las empresas por el cambio del uso del suelo forestal a otros menesteres, de ganadería o industriales, o bien el delito del artículo 294 CP, en que se castiga la falta de colaboración con entidades inspectoras en mercados sujetos

(42) Al hilo de los delitos que no se hallan en el listado de *numerus clausus*, algunos autores han propuesto su ampliación a otros ilícitos no recogidos en la actualidad. En concreto, y de modo sumamente expansivo, se ha llegado a sugerir que, «por razones sustantivas», se incrimine el «delito de imprudencia grave o menos grave con resultado de muerte (art. 142 CP), con el que resolver penalmente situaciones en las que por la muerte del conductor, maquinista, capitán de buque o del piloto, se producen muertes masivas por accidente, que podrían en ocasiones evitarse implementando políticas de prevención penal», VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 82. En cuanto al fragmento transcrito, mostramos nuestra frontal oposición a su contenido porque, en primer término, semeja partir de un modelo de *crimen culpae*, cuando el CP español ha establecido un sistema de *crimina culposa*, por lo que dicha alusión a un «delito de imprudencia grave o menos grave con resultado de muerte» resulta en todo punto desacertada e imprecisa. Más allá de ello, y de modo esencial, con tales aseveraciones se desconocen las razones político-criminales de incriminación de las personas jurídicas y se confunden la responsabilidad civil y las finalidades de la pena. Cuesta comprender de qué modo se puede cometer el delito por la persona física, que actúe como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que, en el caso del homicidio imprudente, ello se haga por cuenta del ente corporativo y en su beneficio directo o indirecto. Anudar de ese modo, como hecho de conexión, una conducta imprudente de una persona física, con un supuesto beneficio económico para la persona jurídica comporta un salto cualitativo difícilmente concebible y asumible, en términos puramente dogmáticos. Además, la justificación aportada para motivar la necesidad de tipificación expresa, centrada en un supuesto fortalecimiento de la prevención, casa mal con la hipótesis de la que se parte, cifrada en «la muerte» del conductor, maquinista, piloto o capitán. Precisamente, se desconoce de qué modo se puede atribuir a la persona jurídica que en sus programas de cumplimiento no haya previsto, como posible riesgo, la muerte de tales sujetos mientras están desempeñando su función y, yendo más lejos, se desconoce cómo ha de combatirse dicho riesgo, que por definición puede suceder en cualquier momento, es imprevisto e inevitable, por lo que resulta difícilmente imaginable de qué modo ha incumplido su deber de control el ente corporativo. Es más, la mención que efectúa recuerda a un triste caso mediático de suicidio de un piloto en vuelo que ocasionó la muerte de todo el pasaje del avión: si esto es así, ¿cómo se va a prevenir que un sujeto se suicide? ¿Qué exigencia cabe derivar a la persona jurídica? Semejante intelección choca con el carácter fragmentario del ordenamiento penal, con su carácter de *ultima ratio* y, en resumidas cuentas, obvia que ya existe la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa en determinados supuestos, por lo que no podemos sino calificar como innecesaria, perturbadora e injustificada dicha propuesta, que propugna una comprensión próxima a la responsabilidad objetiva de la empresa por hecho ajeno, lo que rechazamos de plano.

a supervisión administrativa, puesto que se considera un «típico delito cometido por los directivos por cuenta o en beneficio de la empresa». También cuestiona dicho autor que el legislador establezca «una base normativa de imputación común para los delitos dolosos e imprudentes», lo que califica como «escandaloso y merecedor de un suspenso académico», puesto que «se compadecen mal con los delitos dolosos las referencias diversas a deberes de vigilancia y normas de prevención». A su vez, y pese a la importancia de las organizaciones criminales como causa de justificación de la incriminación de las personas jurídicas, Abel Souto denuncia la indeterminación de las características del concepto de «organización», v. gr., en el caso del artículo 302 CP, en sede de blanqueo. En idéntico tono disidente menciona la traslación de funciones policiales a administradores, directivos y trabajadores, con lo que se opera una expansión del ordenamiento punitivo y surge una suerte de «Espada de Damocles» que pende, de modo permanente, sobre tales sujetos.

En un momento posterior, Abel Souto llama la atención sobre el carácter contradictorio de los programas de cumplimiento y sobre la «generosidad» del modelo español al posibilitar «que un programa de cumplimiento opere como eximente, ya que el proceso penal ni es una auditoría ni una evaluación de la calidad»; si bien, no cabe atribuir ningún tipo de «bula» ni carácter vinculante a las certificaciones o acreditaciones, sino que nos hallamos ante un elemento más que se sujeta a la valoración judicial. A ello cabe agregar las dudas jurídicas que representan tales programas de cumplimiento, tanto en su faceta sustantiva como procesal y constitucional y, muy especialmente, en cuanto a los postulados sobre carga de su prueba. En punto a las penas imponibles, Abel Souto alude al grave error en los criterios legales para la modulación de la multa, ante la discordancia entre los artículos 31 bis y 31 ter CP. También menciona las imprecisiones en cuanto a las personas jurídicas imputables o no –con alusión directa a las sociedades pantalla–, y la preexistencia de un arsenal de medidas para permitir «una responsabilidad indirecta de los entes colectivos».

III. BREVES NOTAS SOBRE EL DELITO CORPORATIVO

Como hemos apuntado con anterioridad, una fórmula reciente, acuñada en la doctrina española por Feijoo Sánchez(43), resulta útil y ha cristalizado en la jurisprudencia. Hacemos referencia al «delito

(43) FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *op. cit.*, pp. 22, 55, 102-107.

corporativo» –*corporate crime*–. Dicho autor parte de que en la actualidad ha variado el «discurso social o el meta-relato» sobre la responsabilidad criminal de tales entes, y ha surgido una percepción de que la organización no resulta inocua o «inocente con respecto a lo que sucede en su sede», por lo que no cabe sostener que se trate simplemente de «cosas que pasan», fundadas en causas individuales, sino que tales actos implican «elementos de carácter más institucional y estructural», por lo que se han convertido en lugares comunes las nociones de ética empresarial y la propia responsabilidad social de dichos entes. Ahondando un paso más en dicha construcción, Feijoo Sánchez expone que resulta difícil encontrar las similitudes o puntos de conexión entre una mercantil de pequeñas dimensiones, una asociación de vecinos, una empresa multinacional o un partido político y, en la búsqueda de un elemento común a todos ellos, refiere que el único aspecto reseñable sería su «elemento institucional», lo que se encuentra conectado con la personalidad jurídica. Agrega que en la responsabilidad penal de los entes corporativos que ha instaurado el legislador español sobresale un elemento institucional que no puede ser obviado, aunque reconoce que es «prácticamente imposible concretar con exactitud cuáles son los elementos comunes a toda modalidad de personalidad jurídica», por lo que es preciso que se efectúe, en el caso concreto, un análisis jurídico individualizado de cada supuesto institucional.

Por lo que hace a la concreta definición de delito corporativo, Feijoo Sánchez explica que dicho delito, propio del ente societario, se encuentra constituido por tres elementos: una conducta antijurídica de una persona física, un déficit grave de los deberes de control, vigilancia y supervisión por parte de terceras personas y la existencia de un defecto estructural. En desarrollo de tales aspectos detalla que, como el CP no parte de un sistema puro de autorresponsabilidad del ente corporativo, es preciso que concurra una «conducta humana defectuosa», que opera como presupuesto, por lo que sin tal actuación humana no existiría una responsabilidad criminal de la persona jurídica. Si bien, matiza que esta responsabilidad no tiene carácter accesorio, dado que no es preciso que se imponga una pena a la concreta persona física, lo que sintetiza cuando proclama que «la empresa es corresponsable del hecho delictivo, con independencia o no de que el autor individual persona física responda o no en el caso concreto», pero es preciso que dicho sujeto físico haya realizado un acto típico y antijurídico, es decir, que reúna los requisitos exigidos en el artículo 10 CP.

En cuanto al defecto estructural, Feijoo Sánchez relata que existe una pluralidad de posibles combinaciones entre la «responsabilidad estructural o (des)organizativa y la responsabilidad individual», ya que la acción individual puede proceder de un empleado o administrador, o bien de un directivo del ente que lo incita o, incluso, de un superior jerárquico que omite el cumplimiento de los deberes de control, o de los sujetos que tienen encomendadas las funciones específicas de aseguramiento, los denominados *gatekeepers*. Así las cosas, dicho autor formula su teoría sobre el delito corporativo, que se sustenta en tres presupuestos: i) la acción típica y antijurídica de una persona física vinculada, de modo funcional, con el ente corporativo, siempre y cuando tal acción se ejecute en beneficio de la entidad. Por lo tanto, a dicho ente «la responsabilidad le llega siempre a través del injusto de la persona física». ii) Que se dé una grave infracción de los deberes de control, supervisión o vigilancia, con la nota de que su cumplimiento «hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza». Apostilla Feijoo Sánchez que cuando nos hallamos ante un delito cometido por un empleado, el deber de control correspondía a los superiores jerárquicos que ostentaban «capacidades importantes de decisión y gestión»; por el contrario, si el delito de la persona física lo cometiesen estos últimos, sería «relevante la creación de una estructura de vigilancia de la legalidad de sus decisiones». iii) Que concurra un defecto de tipo organizativo-estructural que esté «relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad». A ello anuda que, aunque concurran los dos primeros presupuestos, la entidad puede verse exenta de responsabilidad criminal siempre y cuando haya implantado en su seno «estructuras o un sistema eficaz de cumplimiento de la legalidad en la organización».

De modo certero añade dicho autor que no todo fallo en el ámbito de la prevención, de la supervisión, de la vigilancia o del control conlleva afirmar, de modo automático, la responsabilidad penal de la empresa, sino que ha de ser reputado como un «indicio de defectos estructurales en relación con el cumplimiento de la legalidad», por lo que su sola presencia resultaría insuficiente.

Como dijimos con anterioridad, esta denominación ha sido reflejada en varias resoluciones de la Sala 2.^a del TS, de donde cabe derivar su aplicabilidad práctica y su utilidad. En concreto, aluden al «delito corporativo», a día de hoy (julio de 2022), cinco sentencias y un auto del Alto Tribunal. Si seguimos un orden cronológico, las citadas sen-

tencias son: SSTs 221/2016(44), 234/2019(45), 165/2020(46), 833/2021(47) y 264/2022(48). Por otro lado, el Auto de la Sala 2.^a (ATS) que consigna dicha terminología es un auto aclaratorio, emitido el 6 de abril de 2016(49). No obstante, la resolución en que se desarrolla de un modo detallado el delito corporativo es la primera de todas las citadas, la STS 221/2016, en la que se condensa, de modo didáctico: «Y es que la posición de los entes colectivos en el proceso, cuando son llamados a soportar la imputación penal, no debería hacerse depender del previo planteamiento dogmático que el intérprete suscriba acerca del fundamento de esa responsabilidad. En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del artículo 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. [...]»

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 probatorios que estime oportunos –pericial, documental, testifical– para demostrar su correcto funcionamiento desde la perspectiva del cumplimiento de la legalidad. [...]

(44) STS 221/2016, de 16 de marzo, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2016:966.

(45) STS 234/2019, de 8 de mayo, ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Porres Ortiz de Urbina, ECLI:ES:TS:2019:1470.

(46) STS 165/2020, de 19 de mayo, ponente Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar, ECLI:ES:TS:2020:1077.

(47) STS 833/2021, de 29 de octubre, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2021:3975.

(48) STS 264/2022, de 18 de marzo, ponente Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco, ECLI:ES:TS:2022:1022.

(49) ATS de 6 de abril de 2016, núm. recurso 1535/2015, ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, ECLI:ES:TS:2016:2945AA.

La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que solo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el *principio de culpabilidad*».

Como podemos advertir, en esta precursora sentencia se consignan buena parte de los postulados de Feijoo Sánchez que hemos expuesto. Además, dicha noción ha sido asumida por un nutrido grupo de especialistas en la materia, lo que confirma su solidez dogmática y su carácter práctico. No obstante, desde la vertiente de la praxis judicial, no se trata de una fórmula pacífica ni asumida de modo unánime. En numerosos escritos las defensas expresan que semejante categoría no se encuentra recogida en el CP ni en ninguna ley especial, por lo que no cabría conferirle una virtualidad mayor que la de una mera aproximación o ensayo doctrinal. En este sentido, en diversos foros académicos y prácticos se indica que semejante asunción atenta contra el principio de legalidad. En segundo lugar, hemos de reseñar que los partidarios de las posturas de heterorresponsabilidad de los entes corporativos rechazan la existencia de un injusto propio de la persona jurídica, por lo que descartan el empleo de semejante terminología. Como podemos apreciar, nos encontramos en los albores de una interesante disputa doctrinal, con innegables consecuencias en la práctica judicial. Dicho lo cual hemos de apostillar que, en nuestra toma de postura, y a los fines de la praxis diaria, estimamos que se trata de una fórmula correcta, descriptiva, adecuada y que sirve para trazar, con nitidez, los hechos que se atribuyen a las personas físicas y a las personas jurídicas, por lo que goza de una gran aplicabilidad. A mayor abundamiento, hemos de aceptar que el CP parte de un sistema de autorresponsabilidad, con mayores o menores matizaciones, pero este hecho ha de llevarnos a sostener que el delito corporativo es un elemento comunicativo de gran vigor para significar que nos hallamos ante un injusto propio, el de la persona jurídica, por lo que continuaremos usándolo en cuantas resoluciones judiciales se nos plantee la posibilidad.

IV. ALGUNAS NOTAS SOBRE SU CONEXIÓN CON EL DELITO DE BLANQUEO DE DINERO

En sede de delito de blanqueo de dinero(50) –arts. 301-304 CP– se posibilita, en su artículo 302.2 CP(51), el castigo de las personas jurídicas. Partimos de que el blanqueo de dinero, como procedimiento tendente a ocultar bienes procedentes de un delito para alejarlos de su ilícita fuente originaria y aflorarlos con posterioridad, con una pátina de legitimidad, en el tráfico económico, es un delito de referencia, en relación con una actividad delictiva previa –delito fuente, base, precedente, antecedente o previo–, pero es un tipo autónomo, pluriofensivo, en que se tutelan la licitud de los bienes en el tráfico económico y financiero de curso legal y la Administración de Justicia. Además, se da la peculiaridad de que se combinan la normativa penal y la administrativa, plasmada en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, con lo que existe una duplicidad de órdenes jurisdiccionales afectados, si bien, han de delimitarse los correspondientes ámbitos de actuación –preventivo y represivo–, sin que dejemos de llamar la atención sobre la posibilidad de imposición de sanciones en virtud de la Ley 10/2010. Retomando nuestro hilo conductor, debemos apostillar que el delito de blanqueo de bienes es un tipo en continua expansión, que bebe de la normativa internacional y en que se producen solapamientos con los actos de agotamiento del delito previo, lo que lleva a disfunciones interpretativas, a forzados maridajes y a concursos de delitos que casan mal con el principio *non bis in idem*, por lo que se propone una intelección restrictiva de su ámbito de aplicación, para lo cual ha de

(50) Para una mayor profundidad en el estudio de este delito, *Vid.* GONZÁLEZ URIEL, D., *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, Comares, Granada, 2021.

(51) Artículo 302 CP: «1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. También se impondrá la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional. 2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

tomarse en cuenta una interpretación teleológica con base en el bien jurídico tutelado, en conexión con el principio de insignificancia – recordemos que el tipo en España no prevé un umbral o frontera cuantitativa a partir de la cual quepa apreciar el delito–, en orden a excluir los comportamientos de bagatela y que carezcan de idoneidad para afectar al bien jurídico tutelado.

En cuanto al artículo 302 CP, la doctrina⁽⁵²⁾ ha indicado que, aunque en dicho precepto se aluda a la comisión de los hechos perteneciendo o desde una organización, semejante fórmula no se corresponde con la persona jurídica. Con anterioridad al año 2010, las consecuencias penales se residenciaban en el ámbito del artículo 129 CP. Asimismo, con carácter previo a dicho año se podía diferenciar entre las «organizaciones» legales que habían «escondido accidentalmente un proceso de blanqueo» y las que eran únicamente sociedades o negocios ficticios que se destinaban a transformar bienes de procedencia delictiva. Pues bien, con la regulación vigente cabe discriminar entre los delitos de lavado de activos cometidos por «personas jurídicas legales», cuya responsabilidad criminal se prevé de modo expreso, y los cometidos por organizaciones criminales, para cuyos dirigentes o miembros se establecen cualificaciones de la pena. Así las cosas, y pese a su carácter obvio, Quintero Olivares recuerda que «no cabe responsabilidad penal de la organización criminal».

A juicio de Fernández Teruelo⁽⁵³⁾, la previsión del artículo 302.2 CP «tiene un especial interés e incidencia en los delitos de blanqueo en la medida en que cada vez resulta más frecuente el recurso a sociedades para ejecutar actos de blanqueo», y enuncia las dos formas posibles para ello: i) la constitución y utilización de sociedades específicamente destinadas al lavado, que concibe como «puramente instrumentales», calificando dicho modelo como el más frecuente, y ii) el aprovechamiento de sociedades con un fin lícito para realizar actuaciones de blanqueo, en cuyo caso interesa que los órganos judiciales seleccionen las medidas «menos lesivas», dado que se trataría de «entidades subsanables». Asimismo, dicho autor expone que, en relación con el artículo 31 bis CP, dicha previsión ostenta «especial interés en el ámbito de la criminalidad socioeconómica y la relacio-

(52) QUINTERO OLIVARES, G., «De la receptación y el blanqueo de capitales», en Quintero Olivares, G. (dir.), Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 1015 y 1016.

(53) FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011, p. 10.

nada con la corrupción, (específicamente como formas de delincuencia organizada)».

En esta materia descuellan las sólidas aportaciones realizadas por Abel Souto(54), quien pone de manifiesto que, usualmente, se produce una instrumentalización de las personas jurídicas para cometer delitos de lavado de activos, motivo que justificó su incriminación en el año 2010. A su vez, destaca el papel de los programas de cumplimiento normativo, tanto por su carácter preventivo como en orden a la exención o atenuación de la pena. En todo caso, el punto de partida es la vinculación entre criminalidad organizada y el blanqueo en el mundo empresarial, como se ponía de relieve en la clausura de establecimientos, en la suspensión de actividades sociales y en el cierre de locales. A su vez, de modo crítico, Abel Souto manifiesta que la reforma operada por la LO 1/2015 incurre en contradicciones en este campo, dado que, según los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis CP, exime de responsabilidad criminal a los entes corporativos «por un blanqueo que no debería haber existido en virtud de la adopción y ejecución eficaz de programas de cumplimiento idóneos o adecuados para prevenirlo». Anota Abel Souto que no resultaba obligado el legislador español a adoptar este sistema de responsabilidad, ya que cabían las medidas administrativas, de seguridad u otras consecuencias jurídicas diferentes de la pena y que, en todo caso, podrían ser reputadas como «efectivas, proporcionadas y disuasorias». De gran interés es la llamada de atención que efectúa en cuanto al papel de la empresa como «fuente de peligro» en el tráfico económico y de la posición de los administradores o directivos, que se convierten en una suerte de «agentes de policía», de «garantes de la no comisión de delitos de blanqueo en su organización», con una distorsionadora translación de funciones policiales. A su vez, insiste Abel Souto en que los programas de cumplimiento constituyen un «requisito necesario pero insuficiente para la exención o atenuación», ya que han de ser idóneos, lo que no implica que sean infalibles. Dicha ponderación ha de realizarse *ex ante*, por lo que se aprecia una evidente relación entre la prevención del blanqueo de dinero y los programas de cumplimiento.

No obstante, entre las atinadas reflexiones de Abel Souto que sintetizamos, debemos detenernos en la entidad de la organización de que se trate y de las consecuencias jurídicas que cabe anudar a tal aspecto. En este sentido, debe valorarse el grado de participación,

(54) ABEL SOUTO, M., «Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018», en Sanz Hermida, A. M. (dir.), *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-75.

total o mayoritario, de los responsables penales en el ente corporativo; asimismo, ha de analizarse si concurre un «sustrato material suficiente» que permita considerar como «imputable» a la persona jurídica: aludimos a los supuestos en los que aparecen «tortuosas cadenas de sociedades vinculadas», es decir, tramas con multitud de entes interpuestos, que persiguen diluir el rastro del dinero y su trazabilidad, por lo que su fin ulterior es lavar el dinero delictivo y desconectarlo de su fuente originaria. En tales supuestos, en que nos hallemos ante entidades instrumentales «inimputables», habrán de aplicarse a ellas las consecuencias accesorias del artículo 129 CP. Se estiman «imputables» las que desarrollan su actividad con normalidad en el tráfico económico. También se afirma la imputabilidad empresarial de aquellas entidades que desarrollan la mayor parte de su actividad de modo ilegal, blanqueando bienes, aunque también desempeñen una actividad económica real, de menor valor cuantitativo, y en cuyo seno se opera una confusión o mezcla de bienes, tanto de lícita como de ilícita procedencia. En tercer término, serán corporaciones «inimputables» las que carecen de toda actividad económica legal, y cuya única finalidad es la tenencia de bienes delictivos a su nombre, por lo que pretenden separar titularidades reales. En este último supuesto se trataría de meras sociedades pantalla, o fachadas que carecen de todo tipo de patrimonio, de organización o de infraestructura, por lo que se trata de «herramientas delictivas» empleadas para «entorpecer la investigación» y, en tales supuestos, sería dable acudir a figuras de raigambre civil, como la simulación contractual o el recurso al «levantamiento del velo» para comprobar qué personas físicas subyacen al instrumento societario. También estima Abel Souto que nos hallamos ante sociedades inimputables cuando concurra una «identidad absoluta y sustancial» entre la persona jurídica y su gestor, por lo que se daría un solapamiento de voluntades y su doble penalidad conllevaría una vulneración del basilar principio *non bis in idem*.

Otro dato sobre el que llama la atención Abel Souto es la esencia del tejido empresarial de referencia, toda vez que en España las pequeñas y medianas empresas (pymes) representan el 99,9% de dicho conglomerado de entidades, y muchas de ellas, un 89%, son familiares, generadoras del 67% del empleo estatal. En este sentido, denuncia, de modo certero, que se trata de un campo abonado para la doble incriminación vulneradora del *non bis in idem*. Contrapone a dicha situación que, en su surgimiento, los programas de cumplimiento normativo estaban pensados para grandes empresas y multinacionales, si bien, ello ha de tamizarse por la realidad del sector empresarial patrio, en

que «los deberes de administración y control suelen reunirse en la misma persona y las consecuencias delictivas van a parar a ella».

A continuación, nuestro autor de referencia detalla una serie de reformas operadas en la Ley 10/2010 en que se han agregado algunos instrumentos, tales como la creación de un *compliance* específico en materia de blanqueo, la introducción de canales internos de denuncia, así como de comunicación de potenciales incumplimientos, la realización de auditorías anuales o de informes de seguimiento por expertos, de carácter bienal. A su vez, entre otras medidas de naturaleza administrativa, dicha ley acoge en su artículo 13.3 la prohibición de que las entidades de crédito mantengan relaciones con «bancos pantalla», calificando como tales a toda «entidad de crédito, o entidad que desarrolle una actividad similar, constituida en un país en el que no tenga presencia física que permita ejercer una verdadera gestión y dirección y que no sea filial de un grupo financiero regulado». Asimismo, el artículo 4.4. advierte que es necesario identificar a quienes sean titulares reales de personas jurídicas, indicando que se tomarán como tales a quienes posean más del 25% de su capital o de los derechos de voto, o bien, que las controlen por otros medios.

Por otro lado, en cuanto al análisis de la normativa comunitaria, debemos atender a la Quinta Directiva de la UE contra el blanqueo – Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 30 de mayo de 2018– que establece, entre otros aspectos, la exigencia de un registro de titularidad real para sociedades y otras entidades jurídicas, así como para los fideicomisos y otros instrumentos jurídicos análogos. En este sentido, el considerando 4.º de la Directiva refleja de modo cristalino la finalidad que persigue, cuando expone que: «es clara la necesidad de un mayor incremento de la transparencia global del entorno económico y financiero de la Unión. La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo no puede ser eficaz si el entorno no es hostil para los delincuentes que buscan refugio para sus finanzas a través de estructuras opacas». Por último, en cuanto a la normativa comunitaria relacionada con esta materia, podemos citar la Directiva 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, en la que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 7(55), sin adjetivarla como «penal», y a las sanciones aplicables

(55) Artículo 7 Directiva 2018/1673: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquiera de las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5, y el artículo 4 que cometa en beneficio de ellas cualquier persona, actuando a

a ellas en el artículo 8(56). Además, se efectúa una mención directa de los delitos cometidos por cuenta de las personas jurídicas en el artículo 10.2.b)(57) de la Directiva.

Precisamente, al hilo de la normativa internacional, Blanco Cordero(58) destaca que los Convenios de Palermo(59) –art. 10–, de Mérida(60) y de Varsovia(61) exigían que los Estados parte estableciesen la responsabilidad de los entes corporativos, si bien dicha responsabilidad podía ser «de índole penal, civil o administrativa». Al hilo de la Quinta Directiva, dicho autor subraya que sigue lo dispuesto en el Convenio de Varsovia y que en su artículo 7 «obliga a los Esta-

título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en cualquiera de los siguientes elementos: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) la facultad de adoptar decisiones por cuenta de la persona jurídica; o c) la facultad de ejercer control en el seno de la persona jurídica. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una persona de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible la comisión, por parte de una persona sometida a su autoridad, de cualquiera de las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5, y el artículo 4, en beneficio de dicha persona jurídica. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no excluirá la incoación de procesos penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5, y el artículo 4».

(56) Artículo 8 Directiva 2018/1673: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 7 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal y podrán incluir otras sanciones, tales como: a) inhabilitación para obtener beneficios o ayudas públicas; b) exclusión temporal o permanente del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, subvenciones y concesiones; c) inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades mercantiles; d) sometimiento a intervención judicial; e) orden judicial de disolución; f) clausura temporal o definitiva de los establecimientos que se hayan utilizado para cometer el delito».

(57) Artículo 10.2.b) Directiva 2018/1673: «2. Un Estado miembro informará a la Comisión cuando decida ampliar su jurisdicción sobre las conductas a que se refieren los artículos 3 y 4 que hayan sido cometidas fuera de su territorio cuando: [...] b) el delito se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio».

(58) BLANCO CORDERO, I., «Cooperación jurídica internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 57, 2022, pp. 197 y 198.

(59) Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, celebrada en Palermo en el año 2000.

(60) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Mérida en el año 2003.

(61) Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

dos miembros a garantizar que se exige responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos de blanqueo, impidiendo al mismo tiempo que dicha responsabilidad sea alternativa a la de las personas físicas», si bien matiza que, como ya hemos apuntado, «no es necesario que esta responsabilidad sea exclusivamente penal». Por lo que hace a las sanciones del artículo 8 de dicha Directiva, escribe Blanco Cordero que el precepto distingue entre sanciones obligatorias y facultativas, apostillando que las de carácter obligatorio «han de ser las multas, que pueden tener naturaleza penal o no penal».

González Cussac⁽⁶²⁾ llama la atención sobre la posibilidad del blanqueo doloso y de la modalidad imprudente y, en cuanto a su conexión con la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, estima que, como el artículo 302.2 CP incluye todas las conductas del artículo 301 CP, resultará «especialmente problemática» «la compatibilidad del binomio «en beneficio directo o indirecto» con la estructura del delito imprudente». Agrega que el artículo 31 bis CP no describe conductas, sino que recoge los «hechos de conexión» que posibilitan «transferir la responsabilidad penal del delito cometido por la *persona física idónea* a la persona jurídica», por lo que, al menos en línea de principio, queda abierta dicha posibilidad, es decir, si cabe la transferencia mediante la comisión de un delito imprudente. A su juicio, la solución inicial podría hallarse en la estructura del concreto delito de que se trate, lo que se daría en el blanqueo de dinero, que admite comisión imprudente. Avanza en su construcción teórica y propone que se ubique el foco en «la perspectiva de las personas físicas idóneas, esto es, aquellas personas físicas que al cometer el delito pueden transferir la responsabilidad penal a la sociedad». En cuanto a los sujetos del «primer nivel» del artículo 31.1.a) CP –administradores y directivos–, los de máxima autoridad, el blanqueo imprudente se reputaría «suficiente para contaminar a la empresa, ya que se ha actuado «por su cuenta» y «en beneficio»» de ella. Por el contrario, en el caso del «segundo nivel» –trabajadores cuya actuación no ha sido revisada por sus superiores, que han incumplido sus obligaciones de vigilancia y control– del artículo 31.1.b) CP, la sanción al ente corporativo se basaría en una «doble estructura imprudente», que González Cussac describe del siguiente modo: «la comisión imprudente del delito de blanqueo por el subordinado y la transferencia a la sociedad por «culpa in vigilando» de los superiores corporativos».

(62) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (Coords.), *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-350 (cursivas en el original).

El autor analizado también anota las dudas que surgen en cuanto a la calificación jurídica en los casos en que concurren entes colectivos, ya que los delitos de lavado suelen ir anudados a otros vinculados con organizaciones o grupos criminales, y es dable que se cometan mediante sociedades mercantiles, por lo que «se planteará la ardua discusión de si estas últimas responderán por la vía del artículo 31 bis o bien por la del artículo 129 CP», con las diferentes consecuencias que presenta optar por un sistema u otro. Con lucidez, González Cusac recuerda que el texto punitivo carece de un concepto propio de «entes colectivos dotados de personalidad jurídica», y advierte que el artículo 297 CP se refiere a «sociedades mercantiles», por lo que propone «acudir a un concepto más amplio con remisión a la legislación civil y mercantil: artículo 35 Código Civil; artículo 116 Código de Comercio; Ley 31/2014 de Sociedades de Capital. En suma, a las personas jurídico privadas de Derecho civil y Mercantil y algunas *jurídico públicas*». A continuación, dicho autor menciona los problemas interpretativos que generan los programas de cumplimiento, resumidos en tres aspectos: i) si han de ser considerados circunstancias eximentes, ii) si constituyen elementos del tipo o si, según una postura intermedia, iii) ha de diferenciarse según qué persona física comete el delito que opera como presupuesto –si son administradores o directivos, opera como eximente, mientras que si se trata de subordinados ha de predicarse que constituyen causas de atipicidad–; además, proclama las diferencias en cuanto a la carga de la prueba que conlleva cada una de tales adscripciones. Destaca la calificación que brinda a los criterios para valorar la existencia de una «cultura de cumplimiento», a los que tilda de «sumamente vaporosos, difícilmente medibles y excesivamente ajenos al proceso penal». Por último, alude a los problemas procesales que presenta esta responsabilidad en cuanto a la aportación de documentos, al respeto al principio *ne bis in idem*, a la privacidad e inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, y concluye que todos estos aspectos resultan «de gran repercusión en los delitos de blanqueo».

Un análisis brillante nos lo proporciona Lascuraín Sánchez(63). Dicho autor, en su exégesis del artículo 302 CP, proclama que «en

(63) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Blanqueo de capitales», en DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A. (auts.), *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 513 y 514. A propósito de la determinación de los mapas de riesgos, de las definiciones de los riesgos transversales y específicos conforme a las actividades de la empresa y a las características del compliance antilavado, sobre todo en el sector bancario y financiero, así como de los sectores profesionales, *Vid.* el interesante estudio que realizan FERRÉ OLIVÉ, J. C. y

rigor, a la persona jurídica no se le pena por blanquear, sino por permitir el blanqueo de los suyos (administradores, directivos o empleados) en favor de la persona jurídica (art. 31 bis CP)». Tras este punto de partida, menciona la necesidad de pena a los entes corporativos en tal delito, centrándose en la necesidad de desincentivar conductas que podrían incurrir en actos de lavado, con base en el sistema de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, instaurado por la CE, y puntualiza que los riesgos pueden provenir de dos posibles «competitividades», que concreta en: «la externa con otras empresas y la interna de los directivos y empleados entre sí. El empleado de la sociedad mercantil se verá empujado a blanquear a mayor gloria de su empresa y de su propia estabilidad o promoción profesional; a falta de sanción propia, la persona jurídica no podrá sino ver con buenos ojos esta inclinación al delito en su favor». A continuación refiere dicho autor que, aunque este sería el planteamiento que cabría tildar como «normal», en realidad «casi nada es normal en la regulación del blanqueo», y critica la discordancia legislativa que acarrea que el artículo 302.2 CP semeja reservar la punición del blanqueo en los entes corporativos «*en tales casos*», según reza el tenor literal del precepto que, recordemos, se centra en las organizaciones que se dedican al lavado. Si bien, asume que cabría interpretar que la fórmula «*en tales casos*» se refiere a los supuestos del artículo 301.1 CP, aunque «con alguna dificultad gramatical».

También expresa Lascuraín Sánchez que el mandato contenido en esta norma está dirigido a que la empresa se organice internamente de modo que evite «el blanqueo de los suyos en su favor», y explicita que la organización viene determinada por tres fuentes normativas: la autorregulación que ha de aportar el propio ente corporativo, las directrices del ordenamiento punitivo y la «prolija» legislación en materia de prevención del blanqueo de bienes, concretada en Ley 10/2010 y su reglamento de desarrollo. Con posterioridad, este destacado autor analiza qué ha de abordarse en los programas de cumplimiento en materia de blanqueo, y plasma que debe efectuarse un «análisis de los riesgos de incumplimiento», así como la adopción de «normas de conducta y medidas de control», que han de ir acompañadas de evaluaciones recurrentes; en todo caso, han de instaurarse canales eficaces de denuncia interna y órganos que velen por la implementación del modelo mediante la conformación, desarrollo y ejecución del concreto programa. Así las cosas, y puesto que el objetivo final del programa, en esta sede, sería evitar que se blanquee el dinero, «el mandato

MORÓN PENDÁS, I., «Responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero», *Revista Penal México*, núm. 19, 2021, pp. 26-28.

básico a la persona jurídica consiste en la suspensión de los pagos que tienen un origen delictivo o que se sospecha que lo tengan». Para este propósito, fija como deber instrumental del anterior que se averigüe «la identidad de la contraparte y el propósito y la índole del negocio». Por último, Lascuraín Sánchez también cita la obligación de denuncia de las operativas sospechosas, si bien aclara que la falta de denuncia no es un acto de lavado de activos, y su incumplimiento tampoco acarrea reproche penal a la persona moral, «pues no se trata de una norma destinada a impedir una conducta concreta de blanqueo concreto sino de una norma dirigida a prevenirlo en el futuro a través de la denuncia del intento de un tercero».

En conexión con tales ideas, y a propósito de la gestión del riesgo de comisión de delitos de blanqueo en el seno de personas jurídicas, podemos traer a colación los postulados de Núñez Paz (64). Dicho autor analiza los principales aspectos de la «Cuarta Directiva» comunitaria contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y subraya un aspecto «cardinal» del modelo instaurado: «la potenciación del modelo de enfoque basado en el riesgo, que obviamente va a tener una trascendencia esencial en la creación de programas de cumplimiento empresarial». Entre las medidas para evitar los riesgos de lavado de activos, dicho autor enuncia las evaluaciones de riesgos impuestas a determinados sectores profesionales –banca, abogacía, contables, etc.–, el establecimiento para las empresas de requisitos de transparencia en la titularidad real, su inscripción en un registro central, al que podrán acceder tanto las autoridades nacionales como las entidades obligadas, así como «el fomento de la cooperación y el intercambio de información entre las Unidades de Inteligencia Financiera de los diversos Estados miembros para detectar y seguir las transferencias de dinero sospechosas». En lo tocante al enfoque basado en el riesgo, lo que se convierte en un punto central en materia de prevención del blanqueo, señala Núñez Paz que los entes corporativos habrán de «evaluar de forma proporcionada a su naturaleza y tamaño, y evidentemente en sus Programas de Cumplimiento, los factores de riesgos relativos a clientes, países o zonas geográficas, productos, servicios, operaciones o canales de distribución», por lo que la diligencia debida conllevará que se realice una adecuada valoración de riesgos en los programas de cumplimiento. Zanja que la relación entre la prevención del blanqueo y el cumplimiento normativo es «imprescindible», para lo que no sirven respuestas genéricas, sino que

(64) NÚÑEZ PAZ, M. A., «La responsabilidad criminal y la gestión del riesgo mediante programas de cumplimiento en relación con la Directiva de 2015», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (Coords.), *V Congreso..., op. cit.*, pp. 359-364.

habrá de personalizarse e individualizarse el concreto «mapa de riesgos», y detalla que, además de la reforma del año 2015 en materia de personas jurídicas, «hay que destacar que lo que ya existe es un sistema de cumplimiento delimitado, en materia de prevención del blanqueo, con su ley y reglamento específicos», por lo que concluye destacando «la utilidad en el sentido preventivo de los programas de cumplimiento sobre las conductas penales en la empresa».

Vidales Rodríguez⁽⁶⁵⁾ también aborda la relación entre blanqueo de dinero y los programas de cumplimiento, e inicia su alegato, de modo tajante, indicando que puede afirmarse «sin riesgo de equivocación, que ningún delito cuenta con tantas ni tan intensas medidas de prevención como el blanqueo». Tras mencionar la «vorágine normativa», en que se han sucedido, de modo veloz, una multitud de normas comunitarias y textos normativos internacionales, todos ellos influenciados por las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), anota que «se observa un importante proceso de ampliación en el que cada vez son más los sujetos obligados y, asimismo, mayores las exigencias que deben respetar». A continuación, y después de citar la normativa administrativa de prevención del blanqueo y sus sucesivas reformas, Vidales Rodríguez escribe que se busca incrementar tanto la eficacia como la eficiencia, «haciendo que los sujetos obligados sean quienes analicen los riesgos derivados de su actividad y diseñen sus propias políticas y procedimientos internos con el fin de que estos se eliminen o, cuando menos, se reduzcan». En consecuencia, se fijan una serie de «medidas normales, simplificadas o reforzadas de diligencia debida, así como la obligación de información y deberes de control interno», lo que conecta con los modelos de organización y gestión, refiriendo que, entre ambos, existe una «estrecha vinculación». De esta manera, «las políticas y procedimientos de control interno adecuados para la prevención del blanqueo han de ser adoptados tras el preceptivo análisis de riesgo y deben quedar reflejados en un *Manual de Prevención*». No obstante, habrá de acreditarse su virtualidad práctica y su «implementación real y rigurosa». De la mayor relevancia es la anotación que efectúa dicha autora cuando comenta el riesgo de autoblanqueo en el ente corporativo, por cuanto expresa que es insuficiente la existencia de un protocolo antiblanqueo, y advierte que es preciso que se adopte «un modelo de organización y

(65) VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en Gómez Colomer, J. L. (dir.), Madrid Boquín, C. M. (coord.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 426-430, 434-436 (cursivas en el original).

gestión dirigido a neutralizar el peligro de comisión de cualquier delito del que pueda derivar una ganancia económica y que, en consecuencia, pueda dar lugar a la responsabilidad penal por la ulterior conducta legitimadora».

Agrega Vidales Rodríguez que la conexión entre la criminalidad organizada y el blanqueo de bienes propició que, desde la incriminación más temprana del lavado, se pudiesen adoptar determinadas medidas contra la «organización», por lo que no sorprende que en el año 2010 se incluyese el blanqueo entre el listado de delitos que originan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En cuanto a la exoneración de pena posible desde el año 2015, detalla que se podría manifestar que «la posibilidad de eximir/atenuar la pena a través de la adopción de un programa de cumplimiento normativo parece inspirarse en el enfoque basado en el riesgo que se adopta en relación con este delito», si bien, tras defender la conexión entre prevención del blanqueo y los programas de cumplimiento normativo, relativiza su alcance y expresa que, pese a dicha vinculación, ello «no ha de significar que el quebrantamiento de las medidas preventivas provoque inexorablemente una respuesta penal». También advierte de los «desajustes punitivos» que supone dirigir «idénticas consecuencias penales» frente a personas jurídicas obligadas a los deberes de prevención, y aquellas que no lo están, por lo que plantea «la conveniencia de la introducción de una causa de atenuación, de similar alcance a la prevista en el artículo 65.3 del Código Penal, que sirviera para reflejar la distinta posición que ostentan a estos efectos». Si bien, puntualiza que los mayores problemas interpretativos pueden darse en los entes que tienen cabida en el artículo 129 CP, por carecer de personalidad jurídica. Sobre ellos indica que es, precisamente, en dicha «zona intermedia», «a mitad de camino entre las personas jurídicas y las organizaciones criminales, donde debieran centrarse los esfuerzos si se aspira, y habría de ser una pretensión irrenunciable, a conseguir un mínimo de certeza jurídica».

Resultan especialmente certeras las apreciaciones que formula Fernández Teruelo⁽⁶⁶⁾ a propósito de la relación entre la responsabilidad criminal de los entes corporativos por un delito de blanqueo y la posibilidad de imposición de sanciones a dichos entes por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010. Dicho

(66) FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019, pp. 17-25, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf> [consultado el 22 de julio de 2022].

autor toma, como punto de partida, los elementos que activan la responsabilidad criminal de los entes corporativos, conforme al artículo 31.bis.1.b) CP, y enuncia: i) «obligaciones de control normativamente identificadas», cuyo incumplimiento puede dar pie a la aparición de un delito de lavado; ii) «la calificación de una parte de ellas como muy graves o graves por la propia normativa» y, por último, iii) los restantes elementos configuradores del hecho de conexión. A continuación, llama la atención sobre la posibilidad de quebranto del principio *ne bis in idem*, a la vista del artículo 54(67) Ley 10/2010, en que se establece la responsabilidad de los administradores y directivos, y del artículo 62(68) Ley 10/2010, en que se trata la concurrencia de las sanciones penal y administrativa, así como de la vinculación con aquel orden jurisdiccional, por lo que constituye «una cláusula general de compatibilidad de ambas sanciones y una excepción relativa a aquellos supuestos en los que pueda producirse la vulneración del citado principio». No obstante, matiza Fernández Teruelo que esta cláusula se introdujo en 2010, con anterioridad a la LO 5/2010, y apostilla que «cuando la persona jurídica pueda ser sancionada por incumplimiento grave de una obligación de control (presupuesto base para ambas infracciones), concurriendo además los elementos del hecho de conexión penal, se plantean serias dudas acerca de la posible vulneración del principio, en caso de aplicar las previsiones de ambas normativas». Agrega que concurriendo identidad de hecho y de sujeto, la identidad de fundamento deviene casi automática, a la vista de los fines perseguidos, ya que ambas normas tienen como objetivo primordial «la prevención de operaciones de blanqueo mediante la amenaza sancionadora a aquellas sociedades que incumplen (gravemente) las medidas de control legalmente dispuestas para dificultar o impedir

(67) Artículo 54 Ley 10/2010: «Además de la responsabilidad que corresponda al sujeto obligado aun a título de simple inobservancia, quienes ejerzan en el mismo cargo de administración o dirección, sean unipersonales o colegiados, serán responsables de las infracciones cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente».

(68) Artículo 62.1, 2 y 3 Ley 10/2010: «1. Las infracciones y sanciones establecidas en la presente Ley se entenderán sin perjuicio de las previstas en otras leyes y de las acciones y omisiones tipificadas como delito y de las penas previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, salvo lo establecido en los apartados siguientes. 2. No podrán sancionarse con arreglo a esta Ley las conductas que lo hubieran sido penal o administrativamente cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico. 3. En cualquier momento del procedimiento administrativo sancionador en que se estime que los hechos pudieran ser constitutivos de ilícito penal, la Secretaría de la Comisión dará traslado de los mismos al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas al efecto y acordará la suspensión de aquél hasta que se reciba la comunicación a que se refiere el primer párrafo del apartado siguiente o hasta que recaiga resolución judicial [...]».

obligaciones de blanqueo de dinero u otros activos», con lo que se posibilita su comisión. En tales supuestos gozaría de preferencia la respuesta penal. Si bien, dicho autor anota una curiosidad relevante, en atención al *quantum* de la multa que se puede imponer *ex* artículo 56(69) Ley 10/2010, ya que, en las infracciones muy graves, el mínimo de sanción administrativa se fija en 150.000 euros, y compara dicha cuantía con la pena de multa que se puede imponer conforme al artículo 302.2 CP, cuyo mínimo, tras las correspondientes operaciones aritméticas según los criterios de la pena de multa –en función de la cuota diaria y sus límites mínimo y máximo, en conexión con el tiempo de dos a cinco años– se fija en 21.600 euros y, tras constatar dicha anomalía, explica que ello «podría llevar al absurdo de que a la persona jurídica le interese declarar la ineficacia de su propio programa de prevención de delitos para poder ser castigada penalmente, evitando con ello la sanción administrativa».

A continuación, Fernández Teruelo advierte de la existencia de un verdadero modelo de *compliance* penal que han de adoptar, de forma imperativa, los sujetos obligados según la Ley 10/2010, de donde extrae que «su previsión legal determina que las obligaciones que lo conforman queden integradas dentro de los deberes de control, a los que se refiere el apartado b) del artículo 31 bis 1», y dichas medidas consisten en aplicar políticas y programas de «diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo», lo que se contiene en los artículos 26-33 Ley 10/2010, a los que nos remitimos en este punto. Finaliza su alegato dicho autor refiriendo que el incumplimiento de una parte de las obligaciones que se imponen y que constituyen el programa preventivo puede dar lugar a infracciones administrativas graves, por lo que podría entrar en juego, si concurren los restantes elementos exigidos, la normativa de represión del CP.

Al hilo de las discordancias entre las multas impuestas en la normativa de prevención y de represión del lavado, y centrados en el texto punitivo, no podemos obviar en este punto la lúcida crítica que realiza Gómez-Jara Díez(70), dado que se produce una injustificada diferencia punitiva entre las personas físicas y las personas jurídicas en la

(69) Artículo 56.1.a) Ley 10/2010: «1. Por la comisión de infracciones muy graves se podrán imponer las siguientes sanciones: a) Multa cuyo importe mínimo será de 150.000 euros [...]».

(70) GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo...*, cit., pp. 161-176.

fijación de la pena de multa. Así, el legislador ha incurrido en una severa discordancia en el tratamiento punitivo dado a las personas físicas y a las personas jurídicas, puesto que la multa máxima que se puede imponer a estas últimas, fijada mediante el sistema de días-multa, resulta notablemente inferior a la que cabe establecer para las personas físicas –para quienes se articula la multa proporcional–, por lo que se quiebra toda proporcionalidad y es un elemento que habría de ser subsanado. Asimismo, dicho autor critica la propia literalidad del artículo 302.2 CP, en cuyo inicio se menciona la fórmula «*en tales casos*», por lo que una interpretación literal del precepto llevaría a entender que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo es predicable de los supuestos que trata el artículo 302.1 CP, por lo que solo sería reprimible el ente corporativo cuando reciclase los fondos procedentes de una «organización» dedicada a cometer delitos de blanqueo, lo que reputa incorrecto y ha sido aclarado por la jurisprudencia, puesto que se ha subrayado, v. gr. en la STS 583/2017(71), que la meritada fórmula «*en tales casos*» se refiere a todos los supuestos del artículo 301 CP, y no solo a los del artículo 302.1 CP. Esta polémica, como ya vimos *supra*, sigue vigente, y existen autores que sostienen una visión restringida del artículo 302.2 CP. En este sentido, podemos citar a Galán Muñoz y Núñez Castaño(72), quienes defienden que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se limitaba, con anterioridad a la LO 6/2021, al supuesto del tipo agravado del artículo 302.1 CP, relativo a organizaciones criminales, si bien agregan que, tras la reforma de dicho artículo 302.1 CP por la citada LO, con la introducción de un segundo párrafo en que también se agrava la pena cuando se trate de sujetos especialmente obligados, «será aplicable la responsabilidad de las personas jurídicas tanto en los casos en los que se trate de organizaciones criminales (art. 302.1, párrafo primero CP), como cuando el sujeto especialmente obligado tenga naturaleza de persona jurídica (art. 302.1, párrafo segundo CP)». Conclusión que es compartida por otros autores(73), que limitan la

(71) STS 583/2017, de 19 de julio, ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, ECLI:ES:TS:2017:3210.

(72) GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *op. cit.*, p. 289.

(73) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 23.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 534; NAVARRO FRÍAS, I. y SOLA RECHE, E., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico IV. Delitos societarios. Los delitos de receptación y de blanqueo de capitales», en Romeo Casabona, C. M.; Sola Reche, E., y Boldova Pasamar, M. A. (Coords.), VV. AA., *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2021, p. 471. Frente a tal postura, otro grupo de autores estima que «cualquier modalidad de blanqueo» es apta para generar dicha responsabilidad penal siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 31 bis CP (SIMÓN CAS-

aplicación del artículo 302.2 CP «a los dos casos anteriores», o que enuncian que el artículo 302.1 CP se aplica a todos los supuestos del artículo 301 CP y que, precisamente «en dichos casos» del artículo 302.1 CP, es posible atender a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por lo que la fórmula «*en tales casos*» sería limitada o acotada por el número anterior.

Pese a tratarse de una interpretación literal, en nuestra opinión, y tomando como base un argumento teleológico, centrado en la finalidad de la incriminación de los entes corporativos, hemos de posicionarnos junto al sector doctrinal que considera que la fórmula «en tales casos» engloba la tipicidad del artículo 301.1 CP. Así las cosas, resultaría extraño que, en el ámbito del blanqueo, uno de los delitos en los que los entes societarios pueden desempeñar un papel más destacado, por la pluralidad de actos y negocios jurídicos que pueden llevar a cabo, y que constituyan operativas de lavado de dinero, el legislador —tan propenso a regulaciones maximalistas y expansivas en el ámbito del blanqueo— haya actuado con criterios de restricción y haya acotado su aplicación a los casos de organizaciones criminales y de personas jurídicas que constituyan sujetos obligados según la Ley 10/2010. Con semejante comprensión se limita la virtualidad de la reforma en este punto, toda vez que se constriñe a las «organizaciones» y a los sujetos obligados por la normativa de prevención del blanqueo, cuando existe otro importante elenco de personas jurídicas que podría cometer los mismos hechos de blanqueo, con lo que perdería eficacia preventiva la modificación del texto punitivo. Con todo, reconocemos el carácter problemático de dicha intelección, que pugna con el tenor literal estricto de las palabras empleadas en el artículo 302.2 CP, por lo que se reclama desde estas breves líneas una reforma legislativa que concrete el alcance de esta responsabilidad criminal.

Por lo que hace a las resoluciones de la Sala 2.^a del TS sobre blanqueo de dinero cometido por personas jurídicas, resulta sumamente clarificador el Fundamento de Derecho 28.º de la citada STS 583/2017, que transcribimos en este punto por su capacidad de síntesis y su didáctico contenido: «Se han acreditado todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica. La atribución de responsabilidad penal a Transpinelo S. L. se ajusta, en efecto, a las exigencias contenidas en el artículo 31 bis, tanto según la redacción vigente en el momento de los hechos, como en la emanada de la reforma de 2015.

TELLANO, P., «Blanqueo de capitales (arts. 301-304 CP)», en Abadías Selma, A. y Bustos Rubio, M. (Coords.), *Temas prácticos para el estudio del Derecho penal económico*, Colex, A Coruña, 2020, p. 272.

a) Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho: Amadeo Pio, Manuel Roberto, Alberto Benito) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el artículo 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas (art. 302 CP; que en ese punto, por otra parte se adelanta a lo previsto en la propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 2016 sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal).

b) Concorre un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad: Amadeo Pio realiza sucesivas inyecciones de dinero a la empresa, para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas; y adquiere para la Sociedad vehículos y maquinaria con metálico de idéntica procedencia.

c) Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y con relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes.

Nada diferente puede decirse con relación a Transportes Moreno Ioan S.L. Manuel Roberto es su administrador (aunque según la sentencia actúa a las órdenes y al servicio de Amadeo Pio) y es titular de un 99% de la Sociedad. Recibe la entidad dinero procedente de la actividad de tráfico de drogas que lidera Amadeo Pio».

En estos párrafos se advierten las claves esenciales del sistema: en primer lugar, el blanqueo es un delito que se incluye en el listado cerrado de ilícitos penales que pueden ser cometidos por entes corporativos. En segundo término, observamos una conducta de los directivos de la mercantil que sería incardinable en la esfera del lavado de activos, en representación de la empresa, por cuanto desarrollaron una

serie de actividades económicas, de transacciones y operaciones que movían, ocultaban y afloraban el dinero de procedencia delictiva, desconectándolo de su fuente originaria –el narcotráfico– y, añadiendo un paso más, tales adquisiciones se realizaban en beneficio de la persona jurídica, por lo que se afirma el provecho que le reportaban tales actos de lavado. En cuanto al elemento consistente en la cultura de respeto al Derecho y su infracción se ve colmado mediante la omisión de las medidas eficaces para prevenir, descubrir y evitar el delito o los riesgos de que se lleve a cabo un delito de blanqueo, si bien, como ya se adelantó, este elemento «cultural» es profundamente controvertido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, por lo que estimamos que no habría de elevarse a la categoría de aspecto esencial del injusto típico del delito corporativo.

En todo caso, hemos de llamar la atención sobre el riesgo expansivo que puede provocar el delito de blanqueo de dinero, también en sede de responsabilidad criminal de personas jurídicas. A lo largo de este trabajo ya hemos expuesto en varias ocasiones que el legislador español ha establecido un sistema de *numerus clausus* en los delitos que se pueden imputar a los entes corporativos. Pues bien, partiendo de esta premisa, forzoso es reconocer que el delito de lavado de activos puede operar como un portillo abierto a la ampliación, *de facto*, del elenco de ilícitos atribuibles a las personas jurídicas. En este sentido, la figura del autoblanqueo puede «producir la apertura del listado cerrado de delitos que permiten la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, posibilitando la persecución de otros delitos patrimoniales no incluidos y de cualquier delito del que pueda derivar una ganancia económica» (74), por lo que ha de efectuarse un llamamiento a la mesura en la interpretación de este delito, a adoptar fórmulas hermenéuticas restrictivas, que tomen como base un principio teleológico, el bien jurídico tutelado en el delito de blanqueo y, en todo caso, en sede de autoblanqueo, ha de acudirse al principio de vigencia, así como a los restantes principios básicos de naturaleza penal.

Pues bien, a la vista de todo lo que antecede, hemos de concluir que el delito de blanqueo de dinero requiere una interpretación muy restrictiva(75), para evitar los excesos a que aboca su carácter indebidamente expansivo. En conexión con ello, ha de afirmarse la posibilidad de que las personas jurídicas cometan este delito. La propia

(74) ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias...», *cit.*, pp. 10 y 11.

(75) En este sentido, a propósito de la necesidad de una interpretación restrictiva de este delito, *Vid.* GONZÁLEZ URIEL, D., «Por enésima vez: el blanqueo de dinero no es un delito de sospecha, al hilo de la STS 982/2021», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 65, 2022, pp. 145-163.

dinámica negocial y mercantil convierte a los entes corporativos en elementos idóneos para llevar a cabo operativas de blanqueo de dinero de las más variadas formas. Existe una pluralidad de *modus operandi*(76) y de negocios en los que la intervención de tales organizaciones resulta esencial y, a su través, se canaliza y facilita la legitimación de fondos: las operaciones de compraventa, las transferencias internacionales, o entre sociedades pertenecientes a un mismo entramado societario vinculado a la comisión de actividades ilícitas, la mezcla entre activos legales e ilegales, el empleo de excesivo dinero en metálico, los cobros mediante cheques, la realización de operaciones circulares o que no respondan a criterios de racionalidad económica, la adquisición de inmuebles, la compra de acciones y participaciones en otras mercantiles, la deslocalización de filiales en el extranjero, significadamente en territorios de nula tributación o con normativa fiscal opaca, etc., son solo algunos de los ejemplos de actuaciones que pueden desarrollar las empresas en el giro o tráfico de su negocio y a través de los cuales pueden reintroducir en los cauces económico-financiero legales tales fondos dinerarios.

El punto esencial ha de fijarse en la imputabilidad de la persona jurídica en cuestión: en atención a su tamaño, complejidad interna, organización, estructura, número de trabajadores e integrantes, etc. En este sentido, han de valorarse tales extremos a la hora de considerar que la persona jurídica es una entidad que merece un reproche punitivo propio o, en caso contrario, ha de estimarse suficiente la responsabilidad penal de las concretas personas físicas que hubiesen ejecutado los hechos en cuestión. Si se trata de un ente sin personalidad jurídica no hay problema, ya que es aplicable el artículo 129 CP, en que se consignan las consecuencias accesorias aplicables. Las dificultades surgen en relación con las sociedades que ostentan personalidad jurídica, y cuya organización no es lo suficientemente compleja

(76) Destaca el brillante y detallado análisis de operativas de blanqueo de dinero que desarrolla GÁLVEZ BRAVO, muchas de las cuales pueden ser realizadas mediante personas jurídicas, ya que su actividad en el tráfico económico les lleva a realizar distintas operaciones de compraventas, al empleo de profesionales –tales como notarios, abogados, contables, asesores fiscales–, así como operaciones comerciales en el interior del país o de ámbito internacional, a emplear determinados sectores de actividad de modo fraudulento, a ejecutar actos de lavado mediante instituciones financieras internacionales, o a través de los sectores del préstamo, de los seguros, en el mercado de valores, mediante las remesas dinerarias, mediante paraísos fiscales y entidades *off shore* o empleando los nuevos medios de pago, entre otro sinfín de actividades subsumibles en el tipo de legitimación de fondos (GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Bosch Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat, 2017, pp. 126-290).

como para imputarle la comisión del delito de lavado. De esta manera, la noción de imputabilidad empresarial resulta esencial para poder atribuir la comisión del delito. Como bien ha referido Gómez-Jara Díez⁽⁷⁷⁾ a la hora de perfilar la complejidad necesaria para poder atribuir la responsabilidad penal a la entidad, «el límite a partir del cual se considerará que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente –y por tanto no instrumento– de la persona física es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo». A ello debemos anudar que ha de deslindarse con la suficiente precisión cuándo existe actividad económica real y cuándo no. En segundo término, si existe actividad parcialmente lícita, ha de determinarse su proporción o magnitud en relación con el total del volumen de negocios. En tercer lugar, ha de tomarse en consideración si se trata de una entidad diferenciable de sus administradores o directivos o bien si existe una confusión plena –pensemos en el caso de las sociedades unipersonales–.

La persona jurídica no ha de consistir en una suerte de parapeto o envoltura exterior que, en realidad, no ejecute ningún tipo de actuación en el tráfico económico, ya que, si así fuera, estimamos plenamente aplicable la doctrina del levantamiento del velo cobertor de la sociedad y que se persiga a las concretas personas físicas que instrumentalizan el ente en cuestión. Por lo tanto, afirmada la existencia de una persona jurídica, que desarrolla su actividad de modo legal en el tráfico mercantil, el siguiente elemento es precisar su estructura organizativa interna, su complejidad, en definitiva, su grado de imputabilidad. Si esta se afirma, habrá de analizarse si se han adoptado o no las medidas de prevención y detección de delitos y, por lo tanto, si cabe hablar de un delito corporativo cometido por el consiguiente defecto estructural en su organización, que ha permitido la comisión del delito. En dicho sentido, mediante el referido delito se habría cometido blanqueo de dinero, siempre y cuando se diesen los elementos del tipo. En todo caso, desde aquí se propugna una interpretación restrictiva, tanto de la existencia de la responsabilidad penal del ente corporativo como de la comisión de un delito de lavado de activos procedentes de un delito. Por lo que hace a este último, y sobre todo en el ámbito empresarial en que nos movemos, operará como criterio de corrección la consideración de los actos como neutros, asumidos por el riesgo inherente al giro o tráfico de la empresa de que se trate, por lo que han de deslindarse tales actuaciones, reputadas lícitas, de

(77) GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario La Ley*, núm. 8724, 2016.

las operativas de reciclaje de capitales. Asimismo, y de modo esencial, habrá de tomarse en cuenta el cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y, en conexión con dicho aspecto, si existen programas de cumplimiento normativo específicos para evitar la comisión de delitos de legitimación de bienes. Como podemos observar, han de tomarse en consideración una pluralidad de elementos antes de poder afirmar, de modo concluyente, que una persona jurídica ha cometido un delito de blanqueo de dinero. Tales aspectos operan como filtros de decantación y evitan que se caiga en un indebido automatismo, propio de modelos expansivos del blanqueo, que rechazamos y combatimos de modo expreso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español», *Revista General de Derecho penal*, núm. 35, 2021.
- «Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018», en SANZ HERMIDA, A. M. (dir.), *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-75.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho penal*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7442, 2010.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho penal*, núm. 20, 2013.
- BLANCO CORDERO, I., «Cooperación jurídica internacional en materia penal en la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 57, 2022, pp. 169-209.
- CARBONELL MATEU, J. C. y MORALES PRATS, F., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. del Libro I: 31 bis, supresión del 31.2 y nuevos, 66 bis, 116.3, 66.3, 130; y del Libro II: arts. 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 369, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445, 576 bis)», en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 55-86.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «Hacia la unificación del Derecho penal Comunitario. El Corpus Iuris europeo», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, pp. 1916-1927.

- COBO DEL ROSAL, M., ««Societas delinquere non potest», a pesar de los pesares», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 115, 2015, pp. 389-400.
- CUADRADO RUIZ, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, pp. 121-152.
- CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», en Pérez-Cruz Martín, A. J. (dir.), Neira Pena, A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 47-75.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, núm. 8732, 2016.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012.
- *Derecho penal español. Parte General*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, 2020.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A. (auts.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, 2018, pp. 129-168.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas*, 2.^a ed., Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 7-42.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf>.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. y MORÓN PENDÁS, I., «Responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas en materia de lavado de dinero», *Revista Penal México*, núm. 19, 2021, pp. 15-29.
- FRAGO AMADA, J. A., «El paper compliance, su detección y tratamiento procesal del mismo», en Frago Amada, J. A. (dir.), *Actualidad Compliance 2018*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 317-329.

- GALÁN MUÑOZ, A. y NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Manual de Derecho penal Económico y de la Empresa*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*, 2.^a ed., Bosch Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat, 2017.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2004.
- «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario La Ley*, núm. 8724, 2016.
- *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- *Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- GÓMEZ MARTÍN, V., «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en Landa Gorostiza, J. M.; Ortubay Fuentes, M., y Garo Carrera, E. (Coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 247-284.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario La Ley*, núm. 8747, 2016.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y delito de blanqueo de dinero», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (Coords.), *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-350.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje», *Revista Penal México*, núm. 19, 2021, pp. 31-36.
- GONZÁLEZ URIEL, D., *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, Comares, Granada, 2021.
- «Por enésima vez: el blanqueo de dinero no es un delito de sospecha, al hilo de la STS 982/2021», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 65, 2022, pp. 145-163.
- GRACIA MARTÍN, L., «La doctrina de la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Revista Foro FICP*, núm. 2, 2014, pp. 16-78.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., «Blanqueo de capitales», en DE LA MATA BARRANCO, N. J.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A. (auts.), *Derecho penal...*, op. cit., pp. 493-528.
- LUZÓN PEÑA, D. E., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍNEZ PATÓN, V., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*, BdF, Buenos Aires, Montevideo, 2019.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 5.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 6, 2004, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.
- «Las nuevas «penas» para personas jurídicas, una clase de «penas» sin culpabilidad», *Revista Foro FICP*, núm. 1, 2014, pp. 24-31.
- MORALES PRATS, F., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 155, 2009 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos), pp. 375-414.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, 23.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 10.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NAVARRO FRÍAS, I. y SOLA RECHE, E., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico IV. Delitos societarios. Los delitos de receptación y de blanqueo de capitales», en Romeo Casabona, C. M.; Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M. A. (Coords.), VV. AA., *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2021, pp. 453-473.
- NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, pp. 47-70.
- «Responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de cumplimiento: de la gestión de la legalidad a la legitimidad», *La Ley Compliance Penal*, núm. 4, 2021.
- NÚÑEZ PAZ, M. A., «La responsabilidad criminal y la gestión del riesgo mediante programas de cumplimiento en relación con la Directiva de 2015», en Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. (Coords.), *V Congreso...*, *op. cit.*, pp. 359-364.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PÉREZ FERRER, F., «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo (compliance)», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 13, 2018, pp. 122-138.
- QUINTERO OLIVARES, G., «De la receptación y el blanqueo de capitales», en Quintero Olivares, G. (dir.), Morales Prats, F. (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 993-1019.
- ROBLES PLANAS, R., «Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal», *La Ley Compliance Penal*, núm. 8, 2022.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley Compliance Penal*, núm. 3, 2020.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal», *Manuales de formación continuada*, núm. 14, 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal económico), pp. 308-364.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2002 (Ejemplar dedicado a: Delincuencia informática: problemas de responsabilidad; Morales García, O. (dir.)), pp. 113-142.
- «¿Derecho penal regulatorio?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2015.
- SIMÓN CASTELLANO, P., «Blanqueo de capitales (arts. 301-304 CP)», en Abadías Selma, A. y Bustos Rubio, M. (Coords.), *Temas prácticos para el estudio del Derecho penal económico*, Colex, A Coruña, 2020, pp. 267-278.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 171-178.
- VELASCO NÚÑEZ, E. y SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Blanqueo, responsabilidad de las personas jurídicas y programas de cumplimiento», en Gómez Colomer, J. L. (dir.), Madrid Boquín, C. M. (coord.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 409-438.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., «Retos de la jurisprudencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: algunas reflexiones», *La Ley Compliance Penal*, núm. 2, 2020.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional «societas delinquere non potest»», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, pp. 67-88.
- «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, 1997 (Ejemplar dedicado a: Empresa y delito en el nuevo Código Penal; Bacigalupo Zapater, E. (dir.)), pp. 211-239.
- «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 121, 2017, pp. 9- 34.

¿La edad como criterio de triaje? Una discusión sobre el triaje *ex ante* y el criterio *fair-innings*

MARÍA LUCILA TUÑÓN CORTI*

Becaria doctoral DAAD. Universidad de Wurzburg

RESUMEN

En este trabajo se presenta la problemática del triaje ex ante desde el punto de vista de la dogmática del Derecho penal y su relación con la bioética. En los últimos años se ha producido un cambio de perspectiva en la teoría del Derecho penal en cuanto a los criterios que deberían jerarquizar los deberes de actuar de un médico que tiene que elegir a qué paciente tratar en una emergencia sanitaria como la del Covid-19. Uno de los criterios más controvertidos, aunque aplicado en algunos países, es el criterio de la edad. En este artículo se expondrán dos propuestas desarrolladas en la bioética para tener en cuenta la edad en las decisiones de triaje: una desde un punto de vista consecuencialista y otra desde la ética deontológica. En particular, se considerará que esta última perspectiva es la más prometedora de las dos, aunque la discusión recién ha comenzado.

Palabras clave: *triaje, causas de justificación, edad, ética deontológica, consecuencialismo.*

* Quisiera agradecerle a Eduardo Rivera López, Leandro Díaz e Ivó Coca Vila por sus valiosos comentarios a los primeros borradores de este trabajo. También extiendo este agradecimiento a las dos personas revisoras de esta revista por sus sugerencias.

ABSTRACT

In this paper, I address the problem of ex-ante triage from a criminal law perspective, but also taking into account the recent developments in the field of bioethics. In recent years, some criminal law theorists have argued for a different perspective when it comes to the possible punishment of a physician who has to allocate scarce resources (the so-called «triage») in a health emergency such as the Coronavirus pandemic. Some of them even stated that the age of the patient should be taken into account: a physician should, according to this view, allocate resources to the young in order to save more lives. My aim here is to present two proposals developed in bioethics to take age into account in (ex-ante) triage decisions and to apply them to the criminal law discussion: one from a consequentialist perspective and the other from a deontological ethics point of view. I argue that the latter is more promising, although I think that discussion on the matter is just beginning.

Key Words: triage, justifications, age, deontological ethics, consequentialism.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Las preguntas centrales del Derecho penal con respecto al triaje *ex ante*.–III. La edad como criterio de triaje. 1. Criterio de triaje indirecto. 2. La edad como criterio de triaje independiente.–IV. Argumentos a favor del criterio «independiente» de edad para casos de desempate. 1. Postura consecuencialista. 2. Postura deontológica.–V. Conclusión.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los retos que la humanidad ha tenido que afrontar durante la pandemia de COVID-19 fue el hecho de que había que tomar decisiones trágicas cuando la demanda de recursos, como respiradores o camas en unidades de cuidados intensivos, superaba la oferta habitual. Por desgracia, creó situaciones extraordinarias a las que no todos los Estados⁽¹⁾ pudieron responder con rapidez. Esto tuvo

(1) Véase EMANUEL E.; PERSAD, G.; UPSHUR, R.; THOME, B.; PARKER, M.; GLICKMAN, A.; ZHANG, C.; BOYLE, C., y SMITH, M., «Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19», en *New England Journal of Medicine*, núm. 382, 2020, p. 2050; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., «Grundwissen – Strafrecht: Triage», en *JuS*, vol. 5, 2020, p. 403; para información más específica sobre Italia, véase ROSENBAUM, L., «Facing COVID-19 in Italy», en *New England Journal*

como consecuencia que el personal sanitario haya tenido que elegir entre la vida de varias personas que estaban en grave peligro. En otras palabras: no podían salvar a todos los pacientes que necesitaban tratamiento. La situación era tan extrema que muchos países elaboraron recomendaciones éticas⁽²⁾ para proporcionar una orientación con respecto a la asignación de estos recursos escasos en una situación tan dramática. En este contexto, parecía inevitable tener que recurrir a algún conjunto de criterios para responder a la siguiente pregunta: ¿Quién debe recibir los recursos cuando el sistema sanitario alcanza el punto de saturación? En un contexto así, los médicos tienen que enfrentarse a decisiones que, en cierto sentido, exigen ponderar unas vidas frente a otras, incluso aceptando la posibilidad de que uno de los dos pacientes muera. Aquí es donde cobra relevancia el concepto del llamado triaje⁽³⁾.

El triaje es un proceso para seleccionar y clasificar a las víctimas de una catástrofe para que reciban el tratamiento adecuado según la gravedad de la enfermedad o lesión, teniendo en cuenta la escasez de

of Medicine (NEJM), núm. 382, p. 1 ss. Sobre España, ALQUÉZAR-ARBÉ A., *et al.*, Impact of the COVID-19 pandemic on hospital emergency departments: results of a survey of departments in 2020 - the Spanish ENCOVUR study, en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 320-331; HERREROS, B., *et al.*, «Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments», en *Journal of medical ethics* vol. 46, 2020, p. 457; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO E., «Priorización de recursos sanitarios en contextos de escasez. Informe SESPAS», en *Gaceta Sanitaria*, vol. 36, 2022, p. S52; JULIÁN-JIMÉNEZ, A. y GARCÍA, D. E., «Acerca de cómo los servicios de urgencias españoles hicieron frente a la primera oleada de pacientes durante la pandemia COVID-19», en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 307-308.

(2) Véase, como ejemplos, el caso de España, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social de España: Informe del Ministerio de Sanidad sobre Los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN *et al.*, Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Bioéticos de la Priorización de Recursos Sanitarios en el Contexto de la Crisis del Coronavirus (<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>); el de Argentina, Ministerio de Salud de la Nación Argentina, Recomendaciones para la Implementación de Triage. Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-04/0000001849ent-covid-19_recomendaciones-implementacion-triage.pdf; Consejo de Salubridad General de México (CSG), Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados (http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/Guia-BioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf); y el de Alemania, Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020.

(3) RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 403. Sobre el origen del triaje, véase BRECH, A., *Triage und Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 48 ss.

recursos disponibles(4) para salvar vidas y las posibilidades de tratamiento médico y del transporte(5). Esto requiere un proceso estructurado que incluya criterios sobre qué persona debe ser tratada primero, en qué momento y con qué recursos disponibles para el tratamiento, cuando el número de pacientes con necesidades agudas supere el número de estos recursos(6). Por lo general, aunque con excepciones y puntos de vista contrarios, el principio fundamental que rige las decisiones de triaje en la discusión bioética es el de la maximización de vidas salvadas(7). Independientemente de esto último, que será retomado en los siguientes párrafos, el triaje es la priorización de la atención médica que se necesita con urgencia, sin la cual hay riesgo de lesiones graves o incluso de muerte teniendo en cuenta los escasos recursos disponibles(8).

(4) La escasez puede darse, por ejemplo, si el número de personas que necesitan asistencia médica supera los recursos humanos o materiales disponibles. En este último caso, se piensa no solamente en los respiradores o medicamentos sino también en camas de unidad de cuidados intensivos y personal sanitario. Cf. HORTAL-CARMONA J.; PADILLA-BERNÁLDEZ, J.; MELGUIZO-JIMÉNEZ, M.; AUSÍN, T.; CRUZ-PIQUERAS, M.; LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T.; PUYOL, A.; RODRÍGUEZ-ARIAS, D.; TAMAYO-VELÁZQUEZ, M. I., y TRIVIÑO, R., «La eficiencia no basta. Análisis ético y recomendaciones para la distribución de recursos escasos en situación de pandemia», en *Gaceta Sanitaria*, vol. 35, 2021, p. 526.

(5) BRECH, A., *op. cit.*, p. 48 s.; HOVEN, E., «Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», en *Juristische Zeitung*, 2020, p. 449; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., Die Tragik der Triage, en *Juristische Zeitung*, 2020, p. 704; RIVERA LÓPEZ, E., *et al.*, «Propuesta para la elaboración de un protocolo de triaje en el contexto de la pandemia de COVID-19». Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31816>, p. 41; SCHOLTEN, K., *Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Dr. Krovač, Hamburgo, p. 17 s.; SOLER, W., *et al.*, El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2010, vol. 33, Suplemento 1, p. 56.

(6) ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., «Rettungstötungen in der Corona-Krise?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, p. 1398; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 403.

(7) ABAL, F., «Asignar y reasignar: dos criterios diferentes para distribuir recursos terapéuticos escasos», en *Análisis Filosófico*, núm. 40, 2021, p. 40; BRECH, A., *op. cit.* p. 52 ss.; EMANUEL, E., *et al.*, *op. cit.*, p. 2051 ss.; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451 s.; RIVERA LÓPEZ, E., *et al.*, *op. cit.*, p. 47; WOLFF, J., *An Introduction to Moral Philosophy*, W. W. Norton, Nueva York, 2021, p. 417. En cuanto a las excepciones, la maximización como derivación del consecuencialismo no es ampliamente aceptada en diversos ámbitos de discusión. Por ejemplo, en la literatura jurídica alemana, aferrándose a criterios «justos» como el sorteo. Véase ENGLÄNDER, A., «Die Pflichtenkollision bei der ex-ante-Triage», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, p. 140.

(8) ZIMMERMANN, T., «Wer stirbt zuerst?». Disponible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>.

Se pueden distinguir tres constelaciones básicas: triaje «preventivo», «ex ante» y «ex post»(9):

El triaje «ex post» se produce cuando se interrumpe un tratamiento en curso con el fin de liberar recursos para un paciente recién ingresado. Por ejemplo, sería el caso en el que el médico le desconecta el respirador a un paciente que ya está intubado.

Además, el triaje «preventivo» se refiere a la situación en la que, si bien todavía hay recursos que están disponibles, el médico decide negarle el ingreso a un paciente, cuyo tratamiento está indicado médicamente, con el fin de mantener libre ese recurso para potenciales pacientes que eventualmente tengan una mejor perspectiva de éxito del tratamiento(10). El objetivo aquí es reservar o acopiar recursos.

En el triaje «ex ante»,(11) en cambio, el médico tiene a dos pacientes que necesitan tratamiento inmediato, pero en el hospital solamente hay, por ejemplo, un respirador disponible, por lo que se ve obligado a decidir a qué paciente atenderá primero, con el riesgo de que el otro muera.(12) La particularidad en este caso es que el personal sanitario solo puede tratar a los pacientes de forma alternativa, pero no acumulativa, por lo que los no tratados se exponen a un mayor riesgo de muerte. Aparece entonces el ámbito de aplicación del clásico instituto

(9) Para más detalles sobre las tres constelaciones de casos desarrolladas, véase CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Derecho penal y Coronavirus: Algunos Problemas de Imputación», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, p. 254 ss.; COCA VILA, I., «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», en *In Dret*, 2021, p. 172 s.; HILGENDORF, El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida. Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 154/20 = JZ 2022), en *InDret*, núm. 3, 2022, p. 5. Hay algunos autores que solamente hacen una división bipartita entre *ex ante* y *ex post*. Por ejemplo, HOVEN, E. y HAHN, J., «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie», en *JA*, núm. 7, 2020, p. 481 ss.

(10) Este grupo de casos ha sido practicado, sobre todo al principio de la pandemia en el año 2020. Cf. FATEH-MOGHADAM, B. y GUTMANN, T., «Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, R. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, p. 328 con nota al pie 133; HONG, M., «Corona-Triage and Human Dignity». Disponible en: <https://verfassungsblog.de/corona-triage-and-human-dignity/>; PEINADO, 9 de julio de 2020, *La Comunidad de Madrid envió al menos cuatro correos para excluir de hospitales a ancianos de residencias*, *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/espana/madrid/2020-06-08/la-comunidad-de-madrid-envio-al-menos-cuatro-correos-para-excluir-de-hospitales-a-ancianos-de-residencias.html>.

(11) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 118; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 47.

(12) MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 706; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 55; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 404.

de la colisión de deberes como causa de justificación en la dogmática del Derecho penal.

El objeto de este trabajo es el análisis del triaje *ex ante* desde el punto de vista del Derecho penal continental y de las discusiones más recientes en el ámbito de la bioética(13). En especial, se evaluará la plausibilidad de las propuestas, todavía minoritarias, de tener en cuenta la edad de los pacientes para tomar una decisión de triaje *ex ante*. Para ilustrar el problema, considérese el siguiente caso básico(14):

La decisión: A, de 20 años, y B, de 75, son ingresados al hospital al mismo tiempo. Los dos tienen el mismo nivel de urgencia en ser tratados. Además, en ambos pacientes, la probabilidad de supervivencia es superior al 90% si reciben tratamiento, pero inferior al 40% si no lo reciben. Sin embargo, solo hay un respirador disponible. El médico C decide dar preferencia al joven paciente A, que no padece ninguna enfermedad subyacente, sobre el paciente B, que tampoco tiene ninguna afección previa sino que goza de buena salud general. El paciente B muere.

En el siguiente apartado, se desarrollará el tratamiento estándar de esta clase de casos en la dogmática penal de tradición continental-europea (II). Posteriormente, se explorarán las dos formas para incorporar la edad como criterio de selección (III) y se ofrecerán diferentes argumentos posibles para fundamentar esa incorporación, tanto desde la ética consecuencialista, como desde la deontológica (IV). En particular, se presentará un fundamento deontológico basado en el principio de equidad [*fairness*] que será considerado especialmente prometedor: debería dársele prioridad a aquellos que están en peor situación con respecto a los años de vida vividos, en el sentido de que tiene el riesgo de morir joven y no tuvo la posibilidad de vivir. Finalmente, se presentarán críticas a esta propuesta y se ofrecerá una breve conclusión (V).

(13) La discusión sobre triaje *ex post* en el marco del Derecho penal excede los límites de este trabajo, ya que se presentan otros problemas diferentes a analizar. Pues el triaje *ex post* se analiza no solamente desde el punto de vista de la distinción entre acción y omisión, mientras que en casos de triaje *ex ante* se asume una omisión por parte del médico. Por eso, otras causas de justificación que serían aplicables, como el estado de necesidad agresivo justificante. Esto hace que el análisis sea más complejo y merezca un tratamiento separado. Más detalles en COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 178 ss.; Véase además HÖRNLE, T., «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, R. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, p. 152 ss.; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 706 ss.

(14) Ejemplo con variaciones de HÖRNLE, T., «Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten». Disponible en: <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>.

II. LAS PREGUNTAS CENTRALES DEL DERECHO PENAL CON RESPECTO AL TRIAJE *EX ANTE*

El brote de la pandemia ha presentado problemas para la medicina y la bioética pero también para el Derecho penal⁽¹⁵⁾. En primer lugar, es inevitable pensar que el hecho de elegir al paciente A pero omitir el tratamiento del paciente B supone que el comportamiento podría subsumirse en varios tipos penales como el de lesiones, o incluso el de homicidio, por omisión (según los §§ 212, 13 StGB^{*}, arts. 138, 11 CP español), lo cual da lugar a la responsabilidad penal del médico⁽¹⁶⁾. Sin embargo, según la doctrina dominante del Derecho penal continental, esta omisión podría estar justificada por medio de la llamada colisión de deberes justificante, aplicable en un caso de triaje «ex ante»⁽¹⁷⁾. El primer requisito para que esta causa de justificación pueda aplicarse es que

(15) También en este sentido, COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 170-172; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 454. Véase una investigación desde el Derecho penal, pero con respecto a otras problemáticas como el contagio y la imputación objetiva, en CANCIO MELIÁ, M., PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 241 ss.; VALMAÑA OCHAITA, S., «El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 173-202 y VARELA, L., «¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 525-582. A su vez, sobre la discusión desde el punto de vista del derecho constitucional con relación al derecho a la salud (art. 43 CE) y el derecho fundamental a la vida o a la integridad física (art. 15 CE), cf. PRESNO LINERA, M. A., «¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 283.

^{*} Straßengesetzbuch (Código Penal alemán).

(16) Aquí, se asume que el médico tiene posición de garante frente al paciente. En profundidad, ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, tomo II, Beck, Múnich, 2003, § 32 núm. m. 75; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal del médico por omisión», en: Estudios sobre los delitos de omisión, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 73 ss.

(17) CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 254; COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 195; ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN T., *op. cit.*, p. 1400; FRISTER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.ª edición, Beck, Múnich 2020, § 22 núm. m. 62; GAEDE, K.; KUBICIEL, M.; SALIGER, F., y TSAMBIKAKIS, M., «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *medstra*, 2020, p. 4; HOVEN, E. y HAHN, J., *op. cit.*, p. 482; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 706; PANTALEÓN DÍAZ, M., «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», en *Anuario de Derecho penal*, 2022, p. 661; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 404. En algunos casos también se argumenta que debería darse una exculpación (PAEFFGEN, H. y ZABEL, B., «Vor §§ 32 ff», en Kindhäuser, U.; Neumann U., y Paeffgen H. (eds.), *Strafgesetzbuch*, 5.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2017, núm. m. 174), o que en esta situación solo surge un deber, por lo que se excluye la tipicidad (FREUND, G., y ROSTALSKI, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edición, Springer, Berlín, 2019, § 6 núm. m. 132).

colidan dos o más deberes de actuar. Además, los deberes tienen que ser *de igual rango*(18), ya que si un deber tiene más rango que otro, el autor debe elegir el primero en desmedro de aquel con menor jerarquía para que la justificación tenga tal efecto. Solamente ante deberes de idéntico rango, entonces, el obligado actúa conforme a derecho si cumple cualquiera de los dos (o más) deberes. Pues la colisión de deberes presupone que el autor solo puede cumplir de forma no acumulativa sino alternativa, es decir, está en condiciones de cumplir con alguno(s) de los deberes, pero no con todos. El fundamento de esto es el axioma *ultra posse nemo obligatur*: nadie está obligado más allá de su capacidad(19). Esto significa que los deberes se excluyen mutuamente y, con base en ello, se puede justificar la conducta.

En el caso básico de este artículo, *La decisión*, ambos pacientes están en peligro de muerte y, dado que solo se dispone de un respirador, el médico C solo puede cumplir uno de los dos deberes de salvar vidas(20). y si bien la solución no está regulada expresamente en países como España o Alemania(21), el médico estaría justificado al salvar a cualquiera de los dos pacientes. Además, y esto es especialmente importante, el motivo por el cual el autor elegía cumplir un deber o el otro deber sería jurídicamente irrelevante. En otras palabras, el titular de los deberes podría elegir «a quien quiera», siempre y cuando estén dados los requisi-

(18) FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 61; NEUMANN, U., en: Kindhäuser, Neumann y Paeffgen (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. 1, 5.ª edición, Munich 2017, § 34 núm. m. 124; ROXIN y GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5.ª edición, Múnich 2020, §16 núm. m. 118; OTTO, H., «§ 41», en Hilgendorf, E.; Kudlich, H., y Valerius, B. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. II, Beck, Múnich, 2019, núm. m. 1, 6; ZIESCHANG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª edición, Boorberg, Stuttgart, 2020, § 5 núm. m. 623 ss. En detalle, sobre el análisis de la igualdad de rango de los deberes, JANSEN, S., «Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», en *ZIS*, vol. 3, 2021, p. 159 s.

(19) COCA VILA, I., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 132 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en De Vicente Remesal, J., *et. al.* (eds), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 1, 2020, p. 823.

(20) En este sentido, y como contracara de la misma moneda con respecto al paciente B, si se trata de la justificación de la violación de un deber de actuar, como es este caso, no es necesario ni siquiera recurrir a la colisión de deberes, porque si la agresión contra el bien jurídico ajeno no puede estar justificada por un estado de necesidad justificante, entonces cae el deber de actuar, debido a que no puede estar dirigido contra un hecho antijurídico. NEUMANN, U., *op. cit.*, § 34 núm. m. 126.

(21) En el caso español, no está regulada expresamente bajo el nombre de «colisión de deberes justificante». Solamente están las dos eximentes en el artículo 20.5.º y 20.7.º CP que podrían hacer las veces de una regulación. *Pars pro toto*, véase COCA VILA, I., *op. cit.*, (2016), p. 60. Acerca de la discusión sobre ubicar la colisión de deberes en el 20.5.º o 20.7.º CP, pp. 514-525. Con una conclusión del autor, pp. 537-538.

tos anteriores(22). Incluso si eligiese al paciente A por motivos moralmente reprochables o discriminatorios igualmente estaría justificado. Habría un espacio libre de juicios sobre la motivación de la decisión.

No hasta hace mucho tiempo era pacífica la doctrina con respecto a cómo debía resolverse un caso así según las reglas de la colisión de deberes justificante. La cuestión central que ha sido debatida en la literatura en los últimos tres años es si el médico realmente debe poder elegir a un paciente por sobre otro independientemente de los motivos de esa elección o, por el contrario, si acaso pueden determinarse criterios a seguir ante estos supuestos de escasez. Así, el *motivo* de la elección por uno u otro deber podría volverse jurídicamente relevante y al médico se le pasarían a pedir explicaciones por su elección a favor de uno u otro paciente(23). Habría, entonces, ciertos criterios que, en casos de triaje, permitirían jerarquizar los deberes de actuar de un modo distinto al usual. En otras palabras, si se postulase que un determinado criterio es relevante para decidir los casos de triaje (al menos en casos «ex ante»), ya no estaríamos frente a deberes de igual rango.

Respecto de los criterios, de todos modos, es necesario hacer una distinción importante entre criterios de priorización y criterios de desempate(24). Los criterios de priorización son los que se utilizan en primer lugar para asignarle prioridad a unos pacientes sobre otros. Generalmente, el criterio de la urgencia (entendida como grado de peligrosidad, acompañado de una indicación médica del tratamiento) es aceptado sin más como correcto por la opinión dominante en materia de colisión de deberes(25). En los últimos tiempos, no obstante, se ha comenzado a discutir si las probabilidades de éxito también podrían ser tenidas en cuenta como criterio de priorización(26), es decir, las personas con más probabilidades de sobrevivir a su enfermedad actual

(22) COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 195; JANSEN, S., *op. cit.*, p. 169; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *JZ*, (14), 2020, p. 707; ENGLÄNDER y ZIMMERMANN, T., *op. cit.*, p. 1401 ss.; ZIMMERMANN, T., *op. cit.*

(23) FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 62; HÖRNLE, VerfBlog, p. 1; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 449; PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 663.

(24) En este sentido, RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 47.

(25) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 148; FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 62; GAEDE, K., *et. al.*, *op. cit.*, p. 5; JANSEN, S., *op. cit.*, p. 169; RENGIER, R., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13.^a edición, C. H. Beck, Múnich, 2021, § 49 núm. m. 46a s.

(26) FRISTER, H., «Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 135. GAEDE, K., *et. al.*, *op. cit.*, p. 5; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 449 ss.; KUSCHE, C., «La pandemia del coronavirus y el Derecho penal de la medicina», en: Lerman, M. D. y Tuñón Corti, M. L., (dir.), *Traducciones de nuevas investigaciones penales*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, p. 90 ss. En contra, ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 148.

con el uso de recursos escasos merecerían prioridad sobre las que tienen menos probabilidades de sobrevivir a corto plazo.(27) Varias recomendaciones clínico-éticas de las sociedades médicas y parte de la doctrina han defendido la perspectiva clínica de éxito(28). De todas maneras, si bien ambos son criterios de priorización, en el triaje «ex ante» se debería distinguir primero la urgencia de cada paciente. Según la postura usual, esa sería la única decisión de priorización posible. Si se considera correcta la nueva postura, todavía minoritaria, la probabilidad de éxito del tratamiento se convertiría en el criterio decisivo solo cuando los dos pacientes que necesitan tratamiento lo necesitan con la misma urgencia.

Esta discusión puede ser dejada de lado, ya que en principio no se propone la edad del paciente como criterio de priorización básico, sino como «criterio de desempate». Esto último se refiere al caso cuando los criterios de priorización son insuficientes porque los pacientes están en plena paridad, es decir, ambos tienen la misma urgencia y, eventualmente, las mismas probabilidades de éxito del tratamiento. Es entonces cuando se hace necesario disponer de criterios de desempate que ayuden a tomar la decisión final de asignación. Hay muchos principios de justicia distributiva que pueden servir como criterios de desempate para justificar las decisiones de triaje, ya sea dar prioridad a los trabajadores sanitarios [porque así se salvaría a quienes pueden salvar a otros en el futuro(29)](30), poner en desventaja a aquellos que se han provocado ellos mismos la necesidad de un recurso escaso en una emergencia sanitaria(31), considerar el estado

(27) Véase en detalle el análisis de este criterio hecho en LÜBBE, W., «El uso eficiente de los recursos en una pandemia y el criterio de probabilidad de éxito clínico», en *En Letra: Derecho penal*, Año VII, número 13 (2022) p. 53 ss.

(28) GAEDE, K., *et. al.*, *op. cit.*, p. 5; HOVEN, E. y HAHN, J., *op. cit.*, p. 482. Críticos, ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., *op. cit.*, p. 1402. Para más detalles sobre las recomendaciones de las sociedades médicas alemanas, véase FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 148.

(29) Un caso problemático es el de las personas que han contribuido, contribuyen específicamente o están especialmente expuestas a la lucha contra el virus, por ejemplo, los trabajadores sanitarios o los participantes en investigaciones que toman parte en los protocolos de COVID-19. Como actores clave del sistema sanitario (médicos, enfermeras e incluso investigadores), se discute si se les debería dar prioridad por su relevancia en el sistema de salud. No se trata de un privilegio de estatus injusto, sino que lleva a que, desde una perspectiva social global, se puedan mejorar las posibilidades de salvación de todos: un médico curado (y también inmunizado) aumenta la capacidad de tratamiento. ZIMMERMANN, *op. cit.* Véase también RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 50 s.

(30) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2053; RUIZ-HORNILLOS, J., *et. al.*, *op. cit.*, p. S53.

(31) WOLFF, *op. cit.*, p. 422 s.

de vacunación(32), distribuir los recursos por orden de llegada (el recurso se daría a la persona cuya necesidad se manifestara primero)(33), o incluso hacer el desempate con un procedimiento aleatorio como una lotería(34). En la dogmática penal continental, la opinión dominante todavía considera que el criterio básico consiste en dejar que los médicos decidan, en el sentido de que una vez realizada la decisión primaria de priorización, el médico estaría en una situación de colisión de deberes antes mencionada(35). Por consiguiente, deberían poder elegir libremente a quién salvar y el Estado no podría indagar en esa decisión.

La pregunta clave para este trabajo es, entonces, si la posición dominante debería cambiar y asumirse como válido un criterio de desempate, ya sea a través de la sanción de una ley o de una interpretación del derecho vigente. Asumiendo que esto debe ser así, lo que no está libre de dudas(36), uno de los criterios más controvertidos y adoptado al menos de facto por algunos países(37) como criterio de

(32) HÖRNLE, T., «¿Por qué el estado de vacunación de una persona puede desempeñar un papel en el triaje después de todo?», en *En Letra: Derecho penal*, Año VI, número 12, 2021, pp. 7-12.

(33) JOHN, T. y MILLUM, J., «First Come, First Served?», en *Ethics*, núm. 120, 2020, p. 179 ss. Con objeciones, PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL, E., «Principles For Allocation Of Scarce Medical Interventions», en *Lancet*, 2009, p. 424; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 53.

(34) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 139 ss.; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 53.

(35) RENGIER, R., *op. cit.*, § 49 núm. m. 46a s.

(36) Véase, en profundidad, COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 169 ss.

(37) En España, véase el informe hecho en RUIZ-HORNILLOS, J.; HERNÁNDEZ SUÁREZ, P.; MARÍN MARTÍNEZ, J. M.; DE MIGUEL BERRAIN, Í.; NIEVES VÁZQUEZ, M. A.; ALBERT, M.; HERRERA ABIÁN, M.; PACHECO-MARTÍNEZ, P. A.; TRASMONTES, V., y GUILLÉN-NAVARRO, E., «Bioethical Concerns During the COVID-19 Pandemic: What Did Healthcare Ethics Committees and Institutions State in Spain?», en *Frontiers in public health*, 9, 2021, p. 3 s. En Italia, la Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) se ha basado principalmente en la duración de la vida restante que potencialmente podría salvarse («más años de vida salvados, con vistas a maximizar los beneficios para el mayor número de personas»). Disponible en: https://d1c2gz5q23tkk0.cloudfront.net/assets/uploads/3017013/asset/SIAARTI_-_Covid19_-_Raccomandazioni_di_etica_clinica_%282%29.pdf?1606745834. Para más detalles sobre la situación en aquel país, véase ROSENBAUM, *op. cit.*, p. 2. Una cuestión similar se planteó en México, donde inicialmente se limitó la edad, pero este requisito tuvo que ser eliminado debido a las fuertes críticas. Sobre esto, véase MACKLIN, R., «Allocating Medical Resources Fairly», en *Salud Pública*, 2020. Posteriormente, el criterio fue «salvar el mayor número de vidas posible». Con respecto a España, véase, en detalle, RUEDA ETXEBARRIA, J., «¿No es país para viejos? La edad como criterio de triaje durante la pandemia de la COVID-19», en *Enrahonar*, núm. 65, 2020, p. 86. En Suiza, Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Triage in der Intensivmedizin bei außeror-

selección es la edad del paciente(38). La cuestión es, entonces, si la edad puede tenerse en cuenta, y, en caso afirmativo, en qué medida, como criterio ética y jurídicamente relevante en la asignación de los recursos en casos de desempate. Si un médico decide darle prioridad al paciente más joven basándose en el criterio de la edad, se plantea el problema de cómo debería ser juzgada dicha preferencia en el marco del Derecho penal y, especialmente, teniendo en consideración las nuevas perspectivas de la literatura en este punto.

El caso *La decisión* procura ilustrar la problemática en el marco del triaje «ex ante». Como ya se señaló, en ese caso el médico tiene que elegir alternativamente entre el paciente A y B porque solamente tiene un respirador disponible. Ambos deberes serían en principio de igual rango porque en ambos casos está en juego la vida humana y la probabilidad de acaecimiento del resultado es similar, en nuestro caso sería la muerte(39). El problema aparece porque hay una situación de empate, incluso tras aplicar criterios de priorización, pues ambos presentan la misma urgencia (y también probabilidad de éxito, para el caso en el que se acepte). Por tanto, se plantea inevitablemente la pregunta de qué debe hacer el médico al elegir y si es correcto que pueda elegir según la edad de los pacientes. Para la postura dominante, la consideración de criterios de desempate implica en sí mismo una clasificación de las vidas humanas y, en consecuencia, su jerarquización. Incluso la introducción de las perspectivas de éxito (además de la urgencia) como criterio de priorización anterior, sería contrario a la máxima de la imponderabilidad de la vida humana para la opinión dominante(40). Desde esta perspectiva clásica de la colisión de deberes, el médico quedaría justificado, ya que los motivos son irrelevantes para el Derecho penal.

La cuestión de si la opinión dominante tiene un buen sustento, en especial su fundamento en el principio de «imponderabilidad de la vida humana» no puede ser abarcado en detalle aquí. En todo caso, es probable que la discusión relevante deba centrarse en cuál es el alcance de ese principio. Considerando que actualmente existe una postura

dentlicher Ressourcenknappheit, 2020, p. 6. Con preocupación por el criterio de la edad, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *et. al.*, *op. cit.*, p. 3.

(38) En detalle, y desde muchos puntos de vista, sobre la edad durante la pandemia de COVID-19 en España, véase PRESNO LINERA, M. A., *op. cit.*, p. 289 ss.

(39) Véase COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 173; ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 123 ambos con ulteriores referencias. Cuando el grado del peligro que amenaza, aquí la muerte, es similar, los deberes de actuar son de igual rango. En cambio, si hay diferencias significativas, porque el peligro de muerte de un paciente es abstracto, los deberes son de diferente rango.

(40) Cf. COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 184 ss.

que defiende la incorporación de criterios, la pregunta sería si la edad de los pacientes podría tenerse en cuenta solo como criterio de desempate cuando el médico haya agotado criterios previos, como sucede en *La decisión*. Sobre todo, teniendo en cuenta que el sistema jurídico no ofrece «ningún criterio de selección positivo para esta decisión»(41). Sin embargo, ¿la elección del médico sobre la base del criterio de la edad puede calificarse de «justa» si el paciente de edad avanzada muere como resultado de esta elección? En definitiva, es dudoso que solo la urgencia y, dado el caso, la probabilidad de éxito conduzcan a una solución verdaderamente justa en todos los casos imaginables. En estas circunstancias, es al menos razonable buscar otros criterios complementarios. Uno de estos criterios es, justamente, el de dar prioridad a los más jóvenes. Quien esté a favor de un principio absoluto de imponderabilidad absoluto probablemente rechace sin más esta clase de investigaciones sobre la posibilidad de tomar en cuenta criterios diferentes a los usuales.(42) Pero asúmase, aunque sea a los fines de la argumentación, que es posible hacer esta clase de distinciones.

Además, la discusión sobre la edad como desempate puede tener un rol subsidiario interesante si se sigue una versión «reformada» de la opinión dominante. En particular, autores como Hilgendorf(43), asumen como correcta la solución usual sobre colisión de deberes. Sin embargo, proponen la creación de un tipo penal para criminalizar casos en los que la decisión del médico de salvar a un paciente sobre otro resulte discriminatoria. Se trataría, en ese sentido, de un control «negativo» de la decisión de los médicos, quienes en principio mantendrían su libertad de motivación, con la salvedad de que no podrían tomar decisiones basadas en criterios como el color de piel o la etnia de los pacientes. Si se asume como correcta una posición de esta clase, todavía sería necesario determinar si un médico que privilegia a un paciente por sobre otro en virtud de la edad realiza un acto de discri-

(41) MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 707; DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.*, p. 4.

(42) Para una crítica, en principio, acertada al respecto, véase PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 620 con nota al pie 92, 663 ss.. También véase una postura que acepta este principio de la imponderabilidad de vida humana pero admite que aceptarla puede llevar a resultados absurdos en WILENMANN VON BERNATH, J., «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», en *InDret*, núm. 1, 2016, pp. 28 s.

(43) HILGENDORF, E., *op. cit.*, p. 369. De todas maneras, en el marco de la discusión alemana, se ha señalado que la libertad de elegir que tiene el médico no puede ser limitada con una simple remisión al artículo 3, párr. 1 de la Constitución alemana (equivalente al art. 14 de la Constitución española). Una reducción tal no sería suficiente para el mandato de determinación de la ley penal. Cf. ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., *op. cit.*, p. 1400.

minación, que potencialmente podría dar lugar a un castigo en virtud de este control negativo de la decisión. La cuestión se encuentra extremadamente discutida. En los próximos párrafos se analizará la cuestión desde distintos puntos de vista, con el fin de emitir al menos un diagnóstico del estado de la discusión.

III. LA EDAD COMO CRITERIO DE TRIAJE

La edad como criterio de triaje no ha pasado desapercibida en la pandemia. Algunas guías y protocolos éticos han sugerido utilizar la edad como criterio(44). Sin embargo, no hay que perder de vista que hay dos formas de abarcar la edad, vinculadas con la distinción anterior entre criterios de priorización y de desempate. Podríamos llamar a un criterio «indirecto», porque depende de un criterio principal de priorización y al otro «independiente», al tratarse de un criterio puro, autónomo de otros(45).

1. Criterio de triaje indirecto

Se denomina «indirecto» porque debe tenerse en cuenta en el marco de otro atributo (de priorización) que es considerado decisivo o está implícito en él. Este último suele ser el criterio de la probabilidad de éxito, ya antes mencionado, y que en el Derecho penal continental ha comenzado a ser aceptado por una parte (no todavía dominante) de la doctrina. Así, la edad de la persona proporcionaría información sobre la probabilidad de sobrevivir a la enfermedad y debería evaluarse como factor predictivo de la eficacia del tratamiento(46). Si se parte de la base de que las personas más jóvenes suelen tener más posibilidades de sobrevivir, la edad entonces claramente desempeñaría un papel relevante en el contexto de priorización según las pers-

(44) Sobre el uso de este criterio en la praxis durante el año 2020 en España, véase RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 86 s.; HERREROS, B., *et. al.*, *op. cit.*, p. 456; RUIZ-HORNILLOS, J., *et. al.*, p. 3 s.

(45) Véase RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 47 s.; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 88.

(46) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2053; PRESNO LINERA, M. A., *op. cit.*, nota al pie 13 y p. 288; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 86; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E., *op. cit.*, p. S52.

pectivas de éxito del tratamiento(47). Lo mismo ocurre a la inversa. Caplan, que parte de la base de que se debería tener en cuenta la edad del paciente en decisiones de triaje, supone que los mayores suelen enfermarse de forma desproporcionada y grave. La edad avanzada puede indicar una menor probabilidad de supervivencia o la (baja) probabilidad de eficacia del tratamiento, ya que la funcionalidad de algunos órganos del cuerpo disminuye con el tiempo(48).

Una objeción habitual contra el uso de la edad como criterio indirecto es que perjudicaría enormemente a las personas mayores y a las personas con enfermedades coexistentes o crónicas(49). Por un lado, este criterio pone en desventaja a las personas que padecen este tipo de enfermedades, ya que tienen menos posibilidades de éxito en el tratamiento. En ese sentido, Brech señala que existe una discriminación indirecta contra las personas mayores, ya que se tiene en cuenta la probabilidad de éxito del tratamiento como criterio decisivo. De este modo, el criterio de la edad entra en la mayoría de los casos en la decisión de distribución de forma inconsciente u oculta bajo la apariencia de una indicación médica según perspectivas de éxito(50). Esto es algo que se le podría objetar a quienes no aceptan el criterio de la edad de modo «independiente» pero sí el de probabilidad de éxito o perspectivas de éxito como criterio de priorización(51). Al tomar las probabilidades de éxito como criterio principal para la asignación de pacientes en un contexto de triaje *ex ante*, se está aceptando el principio utilitarista de «salvar el mayor número de vidas». En consecuencia, la relevancia de la edad como factor predictivo de la eficacia convierte indirectamente a la edad en un factor importante a la hora de

(47) Desde la perspectiva médica, BAJAJ, V., *et. al.*, «Aging, Immunity, and COVID-19: How Age Influences the Host Immune Response to Coronavirus Infections?», en *Front. Physiol.*, 2021, p. 5 ss.; DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.*, p. 2.

(48) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., «Is It Wrong To Prioritise Younger Patients With COVID-19?», en *British Medical Journal*, 2020, p. 2, con más referencias. RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 49, 78; WU, Z. y MCGOOGAN, J. M., «Characteristics of and Important Lessons from the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China: Summary of a Report of 72314 Cases from the Chinese Center for Disease Control and Prevention», en *Journal of the American Medical Association*, 2020, p. 1239 s.

(49) CAPLAN, A., *et. al.*, «Ventilator Triage Policies», en *Annals of Internal Medicine*, 2020, p. 5; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 405; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 92 ss.

(50) BRECH, A., *op. cit.*, p. 276; SCHMITZ-LUHN, B., *Priorisierung in der Medizin: Erfahrungen und Perspektiven*, Springer, Berlin, 2015, p. 128.

(51) Véase FRISTER, H., «Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 135 s.

hacer la elección, porque habría que hacer lo que maximice el mayor número de beneficios. Según muchas voces, cualquier otra elección representaría una administración irracional de los recursos(52). En particular, la edad como criterio indirecto aparecería como un indicador razonable para determinar la probabilidad de sobrevivir la enfermedad, como también lo serían otros indicadores, como el peso o las enfermedades preexistentes.

Sin embargo, la cuestión principal que hay que abordar es si la edad puede desempeñar un papel autónomo como criterio de desempate, con independencia de las probabilidades de éxito de cada paciente. Esto se debe a que, si la edad ya puede salir airoso como criterio autónomo, entonces con más razón podrá ser tenida en cuenta como criterio indirecto, *a maiore ad minus*. En particular, la crítica de Brech vinculada a la discriminación indirecta presupone que una asignación *directa* (o pura) de recursos según la edad sería, en efecto, una discriminación que debería ser evitada, incluso si se produce «por la puerta de atrás». Pero si se considera que el criterio de la edad *no* es discriminatorio, entonces la crítica se diluye(53). El objetivo de los siguientes apartados es, entonces, examinar si existen fundamentos para tener en cuenta la edad como criterio independiente para la distribución de recursos en el triaje «ex ante».

2. La edad como criterio de triaje independiente

Como criterio «independiente» de triaje, la edad del paciente es tomada como tal, es decir, en el sentido de tener en cuenta el número de años de vida de cada paciente. Esta información se utilizaría para la asignación de recursos médicos. Durante la crisis sanitaria provocada por la pandemia, se ha utilizado el criterio independiente de la edad también aquí de dos formas.

Por un lado, se estableció un límite de edad como criterio de priorización excluyente para el tratamiento. Por otro, para decidir cómo priorizar en caso de una situación de empate. El primer caso sucedió en

(52) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2051; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452; WHITE, D. B.; KATZ, M.; LUCE, J. M., y LO B., «Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions», en *Annals of Internal Medicine*, 2009, p. 3.

(53) Nuevamente: un análisis autónomo de la edad como criterio de desempate «indirecto» solo sería decisivo para quienes rechacen a la edad como criterio independiente, pero acepten al criterio de priorización de las perspectivas de éxito como válido. Si bien un análisis de esta clase puede ser valioso, no es el camino de argumentación que se seguirá en este trabajo.

algunos países que, en ciertos casos puntuales, limitaron directamente el acceso a los mayores de 80 años, sin permitir que otros factores, como la urgencia o la probabilidad de éxito, sean considerados(54). No obstante, el tener en cuenta la edad como criterio de priorización, y por ende como factor excluyente, en el triaje preventivo ha sido centro de varias críticas y sobre todo ha levantado sospechas de discriminación (especialmente edadismo y gerontofobia) (55). En España, en particular, sería una vulneración a los artículos 14, 15 y 43 Constitución Española (CE). El motivo sería que todas las personas tienen el mismo derecho a la vida y la misma protección, más allá de la duración o el tiempo que pueda restarles(56). Esto representa uno de los principios fundamentales del derecho, al menos en la tradición de derecho continental: todas las vidas humanas tienen el mismo valor y eso significa que la vida humana es tanto cualitativa— como cuantitativamente imponderable, es decir, que no cabe asignar diferencias de valor entre vidas humanas y una «suma» de vidas(57) sería impermissible, por lo que una vida vale lo mismo que cinco(58). En otras palabras, considerar la edad, y solo la edad, para determinar a quién salvarle la vida sería asignarle un valor a la vida humana. En particular, se trataría de una valoración cuantitativa según la cantidad de años de vida(59). Se trataría, entonces, de una discriminación basada en factores biológicos, porque establecer un punto de corte específico, como no permitirle la entrada a los mayores de 80 años, también debe considerarse arbitrario(60).

(54) Véase nota al pie núm. 10.

(55) AYALON, L.; CHASTEEN, A.; MANFRED, D.; LEVY, B.; NEUPERT, S.; ROTHERMUND, K.; TESCH-RÖMER, C., y WAHL H., «Aging in Times of the COVID-19 Pandemic: Avoiding Ageism and Fostering Intergenerational Solidarity», en *The Journals of Gerontology*, Series B, vol. 76, Issue 2, 2021, p. e51; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E.; *op. cit.*, p. S52; STERNBERG-LIEBEN, D., «Strafrechtliche Erfassung einer (ex-ante-, ex-post-oder präventiven) Triage in der Corona-Pandemie», en *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, tomo 31, vol. 1, 2022, p. 17.

(56) DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y BELLVER CAPELLA, V., «Priorizar sin discriminar», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 326 s. En el mismo sentido en Alemania, DEUTSCHE ETHIKRAT, *op. cit.*, p. 3.

(57) Abal entiende desde el mismo punto de vista lo contrario: «Como toda vida es igualmente valiosa, debemos optar por un criterio que nos permita salvar la mayor cantidad de vidas individuales posible» (ABAL, F., *op. cit.*, p. 39). Esto, según los defensores de la imponderabilidad de la vida humana, sería contradictorio. Justamente como no se puede valorar la vida cuantitativamente no podríamos tomar como base un criterio de maximización de vidas salvadas.

(58) Véase WILENMANN VON BERNATH, J., *op. cit.*, p. 7 s.

(59) Así, por ejemplo, HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451: «dado que la vida humana es finita, esta tiene necesariamente un componente cuantitativo».

(60) SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 133.

Esto es, en general, correcto, pero es necesario hacer algunas aclaraciones. La parte de la literatura que rechaza la incorporación de la edad como criterio sea de priorización o desempate lo equipara a otros criterios como la religión, el origen, género, rol social, riqueza, etc.(61) Pero algunas voces de la literatura han replicado a esta crítica al considerar que no es un trato discriminatorio, sino que el criterio de la edad no está dirigido a un grupo de personas. Por el contrario, la edad es un factor biológico por el que todos transitaremos(62), y por ese motivo no es discriminatorio como lo sería hacer una diferencia por etnia, religión, género, entre otras(63). La edad no sería una característica intrínseca a una persona, porque al final, todos envejeceremos(64). Lo que sí sin dudas sería discriminatorio es usar el criterio de la edad general como razón *única* de exclusión(65), lo cual refleja la situación del triaje preventivo antes mencionada. Además, al aplicar exclusivamente la edad como criterio de priorización, la decisión no se basa en criterios objetivos médicos que puedan hacer las veces de «base» para asignar los recursos, como lo es el criterio de la urgencia o, incluso, el de las perspectivas de éxito. La edad, para ser un criterio legítimo de triaje, tendría que ser considerada recién cuando todos los criterios médicos anteriores ya hayan sido agotados o, a lo sumo, como criterio indirecto. Por eso, el análisis debe centrarse en la edad como criterio *de desempate*. En cambio, si se lo utiliza como criterio exclusivo de prioriza-

(61) BRECH, A., *op. cit.*, p. 280 ss.; DEUTSCHER ETHIKRAT, Solidarität und Verantwortung, p. 3 s.; JANSEN, S., *op. cit.*, p. 163; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 405.

(62) Véase DANIELS, N., «Justice between Adjacent Generations: Further Thoughts», en *Journal of Political Philosophy*, p. 475; SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 132. Similar, PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, nota al pie núm. 228: «El caso de un criterio tan «ubicuo» como la edad me parece, sin embargo, mucho más discutible: ante pacientes con idénticas expectativas de supervivencia, no creo que sea más justo el azar que elegir sistemáticamente al más joven. Cuando se dice que esto supondría una (inadmisible) discriminación de las personas de edad avanzada parece olvidarse que –a diferencia de lo que sucede con otros factores como el sexo biológico o la etnia– todas las personas de edad avanzada fueron jóvenes alguna vez y pudieron beneficiarse de este criterio frente a sus mayores».

(63) DANIELS, N., *op. cit.*, p. 475; PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL E., *op. cit.*, p. 425.

(64) DANIELS, N., *op. cit.*, p. 475; SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 132. Sin embargo, este argumento puede tener ciertas debilidades. El hecho de que «todos pasaremos por las distintas edades de la vida» no quita que en el momento de usar el criterio de la edad aquel este dirigido a un grupo de personas, en este caso, el grupo etario más avanzado.

(65) En el mismo sentido, PRESNO LINERA, M. A., *op. cit.*, p. 292 s.; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 94.

ción, da lugar a una discriminación basada en una desigualdad de trato arbitraria hacia un grupo de edad(66).

De todas formas, todavía está abierta la pregunta respecto de si utilizar la edad como criterio general de desempate *también* es discriminatorio. Para evitar una discriminación, debería invocarse una fundamentación razonable a favor de tener en cuenta la edad como criterio de esta clase. De hecho, encontrar estos motivos plausibles nos permite distinguirlo de la discriminación ilegal. Como explica acertadamente Alexander, hay casos en los que hacemos diferenciaciones, pero no son desacertadas y discriminatorias porque precisamente hay un argumento objetivo y plausible detrás de ellas(67). En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional español cuando explica, también en el marco de un debate sobre la discriminación por edad, que:

«[...] el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual *con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*, de manera que *no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE*, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, *sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello*, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de *arbitrarios o carentes de una justificación razonable*. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por *no venir fundadas en criterios objetivos y razonables*, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados»(68) (resaltado agregado).

(66) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *Op. cit.*, p. 2; ALEXANDER, L., *What Makes Wrongful Discrimination Wrong?*, University of Pennsylvania Law Review, 1992, p. 218; SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 133.

(67) ALEXANDER, L., *op. cit.*, p. 151. Singer también apoya esta tesis y argumenta en contra de considerar el «edadismo» como una forma de discriminación en el contexto del triaje. SINGER, P., «Is Age Discrimination Acceptable?». Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/when-is-age-discrimination-acceptable-by-peter-singer-2020-06?barrier=accesspaylog>. Véase también BOGNAR, G., «Fair Innings», en *Bioethics*, 2015, p. 256.

(68) Tribunal Constitucional, Sentencia 63/2011 del 16 de mayo de 2011, p. 8. Disponible en: <https://www.BOE.es/BOE/dias/2011/06/11/pdfs/BOE-A-2011-10186.pdf> (última consulta: 22 de enero).

En definitiva, para que pueda siquiera considerarse a la edad (entendida como número de años vividos) como criterio de desempate hay que aportar argumentos que hagan plausible su utilización en este contexto. A continuación, se analizarán dos fundamentos: uno ofrecido por la ética consecuencialista, y otro por la ética deontológica.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DEL CRITERIO «INDEPENDIENTE» DE EDAD PARA CASOS DE DESEMPATE

1. Postura consecuencialista

En la doctrina, se ha propuesto la consideración de la edad independiente, en primer lugar, desde la ética consecuencialista(69) o, dado el caso, utilitarista(70). Un punto de vista consecuencialista propuesto viene derivado de una interpretación del principio de maximización que se centra en la esperanza de vida del paciente(71), es decir, la maximización de la cantidad de años de vida esperados a largo plazo cuando supere la enfermedad actual. El factor decisivo para decidir qué se valora positivamente para conseguir las mejores consecuencias es el criterio de vida *restante*. Así, la solución depende de la esperanza de vida que se quiera preservar, por lo que el médico debe decidir a favor del paciente que tenga mayor esperanza de vida(72). En este caso, se trata de maximizar el «ahorro» del mayor número posible de años de vida, pero no necesariamente del mayor número de personas(73). En particular Hoven defiende que si pudiéramos «comprar» más años de vida, seguramente el precio de 50 años de vida humana sería mucho más caro que el precio de 5 años(74). De este modo, dar prioridad a la persona que tiene más años por delante supone un mayor beneficio. Por tanto, en *La decisión*, el médico C debería salvar al paciente A según esta perspectiva. La cuestión decisiva aquí no es si una edad avanzada puede desempeñar un papel indi-

(69) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *op. cit.*, p. 2; EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2052 ss.; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452; SINGER, P., *op. cit.*

(70) Para más detalles sobre el concepto de utilitarismo, véase VON DER PFORDTEN, D., «Rechtsethik», en HILGENDORF, E. y JOERDEN, J., *Handbuch Rechtsphilosophie*, Metzler, Stuttgart, 2017, p. 98 ss.

(71) Otra interpretación sería la cantidad de vidas salvadas. Cf. RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 48; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 91 s.

(72) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 705.

(73) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2051 ss.

(74) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451.

recto porque podría reducir la posibilidad de éxito del tratamiento y, por tanto, la esperanza de vida, sino el postulado de legitimar una diferencia de edad suficientemente marcada como criterio de desempate, ante igualdad de urgencia y, eventualmente, perspectivas de éxito.

Sin embargo, esta perspectiva tiene dos problemas importantes. La primera es que es aplicable únicamente a quienes defienden al criterio de priorización de las perspectivas de éxito, además de la urgencia. Como ya se analizó, las perspectivas de éxito *de hecho* tienen en cuenta la edad del paciente para determinar cuáles son las chances de sobrevivir al tratamiento. Por consiguiente, volver a considerar la esperanza de vida equivaldría a contar doblemente un aspecto decisivo en contra de las personas mayores (*double counting*)(75). En consecuencia, quienes estén a favor de al menos alguna versión del criterio de las probabilidades de éxito para lograr una priorización razonable en una pandemia, el argumento del doble cómputo debería bastar en principio para desacreditar el fundamento consecuencialista de un criterio de desempate.

El segundo problema es general y está referido a fundamentar los criterios de triaje de un modo consecuencialista puro, como hace Hoven(76), ya que viola una premisa comúnmente aceptada, como la separación de las personas(77): las personas mayores serían tomadas como meras unidades de la utilidad y deberían aceptar un sacrificio de su existencia en aras de la maximización de la utilidad, como bien objetivo e impersonal. Esta es la base del principio de imponderabilidad de la vida humana, según el cual es inadmisibles cualquier distinción basada en el valor de la vida. Porque toda vida es digna de protección, independientemente de su duración(78).

(75) Véase RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 92 s.

(76) De todas maneras, es necesario aclarar que la postura de Hoven ha sido criticada también por hacer un mal uso de autores no consecuencialistas. Así, para defender un criterio de edad basado en el consecuencialismo, Hoven deriva una solución consecuencialista del velo de ignorancia de Rawls (HOVEN, E., *op. cit.*, p. 453; «Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, p. 353), cuando la base del experimento mental de Rawls presupone que los participantes en la posición original ya han rechazado el consecuencialismo como teoría moral. Véase, por ejemplo ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 130 s.; ENGLÄNDER, A., *GA*, p. 346; HILGENDORF, E., «Triage, Recht, und Ethik», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 179 s.; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *JZ*, p. 710.

(77) MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 710.

(78) MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 705.

No se puede analizar en este trabajo si la crítica de los detractores del consecuencialismo como fundamento de la ética filosófica es acertada, o no. Solo cabe señalar que el temor a las ideas consecuencialistas o utilitarias puede ser comprensible(79). Justamente esa fue la estrategia de autores alemanes como Engländer o Merkel(80). De hecho, no es ningún secreto que, al menos desde el libro de John Rawls *A Theory of Justice*(81), la aceptación del consecuencialismo en general y del utilitarismo en particular como teorías morales no puede darse por sentada.

Ante estas críticas, la propia Hoven(82), señala que en contextos de pandemia es necesario tomar decisiones trágicas y que la ética deontológica, en la que se basan las mencionadas críticas, no puede ofrecer ninguna respuesta. Si esto fuese así, entonces la «desconfianza» en el consecuencialismo no debería servir de obstáculo para el debate sobre qué hacer ante los casos dilemáticos actuales que requieren un enfoque profundo y serio(83). En otras palabras, quizá se debería renunciar al principio de imponderabilidad humana, al menos en ciertos casos extremos como las emergencias sanitarias, en una perspectiva similar a la que plantean los llamados «deontologistas de umbral»(84). Sin embargo, no es necesario ir tan lejos. Porque, en contra de lo que plantea Hoven, sí hay una alternativa no consecuencialista o deontológica para fundamentar el recurso a la edad como criterio de desempate en casos de triaje. A continuación, se brindará esta alternativa, mucho más promisorio que la postura consecuencialista.

(79) Por ejemplo, MERKEL, R. y AUGSBERG S., *JZ*, p. 710; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E., *op. cit.*, p. S53. Véase análisis crítico sobre el «giro utilitarista» en el marco del triaje en COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 182 ss. De hecho, los efectos de este rechazo han sido sorprendentes, por ejemplo, en la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea por parte del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Supremo Federal alemán). Cf. BVerfGE 115, 118, 151 ss. Para otros ejemplos importantes, véase MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 705.

(80) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 128; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *JZ*, p. 719 s.

(81) RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 24 ss.

(82) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452.

(83) También sobre estos problemas NEUMANN, U., «Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1998, 153 ss.

(84) ALEXANDER, L., *Deontology at the Threshold*, en *San Diego Law Review*, vol. 37, 2000, p. 894 ss.

2. Postura deontológica

Este análisis deontológico se basa en el argumento de la «vida suficiente» (del inglés, *fair innings*)(85). Esta idea basada en la equidad intenta distribuir las oportunidades a través de un «trato desigual»(86). El punto de partida es que toda persona tiene derecho a vivir una vida «suficiente» en cuanto al tiempo. Lo decisivo es el número de años *ya* vividos, no el número de años *por delante*, como afirma la postura consecuencialista. En este sentido, todas las personas tienen el mismo derecho a vivir la mayor cantidad de vida posible y las oportunidades de vivirla deben distribuirse de forma justa. Así, una persona mayor ya tuvo la oportunidad de vivir la vida que la persona más joven no tuvo(87). Esto significa, por ejemplo, que un joven de 20 años que no ha vivido tanto como una persona mayor tiene una mejor pretensión al tratamiento si aquel no está disponible para todos los pacientes que llegan, tal como ocurre en el contexto de una emergencia sanitaria. Por tanto, se debe priorizar el tratamiento de la persona más joven sobre el de la persona que ya ha vivido más años, como B, de 75 años, en *La decisión*. La priorización no se basa en quién está peor en términos de salud, ni en cuántos años le quedan a la persona, sino en quién está peor en términos de su situación vital global, que depende de los años de vida ya vividos(88). El objetivo es, entonces, *igualar* las oportunidades de vida en la medida en que el ciclo vital humano lo permita.

El punto de vista opuesto(89) asume que el punto de vista de los *fair innings* también da lugar a una violación del principio de imponderabilidad, la protección absoluta de la vida y la dignidad humana, porque indicaría que una vida vale más o menos, dependiendo de los

(85) Véase ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *op. cit.*, p. 1; BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 254; EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2052; EMANUEL, E. y WERTHEIMER A., «Who should get influenza vaccine when not all can?», en *Science* p. 854; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 55. En un contexto diferente, HÖRNLE, T. y WOHLERS W., «Autonome Fahrzeuge und Leben-gegen-Leben-Dilemmata», *GA*, 2018, p. 28.

(86) RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 89. Para ilustrar esta tesis, véase la metáfora de la sobremesa: Los que están sentados en una mesa de restaurante deben dejar su sitio a los que todavía están esperando una mesa. Véase ARCHARD, D. y CAPLAN, *op. cit.*, p. 1, con ulteriores referencias; véase también otra metáfora en BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 255. Véase también LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T., «Principios de ética en la pandemia», en *Dilemata*, núm. 39, 2022, p. 53.

(87) EMANUEL, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 2051 ss.

(88) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 254; CAPLAN, A., *et. al.*, *op. cit.*, p. 2; EMANUEL, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 2052; NORD, E. «Concerns for the worse off: fair innings versus severity», en *Social science & medicine*, vol. 60, 2005, p. 257.

(89) BRECH, A., *op. cit.*, p. 280 ss.; MACKLIN, R., *op. cit.*, p. 591.

años ya vividos. Esto enviaría un mensaje indirecto sobre el valor de una vida más o menos vivida y, por tanto, haría la afirmación de que las personas mayores, por haber vivido más, tienen menos valor. Sin embargo, aquí hay un malentendido: no se habla de que una vida sea más o menos valiosa, ni se le da valor a la vida como bien impersonal o a la cantidad de años de vida que podrían ser salvados. Este punto de vista es neutral con respecto al valor de las vidas humanas, ya que no interesa aquí ni cuántos años vivirá posteriormente el paciente, ni en qué estado tendrá que vivir después de su recuperación, por ejemplo, si padecerá una enfermedad crónica o tendrá que hacer uso permanente de un aparato que le ayude a manejar su respiración(90). El único factor decisivo es la definición de un criterio de justicia distributiva basado en la edad. En particular, se considera que todos puedan tener las mismas posibilidades de vivir una vida larga y, por tanto, sería equitativo compensar a las personas que tuvieron menos posibilidades de vivir, en el contexto de una situación en la que necesariamente hay que tomar una decisión. Por eso, la vida del joven no vale más que la del anciano, ni es necesario maximizar los años de vida restantes. Se trata más bien de igualar las posibilidades de tener una vida larga entre dos personas que tuvieron oportunidades muy diferentes de alcanzar este objetivo, según una regla de equidad [fairness] deontológica.

Este punto de vista no pretende establecer la edad general como criterio único de selección ni establecer un corte de edad fijo que pueda excluir a un grupo. Esto es lo que sucedería si se asumiese a la edad como criterio de priorización, y por ende excluyente, de triaje, algo que, como ya se señaló, sería discriminatorio y emitiría un peligroso mensaje: un determinado grupo de personas no merece el esfuerzo y el coste del tratamiento(91). Por el contrario, el argumento de los *fair-innings* como criterio de desempate trata de buscar un equilibrio(92), luego de que los criterios de priorización, como la urgencia y, eventualmente, la probabilidad de éxito, no permiten preferir a un

(90) Sin embargo, no hay acuerdo sobre el concepto de «fair-innings». En algunos casos, se propone tener en cuenta la calidad de vida post tratamiento (QUALYs). Véase BRECH, A., *op. cit.*, p. 266; NORD, *op. cit.*, p. 258. Así, lo importante no sería solo la edad, sino también la calidad de vida. Esto podría repercutir en el caso si, por ejemplo, se afirmara que el paciente A pasaría los diez años que le quedan de vida con demasiados dolores a causa de la infección. Pero esto incluiría considerar un beneficio (consecuencialismo). Sin embargo, el concepto de QUALYs es un correctivo ad-hoc que se puede hacer, pero no es necesario. Véase también PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL E., *op. cit.*, p. 428 s., para otra propuesta.

(91) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 256; HÖRNLE, T., *op. cit.*, VerfBlog, p. 3.

(92) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 253.

paciente sobre otro. En este trágico empate, y con el trasfondo de la clara diferencia entre las posibilidades de vivir una larga vida, se produce una corrección en la forma de distribuir recursos que pretende lograr una igualdad de oportunidades.

Se podría argumentar que el punto de vista propuesto busca maximizar los años de vida restantes «de forma encubierta», ya que busca maximizar las posibilidades de una vida larga: para una persona de 65 años las posibilidades de vivir otros 15 años serían decisivas y esto se debería ponderar en un cálculo de utilidad frente a las posibilidades de vida de una persona de 20 años con una perspectiva de 60 años. Se trataría, en última instancia, de un mero cambio de nombre de la posición consecuencialista. No obstante, esto no es así. La postura basada en la idea de *fair-innings* ofrece un verdadero criterio deontológico retrospectivo y tendente a equilibrar las diferencias entre las posibilidades que tenían las personas afectadas de vivir una larga vida, con independencia de si eso genera las mejores consecuencias, o no. Para ilustrar la explicación de por qué no significa una minusvaloración de la vida y tampoco se centra en la utilidad, considérese el siguiente ejemplo:

Otra chance: A, de 20 años, y B, de 75, son trasladados de urgencia al hospital. Se admiten al mismo tiempo. Para ambos, la probabilidad de supervivencia con ventilación es superior al 90%, de lo contrario es inferior al 40%. Sin embargo, solo hay un ventilador disponible para estos dos pacientes que requieren ventilación. El médico responsable, C, decide dar prioridad al paciente A, que padece un cáncer muy grave y al que le queda menos de un año de vida, sobre el paciente B, que no tiene ninguna enfermedad previa; el paciente B muere. Unos meses después, el paciente A muere de cáncer.

Según la idea de *fair-innings*, al menos como aquí es entendida, la persona de 20 años debe ser salvada, aunque su esperanza de vida es drásticamente inferior a la de la persona de 75 años. El trasfondo de esto es que esta visión deontológica(93), independientemente de las consecuencias, se guía *solamente* por la equiparación de los años de vida vividos.

Lo señalado es muy importante, porque las propuestas consecuencialistas y deontológicas con respecto a la edad no se han distinguido lo suficiente, lo que ha llevado a cierta confusión. Por ejemplo, Hoven argumenta abiertamente de manera consecuencialista(94), y plantea la

(93) Con otros ejemplos, BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 253 s., con ulteriores referencias.

(94) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452.

cuestión, al menos en parte, como un *argumento de fairness*(95). Sin embargo, se trata de cuestiones diferentes, ya que, según el criterio de edad independiente consecuencialista, el caso *Otra chance* se resolvería a favor de la persona de 75 años, porque sería crucial salvar a la persona que todavía tiene más años de vida *por delante*. Esto proporcionaría un mayor beneficio o una mejor consecuencia general: los recursos se utilizarían de la mejor manera posible(96). En cambio, nada de eso le importa a la postura deontológica basada en la idea de *fair-innings*.

Otra objeción que se puede plantear contra el argumento de los *fair-innings* es que sirve para resolver adecuadamente los casos extremos en los que la diferencia de edad es significativa, pero no el caso en el que los pacientes tienen uno o dos años de diferencia y establecer un límite de edad parecería arbitrario(97):

Dos Millennials: A, de 28 años, y B, de 27, son trasladados al hospital de emergencias. Ingresan al mismo tiempo. Ambos tienen la misma urgencia y una probabilidad de supervivencia superior al 90% con ventilación artificial; en caso contrario, inferior al 40%. La única diferencia entre los dos pacientes es su edad. Pero solo se dispone de un ventilador y es casi seguro que no se dispondrá de ningún otro ventilador a tiempo para salvar a ambos. El médico responsable, C, decide dar preferencia al paciente B sobre el paciente A. Ambos están perfectamente sanos. El paciente A muere.

De acuerdo con un criterio estricto de *fair-innings*, debería ser salvado el paciente B. Sin embargo, un estándar de esta clase podría dar lugar a generalizaciones que, aplicadas en términos absolutos, no siempre conducirían a resultados que parecen justos(98). Esta objeción es plausible pero no decisiva. Lo que parece contraintuitivo de la solución es que los dos pacientes tuvieron aproximadamente las mismas chances de vivir una larga vida, por lo que luce injusto preferir a uno sobre otro a partir de ese criterio. Esto puede ser evitado si se hace una corrección para garantizar soluciones justas: solamente tendría que ser usado el criterio de la edad (entendida como *fair-innings*) para un desempate cuando la diferencia de edad es significativa. No es nada descabellado imaginar un sistema así. De hecho, algunos bioeti-

(95) HOVEN, E., *op. cit.*, nota al pie 28; HOVEN, E., *op. cit.*, 2021, p. 351 («la ética deontológica no puede dar respuesta aquí»), pero luego invoca argumentos de *fairness* en p. 361 ss.

(96) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 253; SINGER, P., *op. cit.*

(97) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *op. cit.*, p. 1.

(98) De forma similar, MACKLIN, R., *op. cit.*, p. 591 ss.

cistas(99) han propuesto una serie de recomendaciones en las que el criterio «independiente» de la edad podría utilizarse de forma restrictiva en «situaciones de empate» cuando exista una diferencia muy significativa entre el número de años de vida de cada paciente. El objetivo sería dividir a los posibles pacientes por edad en grupos pediátricos, adultos y geriátricos y establecer una relación de prioridad solo para los pacientes pediátricos sobre los geriátricos.

Por supuesto, la preferencia por dar prioridad a quienes están en peor situación por no haber tenido la oportunidad de vivir una vida larga plantea serias dudas sobre cómo debemos proceder si ambos pacientes son jóvenes, pero con una diferencia de edad significativa:

Jóvenes: En igualdad de condiciones, supongamos ahora que el paciente A es una persona de 19 años y B un bebé de 1 año. El médico responsable C decide dar preferencia al paciente A sobre el paciente B. B muere.

Para resolver este problema, no es posible ya recurrir al sistema de división por grupos. Porque el bebé de un año sería considerado un paciente pediátrico, mientras que el de 19 años a lo sumo un adulto. Dado que la prioridad solamente la tendrían pacientes pediátricos sobre geriátricos, aquí no procedería la compensación por edad. La pregunta es qué hacer en estos casos. Algunos han argumentado que el sistema de asignación debería hacer hincapié en las gradaciones dentro de una vida(100). Así, el paciente A merecería prioridad porque el joven de 19 años ya ha desarrollado una personalidad y sería capaz de formar un plan de vida a largo plazo, pero no ha tenido la oportunidad de realizarlos, a diferencia de B, que ni siquiera ha tenido aún la oportunidad de pensar en ello. Esta cuestión es ciertamente discutible. De hecho, en sentido estricto el bebé de 1 año ha tenido *muchas* menos posibilidades de vivir una vida larga, por lo que también habría argumentos a favor para privilegiarlo por sobre quien al menos pudo vivir 19 años. Quizá la solución sea la de recurrir a un procedimiento azaroso, como tirar una moneda o utilizar un sistema de sorteo. Con independencia de cuál de estas tres alternativas es la correcta, al menos hay disponibles distintas propuestas de solución, por lo que la objeción no luce decisiva.

Por último, hay que tener en cuenta un último argumento. Se ha sugerido que este planteo acaba imponiendo a una parte inocente el deber de sacrificarse para que los más jóvenes puedan vivir, de un modo no muy distinto a las propuestas consecuencialistas ya analizadas. El hecho de que un individuo concreto, y no la sociedad en su

(99) RIVERA LÓPEZ, E., *et. al., op. cit.*, p. 50.

(100) EMANUEL, E. y WERTHEIMER, A., *op. cit.*, p. 855.

conjunto, deba compensar a otro joven «desafortunado» sería algo especialmente discutible según este punto de vista. El infortunio de quien está por morir a una edad temprana se reduciría a una mala suerte en la «lotería de la vida», en el sentido de la mala suerte de ser golpeado por una enfermedad potencialmente mortal a una edad temprana, o la «suerte relativa» de ser golpeado solo a una edad más avanzada.(101) Según esta crítica, esa mala suerte quizá le otorgue a quien se ha visto perjudicado una pretensión de compensación contra el Estado o contra la generalidad, pero no un derecho a que otra persona concreta se deje morir para que proceda la compensación, a pesar de no haber contribuido a la mala suerte del perjudicado. Un deber de esta clase sería, en definitiva, muy difícil de justificar en ordenamientos jurídicos y morales liberales, donde los deberes de sacrificio son por demás limitados.

Es cierto que es realmente difícil justificar teóricamente un deber de sacrificio de esta clase en un sistema liberal. Sin embargo, en todos los casos de compensación de desventajas en escenarios de la vida real habrá un individuo que al final será «sacrificado» durante la ejecución de la compensación. Piensa en los casos clásicos de «affirmative action» en Estados Unidos, en los que los estudiantes blancos mejor cualificados no accedían a la universidad, porque se daba prioridad a una persona de un grupo desfavorecido con peores calificaciones(102). Quizá todos los casos de sacrificios a causa de compensaciones de desventajas sean inmorales y/o antijurídicos. Pero para afirmar eso hay que tomar una posición muy fuerte de filosofía política en contra del llamado igualitarismo de la suerte(103) y probablemente también a favor de un liberalismo político muy estricto(104). Quizá una toma de posición de esa clase sea correcta, pero es una cuestión por demás controvertida. Por último, pero no menos impor-

(101) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, 2021, p. 134; EL MISMO, *op. cit.*, 2022, pp. 347-348.

(102) SANDEL, M., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus, and Giroux, New York City, 2009, p. 167 ss.

(103) Para un panorama, véase ARNESON, R., «Luck Egalitarianism Interpreted and Defended», en *Philosophical Topics*, vol. 32, 2004, p. 1 ss. KNIGHT, C., «Luck Egalitarianism», en *Philosophy Compass*, vol. 8, 2013, p. 887 ss.

(104) La discusión sobre esta problemática es, hoy en día, inabarcable, por lo que una toma de posición sobre el tema parece ser un requisito muy exigente para determinar si una postura sobre un problema ético y/o jurídico puntual (como el triaje) es correcta o incorrecta. Véase solamente la exposición sucinta del tema en ARNESON, R., «Egalitarianism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013. Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/egalitarianism/> (última consulta: 22 de enero de 2023). LIPPERT-RASMUSSEN, K., «Justice and Bad Luck», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.

tante, el criterio alternativo para resolver casos como *La Decisión*, distinto del criterio de la edad y asumiendo que el médico no debería poder elegir libremente, sería el de recurrir a un proceso aleatorio, como una lotería. Pero esto puede dar lugar a resultados contraintuitivos, por ejemplo, en casos en los que la lotería beneficia a una persona de 95 años, por sobre un joven de 15(105). Una buena teoría deontológica debe tratar de evitar tales resultados, aunque eso implique la adopción de una postura liberal no tan estricta.

Si lo anterior es correcto, y las críticas no son decisivas, entonces una perspectiva deontológica de *fair-innings* luce como una forma prometedora de ofrecer un fundamento no discriminatorio para utilizar la edad como criterio de triaje. Por supuesto que las críticas no son menores y, por consiguiente, no es posible ofrecer una toma de posición definitiva. Empero, lo señalado parece ser suficiente para profundizar la discusión y, en especial, para no descartar tan rápidamente a la edad como criterio para la asignación de recursos escasos en situaciones de pandemia, al menos en ciertos casos.

V. CONCLUSIÓN

Para concluir, se puede decir que la dogmática del Derecho penal demuestra ser, una vez más, una materia capaz de brindar soluciones ante la saturación de los sistemas sanitarios provocada por una pandemia, donde los médicos tienen que decir a qué paciente deben priorizar. En particular, la causa de justificación de la colisión de deberes justificante ofrece herramientas interesantes para llegar a esas soluciones, incluso aunque no esté explícitamente regulada. También queda claro que la dogmática es una disciplina dinámica, porque puede adaptarse a los cambios y proponer nuevos debates, aun desde una perspectiva interdisciplinaria como la bioética. Sin embargo, los desafíos que ha presentado el coronavirus no han sido menores y, en el ámbito del Derecho penal, aparece la cuestión no menor de si la edad del paciente debe jugar un rol en las decisiones de triaje *ex ante* de los médicos, a ser resueltos según la colisión de deberes justificante. En este trabajo, se ha demostrado que existe un argumento deontológico plausible representado por el principio de *fair-innings* para tener en cuenta a la edad en las decisiones de triaje: la necesidad de compensar a quienes

(105) Si sería posible explicarle razonablemente al joven de 18 años que se lo deja morir, porque no debe compensarse ninguna desventaja en la «lotería de la vida», es algo que tampoco resulta evidente. Pace ENGLÄNDER, en GA, 2022, p. 347.

han tenido menores oportunidades de vivir una vida suficiente, a causa de su mala suerte. Ciertamente, este fundamento de la «equidad» también tiene sus puntos débiles; de hecho, la opinión posiblemente dominante en el Derecho penal sigue señalando que la edad del paciente no debería ser utilizada como criterio de triaje, ya sea de priorización o desempate. No obstante, en este artículo se ha mostrado que no es tan fácil rebatir este argumento como parecería a simple vista y que no es necesario asumir el consecuencialismo y/o utilitarismo como teoría moral correcta para defenderlo. Más bien, la ética deontológica ofrece una solución posible a esta cuestión que quizá obligue a replantear las ideas asentadas en la opinión dominante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABAL, F., «Asignar y reasignar: dos criterios diferentes para distribuir recursos terapéuticos escasos», en *Análisis Filosófico*, núm. 40, 2021, pp. 37-65.
- ALEXANDER, L., «Deontology at the Threshold», en *San Diego Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 893-912.
- *What Makes Wrongful Discrimination Wrong?*, University of Pennsylvania Law Review, 1992.
- ALQUÉZAR-ARBÉ A., *et al.*, Impact of the COVID-19 pandemic on hospital emergency departments: results of a survey of departments in 2020 - the Spanish ENCOVUR study, en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 320-331.
- ARCHARD, D. y CAPLAN, A., «Is It Wrong To Prioritise Younger Patients With Covid 19?», en *British Medical Journal*, 2020, pp. 1-2.
- ARNESON, R., «Egalitarianism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013,
- «Luck Egalitarianism Interpreted and Defended», en *Philosophical Topics*, vol. 32, 2004, pp. 1-20.
- AYALON, L.; CHASTEEN, A.; MANFRED, D.; LEVY, B.; NEUPERT, S.; ROTHERMUND, K.; TESCH-RÖMER, C., y WAHL, H., «Aging in Times of the COVID-19 Pandemic: Avoiding Ageism and Fostering Intergenerational Solidarity», en *The Journals of Gerontology*, Series B, vol. 76, Issue 2, 2021, pp. e49-e52.
- BAJAJ, V., *et al.*, «Aging, Immunity, and COVID-19: How Age Influences the Host Immune Response to Coronavirus Infections?», en *Front. Physiol.*, 2021, pp. 1-23.
- BOGNAR, G., «Fair Innings», en *Bioethics*, 2015, pp. 251-261.
- BRECH, A., *Triage und Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Derecho penal y Coronavirus: Algunos Problemas de Imputación», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, pp. 241-255.

- CAPLAN, A., *et. al.*, «Ventilator Triage Policies», en *Annals of Internal Medicine*, 2020, pp. 188-194.
- COCA VILA, I., «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», en *In Dret*, 2021, pp. 166-202
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL DE MÉXICO (CSG), *Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados*. http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf (enlace verificado el 27 de enero de 2023).
- DANIELS, N., «Justice between Adjacent Generations: Further Thoughts», en *Journal of Political Philosophy*, núm. 4, pp. 475-494.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN *et. al.*, Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Bioéticos de la Priorización de Recursos Sanitarios en el Contexto de la Crisis del Coronavirus (<http://assets.comitede-bioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>)
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y BELLVER CAPELLA, V., «Priorizar sin discriminar», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 313-340.
- DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 2020. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilungen/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/?cookieLevel=not-set> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- EMANUEL, E.; PERSAD, G.; UPSHUR, R.; THOME, B.; PARKER, M.; GLICKMAN, A.; ZHANG, C.; BOYLE, C., y SMITH, M., «Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19», en *New England Journal of Medicine*, núm. 382, 2020, pp. 2049-2055.
- EMANUEL, E. y WERTHEIMER A., «Who should get influenza vaccine when not all can?», en *Science*, p. 854.
- ENGLÄNDER, A., «Die Pflichtenkollision bei der ex-ante-Triage», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 111-148.
- ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., «Rettungstötungen in der Corona-Krise?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, pp. 1398-1402.
- FREUND, G. y ROSTALSKI, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a edición, Springer, Berlín, 2019.
- FRISTER, H., «Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen», en Hilgendorf, E./Hoven, E./Rostalski, F., (Eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 131-148.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a edición, Beck, Múnich 2020.
- GAEDE, K.; KUBICIEL, M.; SALIGER, F., y TSAMBIKAKIS, M., «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *meds- tra*, 2020, pp. 129-137.
- HERREROS, B., *et. al.*, «Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments», en *Journal of medical ethics* vol. 46, 2020, p. 455-458.

- HILGENDORF, E., «Triage, Recht, und Ethik», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 165-184.
- «El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida. Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 154/20 = JZ 2022)», en *InDret*, núm. 3, 2022, p. 364-370.
- HÖRNLE, T., «Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten», *Verfassungsblog*, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, R. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 149-186.
- HÖRNLE, T. y WOHLERS W., «Autonome Fahrzeuge und Leben-gegen-Leben-Dilemmata», GA, 2018, pp. 12-34.
- HOVEN, E., «Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 335-370.
- «Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», en *Juristische Zeitung*, 2020, pp. 449-454.
- HOVEN, E. y HAHN, J., «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie», en JA, núm. 7, 2020, pp. 481 ss.
- JANSEN, S., «Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», en ZIS, vol. 3, 2021, pp. 155-169.
- JOHN, T. y MILLUM, J., «First Come, First Served?», en *Ethics*, núm. 120, 2020, pp. 179-207.
- JULIÁN-JIMÉNEZ, A. y GARCÍA, D. E., «Acerca de cómo los servicios de urgencias españoles hicieron frente a la primera oleada de pacientes durante la pandemia COVID-19», en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 307-308.
- KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN H. (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- KNIGHT, C., «Luck Egalitarianism», en *Philosophy Compass*, vol. 8, 2013, pp. 887-1002.
- KUSCHE, C., «La pandemia del coronavirus y el Derecho penal de la medicina», en: Lerman, M. D. y Tuñón Corti, M. L., (dir.), *Traducciones de nuevas investigaciones penales*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, pp. 85-94.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., «Justice and Bad Luck», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.
- LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T., «Principios de ética en la pandemia», en *Dilemata*, núm. 39, 2022, pp. 51-59.
- LÜBBE, W., «El uso eficiente de los recursos en una pandemia y el criterio de probabilidad de éxito clínico», en *En Letra: Derecho penal*, Año VII, número 13, 2022, pp. 52-71.

- MACKLIN, R., «Allocating Medical Resources Fairly», en *Salud Pública*, 2020, pp. 590-592.
- MERKEL, R. y AUGSBERG, S., Die Tragik der Triage, en *Juristische Zeitung*, 2020, pp. 704-714.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Recomendaciones para la Implementación de Triage*. Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-04/0000001849cnt-covid-19_recomendaciones-implementacion-triage.pdf (última consulta: 27 de enero de 2023).
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf (última consulta: 27 de enero de 2023).
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., »Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham«, en De Vicente Remesal, J., *et. al.* (eds.), Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, vol. 1, 2020, pp. 804-839.
- NEUMANN, U., «Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1998, pp. 153 ss.
- NORD, E. «Concerns for the worse off: fair innings versus severity», en *Social science & medicine*, vol. 60, 2005, pp. 257-263.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», en *Anuario de Derecho penal*, 2022, pp. 589-683.
- PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL, E., «Principles For Allocation Of Scarce Medical Interventions», en *Lancet*, vol. 373, 2009, pp. 423-431.
- PRESNO LINERA, M. A., «¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, pp. 275-312.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- RIVERA LÓPEZ E., *et al.*, «Propuesta para la elaboración de un protocolo de triaje en el contexto de la pandemia de COVID-19», 2020, pp. 37-61. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31816> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- RÖNNAU, T. y WEGNER, K., «Grundwissen – Strafrecht: Triage», en *JuS*, vol. 5, 2020, pp. 403-406.
- ROSENBAUM, L., «Facing COVID-19 in Italy», en *New England Journal of Medicine (NEJM)*, núm. 382, pp. 1873-1875.
- ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, tomo II, Beck, Múnich, 2003.
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5.ª edición, C. H. Beck, Múnich, 2020.
- RUEDA ETXEBARRIA, J., «¿No es país para viejos? La edad como criterio de triaje durante la pandemia de la COVID-19», en *Enrahonar*, núm. 65, 2020, pp. 85-98.

- RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E.; «Priorización de recursos sanitarios en contextos de escasez. Informe SESPAS», en *Gaceta Sanitaria*, vol. 36, 2022, pp. S51-S55.
- RUIZ-HORNILLOS, J.; HERNÁNDEZ SUÁREZ, P.; MARÍN MARTÍNEZ, J. M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í.; NIEVES VÁZQUEZ, M. A.; ALBERT, M.; HERRERA ABIÁN, M.; PACHECO-MARTÍNEZ, P. A.; TRASMONTES, V., y GUILLÉN-NAVARRO, E., «Bioethical Concerns During the COVID-19 Pandemic: What Did Healthcare Ethics Committees and Institutions State in Spain?», en *Frontiers in public health*, 9, 2021, pp. 1-8. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8548706/pdf/fpubh-09-737755.pdf> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- SANDEL, M., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus, and Giroux, New York City, 2009.
- SCHMITZ-LUHN, B., *Priorisierung in der Medizin: Erfahrungen und Perspektiven*, Springer, Berlin, 2015.
- SCHOLTEN, K., *Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Dr. Krovač, Hamburgo, 2011.
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW), *Triage in der Intensivmedizin bei außerordentlicher Ressourcenknappheit*, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal del médico por omisión», en: *Estudios sobre los delitos de omisión*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (SIAARTI) se ha basado principalmente en la duración de la vida restante que potencialmente podría salvarse («más años de vida salvados, con vistas a maximizar los beneficios para el mayor número de personas»).
- SOLER, W., *et al.*, El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2010, vol. 33, Suplemento 1, pp. 55-68.
- STERNBERG-LIEBEN, D., «Strafrechtliche Erfassung einer (ex-ante-, ex-post- oder präventiven) Triage in der Corona-Pandemie», en *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, tomo 31, vol. 1, 2022, pp. 11-36.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 63/2011 del 16 de mayo de 2011. Disponible en: <https://www.BOE.es/BOE/dias/2011/06/11/pdfs/BOE-A-2011-10186.pdf> (última consulta: 22 de enero).
- VALMAÑA OCHAITA, S., «El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 173-202.
- VARELA, L., «¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 525-582.

- WHITE, D. B.; KATZ, M.; LUCE, J. M., y LO B., «Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions», en *Annals of Internal Medicine*, 2009, pp. 132–138.
- WILENMANN VON BERNATH, J., «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», en *InDret*, núm. 1, 2016, pp. 1-54.
- WOLFF, J., *An Introduction to Moral Philosophy*, W. W. Norton, Nueva York, 2021.
- WU, Z. y MCGOOGAN, J. M., «Characteristics of and Important Lessons from the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China: Summary of a Report of 72314 Cases from the Chinese Center for Disease Control and Prevention», en *Journal of the American Medical Association*, 2020, pp. 1239-1242.
- ZIESCHANG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a edición, Boorberg, Stuttgart, 2020.
- ZIMMERMANN, T., «Wer stirbt zuerst?». Disponible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/> (última consulta: 6 de abril de 2023).

Traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del 130.2 CP

JAIME GONZÁLEZ GUGEL
Abogado y *Certified Fraud Examiner*

RESUMEN

El artículo 130.2 CP presenta una redacción compleja e incongruente con la legislación mercantil. La aplicación literal del precepto resulta problemática desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los que gozan las personas jurídicas y de los principios que rigen el proceso penal. El estudio de la tramitación parlamentaria pone de manifiesto la voluntad del legislador de configurar un mecanismo legal que evitase la burla de la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la adopción de operaciones societarias. Así, debe exigirse la finalidad fraudulenta de la operación mercantil como requisito para el traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas. Esta interpretación resulta congruente con la voluntad del legislador, con los principios que rigen el Derecho penal y con los derechos fundamentales de los que gozan las personas jurídicas. Además, cumple con la finalidad preventiva de la norma. La aplicación de la tesis defendida en este trabajo en los supuestos de hecho en que se han pronunciado nuestros tribunales permite alcanzar una solución donde prima la seguridad jurídica, en una actividad de gran importancia para cualquier economía de mercado.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica, artículo 130.2 Código Penal, fraude, transferencia o sucesión de la responsabilidad penal.

ABSTRACT

Article 130.2 PC has a complex wording that is inconsistent with private law. The straightforward application of the paragraph is problematic from the perspective of the fundamental rights enjoyed by legal persons and the principles governing criminal proceedings. The study of the legislative history shows the legislator's intention to set up a legal mechanism to avoid the mockery of the criminal liability of the legal person through corporate operations. Fraudulent intent as a requirement for the succession of criminal liability between legal entities is consistent with the will of the legislator, with the principles governing criminal law and with the fundamental rights of legal entities. Furthermore, it complies with the deterrent purpose of the rule. The application of this proposal to real cases shows that it allows to reach a solution where legal certainty prevails, in an area of great importance for any market economy.

Key Words: *Corporate criminal liability, article 130. 2 Spanish Criminal Code, fraud, criminal successor liability.*

SUMARIO: I. Introducción y objeto.–II. Análisis crítico del artículo 130. 2 CP.

1. Falta de congruencia del artículo 130.2 CP con la legislación mercantil. 2. La interpretación literal del artículo 130.2 CP contraviene los derechos fundamentales de la persona jurídica.–III. Voluntas legislatoris: estudio sobre la tramitación parlamentaria que dio lugar al artículo 130.2 CP.–IV. La finalidad fraudulenta como requisito para aplicar la sucesión de responsabilidad penal entre empresas.

1. Congruencias con el sistema. 2. Comprobación: aplicación, en abstracto, de nuestra tesis a los supuestos previstos en el artículo 130.2 CP. 3. Aplicación de esta tesis a supuestos de hecho reales. 3.1. Supuestos de disolución. 3.2. Supuestos de modificaciones estructurales (jurisprudencia menor, casos mediáticos y obiter dicta del Tribunal Supremo).–IV. Conclusiones.–IVI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO

Desde que entrara en vigor el Código Penal en 1995 el artículo 130 CP recoge las causas que extinguen la responsabilidad penal de las personas físicas dentro del capítulo que lleva por nombre «*De las causas que extinguen la responsabilidad penal*». La reforma del año 2010, que introdujo por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, incluyó un segundo apartado en el artículo 130 CP en el que regulaba el fenómeno jurídico de

la extinción de la responsabilidad penal para tales entes. El artículo 130.2 CP quedó redactado de la siguiente forma:

«2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

A diferencia de la claridad expositiva del primer apartado, que establece las causas que extinguen la responsabilidad penal de las personas físicas, este novedoso segundo apartado no recoge aquellas que extinguen la de las personas jurídicas. Por el contrario, regula algunas circunstancias conforme a las cuales no se extinguirá esa responsabilidad penal.

Su compleja redacción abocaba al precepto a las dudas interpretativas desde su publicación. En particular, el nuevo artículo 130.2 CP generó un interesante debate doctrinal sobre los riesgos que podría acarrear su interpretación literal. La discusión se ha ido intensificado con la divergente aplicación del precepto por nuestros órganos judiciales en casos mediáticos, sin que el Tribunal Supremo haya tenido ocasión, por el momento, de llevar a cabo su labor nomofiláctica.

Este estudio parte del análisis que la doctrina ha realizado del artículo 130.2 CP para, a continuación, ahondar en la tramitación parlamentaria de la Ley que incorporó estas modificaciones en el Código Penal. Con ello aflorarán aspectos relevantes sobre la verdadera voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*) que permitirán comprender mejor la redacción definitiva del artículo 130.2 CP y dotarle de una interpretación respetuosa con el principio de culpabilidad por el hecho propio, coherente con la legislación mercantil y compatible con gran parte de las opiniones de la doctrina. La conclusión, ya adelantada en el título, es que la existencia de una finalidad fraudulenta opera como un requisito para poder trasladar la responsabilidad penal entre personas jurídicas. Además, valoraremos, a la luz de las conclusiones alcanzadas en este trabajo, las resoluciones judiciales publicadas hasta la fecha.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 130.2 CP

Con carácter general, la doctrina científica ha criticado la falta de congruencia del precepto con la legislación mercantil (especialmente con el Código de Comercio (en adelante, «CCo»)(1), la Ley Sociedades de Capital (en adelante, «LSC»)(2) y la Ley de Modificaciones Estructurales (en adelante, «LME»)(3). Como punto de partida debe advertirse que, desde la perspectiva del Derecho mercantil, en el artículo 130.2 CP se pueden distinguir solo algunas vicisitudes que puede experimentar una sociedad durante su vida jurídica. De un lado, la transformación(4), fusión(5), absorción(6) y escisión(7), todas ellas reguladas en la LME y, del otro lado, la disolución, cuyo régimen jurídico regula la LSC(8). La problemática que presenta la aplicación del artículo 130.2 CP en uno y otro supuesto es distinta, por lo que serán analizados de forma separada.

1. Falta de congruencia del artículo 130.2 CP con el concepto «disolución» en la legislación mercantil

El análisis del artículo 130.2 CP a la luz de la regulación de la disolución en la LSC permite advertir relevantes incongruencias. Así, el artículo 130.2 CP recoge que «no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica». Aparentemente, del precepto parece deducirse sin mayor dificultad que una disolución que no fuera meramente aparente extinguiría la responsabilidad penal, pero que si esta disolución fuera fingida esa responsabilidad penal no se extinguiría. Sin embargo, si atendemos al concepto legal de «disolución» definido en la legisla-

(1) Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (arts. 221 ss.).

(2) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, «LSC»).

(3) La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, «LME»), regula aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

(4) Artículos 3 a 21 LME.

(5) Artículos 22 a 67 LME.

(6) Artículos 49 a 52 LME.

(7) Artículos 68 a 80 LME.

(8) Artículos 360 ss. LSC.

ción mercantil, afloran las incongruencias y dudas interpretativas. En efecto, la disolución es solo una fase inicial en el complejo proceso extintivo de un ente societario durante el cual la persona jurídica seguirá existiendo en el tráfico jurídico y su patrimonio permanecerá sujeto a obligaciones y responsabilidades. En palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 195/2006 de 31 de enero, FD 3.º(9) (Ponente: Sr. Almagro) «dentro del proceso extintivo de la sociedad, se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación [...]; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios». Por consiguiente, y con cita de esa misma sentencia, «la extinción propiamente tal de la sociedad no se produce sino hasta el momento en que se han realizado todas las operaciones necesarias para aislar a la sociedad del tráfico en que se hallaba inserta». Esta discordancia entre el CP y la LSSC ha sido expuesta por algunos autores, pero no en el contexto del artículo 130.2 2 CP, sino en el del estudio de las penas del artículo 33.7 CP, en concreto la pena de disolución(10). En efecto, cuando la persona jurídica esté en causa de disolución (legal o estatutaria) la entidad mantendrá su personalidad jurídica(11) y el patrimonio social del ente seguirá respondiendo penalmente durante el proceso de liquidación, donde nada obsta a que se impongan a la entidad hipotéticas penas de multa o posibles penas interdictivas que computarán como pasivos de la entidad (arts. 360 ss. LSC). En los precisos términos utilizados por la Sala Primera del Tribunal Supremo, «[e]l efecto fundamental de la disolución es la apertura del periodo de liquidación», por lo que «continúa existiendo la sociedad en fase de liquidación»(12). De lo anterior cabe concluir que no parece acertado vincular la extinción de la responsabilidad penal a la declaración de la sociedad en

(9) Roj: STS 195/2006 - ECLI:ES:TS:2006:195.

(10) ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Pérez-Cruz Martín, A. J. (dir.), Neira Pena, A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 352.

(11) Dispone el artículo 371.2 LSC que «[l]a sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”».

(12) Roj: STS 7405/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7405.

causa de disolución, ya que esta situación jurídica no es definitiva y además puede ser reversible(13).

De hecho, es razonable pensar que cuando el legislador utilizó la expresión «disolución de la persona jurídica» estaba pensando en aquel momento en que la sociedad desaparece (al menos formalmente) del tráfico jurídico evitando la posible acción del *ius puniendi* del Estado. Es decir: en su extinción. En este sentido Quintero y Alfaro(14) advierten que lo que se disuelve no es la persona jurídica –como recoge el artículo 130.2 CP– sino el contrato de sociedad, mientras que la extinción sí se produce respecto de la persona jurídica, lo que confirmaría la falta de precisión del legislador en el uso del término disolución. En suma, el legislador probablemente estaba pensando en la extinción de la persona jurídica (su desaparición del tráfico jurídico) y no en su disolución.

En todo caso, para identificar si esa disolución (*recte*: extinción) es meramente aparente serán exigibles dos requisitos, el criterio de «continuidad en la actividad» y el de la «identidad sustancial». Como apunta Feijoo, una interpretación literal lleva a pensar que son requisitos acumulativos y no alternativos(15), lo que puede resultar relevante en una estrategia de defensa que pretende alegar esa falta de continuidad de la actividad.

Asimismo, se ha criticado el empleo que hace el precepto de la expresión «disolución encubierta». A ese respecto se ha propuesto por Cigüela y Ortiz de Urbina centrar la interpretación en la expresión legislativa *disolución meramente aparente*(16), que es el adecuado al fin perseguido, toda vez que parece claro que el legislador quería regular, en realidad, la «continuidad encubierta» de las actividades de la persona jurídica.

(13) Dispone el artículo 370 LSC: «Reactivación de la sociedad disuelta. 1. La junta general podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución [...]».

(14) QUINTERO OLIVARES, G. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Almacén de Derecho, 1 de mayo de 2021. Disponible en: <https://almacendederecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas> (última consulta: 16 de junio de 2023).

(15) FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DÍAZ-MAROTO, J. (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal*, Ed. Civitas. 2011, pp. 65 a 141.

(16) CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de la persona jurídica: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, pp. 73-95.

Algunos autores, sin entrar en las incongruencias señaladas, proponen que la disolución real de la persona jurídica debería contemplarse expresamente dentro del catálogo de causas de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el 130.1 CP(17) a fin de dar coherencia al precepto.

Atendiendo a las reflexiones anteriores, considero que de la misma forma que el artículo 130 CP recoge «la muerte del reo» como primera causa de extinción de la responsabilidad penal de la persona física, hubiera sido razonable, por coherencia legislativa, que el artículo 130.2 CP recogiera que «la extinción de la persona jurídica extingue la responsabilidad penal» (18). Desde esta afirmación nuclear, el precepto habría podido incluir de manera congruente que «la extinción de la persona jurídica meramente aparente no extinguirá la responsabilidad penal». Para afinar aún más la convergencia con la legislación mercantil el precepto podría añadir que «[l]a sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, siendo susceptible de responder penalmente». Y, para finalizar con el mecanismo para evitar la elusión de la responsabilidad penal incluir que «se considerará en todo caso que existe extinción encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

2. La interpretación literal del artículo 130.2 CP, en lo que respecta a los procesos de transformación, fusión, absorción y escisión, genera incongruencias con la legislación mercantil y contraviene los derechos fundamentales de los que goza la persona jurídica

Continuando con los supuestos de transformación, fusión, absorción y escisión, el artículo 130.2 CP establece que «[l]a transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión». De nuevo, se advierte

(17) MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Curso de Derecho penal, Parte General*, Ed. Dykinson, 2011, Lección 38, pp. 1065 a 1886.

(18) Se podrá decir, con razón, que esta afirmación podría resultar obvia y redundante, pero a ello cabría alegar que también resulta obvio en el s. XXI que la muerte del reo extingue la responsabilidad penal, pero que ello no siempre fue así y que esa es la razón por la que el legislador lo recoge expresamente en el artículo 130 CP.

por la doctrina la falta de congruencia del Código Penal con respecto a la regulación mercantil. Entre otros, Del Rosal y Lightowler-Stahlberg(19) advierten que el artículo 130.2 CP se refiere solo a algunos de los supuestos regulados en el artículo 1 LME, como son la transformación, la fusión, la absorción y la escisión, mientras que el precepto ignora otras modificaciones estructurales prevista por la LME como la cesión global de activos y pasivos. Además, el hecho de que se mencione específicamente la absorción, cuando esta modificación estructural es en realidad una modalidad de fusión, vuelve a mostrar la falta de concordancia del precepto con la legislación mercantil. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una de las escasas ocasiones en que ha valorado el artículo 130.2 CP parece dar por sentado que el precepto será aplicable para «cualquiera de las modalidades del artículo 1 de la Ley 3/2009 [LME]» (STS 530/2019, 31 de octubre de 2019, FD 2.º (Ponente: Sr. Magro)(20). No obstante, este razonamiento es más que discutible conforme al principio de legalidad.

Además, el artículo 130.2 CP no solo no cubre todos los supuestos de la LME, sino que tampoco sería aplicable en otros muchos supuestos de reordenación empresarial que se pueden llevar a cabo al margen de la LME. En efecto, el Derecho de sociedades define las modificaciones estructurales como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad(21). Sin embargo, si atendemos a la doctrina científica mercantilista(22), cabe concluir que estos procesos no son los únicos medios existentes en nuestro ordenamiento jurídico para llevar a cabo reestructuraciones o reorganizacio-

(19) DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa», *Diario La Ley*, núm. 9126, 25 de enero de 2018.

(20) Roj: STS 3515/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3515.

(21) Preámbulo LME, apartado I.

(22) ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., en *La sucesión universal en las modificaciones estructurales*, Ed. Dykinson, 2017, p. 31 afirma que «La sucesión universal es el elemento nuclear en la regulación de las operaciones de modificación estructural. Supone un modo especial de transmisión de elementos patrimoniales en el que «la sociedad adquirente sucede en todas las relaciones jurídicas de la transmitente sin que los del propio procedimiento de la modificación estructural y por tanto sin que se apliquen los requisitos y formalidades de las transmisiones a título particular. Este efecto tan especial solo se puede producir cuando lo reconoce la Ley (*ex lege*), pero en los casos en los que lo reconoce se produce de manera automática cuando tiene lugar la operación (*ipso iure*), y también frente a terceros (*erga omnes*), de manera que los efectos de la transmisión no pueden quedar sometidos al consentimiento e intervención de estos y deben producirse para todo el patrimonio con carácter simultáneo con los demás efectos de la modificación estructural».

nes empresariales. Existen otros medios distintos a los previstos en la LEM con los que una persona jurídica responsable de un ilícito penal podría reestructurarse de tal forma que no fuera aplicable el artículo 130.2 CP, por lo que no parece acertado que se haya establecido este régimen de traslación o sucesión de responsabilidad solo para unos concretos casos previstos de reestructuración empresarial previstos en la LME, sin haber establecido una norma que pudiera ser aplicada ante la variedad de mecanismos que permite la legislación mercantil.

La LME tiene por objeto dar carta de naturaleza a unos procedimientos específicos (fusión, escisión, transformación, etc.) que permiten agilizar los cambios estructurales mercantiles. La LME se articula sobre la base del concepto «sucesión universal del patrimonio», conforme al cual los derechos y obligaciones se transmiten en bloque a la sociedad resultante, frente al tradicional concepto de sucesión particular, en el que cada activo y cada pasivo se transmitirían por medio de su oportuno proceso, dificultando enormemente complejos procesos de reestructuración de negocios. Pero el resultado de esas modificaciones estructurales podría llegar a obtenerse por otros caminos más tortuosos pero que soslayasen la aplicación de los procesos de fusión, absorción y escisión y, por consiguiente, evitaran la aplicación del artículo 130.2 CP. En este sentido Álvarez Rollo-Villanova advierte de esa posibilidad si bien desde la perspectiva de la sucesión de la responsabilidad civil, y plantea diferentes ejemplos que también serían aplicables para un supuesto de responsabilidad penal. Así, «los socios de la sociedad que se va a integrar en otra podrían tomar un acuerdo de disolución y adjudicarse los activos y pasivos de la sociedad y a continuación la absorbente tomar un acuerdo de aumento de capital por el que los socios pasaran a formar parte de la sociedad absorbente. También podría pensarse que la sociedad aportara los bienes directamente a la sociedad absorbente en un aumento de capital ordinario, y a continuación se disolviera y liquidara la sociedad aportante con entrega a los socios de las particiones de la absorbente. El resultado de utilizar este tipo de mecanismo sería exactamente el mismo pero el procedimiento sería distinto y mucho más complejo en varios aspectos» (23). Por ello, cabe añadir un nuevo déficit al artículo 130.2 CP, en el sentido de que el traslado de responsabilidad penal que establece se limitaría solo a unos concretos y específicos mecanismos regulados en la LME, pero no a cualquier operación societaria, lo que puede generar graves lagunas de punibilidad.

(23) ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 32.

En todo caso, el aspecto que ha acaparado la mayor atención de la doctrina penal ha sido la incompatibilidad del artículo 130.2CP con los principios que rigen el Derecho penal. La literalidad del texto, al menos en lo que respecta a las modificaciones estructurales, parece establecer un mecanismo de traslación o sucesión objetiva y automática de la responsabilidad penal(24) de un ente infractor al ente resultante. Como señaló Dopico cuando se produjo la promulgación de la Ley, esta interpretación sería incompatible con el principio de culpabilidad y supondría una peligrosa puerta a la responsabilidad objetiva(25). Añadiendo el mismo autor, recientemente y de forma más contundente, que el precepto es inconstitucional(26). La interpretación literal sería incompatible con principios clásicos del Derecho penal como el de culpabilidad (art. 5 CP) y de personalidad de las penas(27), conforme a los que «solo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos» (STC 60/2010 de 29 de octubre (FJ 4.º) (Ponente: Sr. Delgado Barrio))(28). Además, la interpretación literal sería también incongruente con los novedosos y relevantes postulados que el Tribunal Supremo viene estableciendo en los últimos años en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas como, por ejemplo, el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas, o la proscripción de fórmulas que permitan la responsabilidad objetiva. En efecto, el Tribunal Supremo

(24) CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de la persona jurídica: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, pp. 73 a 95. «Los términos del artículo 130.2 CP hacen surgir la impresión de que el traslado de la sanción de una persona jurídica a otra opera de modo objetivo, permitiéndose luego su moderación. Tal solución, sin embargo, contradice la jurisprudencia constitucional sobre el traslado de las sanciones. Culminando una serie de sanciones en materia tributaria, la STC 146/1994, ponente Díaz Eimil [...] si no es constitucional trasladar objetivamente una sanción administrativa, menos aún puede serlo trasladar una pena».

(25) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 11-38.

(26) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN núm. 246/2019, de 30 de abril)» en Gómez, V. (dir.), Valiente, V. (coord.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Ed. Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho penal y Procesal Penal núm. 13), 2022, pp. 553-566.

(27) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DE LA MATA, N.; DOPICO, J.; LASCURAÍN, J. A., y NIETO, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, 2018, pp. 161 ss.

(28) ECLI:ES:TC:2010:60.

ha declarado que «parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho penal» (STS 514/2015 de 2 de septiembre, FD 3.º (Ponente: Sr. Marchena)(29). Asimismo, el Alto tribunal ha aclarado, también respecto de las personas jurídicas, que nuestro sistema «no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio» (STS 221/2016 de 16 de marzo, FD 5.º) (Ponente: Sr. Marchena)(30).

La mayoría de los comentaristas coinciden en señalar que estamos claramente ante una cláusula antielusión(31). Más concretamente, para Feijoo se trata de «[u]na regulación contra el fraude de ley mediante uso de la cobertura de normas societarias»(32). Con el propósito de afianzar esta finalidad algunos autores proponían que hubiera sido «más plausible que el texto legal añadiese la exigencia de que las modificaciones societarias fueran encubiertas, aparentes, ficticias o bien de mera pantalla». Es decir, que las «cautelaciones sensatas previstas para las hipótesis de disolución, deberían haberse contemplado también para el resto de actos societarios contemplados en el primer pasaje del artículo 130.2 CP»(33). Más contundente, sostiene Eloy Velasco que «en los supuestos en que no se haga fraudulentamente para eludir responsabilidades penales, sino por otros motivos, siempre que sean lícitos, debe conllevar la inaplicación de este precepto»(34). y por lo que respecta al Tribunal Supremo, con cita de nuevo en la STS 530/2019, 31 de octubre de 2019 (FD 2.º (Ponente: Sr. Magro)(35), admite la finalidad antielusión del precepto afirmando que «[s]i no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas

(29) Roj: STS 3813/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3813.

(30) Roj: STS 966/2016 - ECLI:ES:TS:2016:966.

(31) FEJOO SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Díaz-Maroto, J. (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal*, Ed. Civitas. 2011, cap. pp. 65 a 141.

(32) FEJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en BAJO, M.; FEJOO, B., y GOMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas. 2016, cap. XI pp. 297 ss.

(33) MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos» en Quintero Olivares (dir.), Morales, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 805-846.

(34) VELASCO NUÑEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, p. 97.

(35) Roj: STS 3515/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3515.

transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del artículo 120 CP en la modalidad de los núm. 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social».

Los crecientes trabajos doctrinales publicados en la materia han intentado conjugar la literalidad del precepto con la atribuida vocación antifraude y con los principios rectores del Derecho penal. Para salvar esta situación, algunos autores apuntaban desde el momento en que entró en vigor la reforma en 2010, que sería preciso establecer algún tipo de responsabilidad subjetiva en las entidades sucesoras si se pretendía hacerles partícipes de las consecuencias del delito identificando la persistencia en la entidad resultante del defecto de organización que posibilitó el delito. Así, Ortiz de Urbina, haciendo uso de la doctrina tributaria que establece que los supuestos de responsabilidad por ilícito ajeno constituyen sanciones específicas que sustituyen a la responsabilidad inicial, afirmaba que «[e]sta interesante construcción tiene como importante consecuencia que, conforme a ella, la persona jurídica pueda ser hecha responsable cuando su infracción del deber de cuidado tiene que ver con conductas posteriores a la conducta delictiva. Así, por ejemplo, de acuerdo con esta interpretación, si una gran empresa absorbe a otra persona jurídica más pequeña sin informarse de que estaba imputada o sin atender a los indicios que apuntaban a que podría serlo, de resultar finalmente condenada podría justificarse el traslado de responsabilidad a la empresa más grande atendiendo a que infringió su deber de cuidado al no informarse sobre la situación de la persona jurídica que absorbía. El efecto potencialmente expansivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de esta interpretación puede evitarse introduciendo un apartado de Derecho penal en los procedimientos de «due diligence», usuales en los procesos de absorción y fusión en este ámbito. De este modo, y por supuesto siempre que la mencionada «due diligence» sea llevado a cabo con la diligencia debida apuntada en su denominación, la empresa inicialmente ajena al delito podría demostrar su cumplimiento del deber de cuidado y quedar exenta de responsabilidad»⁽³⁶⁾. Otros autores, como Goena, han propuesto más recientemente considerar que la responsabilidad penal en casos de reestructuraciones societarias no constituye ni un traslado de sanción del ilícito previo, ni una responsabilidad propia por un acto posterior, sino «un mecanismo de responsabilidad por un estado de injusto constituido en la entidad

(36) ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 153 a 226.

originaria y perpetuado en la resultante. La identidad concurre en el estado de injusto que es objeto de sanción, siendo posible responsabilizar a todos los agentes que se encuentren vinculados a él, sin que ello vulnere el principio de responsabilidad por el hecho propio o el principio de personalidad de las penas»(37). Por su parte González Cussac propone una solución intermedia según la cual «[e]sta traslación de la responsabilidad penal es clara en casos de haberse dictado ya una condena o de estar abierto el proceso penal. Los nuevos gestores de la entidad asumen la transferencia de la responsabilidad penal. Mayores dudas ofrecen las hipótesis en las que la imputación por las conductas de los anteriores administradores se formula una vez transformada, fusionada o escindida la sociedad»(38).

Otros autores, desde una perspectiva preventiva y constitucional pero en su vertiente más práctica consideran que no sería admisible que pudiera imponerse a la entidad absorbente o fusionada las penas de disolución o interdicción [arts. 33.7 b) a g)], por las graves consecuencias prácticas que ello conllevaría(39).

Desde una perspectiva atenta al Derecho mercantil se ha propuesto aplicar un concepto material de la persona jurídica centrado en la continuidad del elemento patrimonial tras la fusión o escisión para poder así efectuar el traslado de responsabilidad penal que recoge el artículo 130.2 CP; tanto en casos de fraude como en casos en que no se llevó a cabo la modificación de forma fraudulenta(40). Este planteamiento es conforme con la doctrina mercantilista de «sucesión universal del patrimonio» que citábamos antes y se basa en que «[c]uando se produce una «modificación estructural» (fusión, escisión) o cuando se produce la muerte de un individuo, lo que hay es un cambio en la titularidad del patrimonio. No hay transmisión de bienes. Hay sucesión universal. Las relaciones jurídico-patrimoniales de las que era parte ese patrimonio no se ven modificadas»(41). Conforme a este

(37) GOENA VIVES, B., «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», en *InDret Penal 2022*, número 1, pp. 259 ss.

(38) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programa de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, cap. 8, pp. 266 a 268.

(39) CORCOY BIDASOLO, M. en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 304 a 322.

(40) SCHULLER RAMOS, S. «Análisis del artículo 130.2 del Código Penal: responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la adquirida: continuidad patrimonial o económica de la empresa», *Diario La Ley Penal*, núm. 155, marzo-abril de 2022.

(41) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las modificaciones estructurales y la sucesión universal como transmisión de patrimonios», en *Almacén de Derecho*, 4 de octubre de

concepto material, consideran, no se verían afectados los principios de personalidad de las penas, tal y como ocurriría en los ámbitos tributario y laboral. En estos supuestos «no nos encontraríamos ante un problema relacionado con el principio de personalidad de la pena [...] si pervive la sociedad penalmente responsable»(42). Es decir, lo esencial para estos autores sería la persistencia del patrimonio, por lo que dicho patrimonio debiera de seguir siendo responsable con independencia de la afectación estructural del contrato de sociedad. Lo cierto es que para estos autores «es lógico que si hay sucesión universal de una persona jurídica respecto de otra, la sucesora asuma las deudas – y las multas – de la 'causante' y dado que el patrimonio de la 'causante' no se ha liquidado y repartido, sino que, simplemente, ha cambiado de titular (la titular del patrimonio de la causante es ahora la sucesora), la nueva titular debe considerarse responsable patrimonialmente en los mismos términos que lo era la 'causante'. Es irrelevante que ahora haya nuevos miembros –socios– en la persona jurídica sucesora. Los nuevos socios han de contar con el riesgo derivado de la imputación penal cuando aprueban la fusión y, si no están de acuerdo, el derecho de sociedades les proporciona mecanismos de protección (tales como la impugnación de la fusión, de la relación de canje o derechos de información)»(43). Este planteamiento abre un importante interrogante sobre la voluntad del legislador: ¿realmente estaba pensando, al redactar este precepto, en que conforme al principio de sucesión universal del patrimonio, se previese, como una obligación más de las que conforma el patrimonio societario, el traslado automático de la responsabilidad penal en los concretos casos de fusión, absorción y escisión? De ser así, ¿por qué solo estableció esos tres supuestos si, como hemos visto, la LME contempla más supuestos y, además, las sociedades pueden operar cambios en sus estructuras a través de mecanismos complejos no amparados en la sucesión universal del patrimonio? En todo caso, el argumento es razonable cuando se trata de trasladar la responsabilidad civil entre entidades, pero obvia la trascendencia en el sistema penal del principio de personalidad de las penas que hemos expuesto anteriormente. Además, cabe formular la siguiente pregunta: ¿qué finalidad (preventiva o retributiva) tiene

2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-modificaciones-estructurales-y-la-sucesion-universal-como-transmision-de-patrimonios> (última consulta: 16 de junio de 2023).

(42) FARALDO CABANA, P., «Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el artículo 130.2 CP», en Cancio, M. y Basso, G. (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. I, Ed. UAM Ediciones, 2019, pp. 431-444.

(43) QUINTERO OLIVAREZ, G. y ALFARO AGUILA-REAL, J., *op. cit.* p. 14.

que el Estado castigue, de manera objetiva y automática, con una pena de multa o con medidas interdictivas como el cierre de la empresa, a un ente jurídico distinto al que cometió el ilícito por haber incorporado todo o parte del patrimonio del ente infractor? ¿debe operar esa sucesión o traslación de la responsabilidad penal en todo caso para penalizar al patrimonio infractor o debe exigirse la acreditación de una finalidad fraudulenta en la operación mercantil para que aplique el precepto? Profundizaremos en los aparentes motivos del legislador a continuación.

III. *VOLUNTAS LEGISLATORIS*: ESTUDIO SOBRE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA QUE DIO LUGAR AL ARTÍCULO 130.2 CP

La reforma del Código Penal que introdujo el artículo 130 CP tuvo lugar hace 12 años y su alcance fue muy relevante, no limitándose únicamente a la compleja y controvertida inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas(44). Por ello, las causas de extinción o no extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituyeron solo un elemento más en una reforma muy compleja y extensa. La magnitud de esta tarea explica seguramente, aunque no excusa, la falta de precisión del legislador en el texto del artículo 130.2 CP finalmente promulgado.

En el inicial debate de totalidad del Proyecto que se celebró en el Congreso de los Diputados, el entonces ministro de Justicia, Sr. Caa-maño, justificó la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro sistema penal en razones de política criminal, asegurando que esta realidad jurídica se introducía con todas las garantías(45):

«La reforma, señorías, es necesaria para dotar a nuestro derecho de instrumentos más eficaces para combatir determinados tipos de delincuencia. A tal fin, se incorpora por primera vez en nuestro derecho la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una opción presente en otros ordenamientos jurídicos que se introduce con todas las garantías y que persigue eliminar lo que doctrinalmente ya se conoce

(44) Muchos autores criticaron la inclusión de esta institución por su falta de encaje en la dogmática penal, entre otros, ROBLES, R., «Pena y persona jurídica. Crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 7705, 2011.

(45) DS. Congreso de los Diputados núm. 146 de 11 de marzo de 2010 Pleno-Debate de totalidad (p. 17)

como el fenómeno de la irresponsabilidad organizada. Las organizaciones permisivas con prácticas ilegales han de responder también en cuanto tales, en cuanto personas jurídicas, de la comisión del ilícito».

El Proyecto inicial ya incluía la preocupación por los efectos que sobre esta responsabilidad penal podrían tener las distintas vicisitudes que pueden afectar a la vida jurídica de una persona jurídica. En particular, el Proyecto abordó desde su inicio la preocupación por el hecho de que los propietarios y gestores de las sociedades pudieran tratar de eludir fraudulentamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante su disolución y/o modificaciones estructurales. Así, en la Exposición de Motivos del proyecto podemos leer el siguiente párrafo que se ha mantenido inalterado en todo el proceso legislativo(46):

«En este apartado relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al objeto de evitar que la misma pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión».

El objetivo declarado del legislador era evitar que la responsabilidad penal pudiera ser eludida fraudulentamente. Para ello, anunciaba con claridad la inclusión de previsiones específicas para los casos de disolución y de modificaciones estructurales. Sin embargo, la redacción del precepto que debía prevenir que se burlara la responsabilidad penal carecía de las garantías que pretendía el ministro. La propuesta inicial del artículo 130.2 CP tenía el siguiente contenido:

Vigésimo octavo. El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2 con el siguiente contenido:

«2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

(46) *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-52-1 de 27 de noviembre de 2009 – Iniciativa (p.1)

Tal y como hemos expuesto antes, frente a la claridad de las causas que motivan la extinción de la responsabilidad penal de las personas físicas, la propuesta para las personas jurídicas incluía una redacción alambicada, y expresada en negativo (qué no extingue), abocando al precepto a las dudas interpretativas. Además, el declarado esfuerzo del legislador por aportar «previsiones específicas» era claramente insuficiente, pues estas previsiones solo se establecían en el supuesto de disolución, obviando mencionar presupuestos que permitieran identificar los mecanismos con los que se pretendía burlar la responsabilidad en casos de modificaciones estructurales. Y, por último, al no incluir ninguna mención a la finalidad antifraude de la norma, propició un texto que presentaba importantes problemas dogmáticos en su aplicación literal.

Las actas parlamentarias muestran que la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas propuesta por el Gobierno del PSOE contó con la oposición de grupos como PNV, ERC, BNG e IU, ocupándose la extinta CIU de proponer las enmiendas de más calado. Así, tratando de hacer valer las recomendaciones del Consejo de Estado y del Consejo Fiscal, el grupo catalán insistió en la necesidad de legislar la responsabilidad de las personas jurídicas en un cuerpo legislativo independiente a fin de controlar la correcta introducción de esta disruptiva novedad jurídica en la dogmática penal clásica; al menos en tanto se adecuaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la nueva realidad legal. Así, propuso la creación de un artículo 129 bis CP que, junto a la modificación del artículo 129 CP, conformaran «un Capítulo específico del código donde estén tratadas de forma global todas las cuestiones que tienen que ver con la intervención del Derecho penal frente a empresas y personas jurídicas»⁽⁴⁷⁾. Por lo que atañe al presente trabajo, señalaban que el Proyecto había detectado el riesgo claro de que «el «suicidio» de las personas jurídicas mediante su disolución» podría ser «una estrategia útil para eludir la sanción penal», razón por la cual, conforme a la sistemática que proponía este grupo parlamentario, propusieron también la creación de un nuevo artículo 129 *quater* que recogiera, como cláusula de cierre a ese capítulo específico, que «[s]e considerará en todo caso a efectos de este capítulo que existe una disolución encubierta o meramente aparente de la empresa o persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos». No obstante,

(47) *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-52-9 de 18 de marzo de 2010 p.1, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Enmiendas 158, 159, 160 y 162.

también el referido grupo parlamentario omitió pronunciarse sobre las modificaciones estructurales.

Finalmente, la propuesta de CIU de crear un capítulo específico no cuajó, si bien el artículo 130.2 sí se vio reforzado con esa cláusula de cierre que permitían determinar cuándo debería considerarse que la disolución era meramente aparente.

Todavía en el Congreso, el grupo parlamentario Popular propuso una modificación del artículo 130.2 CP que fue acogida en el texto finalmente aprobado y que sigue vigente en el Código Penal⁽⁴⁸⁾ en virtud de la cual el Juez o Tribunal podría moderar la aplicación de la pena a la persona jurídica resultante en los casos de modificaciones estructurales, quedando el texto completo propuesto como sigue:

«2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar la aplicación de la pena a la persona jurídica resultante en función de la proporción que la persona jurídica responsable del delito originariamente guarde con la totalidad de la nueva personalidad jurídica en la que se integra». No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

Esta enmienda, según se deduce de la explicación del portavoz de ese grupo, pretendía establecer un mecanismo moderador en la aplicación de la pena en los supuestos de «fusión o absorción dado que de lo contrario una entidad responsable del delito podría «contaminar» a otra muchísimo mayor que no hubiera tenido nada que ver en su comisión». Aun cuando la argumentación está lejos de referirse al debate sobre la aplicación a las personas jurídicas del principio de personalidad de las penas o la responsabilidad por el hecho propio, al menos trasluce una preocupación por los efectos dañinos que la sucesión de la responsabilidad podría tener sobre entidades cumplidoras.

Sólo una vez el texto llegó al Senado repararon los legisladores en que la redacción del artículo 130. 2 CP, tal y como había sido aprobada por el Congreso, carecía de la claridad exigible y que su redacción podría propiciar excesos en el uso de las disposiciones específicas que se preveían para evitar el fraude. Esto dio lugar a que el grupo

(48) *BOCG*. Congreso de los Diputados núm. A-52-9 de 18 de marzo de 2010. Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. Enmienda 346.

parlamentario Popular incluyera una enmienda según la cual la responsabilidad penal se trasladaría a las personas jurídicas resultantes «siempre y cuando esas operaciones jurídicas se realicen a través de sociedades instrumentales o interpuestas y sean buscadas con el propósito de extinguir la previa responsabilidad penal y la sociedad adquirente, o absorbente, no hubiera podido razonablemente conocer la existencia previa del delito cometido»(49). La posterior intervención del senador Popular, el Sr. Altava Lavall, confirma que la motivación de esta enmienda era conseguir la coherencia legislativa entre el caso de la disolución y el de las modificaciones estructurales; es decir, que en ambos supuestos se aplicase una cláusula antifraude y que los dos casos contasen con previsiones específicas para detectar los presupuestos con los que poder considerar que la operación mercantil se había acordado con la finalidad de burlar la responsabilidad penal(50).

No cabe duda de que esta precisión del texto era absolutamente coherente con el propósito declarado en el proyecto de ley inicial. Además, dotaba de mayor claridad a un artículo que había experimentado algunas modificaciones en su tramitación en el Congreso que diluían su finalidad como cláusula antifraude. Sin embargo, la enmienda no fue aprobada. ¿Por qué? Seguramente, por razones puramente prácticas, ya que si se hubiera aprobado esa enmienda en la Cámara Alta se habría tenido que devolver el texto al Congreso, lo que habría abierto nuevos plazos, que habrían retrasado la aprobación del texto definitivo y que, seguramente, habrían dificultado que la ambiciosa reforma del Código Penal (que contaba con no pocos opositores) hubiera visto la luz. El texto, a fin de cuentas, había conseguido el apoyo de la mayoría parlamentaria en cuestiones claves y de difícil consenso, por lo que parece verosímil concluir que, en aquel momento, se considerara prescindible este matiz de detalle expuesto en el Senado. En última instancia, los órganos de la Administración de Justicia se encargarían de interpretar adecuadamente y conforme a la voluntad del legislador este precepto. ¿O no?

(49) *BOCG*. Senado núm. II-48-c de 27 de mayo de 2010 Enmiendas (Senado) – Enmienda 106; p.57 y *DS*. Senado Núm. 83 de 9 de junio de 2010, p. 4428, Senado – Pleno.

(50) «Por el Grupo Parlamentario Popular, tiene la palabra el senador Altava. El señor Altava Lavall: Gracias, señor presidente. Voy a pasar directamente ya a la defensa de las enmiendas, que es el trámite en el que nos encontramos. [...] Igualmente, por coherencia legislativa, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no debe extinguir su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión, siempre y cuando esas operaciones jurídicas se realicen a través de sociedades instrumentales o interpuestas y sean buscadas con el solo propósito de extinguir la previa responsabilidad penal».

En todo caso, lo cierto es que durante el trámite en el Congreso nunca se reparó en esa falta de coherencia entre los supuestos de disolución y de modificaciones estructurales. Y ello pese a que la exposición de motivos señalaba claramente que se quería evitar actuaciones fraudulentas en ambos casos y que se pretendía dotar al intérprete de la Ley, en ambos supuestos, de disposiciones específicas para su detección. Considerando el contexto histórico que nos aporta el estudio completo de la tramitación parlamentaria, así como el análisis crítico del actual artículo 130.2 CP realizado, donde hemos concluido que el legislador se refirió a disolución cuando en realidad estaba pensando en la extinción de la responsabilidad jurídica, parece razonable pensar que este déficit tuviera explicación en el hecho de que, en realidad, para el proyecto, el riesgo de fraude no era tan alto en los casos de modificaciones estructurales como en el caso de la, mal llamada, disolución. Ello motivó que, desde el principio, se fijase la atención solo en los supuestos de disolución fraudulenta (*recte*: extinción fraudulenta de la personalidad jurídica). Desde la lógica mercantilista tiene sentido que se focalizase en la extinción fraudulenta de la personalidad jurídica, ya que sería ese supuesto el que imposibilitaría la rendición de cuentas del infractor en el orden penal.

Para finalizar con este análisis de la tramitación parlamentaria, añadiremos que resulta preocupante constatar que en ninguna de las dos cámaras se suscitó el debate relativo a la posible incompatibilidad del precepto con el derecho a la presunción de inocencia, o con los principios de personalidad de las penas o de responsabilidad por el hecho propio, lo que pone de manifiesto la falta de análisis y sosiego de la que adoleció la inclusión de este precepto. Ello pese a la enorme trascendencia jurídica que iba a tener en las operaciones mercantiles, que sin duda alguna constituyen una actividad económica de enorme relevancia en cualquier economía de mercado.

Aun cuando es un hecho posterior a la tramitación parlamentaria, resulta pertinente mencionar que, cuando se aprobó la Ley, para la Fiscalía resultaba evidente la voluntad del legislador. Así, en su Circular 1/2011(51) relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, recogió con claridad que el precepto servía para evitar que se burlara la responsabilidad penal, no solo en los

(51) Como expresamente recoge la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015: «La presente Circular no afecta a la vigencia de la Circular 1/2011, que será de aplicación en todo aquello que no ha sido modificado por la LO 1/2015».

casos de disolución sino también por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión:

«—II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción y escisión.—

De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión. Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres. Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 33.7 del Código Penal. No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación».

Para la Fiscalía, el requisito de la motivación elusiva estaba claro, lo que seguramente explica que no se plantearan dudas en relación con la contradicción con el principio de responsabilidad por el hecho propio ni sobre la constitucionalidad del precepto. Llama la atención, sin embargo, que con acierto la Circular recuerde que es exigible que se practique prueba sobre ese elemento volitivo del fraude en las disoluciones meramente aparentes, pero que esta reflexión no le hiciera reparar en la ausencia de comentarios al respecto en los casos de fusión, transformación y escisión, donde el tenor literal del precepto ampararía la responsabilidad objetiva y, por tanto, las exigencias probatorias se anularían. Por último, cabe destacar que la Circular instruye al cuerpo de Fiscales para que puedan solicitar del juez la

adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación si detectan indicios de dicho fraude.

IV. LA FINALIDAD FRAUDULENTA COMO REQUISITO PARA APLICAR LA SUCESIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL ENTRE EMPRESAS

1. Congruencia intrasistemática

Tal y como explicaremos a continuación, a la luz del análisis doctrinal, del estudio parlamentario y de la opinión de la Fiscalía General de Estado, resulta plenamente justificado sostener que el artículo 130.2 CP debe ser interpretado como una cláusula antifraude. Por consiguiente, el artículo 130.2 CP solo será aplicable en aquellos casos en que las disoluciones o modificaciones estructurales hubieran sido realizadas con el objetivo de burlar la responsabilidad penal de una persona jurídica. *Sensu contrario*, no podrá establecerse la responsabilidad objetiva de la persona jurídica afectada por la vicisitud correspondiente (disolución o modificación estructural), ni trasladar o suceder automáticamente la responsabilidad de una sociedad a otra.

Por lo que respecta a los casos de transformación, fusión, escisión y absorción, estaríamos ante una norma que previene el fraude de ley⁽⁵²⁾, permitiendo que los efectos de la responsabilidad penal y de la pena, que se trataban de eludir, se trasladaran a la sociedad resultante. En cuanto al caso de la disolución/extinción meramente aparente, esta actuación elusiva estaría más próxima a la figura de la simulación absoluta, razón por la cual debiera declararse la nulidad radical del acto jurídico simulado (la disolución del contrato de sociedad/extinción de la persona jurídica).

La finalidad elusiva y fraudulenta de la operación mercantil como requisito para la aplicación del artículo 130.2 CP permite alcanzar una solución coherente con la interpretación integral del Código Penal, los principios que informan nuestro Derecho penal y la regulación mercantil.

(52) En cuanto al fraude de ley, el artículo 6.4 del Código Civil prevé, sobre la eficacia general de las normas jurídicas que «[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que nos encontramos ante una institución jurídica aplicable a todo el ordenamiento (STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 8.º)).

En efecto, esta interpretación es respetuosa con la *voluntas legislatoris*. El legislador, en el preámbulo, incluyó tanto las disoluciones como las modificaciones estructurales a los efectos de trasladar la responsabilidad penal cuando estas operaciones mercantiles se hubieran buscado de propósito para eludir la responsabilidad penal.

Esta interpretación también promueve los principios que informan nuestro Derecho penal. Al exigirse la acreditación de la existencia de una finalidad fraudulenta se evita el riesgo de inversión de la carga de la prueba al imponer a la acusación la obligación de presentar al tribunal elementos que acrediten suficientemente el ánimo defraudatorio (bien de manera indiciaria en la fase de instrucción, o bien con la práctica de la prueba en la fase de juicio oral). Y, en caso de verificarse esos elementos, podrá trasladarse entonces la responsabilidad penal entre personas jurídicas, aplicando la norma que se trataba de eludir, imputando o procesando a la entidad sucesora, e imponiéndole medidas cautelares y/o penas de multa o interdictivas.

Esta interpretación también es congruente con el cuerpo doctrinal que el Tribunal Supremo viene configurando en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que «derechos y garantías constitucionales [...] como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., [...] ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta» (STS 154/2016 de 29 de febrero, FD 8.º)(53).

La interpretación propuesta resulta además respetuosa con el principio de responsabilidad personal de las penas, pues la persona jurídica solo responderá por su propio defecto de organización, sin que pueda alegarse que se está tratando de responsabilizar a una persona jurídica diferente y ayuna de responsabilidad.

Por último, con esta interpretación evitamos la responsabilidad objetiva, constitucionalmente proscrita en nuestro ordenamiento, ya que las personas jurídicas deben responder por sus propias acciones y con base en su propia culpabilidad, como han señalado entre otros Zugaldía(54). Y es que, como también ha expresado nuestro Tribunal Supremo, el Código Penal «ha establecido un sis-

(53) Roj: STS 613/2016 - ECLI:ES:TS:2016:613.

(54) ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, 25 de noviembre de 2019.

tema de responsabilidad penal de la persona jurídica [...] basado en el principio de autorresponsabilidad a partir de los siguientes presupuestos: a) Es exigible un juicio de culpabilidad específico sobre la actuación de la persona jurídica; b) el fundamento de la responsabilidad penal no es objetivo sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica y c) el principio de presunción de inocencia se aplica a la persona jurídica y es autónomo respecto del de la persona física» (STS 234/2019 de 8 de mayo, FD 5.º) (Ponente: Sr. Maza)(55).

Además, desde la perspectiva de la finalidad de la norma se consolida el propósito de la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento que, según reconoce el propio legislador, es lograr «que las empresas sean cumplidoras»; es decir, que ayuden a prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad y en su beneficio. En efecto estamos ante un sistema donde debe primar la finalidad preventiva de la pena frente a la retributiva(56). Piénsese que, poco o nada lograría nuestro sistema legal sancionado a personas jurídicas cumplidoras con penas de multa o interdictivas por el simple hecho de haber incorporado en su estructura, de buena fe, el patrimonio social de una empresa incumplidora extinta (siempre y cuando esta última no hubiera llevado a cabo la operación con la finalidad de eludir la responsabilidad, precisamente).

Para finalizar este apartado, analizaremos las implicaciones que tendría en el proceso penal la exigencia de la finalidad fraudulenta como requisito para la aplicación del artículo 130.2 CP. Así, conforme al derecho de presunción de inocencia y al principio acusatorio, es exigible que por parte de la acusación (bien sea Ministerio Fiscal o acusación particular) se fundamente y acredite la existencia de indicios (fase de instrucción) o elementos probatorios (juicio oral) que establezcan la existencia de esa finalidad elusiva. Sólo así podrán el Juez Instructor o el Magistrado o Magistrados juzgadores establecer, a través de una resolución suficientemente razonada, el traslado de la responsabilidad penal. Para apreciar el fraude de ley deberá acreditarse que la operación mercantil no perseguía la finalidad usual de la operación, sino eludir la responsabilidad penal. Aplicando los cánones de la sucesión de responsabilidad en el ámbito civil Álvarez Rollo-Villanova expone que «para que pueda apreciarse fraude debe existir una discrepancia entre la causa típica del negocio y la voluntad de las

(55) Roj: STS 1470/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1470.

(56) GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 93-139.

partes, dirigida a eludir una norma imperativa». y recuerda que la causa válida se presume, por lo que quien alegue lo contrario, debe probarlo(57); y, en este sentido, con cita la STS 50/2011 de 14 de abril, recuerda sobre la finalidad típica de las modificaciones estructurales, que «son operaciones de naturaleza societaria que se dirigen a facilitar una mejor y más adecuada adaptación de los modelos organizativos de las personas jurídicas para la consecución de sus propios fines». Por lo tanto, el órgano judicial deberá identificar previamente la finalidad fraudulenta. Así, como propone Zabala conforme a la experiencia estadounidense a través de, por ejemplo, el análisis de los proyectos de fusión, o los trabajos de cumplimiento normativo realizados con anterioridad y posterioridad al acometimiento de la actuación mercantil, podrá alcanzar la convicción sobre los indicios o pruebas de la existencia de la finalidad fraudulenta(58).

Desde luego, este modo de proceder, respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia, mitigaría los daños que, como advierte Lightowler-Stahlberg, la pena de banquillo causaría en accionistas, trabajadores y terceras partes ante la simple imputación de una sociedad mercantil cotizada(59). En este sentido, cabe recordar que, para la fase de instrucción, la imputación solo puede justificarse si responde a un pronóstico razonable de utilidad para el ejercicio efectivo del *ius puniendi* del Estado. El Instructor debe administrar de forma responsable y razonable las reglas de imputación, no sometiendo al proceso penal a ninguna persona si no hay causa para ello, y no manteniendo dicha situación de imputación si desaparecen las causas o razones que la justificaron.

Por lo que respecta a la disolución/extinción meramente aparente, estaríamos ante una simulación absoluta en la que deberá acreditarse que existe un negocio jurídico (la disolución/extinción) sin que exista voluntad negocial alguna. En este caso el precepto sí aporta herramientas para identificar cuando la disolución es meramente consistentes en que «se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

(57) ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., *op. cit.*, p. 313.

(58) ZABALA, C., «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret Penal*, 2020, número 2, p. 195. En un sentido similar, GOMEZ-JARA, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Edisofer, 2010, p. 509.

(59) LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P., «El tratamiento de las personas jurídicas investigadas: análisis de las resoluciones judiciales más relevantes en la fase de instrucción», *Diario La Ley* núm. 10035, 23 de marzo de 2022.

2. **Comprobación de resultados: aplicación en abstracto de nuestra tesis a los supuestos previstos en el artículo 130.2 CP**

Una aproximación en abstracto a la aplicación del artículo 130.2 CP con la exigencia de acreditación del fraude debe focalizarse en tres aspectos:

- Primero, identificar si la personalidad jurídica se ha extinguido.
- Segundo, si esta extinción se ha producido fraudulentamente, con la intención de evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica.
- Tercero, localizar el patrimonio transmitido que debiera responder por la responsabilidad penal.

Comenzando con los supuestos de disolución meramente aparente, si atendemos a la regulación de la LSSC analizada antes, en tanto el proceso de disolución no haya concluido con la liquidación del patrimonio, la personalidad jurídica seguirá existiendo, por lo que no se plantearían problemas desde la perspectiva de la responsabilidad penal del ente, que podría ser declarado responsable penal sin dificultad alguna. Su patrimonio (en liquidación) respondería de las penas de multa que le pudieran ser impuestas y, aunque las penas interdictivas pudieran ver mermados sus efectos, en todo caso serían también aplicables. Si, por el contrario, considerásemos que el legislador quiso referirse en realidad a la extinción meramente aparente, entonces entraría en juego la doctrina de la simulación, que conllevaría la declaración judicial de nulidad y retroacción de los negocios jurídicos ilícitos.

Continuando con las modificaciones estructurales previstas en el artículo 130.2 CP (transformación, fusión, escisión y absorción), el posible traslado de la responsabilidad penal dependerá de si con la operación mercantil fraudulenta se ha extinguido la personalidad jurídica del ente responsable y de si, aun persistiendo esa personalidad jurídica, lo que ha desaparecido o menguado es su patrimonio.

Un primer grupo de casos lo constituirían aquellos supuestos en los que la personalidad jurídica no se ha extinguido. Siendo necesario atender, en un segundo nivel, a la situación de su patrimonio. Para autores como Dopico, si se determinase que existe una transformación fraudulenta, la traslación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se llevaría a cabo a través de un sencillo proceso de levantamiento del velo⁽⁶⁰⁾. Sin embargo, esta doc-

(60) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», *op. cit.*, pp. 11-38.

trina de origen estadounidense presenta graves inconsistencias en su aplicación en España, por lo que parece menos problemática la aplicación del fraude de ley. Así, si atendemos a la realidad jurídica que suscita un proceso de transformación fraudulenta, la sucesión de la responsabilidad penal no presentará ningún problema, puesto que la personalidad jurídica del ente transformado no se extinguirá y su patrimonio tampoco se verá alterado, por lo que el patrimonio del ente resultante responderá penalmente(61).

En este primer grupo de casos también se encontrarán los supuestos de escisión parcial(62) y de segregación(63) fraudulentas. En estos casos la sociedad infractora seguiría existiendo, lo que reducirá, al menos teóricamente, los problemas de aplicación del artículo 130.2 CP al poder ser declarada responsable penalmente. Sin embargo, pudiera ocurrir que, aun existiendo el ente infractor, la modificación estructural hubiera afectado al patrimonio que debiera responder por el delito(64). Para Dopico(65), en los casos de escisión habría que

(61) El proceso de transformación se regula en el artículo 3 LME que recoge que «en virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica». El ejemplo más sencillo sería el de una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en una sociedad anónima. Este cambio afecta a la organización, no a la personalidad jurídica y no hay transmisión alguna de patrimonio, por lo que, la sociedad resultante se subroga en los derechos y obligaciones de la transformada.

(62) La escisión parcial consiste en «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria» (art. 70 LME). En este supuesto la sociedad escindida no se extingue, sino que reduce su capital social. Se produce el traspaso en bloque y a título universal de una o varias partes del patrimonio a favor de una o varias sociedades, si bien las partes del patrimonio que se traspasan deben formar unidades económicas (ramas de actividad), y los socios de la escindida asumen la condición de socios de las beneficiarias.

(63) La segregación consiste en «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias» (art. 71 LME). Por consiguiente, en la segregación no hay extinción de la sociedad segregada, ni disminuye su capital social, sino que sufre una alteración en la composición de su patrimonio. Se traspasa en bloque por sucesión universal una o varias partes del patrimonio de la sociedad que se segrega. Es la sociedad segregada –y no sus socios– la que recibe las acciones.

(64) Lo más probable es que, si se ha buscado voluntariamente la modificación estructural o la disolución para eludir la responsabilidad penal, entonces se haya procurado proteger el patrimonio de la respuesta punitiva del Estado.

(65) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas», *op. cit.*, p. 36.

identificar la entidad resultante en la que se hubiera producido el defecto de organización que posibilitó la comisión del hecho de referencia a fin de valorar qué entidad debiera ser responsable penalmente. Así, el órgano judicial debería atender a la localización del defecto de organización determinante del delito para trasladar esa responsabilidad penal. Esta aproximación es correcta y está centrada en salvaguardar el principio de personalidad de las penas. Sin embargo, esta no da una solución adecuada a los supuestos en que, precisamente, la modificación estructural se hubiera hecho con el propósito de escindir la rama afectada por el delito, reorganizando de tal forma el patrimonio, que la rama heredera del defecto de organización quedara deliberadamente mermada para responder, salvándose el patrimonio en la otra rama. Explicado con un ejemplo, si la sociedad infractora, A, contara con dos actividades diferenciadas, una rama hotelera y otra de seguros, y se escindiera en dos personas jurídicas diferenciadas, A₁ y A₂, resultando que el defecto de organización se habría producido en la rama de seguros, la tesis analizada sugeriría que la traslación de la responsabilidad penal debería realizarse sobre la entidad A₂. Sin embargo, esta solución podría ser insuficiente si, precisamente, el infractor hubiera estudiado la forma de salvar el patrimonio societario en la sociedad no afectada por el defecto de organización. La aplicación del artículo 130.2 CP como un fraude de ley permitiría hacer responsable penalmente al patrimonio inicial en su conjunto sin verse comprometido por el principio de personalidad de las penas.

En el segundo grupo de casos, nos encontraríamos con aquellos en que la modificación estructural fraudulenta ha producido la extinción de la personalidad jurídica. Así, en el caso de una fusión(66) por absorción o una escisión total(67) fraudulentas, al producirse la extin-

(66) La fusión consiste en un procedimiento societario de concentración empresarial, en virtud del cual «dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan» (art. 22 LME). En el proceso de fusión se produce la extinción de las sociedades participantes, produciéndose la transmisión universal del patrimonio (derechos y obligaciones), lo que incluye la absorción de todas las deudas de las que se extinguen.

(67) La escisión total consiste en «la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde» (art. 69 LME). En la escisión total se produce la extinción de la sociedad escindida mediante su disolución sin liquidación. Se produce la división de todo su patrimonio en dos o más partes y se transmite por sucesión universal

ción de la personalidad jurídica de la sociedad absorbida y de la sociedad escindida y la sucesión universal de sus patrimonios, operará la cláusula antifraude (con las exigencias de prueba que hemos advertido en este trabajo), respondiendo penalmente la sociedad absorbente, así como su patrimonio resultante. Es decir, aquí sí operaría el artículo 130.2CP trasladando la responsabilidad penal a la sociedad resultante.

En estos casos se puede presentar un supuesto teórico muy interesante: ¿qué ocurrirá cuando la sociedad absorbida hubiera efectuado la operación mercantil para eludir la responsabilidad penal por hechos anteriores a la fusión, ocultándole a la absorbente su finalidad fraudulenta? Ortiz de Urbina propone que la sociedad adquirente (no culpable) solo responda si ha incurrido en una infracción del deber de cuidado en la operación mercantil(68). Otros, como Goena, consideran que puede justificarse exigir responsabilidad penal a la persona jurídica resultante cuando no «haya implementado un M&A criminal *due diligence* de detección y reacción que le permita distanciarse del ilícito en la entidad originaria por no haber corregido un defecto de organización»(69). En mi opinión, esos planteamientos serán correctos siempre y cuando se constate previamente la finalidad fraudulenta de la sociedad extinguida. Esta aproximación al problema redundaría en los deberes de diligencia de las entidades que van a acometer un proceso de modificación estructural de su sociedad, donde el ejemplo paradigmático sería el de la fusión por absorción.

No obstante, en última instancia, si se acreditase que solo la absorbida conocía la finalidad fraudulenta de la operación, el órgano judicial contaría con una herramienta para modular ese posible traslado de la responsabilidad penal al patrimonio de la entidad resultante, que en realidad habría sido utilizada. En efecto, como elemento de cierre para los casos en que sí se cumpliera el requisito de la existencia de fraude, el legislador ha previsto en el artículo 130.2 CP que el Juez pueda modular el traslado de la pena a la sociedad resultante. Aunque el precepto no lo indica, cabría entender que este traslado podría modularse cuantitativamente (a través de la graduación de la multa), pero también cualitativamente (en atención al alcance de las medidas interdictivas, que podrán limitarse a la rama de negocio donde se produjo el defecto de organización).

de las partes resultantes a favor de dos o más sociedades beneficiarias, de nueva creación o ya existentes.

(68) ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa, 2011-2012*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 153-226.

(69) GOENA VIVES, B., *op. cit.*, pp. 259 ss.

3. Aplicación de esta tesis a casos reales

3.1. SOCIEDAD EN PROCESO DE DISOLUCIÓN

Muchos de los déficits señalados en este trabajo en relación con la redacción del precepto para casos de disoluciones meramente aparentes son puestos de manifiesto en el supuesto de hecho enjuiciado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo en su Sentencia núm. 68/2015 de 9 de marzo(70) (Ponente: Sr. Rodríguez Santocildes), ratificada por la Sentencia 371/2017 de 20 de octubre de la Secc. 2.ª Audiencia Provincial Oviedo(71) (Ponente: Sra. Vázquez Llorens). Por un lado, la Fiscalía sostenía que el hecho de que la entidad estuviera en proceso de disolución, y más en concreto en fase de liquidación, no suponía la pérdida de personalidad jurídica, razón por la cual no se había producido la extinción de la responsabilidad penal. Para el Juzgado de lo Penal una interpretación *sensu contrario* del artículo 130.2 CP permitía concluir que la declaración de disolución había supuesto la extinción de la responsabilidad penal, siempre y cuando esta disolución no hubiera sido meramente aparente. Lo cierto es que habría resultado más sencillo si el término empleado por el legislador hubiera sido el de extinción, pero en todo caso, el Juzgado centra acertadamente el debate en si la disolución había sido meramente aparente o no a los efectos de aplicar el artículo 130.2 CP. Concluyendo que, comoquiera que la disolución fue real, no había razón para aplicar el artículo 130.2 CP (FD 6.º):

«Sexto. [...] A la vista de este precepto, una vez afirmada la responsabilidad penal de los acusados personas físicas en los términos que se acaban de exponer, procedería en principio establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos de los ejercicios de 2010 y 2011 en que ya estaba vigente este precepto. No obstante, como ha indicado el Ministerio Fiscal en vía de informe, la cuestión a analizar es si dicha responsabilidad penal se extinguió con ocasión del Auto de 17 de diciembre de 2013 de apertura de la fase de liquidación dictado en el procedimiento concursal, en el cual, de conformidad con lo que establece el artículo 361.2 del Texto Refundido la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio), se dispuso expresamente la «disolución de la entidad». El Ministerio Fiscal argumenta que esta disolución no determinó la extinción de su responsabilidad penal por cuanto la entidad, aun disuelta, conservaba personalidad jurídica, tal y como establece el artículo 371.2 del citado Texto Refundido según el cual «La sociedad

(70) Roj: SJP 10/2015 - ECLI:ES:JP:2015:10.

(71) Roj: SAP O 3095/2017 - ECLI: ES:APO:2017:3095.

disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”» (en tal sentido, por Auto de 26 de mayo de 2014 dictado en la presente causa se acordó la sucesión procesal de la entidad Enastur S.A. por la entidad Enastur En Liquidación). No obstante, coincidiendo con el Ministerio Fiscal en que estamos ante una cuestión sobre la que no existen precedentes pronunciamientos en la práctica judicial y que solo ha merecido contados análisis doctrinales, estimamos que por aplicación *a sensu contrario* de lo que dispone el artículo 130.2 párrafo 2.º CP la disolución de la sociedad acordada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil sí determinó la extinción de su responsabilidad penal, no de otro tipo de responsabilidades, singularmente la responsabilidad civil derivada del delito (art. 120.4 CP). [...] A la vista de este precepto, la disolución que no sea encubierta o meramente aparente de la persona jurídica sí debe determinar la extinción de su responsabilidad penal. No adivinamos otro sentido a dicho redactado que no sea este que acabamos de expresar. y obviamente, una disolución como la que se produjo en este caso, acordada en una resolución judicial en cumplimiento de lo que dispone el artículo 361.2 de la Ley de Sociedades de Capital no puede reputarse aparente o ficticia. No es pues que la extinción de la responsabilidad penal de la sociedad traiga causa de la extinción de su personalidad jurídica, que ciertamente no se produce por la disolución, sino de lo que dispone el transcrito precepto del Código Penal. Del mismo modo que tradicionalmente se entendió que nunca cabía exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas (el principio *societas delinquere non potest*) ahora se establece que sí son responsables penalmente, pero solo hasta su disolución salvo que esta sea ficticia»(72).

Salvando las críticas que pueden hacerse, conforme expusimos al inicio del trabajo, en relación con en el uso de los términos disolución del contrato de sociedad y extinción de la personalidad jurídica, esta solución es acorde con la propuesta de interpretación del artículo 130.2 CP que realizamos, que aboga por la existencia de fraude como *conditio sine qua non* para la aplicación del precepto. Puesto que no hubo simulación ni se apreciaron los elementos de continuidad de la actividad económica ni identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, no procede la aplicación del artículo 130.2 CP. Además, esta solución es coherente con la legislación mercantil, en particular

(72) Roj: SJP 10/2015 - ECLI: ES:JP:2015:10.

con el artículo 361.2 LSC(73), puesto que la declaración de disolución y el inicio de un proceso de liquidación no suponen la pérdida de la personalidad jurídica. Por último, la solución es adecuada a la finalidad de prevención general que ha motivado la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Derecho penal, reservando la pena de multa y las penas interdictivas para los casos extremos de fraude; en este caso de simulación. Por último, permite mantener incólume las pretensiones civiles que pudieran tener distintos actores contra el patrimonio de la entidad en liquidación, lo que garantiza que, conforme al artículo 371.2 LSC(74), la entidad aun disuelta conserve su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, manteniendo la responsabilidad civil derivada del delito.

3.2. *MODIFICACIONES ESTRUCTURALES (JURISPRUDENCIA MENOR, CASOS MEDIÁTICOS Y MENCIÓN OBITER DICTA DEL TRIBUNAL SUPREMO)*

Los ejemplos que han confirmado los temores de la doctrina sobre los déficits de la regulación del artículo 130.2 CP han estado relacionados con procesos de fusión de sociedades cotizadas. Algunos de ellos, como veremos, han sido muy mediáticos, lo que centró la atención de la doctrina en el estudio del artículo 130.2 CP por un tiempo. Sin embargo, las soluciones que han aportado nuestros órganos judiciales han sido de lo más variadas. Encontramos resoluciones judiciales que aplican un criterio automático y objetivo de la traslación de la responsabilidad penal. También encontramos resoluciones fundadas en criterios de oportunidad, que tratan de salvar la «aparente» responsabilidad objetiva prevista en la literalidad del artículo 130.2 CP. Y, por último, encontramos resoluciones, como la del Caso Banco Popular, que introducen interesantes valoraciones sobre la finalidad antieiusiva de la cláusula de traslación de la responsabilidad penal. Analizaremos cada uno de los ejemplos.

(73) «Artículo 361. Disolución y concurso.

1. La declaración de concurso de la sociedad de capital no constituirá, por sí sola, causa de disolución.

2. La apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad.

En tal caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura de la fase de liquidación del concurso».

(74) «Artículo 371. Sociedad en liquidación.

1. La disolución de la sociedad abre el período de liquidación.

2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión “en liquidación”».

En primer lugar, en el caso de la adquisición de Banco de Valencia por CaixaBank el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 en su Auto de 13 de octubre de 2015 (Ponente: Sr. Pedraz), suscribiendo la tesis del Ministerio Fiscal, admitió a trámite una querella contra los antiguos gestores de Banco de Valencia, pero inadmitió la imputación de dicha entidad y de la sociedad absorbente, CaixaBank, que habían llevado a efecto un proceso de fusión por absorción. El Auto no ofrece un razonamiento muy detallado pero parece dar un gran peso en su decisión al hecho de que el FROB, ergo el Estado, hubiera participado en la operación, llegando a manifestar que la traslación de la responsabilidad penal de la persona jurídica haría peligrar todo el sistema de ayudas concertado tras la crisis económica. Recoge en su FD 2.º

«En cuanto a la responsabilidad penal que se pretende de Banco de Valencia, este Instructor asume, por exhaustivos y extensamente argumentados, los razonamientos alegados por el Ministerio Fiscal para rechazar su imputación, así como la de la absorbente Caixabank SA. Efectivamente, Caixabank SA entra en escena porque el Fondo de Reestructuración Ordenado Bancario, FROB, pone en el mercado las acciones del Banco de Valencia para su adquisición por alguna entidad de reconocida solvencia, lo que provocó su fusión por absorción, expresamente prevista en el artículo 7 del RDL 9/2009 (actuación del FROB con relación a la recuperación y resolución de entidades de crédito); lo que le exime de responsabilidad alguna en la actuación de los investigados».

Esta parca argumentación ampara la decisión en que la operación mercantil se realizó por imperativo legal. Sin embargo, la solución que se defiende en este trabajo habría permitido alcanzar el mismo resultado con mayor seguridad jurídica: comoquiera que la finalidad de la operación no era eludir la responsabilidad penal (no hay un fraude de ley), no entraría en juego el artículo 130.2 CP. Y, obviamente, no existe fraude de ley cuando la fusión por absorción se produjo con intervención del propio Estado. Podemos conocer más detalles de la argumentación sostenida en este caso a través del Auto núm. 246/2019 de 30 de abril que se dictó posteriormente en el seno de otro asunto distinto, el del caso del Banco Popular. Allí la Sección 4.^a analizó el precedente del caso de Banco de Valencia a fin de compararlos y aportó detalles sobre los argumentos esgrimidos por el Ministerio fiscal, concluyendo (FD 4.º)(75):

«Que dicha adquisición –pilotada por un organismo público– implicase la asunción de responsabilidad penal por el adquirente como

(75) Roj: AAN 350/2015 - ECLI:ES:AN:2015:350A.

persona jurídica (Caixabank) no sólo habría hecho inviable el sistema establecido legalmente para el saneamiento bancario, sino que provocaría un sistema de responsabilidad objetiva incompatible con nuestro sistema constitucional y con la correcta interpretación de la norma cuya Exposición de Motivos aludimos. Destacando además que dicha adquisición se deriva del ejercicio de facultades expresamente previstas en las leyes».

Es decir, la fundamentación aúna el rechazo a la responsabilidad objetiva, con la voluntad antielusiva del legislador y con la intervención del Estado en el diseño y finalidad de la operación mercantil. Siendo ciertos esos aspectos, sin embargo la solución habría sido más sencilla si se hubiera centrado el análisis en si la finalidad de la fusión fue eludir la responsabilidad penal de Banco de Valencia o no. La respuesta negativa habría llevado a concluir que no debía operar el traslado de responsabilidad previsto por el artículo 130.2 CP.

En segundo lugar, analizaremos el caso de la adquisición de Banco Popular por Banco Santander, con dos posturas bien diferenciadas. Esta compleja operación societaria se articuló como una venta forzosa del negocio por el FROB en el que, en síntesis, primero se transmitieron las acciones del Banco Popular al Banco Santander y posteriormente se produjo la fusión por absorción, extinguiéndose la personalidad jurídica del Banco Popular. Tiempo después se inició un proceso penal contra el Banco Popular, que motivó la llamada al proceso de la sociedad absorbente, el Banco Santander.

En un primer momento el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 (Ponente: Sr. Calama) estableció «la sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades teniendo por dirigido el procedimiento contra Banco Santander»(76). Posteriormente, ratificando su decisión ante un recurso de reforma el Juzgado insistió en la idea de que el mandato del precepto era claro e ineludible(77) y que debía trasladar la responsabilidad al ente resultante de la fusión. El Juzgado de Instrucción hizo suyas las explicaciones del Ministerio Fiscal que consideraba

(76) El Auto de 15 de enero de 2019 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, en su FJ único traslada de manera automática la responsabilidad penal con el siguiente tenor: «Acreditada en las presentes actuaciones la inscripción del acuerdo de fusión por absorción en el que la entidad Banco Santander S.A. absorbe y adquiere en bloque y a título universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo del Banco Popular Español S.A., y conforme se establece en el artículo 130.2 del Código Penal: «La transformación, fusión, absorción o .», procede acordar la sucesión procesal por fusión por absorción de sociedades y tener por dirigido el presente procedimiento contra la entidad Banco Santander S.A.».

(77) Roj: AAN 428/2019 - ECLI:ES:AN:2019:428A.

que el caso de Banco de Valencia y Caixa Bank (antes analizado) no era equiparable a esta fusión por absorción. Recoge el Auto:

«Cuarto. Sobre la aplicación del artículo 130.2 del Código Penal al Banco Santander. [...] en el caso de las sociedades mercantiles, la pérdida de su personalidad jurídica en casos de fusión por absorción no conlleva la extinción de su responsabilidad criminal, la cual se traslada –por mandato de la ley– a la entidad absorbente. Como es sabido, el referido precepto tiene naturaleza imperativa y, por tanto, el Instructor debe aplicarlo de forma indefectible...» [...]

«Es lo cierto, que la instrucción, entre otras cuestiones, deberá analizar el apartado de riesgos legales contemplados en el proyecto de fusión, con especial detenimiento en los de naturaleza penal. y tras ello, ponderar la posible culpabilidad de Banco Santander S.A. En el orden procesal, deviene necesaria la intervención de dicha entidad en concepto de investigada, con todos los derechos propios de tal condición».

El Auto añadía que sería relevante analizar en la fase de instrucción la *due diligence* de la fusión, para valorar la posible exención de responsabilidad del adquirente. Sin embargo, resulta incongruente que se justificara la imputación del Banco Santander sobre un criterio de atribución de responsabilidad objetivo y vicarial y, sin embargo, se aludiera al posterior análisis de la *due diligence* de la fusión para determinar la culpabilidad del Banco Santander.

Posteriormente, la Sección 4.^a Sala de lo Penal vino a corregir esta decisión y revocó la imputación del Banco Santander mediante su Auto núm. 246/2019(78) (Ponente: Sr. Echarri), al entender que el precedente de Caixabank y Banco de Valencia era idéntico al de Banco Santander y Banco Popular. Sin embargo, aunque la Sala trató la cuestión de la naturaleza antifraude del artículo 130.2 CP, basó su solución en la ausencia de indicios de una conducta delictiva en la sociedad adquirente(79). Por ello, entiendo que la solución de la Sala de lo Penal no es del todo satisfactoria. Si se atiende a la tesis de este trabajo, lo procedente hubiera sido valorar en primer lugar si había indicios de que la operación fusión por absorción se había llevado a cabo

(78) Roj: AAN 3420/2019 - ECLI:ES:AN:2019:3420A.

(79) Para algunos autores como DOPICO, JACOBO, aunque «[I]a ratio decidendi del Auto de la Sala parece sólida y razonable», en realidad «la Sala no era competente para dictar tal resolución» ya que el magistrado instructor debió de suscitar una cuestión de inconstitucionalidad habida cuenta de la existencia de dos vías incompatibles para atribuir la responsabilidad a las personas jurídicas, la del artículo 31 bis CP y la del artículo 130.2 CP [DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por absorción de sociedades? [...], *op. cit.*, pp. 553 a 566.

para burlar la responsabilidad penal(80). Sin embargo, sostiene el Auto de la Sala que «no se desprende una línea argumental convincente que indique, más allá de una interpretación literal y automática del artículo 130.2 CP, los motivos por los que la entidad absorbente Banco Santander SA, deba ser traída al proceso penal que nos ocupa. No señala qué actuación o conductas de aquella serían tributarias de responsabilidad penal, cuando menos a efectos indiciarios dada la fase procesal en la que nos encontramos ¿Qué conducta dolosa e imprudente grave ha desplegado aquél en los términos exigidos por el artículo 5 en relación con el artículo 31 bis CP? más allá de una interpretación esencialmente literalista del artículo 130. 2CP, despojada de cualquier consecuencia y garantías».

Contrariamente a lo sostenido por la Sala, la cuestión nuclear a analizar consistía en si la fusión fue una maniobra fraudulenta para evitar la responsabilidad penal. Este planteamiento supone adelantar la defensa de la entidad jurídica resultante a la determinación de la existencia de indicios de una fusión en fraude de ley y no tanto el identificar o no un hecho delictivo propio en la entidad resultante, como apunta el Auto. En mi opinión estamos ante dos injustos diferentes y que pudieran no ser excluyentes. Una cosa es identificar si la sociedad infractora trató de eludir la responsabilidad penal por medio de una modificación estructural, y otra distinta identificar si el defecto de organización que propició la comisión de un delito seguía vigente en la entidad resultante, permitiendo la continuación de la comisión del hecho delictivo, como analiza la Sala. Desde luego, bien pudiera no haber existido fraude de ley pero sí perpetuarse y seguir consumándose el delito en la sociedad resultante, lo que motivaría la responsabilidad de la persona jurídica, pero no por sucesión, sino por su propia responsabilidad penal nacida en la sociedad resultante.

El Auto continúa enunciando un argumento que responde a un criterio de oportunidad. Así, recoge que «debido a las graves consecuencias que una aplicación automática del artículo 130.2CP podría acarrear, se deben buscar límites a la misma, en evitación de la aplicación de una responsabilidad meramente objetiva, proscrita por nuestro tribunal Constitucional».

También realiza una exégesis del artículo 130.2 CP que pone en valor el estudio de la tramitación parlamentaria expuesta en este trabajo. Así, razona el Auto que «[e]s ciertamente preocupante que el precepto no haga distinción entre sucesiones fraudulentas, y aquellas

(80) La adquisición de acciones previa no plantea problemas puesto que Banco Popular seguía existiendo y el artículo 130.2 CP solo es aplicable en casos de modificaciones estructurales, no de venta de activos.

que tan solo obedecen a operaciones mercantiles legalmente previstas. Lo contrario, podría implicar una transferencia de responsabilidades penales o civiles *ex delicto* ilimitadas y de dudosa legalidad» y concluye, como la mayoría de la doctrina, que «el precepto está pensando, claramente, en la elusión de la responsabilidad penal a través de operaciones fraudulentas».

Es interesante analizar cómo el tribunal *sí realiza una valoración sobre la importancia* de la finalidad de la operación y así, valora positivamente «que el comportamiento de la entidad resultante tras la fusión sea un indicio importante a la hora de valorar la finalidad de la operación, y si la misma se llevó a cabo por móviles espurios, acreedores de alguna responsabilidad penal». Insistimos en que este debió de haber sido el debate central que permitiese establecer o negar la imputación del Banco Santander, y que el derecho a la presunción de inocencia y el principio acusatorio exigían que la acusación acreditara estos indicios como presupuestos esenciales para haber si quiera valorado la imputación de la compañía sucesora. Y, es obvio, como ocurría en el caso de Banco de Valencia, que el hecho de que la operación se hubiera articulado a través del FROB y de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, suponía una fuerte presunción de ausencia de fraude.

Y, por último, el Auto de la Sala invoca la protección del principio de personalidad de las penas al establecer, en su FD 6.º, que «en el caso de autos, el Banco Santander, ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se puede trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, porque de ser así, sí se estarían produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquel por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» [...] «en el caso de autos, en la entidad resultante tras la fusión por absorción, no concurre «hecho de referencia» alguno». Una vez más, incide en valorar el comportamiento de la entidad resultante, no tanto para determinar la ausencia de elementos de implicación en el fraude como para acreditar la existencia de una eximente derivada de ese comportamiento posterior al hecho delictivo. Así, establece que «se da una total desconexión, entre el comportamiento del Banco Santander y los supuestos delitos cometidos por los administradores del

Banco popular Español con anterioridad a la fusión y que nada tienen que ver con esta operación. Buena prueba de ello es la actitud adoptada por la entidad absorbente, que ha cambiado no solo por completo los órganos de administración de la entidad, sino también la estructura y el sistema de toma de decisiones, imponiendo la suya propia, y estableciendo los programas de cumplimiento normativos y de prevención adecuados». En todo caso, insistimos en que lo relevante para aplicar el artículo 130.2 CP es que hubiera indicios de fraude de ley; algo que indicara que el Banco Popular y sus gestores iniciaron el proceso de fusión por absorción para extinguir la responsabilidad penal del ente, y esto, como hemos visto, no ocurrió.

En tercer lugar, analizaremos dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Barcelona con interpretaciones diametralmente opuestas. Por un lado, la Sección 2.^a en su Auto núm. 63/2018 de 29 de enero(81) (Ponente: Sra. Hita) se amparaba en el concepto de sucesión universal del patrimonio para concluir que, conforme al artículo 130.2 CP, la traslación de responsabilidad debe ser automática. Mientras que la Sección 9.^a en su Auto núm. 285/2019 de 14 de mayo(82) (FD 5.º y 6.º) (Ponente: Sr. Torras) incide en la finalidad antielusión del precepto y en la necesaria observancia de los principios de culpabilidad y responsabilidad por el hecho propio concluyendo que «una interpretación sistemática del artículo 130.2 CP conforme a los principios generales del Derecho penal permitiría excluir la traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica». Además, el Auto incluye una interesante reflexión sobre la necesidad de que «se arbitre por el legislador un trámite incidental en el que, con carácter previo a dicha imputación, y con la premura deseable, pueda apreciarse indiciariamente y de forma contradictoria, el elemento intencional o defecto de organización que permita aplicar el mecanismo sucesorio a la entidad absorbente», y ello a fin de evitar «el reverso tenebroso del estigma reputacional, tan grave en un sector en el que la honorabilidad es requisito legal esencial». No obstante, el Auto parece centrar el elemento que justifica la sucesión en que se advierta la existencia del defecto de organización en la sociedad resultante y no en la finalidad fraudulenta de la operación. Así, defiende la reforma del precepto a fin de que se exija valorar previamente a la aplicación del artículo 130.2 CP «(i) la completa falta de conexión o identidad entre los administradores de las entidades antes y después de la fusión o compra; (ii) el cambio de la estructura de control o toma de decisiones; (iii) la implementación de

(81) Roj: AAP B 1804/2018 - ECLI: ES:APB:2018:1804A

(82) Roj: AAP B 4499/2019 - ECLI:ES:APB:2019:4499A

sistemas de Compliance o de prevención de delitos que, como se ha apuntado, pudieran ya existir con carácter previo en la sociedad adquirente o absorbente ajena a la comisión de los delitos; (iv) cuando pueda advertirse que la proporción que guarda la sociedad resultante con la empresa «delincuente» haga que la imposición de cualquier reproche penal resulte innecesario o desproporcionado». En otro orden de cosas, pero siendo una reflexión relevante, advierte el auto que «resultan especialmente alarmantes las consecuencias que el legislador parece no haber ponderado ni mensurado correctamente de la aplicación del artículo 71 de la Ley de Contratos del Sector Público que prevé la prohibición de contratar con la Administración Pública para cualquier empresa que haya sido condenada penalmente por una serie de delitos».

Por último, procederemos a analizar dos sentencias del el Tribunal Supremo en las que se hace una mención somera del artículo 130.2 CP. La STS 530/2019, 31 de octubre de 2019 (FD 20)(83) (Ponente: Sr. Magro) ya fue citada al inicio de este trabajo reconoce la finalidad antielusión del precepto al entender que «[c]on ello, el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, no solo en materia de responsabilidad civil pretende, lo que es clave en el tema que tratamos, y es que se huya de que en un supuesto de transformación societaria se busquen mecanismos para «escapar» de un régimen de imposición de penas a la empresa que se transmite, para que la adquirente asuma activo, pasivo y hasta «la pena» impuesta en el régimen de responsabilidad penal ex artículo 31 bis CP. Si no se produjera la transmisión de la responsabilidad penal y civil en los supuestos de modificación estructural de las sociedades mercantiles podrían admitirse supuestos de fraude en estas transmisiones para dejar sin cumplir la pena, o escapar de los regímenes de la responsabilidad subsidiaria del artículo 120 CP en la modalidad de los núm. 2 o 3 CP, dejando a las víctimas y perjudicados sin percibir sus indemnizaciones ante una transmisión societaria de transformación de su estructura y denominación social».

Sin embargo, *añade* un argumento que podría llegar a entenderse como la admisión de la responsabilidad objetiva del ente resultante cuando afirma:

«Con ello, vemos que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo con la contraprestación que se haya pactado en el contrato de cualquiera de las modalidades del ar-

(83) Roj: STS 3515/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3515.

título 1 de la Ley 3/2009, y entre ellas la de cesión prevista en los arts. 81 ss. *Ley 3/2009*. Y, en cualquier caso, las vicisitudes que operen entre cedente y cesionario no perjudicarían a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120 CP por delito cometido por empleado de entidad bancaria del cedente, ya que se transmite a quien asume el activo y el pasivo sin exclusión posible».

El pronunciamiento de la Sala se realiza *obiter dictum*, puesto que el motivo venía a dar respuesta a una pretensión sobre la sucesión de la responsabilidad civil entre sociedades, lo que explica que no haya un análisis en detalle que merece el precepto. Pero, al afirmar simplemente que existe un régimen de evitación de la extinción de la responsabilidad penal y civil en supuestos de reordenación empresarial y transmisión de activos y pasivos, en cuanto se asume por el adquirente el activo y el pasivo, sin anudar esta responsabilidad (al menos la penal) a la existencia de fraude, podría llegar a sostenerse que se está amparando una responsabilidad automática por parte del adquirente.

En el segundo de los pronunciamientos (Sentencia núm. 109/2020, FD 9)(84) el TS (Ponente: Excmo. Sr. Magro) también menciona de manera colateral el artículo 130.2 CP afirmando que existe una traslación directa de responsabilidad penal «para evitar el fraude de la transmisión de empresas que están sometidas a un proceso penal con extinción de la investigada y traslación del patrimonio a una nueva».

En suma, como se aprecia de los precedentes analizados, la interpretación del complejo precepto presenta escasa seguridad jurídica y es preciso que, si no se mejora la redacción del artículo 130.2 CP, al menos el Tribunal Supremo en su labor nomofiláctica establezca un criterio orientativo para una actividad empresarial tan importante como es la de las operaciones societarias. En esta labor, una interpretación como la sostenida en este trabajo, centrada en la valoración de la finalidad fraudulenta como requisito para la aplicación del precepto (ya sea el fraude de ley para modificaciones estructurales, ya la simulación en la disolución) permite obtener una solución que satisface la voluntad del legislador y es congruente con los derechos y principios fundamentales que inspiran nuestro Derecho penal.

V. CONCLUSIONES

El artículo 130.2 CP presenta incongruencias muy relevantes con respecto a conceptos mercantiles consolidados, lo que ha provocado

(84) Roj: STS 1934/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1934

dudas interpretativas que han dado lugar a resoluciones judiciales inconsistentes con la legislación mercantil y, en ocasiones, aparentemente más inspiradas en criterios de oportunidad que en el principio de legalidad.

El análisis crítico realizado sobre el precepto y el estudio de su tramitación parlamentaria, justifican sostener que la existencia de fraude debe ser un requisito necesario para que se pueda efectuar el traslado de la responsabilidad penal entre sociedades. Por consiguiente, el artículo 130.2 CP solo será aplicable en aquellos casos en que se acredite que la disolución, transformación, fusión o escisión ha sido realizada con el objetivo de burlar la responsabilidad penal de una persona jurídica. *Sensu contrario*, no podrá establecerse la responsabilidad objetiva de la persona jurídica afectada por la vicisitud correspondiente (disolución o modificación estructural), ni trasladar automáticamente la responsabilidad de una sociedad a otra. En los casos de disolución meramente aparente, estaremos ante un supuesto de simulación, mientras que en los casos de modificaciones estructurales fraudulentas estaremos ante un fraude de ley.

Esta solución es coherente con una interpretación integral del Código Penal y la voluntad del Legislador, con los principios que, en relación con las personas jurídicas, informan el Derecho penal (principio de culpabilidad, personalidad de las penas y presunción de inocencia) y con la regulación mercantil. Además, esta interpretación refuerza la finalidad preventiva general de la norma. Asimismo, cabe sostener que la aplicación de esta interpretación a los casos más mediáticos en que se ha aplicado el artículo 130.2 CP por nuestros órganos judiciales permiten alcanzar los mismos resultados, pero con un sustrato que refuerza la seguridad jurídica frente a las soluciones basadas en criterios de oportunidad que priman en la actualidad.

Por último, *lege ferenda*, sería recomendable que el legislador adaptase el precepto a la legislación mercantil. En primer lugar, sustituyendo el término «disolución» por el de «extinción» delimitando con certeza cuando se extingue la responsabilidad penal. En segundo lugar, por lo que respecta a los casos de transformación, fusión, absorción y escisión, debiera sustituirse la mención a esas concretas modalidades de modificación estructural (que no cubren todo el espectro de la LME ni de la realidad mercantil), por una redacción que estableciera presupuestos necesarios para identificar el fraude de ley ante cualquier mecanismo mercantil que afectase a la estructura de la persona jurídica, dotando a nuestros tribunales de herramientas legales para acordar la sucesión de la responsabilidad penal entre personas jurídicas en caso de fraude.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Las modificaciones estructurales y la sucesión universal como transmisión de patrimonios», en Almacén de Derecho, 4 de octubre de 2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-modificaciones-estructurales-y-la-sucesion-universal-como-transmision-de-patrimonios> (última consulta: 16 de junio de 2023).
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Pérez-Cruz Martín, A. J. (dir.), Neira Pena, A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 333 a 374.
- ÁLVAREZ ROLLO-VILLANOVA, S., *La sucesión universal en las modificaciones estructurales*, Ed. Dykinson, 2017.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., «El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos», en Zugaldía, Espinar, J. M. (coord.) *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 93 y 94.
- CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La responsabilidad penal de la persona jurídica: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez (dir.), Robles Planas (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Atelier, 2020, pp. 73 a 95.
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 304 a 322.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., «Límites a la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica» en Juanes Peces (dir.), Díez Rodríguez (coord.), *Memento Experto Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Ed. Francis Lefebvre, 2015, pp. 173 a 175.
- DEL ROSAL BLASCO, B. y LIGHTOWLER-STAHMBERG JUANES, P., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa», *Diario La Ley*, núm. 9126, 25 de enero de 2018.
- DIAMANTIS, M., «Successor Identity», en *36 Yale Journal on Regulation 1* (2019), *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 2018-07*, de 27 de febrero de 2018, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3131184>.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN núm. 246/2019, de 30 de abril)» en Gómez, V. (dir.), Valiente, V. (coord.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Ed. Boletín Oficial del Estado (Colección: Derecho penal y Procesal Penal núm. 13), 2022, pp. 553 a 566.
- «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en DE LA MATA, N.; DOPICO, J.; LASCURAÍN, J. A., y NIETO, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Dykinson, 2018, pp. 161 ss.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 35 a 38.
- ECHEVERÍA BERECIARTUA, E., *Las modalidades de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2021.
- FARALDO CABANA, P., «Traslado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por modificaciones estructurales. Algunas puntualizaciones sobre el artículo 130.2 CP», en Cancio, M. y Basso, G. (coord.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. I, Ed. UAM Ediciones, 2019, pp. 431 a 444.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en BAJO, M.; FEIJOO, B., y GÓMEZ-JARA, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Civitas. 2016, cap. XI pp. 297 ss.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Díaz-Maroto, J. (dir.), *Estudio sobre las reformas del Código Penal*, Ed. Civitas. 2011, cap. pp. 65 a 141.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 73 a 77.
- GIL GIL, A.; LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M., y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Las consecuencias jurídicas del delito y la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en *Consecuencia jurídicas del delito*, Ed. Dykinson, 2018, pp. 505 a 522.
- GOENA VIVES, B., «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», en *Indret Penal 2022*, número 1, pp. 259 ss.
- *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 93 a 139.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Edisofer, 2010, p. 509.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», en *Diario La Ley* núm. 7534, 23 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTAwwT A7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAzmvY8CAAAAA=WKE>.
- GRIMM, D., «The foreign corrupt practices act in merger and acquisition transactions: successor liability and its consequences» en *7 N.Y.U. Journal of Law and Business* 247 (2010) de 23 de abril de 2015. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2597399#
- LIGHTOWLER-STAHLEBERG JUANES, P., «El tratamiento de las personas jurídicas investigadas: análisis de las resoluciones judiciales más relevantes en la fase de instrucción», *Diario La Ley* núm. 10035, 23 de marzo de 2022.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho procesal penal*, 5.^a edición. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

- DE LA CALLE PERAL DE VERGARA, J. A., *et al.*, «Modificaciones estructurales» y «Disolución, liquidación y extinción», en *Memento práctico Sociedades mercantiles*, Ed. Francis Lefebvre, 2021, caps. 21 y 23. Disponible en: https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?jsessionid=134BF1284C95817731B9A06834C2D20E.TC_ONLINE01?producto=UNIVERSAL&pestana=pestana_mementos#pestana_mementos.
- MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Curso de Derecho penal, Parte General*, Ed. Dykinson, 2011, Lección 38, pp. 1065 a 1886.
- MORAL DEL GARCÍA, A., «Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español» en Pérez-Cruz, A. J. (dir.), Neira A. M. (coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 47 a 76.
- MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J. M., «De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos» en Quintero Olivares (dir.), Morales, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal español*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 805 a 846.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y CHIESA, L. E., «Compliance y responsabilidad penal de los entes colectivos en los EE.UU». en Gómez, J. L.(dir.), Madrid, C. (coord.), *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Ed Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1501 a 1541.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Ayala, Ortiz de Urbina (Coords.), *Memento de Penal Económico y de la Empresa*, Ed. Francis Lefebvre 2016, pp. 165 a 258.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Ortiz de Urbina, I. (coord.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa, 2011-2012*, Ed. Francis Lefebvre, 2011, pp. 153 a 226.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas, artículo 130 CP» en Quintero Olivares, G. (dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi, 2020, pp. 76 ss.
- QUINTERO OLIVARES, G. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Disolución de sociedades y extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Almacén de Derecho, 1 de mayo de 2021. Disponible en: <https://almacenderecho.org/disolucion-de-sociedades-y-extincion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas> (última consulta: 16 de junio de 2023).
- RAGUÉS I VALLÉS, R., «La imputación subjetiva en los delitos económicos y en la criminalidad de la empresa» en RAGUÉS I VALLÉS, R. y ROBLES, R., *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Ed. Atelier, 2018, pp. 93 a 118.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programa de cumplimiento*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

- ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica. Crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 7705, 2011.
- SCHULLER RAMOS, S., «Análisis del artículo 130.2 del Código Penal: responsabilidad de la empresa adquirente por delitos cometidos por la adquirida: continuidad patrimonial o económica de la empresa», *Diario La Ley Penal*, núm. 155, marzo-abril de 2022.
- VELASCO NÚLEZ, E., *10 años de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, pp. 96 a 100.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A., *Lucha contra la corrupción, Compliance e investigaciones internas. La influencia del Derecho estadounidense*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., «M&A y Compliance: la sucesión de la responsabilidad penal de la persona jurídica», *InDret Penal 2020*, número 2, p. 195.
- ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C. y TRENDAFILOVA, S., *Manual de investigaciones internas*, Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, pp. 40 ss.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, 25 de noviembre de 2019.

La trata de seres humanos como criminalidad económica: análisis jurisprudencial

CLÀUDIA TORRES FERRER

Investigadora predoctoral FPU de Derecho Penal*
Universitat de Lleida

RESUMEN

Siendo la trata de seres humanos uno de los negocios delictivos más rentables a escala mundial, se hace necesario abordar el fenómeno desde una perspectiva económica. A partir del estudio de 128 sentencias condenatorias por TSH dictadas entre 2012 y 2022 por las Audiencias Provinciales y la Audiencia Nacional, se analiza la implementación y eficacia en la práctica jurisprudencial española de determinados mecanismos penales de carácter sustantivo-procesal que inciden directa o indirectamente en el componente lucrativo de la trata. Tras poner de relieve el escaso uso y la limitada eficacia que tienen estos instrumentos en nuestra práctica jurisprudencial, se ofrecen algunas propuestas con el objetivo de mejorar la referida aproximación económica a la trata de seres humanos.

Palabras clave: trata de seres humanos, delito económico, multa, responsabilidad penal de las personas jurídicas, decomiso, blanqueo de capitales.

* Esencialmente, la presente contribución coincide con el trabajo presentado en la IV Edición de los Premios Susana Huerta de Derecho penal, organizados por la Universidad Complutense de Madrid. Al respecto, merecen mi especial agradecimiento los miembros de la Dirección y Coordinación del Premio por su encomiable labor, así como los miembros del Tribunal, la Dra. M.^a Luisa Maqueda Abreu, el Dr. Esteban Mestre Delgado y la Dra. M.^a Paz Lloria García, por sus enriquecedoras consideraciones y por entender que el presente trabajo era merecedor del Primer Premio. Hago extensivo este reconocimiento a mis directoras de tesis, la Dra. Carolina Villacampa Estiarte y la Dra. Mercedes Serrano Masip, por sus valiosas sugerencias, su reconfortante aliento y la confianza depositada en mí. Finalmente, debe apuntarse que la presente obra ha contado con el apoyo del Ministerio de Universidades (ayuda FPU 18/05909), y se enmarca en la actividad investigadora del grupo Societat sostenible i Dret: globalització, inclusió social i medi ambient (SOIUS) (Ref. 2021 SGR 00255).

ABSTRACT

As human trafficking is one of the most profitable criminal businesses on a global scale, it is necessary to approach the phenomenon from an economic perspective. Based on the study of 128 convictions for human trafficking handed down between 2012 and 2022 by the Spanish Courts, we analyse the implementation and effectiveness in Spanish jurisprudential practice of certain criminal mechanisms of a substantive-procedural nature that directly or indirectly affect the lucrative component of trafficking. After highlighting the scarce use and limited effectiveness of these instruments in our jurisprudential practice, some considerations and proposals are offered to implement and improve this economic approach to trafficking in human beings.

Key words: *trafficking in human beings, economic crime, fine, corporate criminal liability, confiscation, money laundering.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Metodología.–III. Resultados. 3.1. Rasgos generales de la actual persecución del delito de trata de seres humanos en la práctica jurisprudencial: índice de condenas y severidad penológica. 3.2. Uso de los mecanismos sustantivo-procesales penales con efecto confiscatorio en los supuestos de TSH por los tribunales españoles. 3.2.1. El decomiso de los activos ilícitos. 3.2.2. La sanción pecuniaria o pena de multa. 3.2.3. El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata de seres humanos. 3.2.4. La persecución del delito de blanqueo de capitales en los supuestos de trata de seres humanos. 3.3. El derecho a la reparación de las víctimas de trata de seres humanos.–IV. Reflexiones conclusivas.–V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos (en adelante, TSH), más conocida como la esclavitud del siglo XXI⁽¹⁾, cuando no como el proceso que conduce a la misma, aunque no pocas veces identificada también como una manifestación de la violencia de género, constituye uno de los negocios criminales más rentables a escala mundial, junto al tráfico de drogas y de armas. Los beneficios derivados de este fenómeno criminal se han cifrado por instituciones como el *US Department of State*, la *Financial Task Force (FATF)* o la *Internatio-*

(1) A modo de ejemplo, este es el tratamiento que se deriva de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la sentencia *Rantsev v. Chipre y Rusia*, de 7 de julio de 2010.

nal Labour Organization (ILO) en unos 150 billones de dólares anuales a nivel mundial(2). También Europol ofreció en 2015 una estimación sobre los beneficios derivados de este negocio ilegal, valorándolos en 29,4 billones de euros, de los cuales 25,8 billones se corresponderían con la trata con fines de explotación sexual y 3,5 billones provendrían de la trata laboral(3).

El componente económico que revisten estas conductas es innegable, pues es precisamente la obtención de lucro o beneficio el objetivo final y la principal motivación de los tratantes(4). Como si de empresarios se tratara, buscan minimizar el riesgo maximizando los beneficios de su «negocio», con el que pretenden dar respuesta a un mercado globalizado cuyos productores y consumidores demandan servicios a bajo coste. La venta de las víctimas a otros tratantes o a los ulteriores explotadores, así como la propia explotación de aquellas, constituyen sus principales fuentes de ingresos(5). Tampoco puede desmerecerse el papel que desempeña la imposición de servidumbre por deudas a las víctimas no solo como método de control y coerción(6), sino como excusa para retener todo o parte de las ganancias obtenidas por aquellas. En este sentido, resulta ilustrativo el caso informado por las autoridades belgas en que un grupo de 5 individuos al que se atribuye la trata de una cincuentena de personas en 2 años se calcula que obtuvo un provecho de más de 450.000 \$, derivados de la deuda de 12.000 \$ que cada víctima debía afrontar cuando el coste real de recluta fue de 2.800 \$ por víctima(7).

(2) Vid. U.S. Department of State: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, U.S. Department of State, 2021, p. 36; Financial Action Task Force (FATF): *Financial Flows from Human Trafficking*, FATF, Paris, France, 2018, p. 3.

(3) Vid. Europol: *The THB Financial Business Model. Assessing the Current State of Knowledge*. July 2015, Europol, La Haya, 2015, p. 12.

(4) Vid. WHEATON, E. M.; SCHAUER, E. J., y GALLI, T. V.: «Economics of Human Trafficking», *International Migration*, vol. 48 (4), 2010, p. 117.

(5) Vid. KARA, S.: *Sex Trafficking. Inside the Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York, 2009, pp. 1 ss.

(6) En este sentido, se ha establecido que en más del 25% de los casos los tratantes no requieren hacer uso de medios violentos, abusando de la situación de vulnerabilidad de la víctima que puede venir dada por su dependencia económica respecto del tratante. Vid. United Nations Office On Drugs And Crime (UNODC): *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, United Nations, New York, 2020, p. 53. En un sentido similar, según la Organización Internacional del Trabajo, la servidumbre por deuda afectaría a un 50,9% de las víctimas de explotación laboral, siendo más prevalente este tipo de servidumbre entre los hombres (60,9%) que entre las mujeres (43,4%). Vid. International Labour Office (ILO): *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, International Labour Office, Geneva, 2017, p. 37.

(7) Vid. United Nations Office On Drugs And Crime (UNODC): *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, *op. cit.*, p. 49. Otros ejemplos sobre la servidumbre

La referida vertiente económica de la trata ha empezado a despertar el interés de la literatura especializada. Así, algunos autores se han dedicado a analizar como ciertos determinantes macroeconómicos como la libertad de mercado, los niveles de renta, de desempleo o los flujos migratorios se erigen en factores que pueden incidir en la prevalencia de la trata(8). También se ha abordado la trata de seres humanos como si de una industria monopolísticamente competitiva se tratara, en la que los consumidores serían los empleadores de mano de obra traficada y los productos serían seres humanos, con el fin de explicar cuáles son las motivaciones que mueven a víctimas, tratantes y explotadores a formar parte de este negocio(9). Particular interés parece haber despertado en este ámbito examinar cómo el modelo de externalización de la producción y subcontratación favorece la presencia de trata de seres humanos a lo largo de la cadena de suministro y cuál debería ser el modelo de responsabilidad aplicable a las personas jurídicas(10). Más centrado en desentrañar las finanzas inherentes

por deuda pueden encontrarse en ANTONOPOULOS, G. A.; DI NICOLA, A.; RUSEV, A., y TEREINGHI, F.: *Human Trafficking Finances: Evidence from Three European Countries*, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019, p. 73; *Vid.* Center for the Study of Democracy (CSD): *Financing of Organised Crime. Human Trafficking in Focus*, Center for the Study of Democracy, Sofia, 2019, p. 80. También la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en su sentencia 346/2019, de 4 de junio, indemniza con 25.000 € a la mujer nigeriana obligada a ejercer la prostitución, cantidad que se corresponde con el importe de la deuda que se hizo contraer a la víctima.

(8) Un estudio sobre la delincuencia, los patrones de migración económica y el nivel de ingresos como factores que explican la trata de seres humanos puede encontrarse en CHO, S. Y.: «Modeling for determinants of human trafficking—An empirical analysis», *Social Inclusion*, vol. 3, Special Issue, 2015, pp. 2-21. Por otro lado, se examina si el libre mercado exagera o atenúa la incidencia de la trata de personas en HELLER, L. R.; LAWSON, R. A.; MURPHY, R. H., y WILLIAMSON, C. R.: «Is human trafficking the dark side of economic freedom?», *Defence and Peace Economics*, vol. 29 (4), 2018, pp. 355-382.

(9) Dicho análisis basado en el enfoque de la elección racional, esto es, partiendo de la premisa que los individuos toman sus decisiones con base en la información a su alcance y una vez han comparado los costes y beneficios asociados a dicha acción, puede hallarse en WHEATON, E. M.; SCHAUER, E. J., y GALLI, T. V.: «Economics of Human Trafficking», *op. cit.*, pp. 114-141.

(10) En este sentido, *Vid.* VAN BUREN, H. J.; SCHREMPF-STIRLING, J., y WESTERMANN-BEHAYLO, M.: «Business and Human Trafficking: A Social Connection and Political Responsibility Model», *Business & Society*, vol. 60 (2), 2021, pp. 341-375; SCHUMANN, S.: «Corporate Criminal Liability on Human Trafficking», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 1651-1669; LLOYD, D.: «Human Trafficking in Supply Chains and the Way Forward», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 815-837.

a la trata de personas, se realizó un análisis de 378 expedientes policiales relativos a casos de trata de seres humanos, en el que se detallan algunos aspectos financieros –como los costes operativos y de infraestructura– y las transacciones asociadas a este fenómeno(11). Aunque muy relacionada con este último, tal vez una de las investigaciones publicadas más completas centradas en analizar las ganancias y los costes que comporta la trata de seres humanos es la llevada a cabo por el *Center for the Study of Democracy* que, además de analizar los mecanismos financieros de los mercados ilegales y de la trata de seres humanos, incluye informes sobre la financiación de este fenómeno delictivo en 9 países europeos(12).

Precisamente este último estudio ha realizado estimaciones acerca de la dimensión económica de la trata de seres humanos en España. Así, se ha indicado que la cifra de ingresos anuales generados únicamente por las víctimas de trata sexual procedentes de Latinoamérica –siendo esta la principal región de procedencia de este tipo de víctimas(13)– ascendería a los 23,1 millones de euros(14). Más modestos serían los beneficios derivados de la trata con fines de explotación laboral que, en el caso de la recogida de fresa en Huelva, se situarían en los 3.600 €, mientras que la recogida de la naranja en Sevilla, reportaría unas ganancias de 4.650 € por trabajador y temporada(15).

No obstante, el legislador español parece mantenerse ciego a esta realidad, pues sigue haciendo hincapié en atajar el problema mediante la imposición de severas penas privativas de libertad en lugar de afrontarlo con mecanismos confiscatorios de las ganancias que comporta.

(11) Vid. BROAD, R.; LORD, N., y DUNCAN, C.: «The financial aspects of human trafficking: A financial assessment framework», *Criminology & Criminal Justice*, december 2020, 2020, pp. 1-20. También sobre el modelo de negocio financiero de la trata de seres humanos, Vid. EUROPOL: *The THB Financial Business Model. Assessing the Current State of Knowledge*. July 2015, Europol, La Haya, 2015.

(12) CENTER FOR THE STUDY OF DEMOCRACY (CSD): *Financing of Organised Crime. Human Trafficking in Focus*, op. cit., passim.

(13) Vid. CITCO: *Trata y explotación de seres humanos en España. Balance estadístico 2016-20*, Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Madrid, 2021, p. 7. Según este informe, un total de 406 víctimas identificadas entre los años 2016 y 2020 procederían de América del Sur, siendo los países más frecuentes Colombia (141) y Venezuela (119). También se señala a América del Sur como principal región de procedencia de las víctimas de trata sexual en VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M. J., y TORRES FERRER, C.: «Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?», *European Journal of Criminology*, 2021, pp. 11 y 12.

(14) Vid. CENTER FOR THE STUDY OF DEMOCRACY (CSD): *Financing of Organised Crime. Human Trafficking in Focus*, op. cit., p. 388.

(15) Vid. CENTER FOR THE STUDY OF DEMOCRACY (CSD): *Financing of Organised Crime. Human Trafficking in Focus*, op. cit., p. 391.

Probablemente, esta estrategia sea consecuencia de la aproximación fundamentalmente criminocéntrica adoptada por el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños(16), más conocido como Protocolo de Palermo, que condujo a muchos Estados a castigar con gran dureza estas conductas, llegándose a contemplar la pena de cadena perpetua en países como Reino Unido(17) o Francia(18).

De vuelta al sistema jurídico español, debe reseñarse que el tipo básico del 177 *bis* del Código Penal (en adelante, CP) parte de unas penas que oscilan entre los 5 a los 8 años de prisión, rebasando así las exigencias establecidas por el artículo 4.1 de la Directiva 36/2011 –que demandaba una duración máxima de al menos 5 años–; ello sin perjuicio de la posible concurrencia de los subtipos agravados que prevé aquel precepto. A esto debe añadirse que, muy frecuentemente, se cometerán una pluralidad de delitos, con el consiguiente incremento de las penas por aplicación de las reglas concursales. Ya sea que estos se comentan durante el proceso de trata –así, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, falsedad documental–, ya durante el proceso de explotación de la víctima –por ejemplo, lesiones, determinación a la prostitución, delito contra los derechos de los trabajadores–, dando lugar al correspondiente concurso de delitos(19), lo mismo que cuando se trafica con una pluralidad de víctimas.

(16) Dicho protocolo, en vigor desde el 23 de diciembre de 2003, complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del año 2000. El mismo ha sido ratificado casi universalmente por 178 de los 193 Estados Miembros de la ONU, si bien las legislaciones de nueve de esos Estados firmantes solo criminalizan alguna de las manifestaciones del fenómeno, como la trata con fines de explotación sexual o la trata de menores. Bután, República del Congo, Irán, Corea del Norte, Islas Marshall, Paquistán, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón, Somalia, Sudán del Sud, Tonga, Uganda, Vanuatu y Yemen serían los Estados que a 2021 seguirían sin ser parte del Protocolo de las Naciones Unidas. *Vid.* U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, *op. cit.*, p. 60.

(17) Tanto la trata de seres humanos como la esclavitud son sancionadas como delitos por las secciones 1 y 2 de la Modern Slavery Act 2015 con penas máximas de cadena perpetua.

(18) El Código Penal francés sanciona la trata de seres humanos con penas de prisión que oscilan desde los 7 años –para el tipo básico– hasta la cadena perpetua en aquellos casos en que se hayan cometido actos de tortura o barbarie.

(19) En este sentido, algún sector doctrinal, en línea con la recomendación del CGPJ en su informe de 2008 sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal, abogó por la inclusión o de una cláusula de atenuación facultativa de la pena (similar a la del artículo 318 bis 6), más acorde con el principio de proporcionalidad de la pena, especialmente en aquellos casos menos severos como el alojamiento provisional de la víctima. *Vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ): *Guía de cri-*

Podría pensarse que la amenaza de tener que afrontar penas de tal envergadura conduciría a gran parte de los individuos a abstenerse de cometer tal ilícito penal, mostrándose como una estrategia útil en términos preventivos. Sin embargo, de nada sirve amedrentar con un castigo ejemplar si las probabilidades de condena son bajas, y ese es precisamente uno de los principales problemas que atañe a los supuestos de trata de seres humanos, tal y como destacan numerosos informes internacionales y la propia doctrina(20). A pesar de que las tasas de condena por este delito se habrían triplicado en relación con las cifras de 2003(21), el número de condenas resulta a todas luces insuficiente si se compara no solo con el número de procesamiento, sino ya incluso con el número de casos que llegan a conocimiento de las autoridades, que sería solo la punta del iceberg(22) y, por ende, poco representativo de la realidad fenomenológica. Así, en la siguiente tabla relativa a los años 2017 y 2018 puede observarse como, según el *Trafficking in Persons Report* elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos(23), poco más del 50% de los procedimientos por trata de seres humanos acabarían en condena. Dicho índice disminuye preocupantemente si se compara con los datos obrantes a nivel europeo en el último informe elaborado por la Comisión Europea(24) y con las cifras nacionales reflejadas en las memorias de la Fiscalía General del Estado referentes al período analizado(25).

terios de actuación judicial frente a la trata de seres humano, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015, p. 97.

(20) Vid. FARREL, A. y KANE, B.: «Criminal Justice System Responses to Human Trafficking», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, op. cit., p. 651; BROAD, R. y MURASZKIEWICZ, J.: «The investigation and Prosecution of Traffickers: Challenges and Opportunities», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, op. cit., p. 712.

(21) Vid. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC): *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, op. cit., pp. 16-17, 63-64.

(22) Vid. ARONOWITZ, A. A.: *Human trafficking, human misery. The global trade in human beings*, Praeger, Westport-Connecticut, London, 2009, p. 20; VILLACAMPA ESTIARTE, C., GÓMEZ ADILLÓN, M. J. y TORRES FERRER, C.: «Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?», op. cit., p. 19.

(23) Vid. U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, op. cit., p. 60.

(24) Vid. EUROPEAN COMMISSION-MIGRATION AND HOME AFFAIRS: *Data collection on trafficking in human beings in the EU*. 2020, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp. 35-38.

(25) Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S. M.*, 2018, pp. 606-608; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S. M.*, 2019, pp. 819-820.

Tabla 1. *Número de procesamientos, condenas y víctimas identificadas*

	Procesamientos	Condenas		Víctimas identificadas
		N	%	
Global*	28.567	14.616	51,16	18.2573
UE-27**	6.163	2.426	39,36	14.145
España***	244	44	18,03	458-922

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Departamento de Estado de los Estados Unidos, la Comisión Europea** y las memorias de la Fiscalía General del Estado***.*

Lo hasta ahora expuesto pone en entredicho el alcance y la eficacia retributiva de las penas privativas de libertad y su capacidad disuasoria en lo que a la respuesta penal frente a este delito se refiere, evidenciando la necesidad de adoptar una nueva aproximación con respecto a la sanción de estas conductas. Habiéndose señalado anteriormente el importante componente económico que fundamenta y envuelve a la TSH y el consecuente enriquecimiento patrimonial injusto que experimentan sus perpetradores, una forma de persecución eficaz de este delito puede pasar por retrotraer a estos a la situación económico-patrimonial que tenían antes de su comisión mediante la confiscación de los beneficios generados con la trata(26).

II. METODOLOGÍA

Como ya se ha avanzado, la vinculación del fenómeno de la trata de seres humanos con un evidente componente lucrativo hace necesaria la adopción de un nuevo enfoque para afrontarlo, abordándolo como un negocio criminal, situando las ganancias que reporta en el centro de la investigación del delito en aras a dar una respuesta más eficaz en términos de prevención y persecución. Al respecto, el Derecho penal ofrece una serie de mecanismos sustantivo-procesales que permiten aproximar estas conductas delictivas desde una vertiente económica, que dan cuenta de su consideración como delincuencia de empresa y que buscan un efecto confiscatorio de ganancias. Entre estos, destacan el decomiso de los activos ilícitos, la imposición de sanciones pecuniarias, el reconocimiento de la res-

(26) De esta misma opinión, aunque en referencia a los delitos económicos en general, *Vid. TRILLO NAVARRO, J. P.: Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 26.

ponsabilidad penal de las personas jurídicas y la persecución por el delito de blanqueo de capitales.

El principal objetivo del presente estudio era conocer la viabilidad que tendría adoptar la referida aproximación económica a la trata de seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico y su grado de implementación en la práctica jurisprudencial. Ese fin general, se concretó en 3 objetivos específicos: 1) observar si la dureza o rigor penológico que caracteriza al artículo 177 *bis* CP tiene su consecuente traslado en la práctica jurisprudencial, determinando el índice de condenas y la severidad de las penas privativas de libertad impuestas; 2) examinar el uso de los mencionados mecanismos sustantivo-procesales penales y su eficacia confiscatoria o su capacidad para recuperar activos; 3) finalmente, determinar el grado de reconocimiento de indemnizaciones a las víctimas de trata, puesto que la eficacia de los anteriores instrumentos vendrá determinada en gran medida por su aptitud o suficiencia para cubrir la responsabilidad civil *ex delicto*.

Con ese fin, se procedió al análisis de las sentencias condenatorias por trata de seres humanos dictadas por la Audiencia Nacional y las Audiencias Provinciales españolas entre enero de 2012 y abril de 2022 –ambos inclusive–. Inicialmente, la muestra se conformó con las sentencias por TSH reseñadas por la Fiscalía de Extranjería en su documento sobre las condenas dictadas por las Audiencias Provinciales (en adelante, AAPP) entre enero de 2012 y diciembre de 2019(27). Tras hacer acopio de las referidas sentencias a través de la base de datos Tirant Online, se decidió completar dicha muestra con la búsqueda de las resoluciones dictadas por las AAPP en los años 2020, 2021 y parte del 2022, así como con las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional durante el período objeto de estudio. Para ello, se usó la referida base de datos usando los términos de búsqueda «trata de seres humanos» O «trata de personas» y «177 bis»; y aplicando, a su vez, los filtros «jurisdicción: penal», «origen: Audiencia Nacional y todas las Audiencias Provinciales» e «intervalo: 1 de enero de 2021 – 30 de abril de 2022». El resultado total de la búsqueda reportó un total de 528 sentencias, de las cuales se descartaron aquellas cuyo fallo era absolutorio. De las 145 sentencias condenatorias resultantes, tras examinar el fallo y el *iter* procesal de las mismas, se efectuó una

(27) Al respecto, Vid. FISCALÍA DE EXTRANJERÍA: *Sentencias condenatorias Audiencias Provinciales*, artículo 177 bis. Enero 2012–Diciembre 2019 [en línea], 1 de mayo de 2022.

selección que dio lugar a una muestra real conformada por 128 sentencias, tal y como se recoge en la tabla siguiente:

Tabla 2. *Muestra real*

Total sentencias condenatorias analizadas	145
Total sentencias excluidas	17
Sentencia anulada o casada	5
Condena por delito distinto a TSH	12
Total muestra real (N)	128

En cuanto a las variables analizadas, en relación con el primero de los objetivos, se analizaron tanto el año de la resolución, como la modalidad de TSH por la que se acusaba, el número de acusados por al menos un delito del 177 bis CP(28), el número de condenados por el mismo y la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de uno o varios delitos de TSH y su correspondiente equivalencia en meses. Debe clarificarse en este punto que, para efectuar dicho cálculo, en relación con aquellas sentencias cuya pena fue modificada en ulteriores instancias, se ha tenido en cuenta la pena definitivamente impuesta a los condenados, no la inicialmente fijada por la Audiencia Provincial, hecho que, en la mayoría de las ocasiones, ha repercutido en una minoración de la misma. Referente al segundo objetivo, de un lado, se tuvo en consideración la presencia de entes jurídicos entre los acusados por trata, así como su eventual condena e imposición de la perceptiva pena de multa; y, por otro lado, se estudiaron las variables relativas al decreto del decomiso, los objetos decomisados y el valor de estos, así como los condenados por TSH que, a su vez, lo fueron por un delito de blanqueo de capitales(29), recopilándose la información relativa a la pena privativa de libertad y a la sanción pecuniaria impuestas por el referido delito. Finalmente, respecto al tercero de los objetivos definidos, se examinaron las variables número de víctimas, reconocimiento de indemnización y quantum de la misma.

(28) Debe reseñarse aquí que, a pesar de que frecuentemente había una pluralidad de sujetos acusados en una misma causa penal, a efectos de este cómputo únicamente se han incluido aquellos individuos que eran acusados por el Ministerio Fiscal o, en su caso, por la acusación particular por la comisión de un delito de trata de seres humanos.

(29) Nuevamente aquí, a pesar de que en algunas resoluciones determinados sujetos resultaron condenados por el delito de blanqueo de capitales, solo se han tenido en cuenta aquellos condenados que, a su vez, también lo fueron por la comisión de un delito de TSH.

III. RESULTADOS

3.1. Rasgos generales de la actual persecución del delito de trata de seres humanos en la práctica jurisprudencial: índice de condenas y severidad penológica

El primero de los objetivos del presente estudio es conocer la estrategia actual adoptada por los operadores jurídicos nacionales para perseguir las conductas de TSH, aclarando con ello si el punitivismo exacerbado que se atribuye últimamente a nuestro legislador – también en relación con el delito que aquí nos ocupa – tiene su consecuente reflejo en la práctica jurisprudencial. Sin embargo, previamente resulta pertinente poner de relieve determinados factores que permiten entrever cierta visión sesgada y estereotipada de la trata de seres humanos por parte de nuestros tribunales.

Así, lo primero que debe destacarse de los resultados observados en el presente estudio es el desmesurado peso que representa la trata con fines de explotación sexual en demérito de sus otras formas (que, en su conjunto, abarcan poco más del 15% del total de la muestra). Sin perjuicio de lo alarmante del dato, esa predilección por la trata sexual ya ha sido puesta de relieve en anteriores investigaciones⁽³⁰⁾ y, desafortunadamente, no se circunscribe únicamente a la práctica jurisprudencial⁽³¹⁾.

(30) Al respecto, a raíz de un exhaustivo análisis de 221 sentencias relativas a supuestos de trata de seres humanos dictadas por las Audiencias Provinciales españolas durante los años 2011 a 2019, el autor constata no solo la prevalencia de la trata sexual (85,1% de los casos) en relación con la totalidad de casos enjuiciados, sino también como el índice de condenas es superior en los casos de trata con fines de explotación sexual (68,1%) que en el resto de modalidades. *Vid.* SALAT PAISAL, M.: «Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019», *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 8, núm. 18, 2020, p. 16, 23; SALAT PAISAL, M.: «¿Qué influye en las condenas por el delito de trata de seres humanos? Un estudio a partir de un análisis de sentencias judiciales», *Revista General de Derecho penal*, núm. 35, 2021, p. 20.

(31) *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M. J., y TORRES FERRER, C.: «Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?», *op. cit.*, pp. 3, 9 y 10.

Tabla 3. *Clasificación de sentencias en función del tipo de TSH*

<i>Tipo de TSH</i>	<i>N</i>	<i>%</i>
Sexual	107	83,6%
Laboral	4	3,1%
Mendicidad	5	3,9%
Criminal	1	0,8%
Matrimonio Forzado	3	2,3%
Múltiple	8	6,3%
	128	100,0%

Ciñéndose ya al propósito del presente estudio, en relación con las 128 sentencias condenatorias analizadas, fueron acusados por la comisión de, al menos, un delito de trata de seres humanos un total de 418 individuos, de los cuales acabaron siendo condenados 337 (esto es, el 80,62%). En promedio, la pena privativa de libertad aplicada a estos acusados fue de 134 meses –equivalentes a 11 años, 1 mes y 24 días aproximadamente–, si bien en muchas ocasiones la pena impuesta respondía a un delito de trata de seres humanos en concurso ideal o medial con un delito relativo a la prostitución. No obstante, tras aplicar el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena estipulado por el artículo 76 CP –que aquí se ha considerado de 20 años–, reduciendo todas aquellas condenas que excedieran el mismo, el resultado promedio descendía hasta los 105 meses de pena privativa de libertad –es decir, algo más de 8 años y 9 meses–.

De entre las resoluciones examinadas, destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, núm. 203/2021, de 29 de noviembre, en la que se condenó a 9 de los 16 acusados a penas de entre 720 meses –60 años– y 1.152 meses –96 años– ante un supuesto de trata con fines de explotación sexual en el que se vieron involucradas una docena de víctimas. De similar dureza hace gala la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 113/2022, de 2 de marzo, en que a uno de los dos condenados se le impone una pena de 804 meses –67 años– de prisión por 6 delitos de trata con fines sexuales. En la otra cara de la moneda, deben reseñarse las sentencias de la Audiencia Provincial de Illes Balears núm. 14/2013 y de la Audiencia Provincial de Zamora núm. 17/2021, que sancionan, en ambos casos, a los acusados con 12 meses de prisión por la comisión de un delito de TSH que tenía por fin el sometimiento de la víctima a mendicidad y a la celebración de un matrimonio forzado, respectivamente. Nótese

como el tipo de trata ante el que nos hallamos no solo influye en el índice de condena, sino también en la severidad de la misma.

3.2. **Uso de los mecanismos sustantivo-procesales penales con efecto confiscatorio en los supuestos de TSH por los tribunales españoles**

El segundo de los objetivos del presente estudio consistía en determinar el uso por parte de nuestros tribunales de los distintos instrumentos previstos por el Derecho penal para atacar el elemento lucrativo de la trata de personas, a modo de testar su eficacia en la neutralización del enriquecimiento injusto del que se benefician los tratantes.

3.2.1. EL DECOMISO DE LOS ACTIVOS ILÍCITOS

Indudablemente, de las cuatro instituciones aquí analizadas, el decomiso es la herramienta que posee un carácter más abierta y directamente confiscatorio. Esta figura inicialmente pensada para los delitos de narcotráfico(32), ha recibido una atención creciente por los beneficios que reporta en la lucha contra ciertos delitos graves cuya comisión comporta importantes rendimientos económicos. Esto ha dado lugar a una cierta expansión de su ámbito objetivo, siendo también aplicable en relación con los delitos de TSH.

El legislador español considera el decomiso una consecuencia accesoria –sin perjuicio de poder adoptarse también como medida cautelar– y lo regula con carácter general en los arts. 127 a 128 CP y en los artículos 367 *bis* a 367 *sexies* de la LECrim, siendo aplicable en relación con los efectos provenientes del delito (*objectum sceleris*), los bienes, medios e instrumentos empleados (*instrumentum sceleris*) y, más recientemente, también a las ganancias o ventajas económicas derivadas del delito (*productum sceleris*)(33). La variedad de activos que pueden ser objeto de decomiso convierten a esta figura en una herramienta indispensable para contrarrestar la virtualidad delictiva de ciertos bienes, evitando que con los mismos «vuelva a cometerse

(32) De hecho, el decomiso aparece regulado por primera vez en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, en cuyo artículo 1.f) es definido como «la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente».

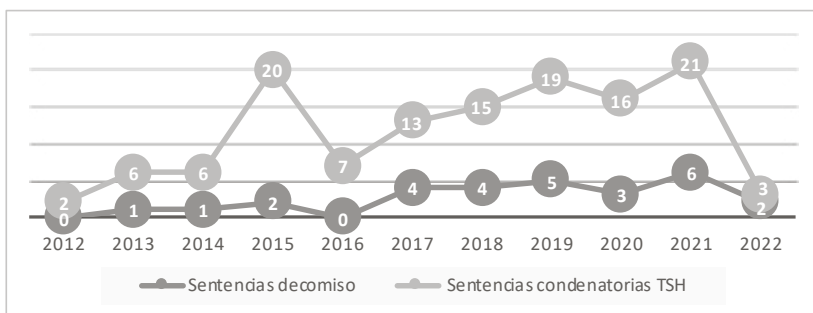
(33) Un análisis más pormenorizado sobre el decomiso de bienes relacionados con actividades criminales puede encontrarse en RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

infracciones penales, así como que se consolide la situación ilícita creada por el delito», como reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 67/2017, de 3 de febrero.

A pesar de sus virtualidades y de la amplitud con la que se halla regulado en nuestro ordenamiento jurídico –aspecto que ha sembrado dudas sobre su propia constitucionalidad(34)–, los resultados arrojados por el presente análisis jurisprudencial confirman que es escasamente aplicado en sede judicial. Solo se acordó en 28 de las 128 resoluciones analizadas (esto es, en el 21,9% de los casos), si bien en 3 de ellas se desconoce si este llegó a decretarse o no (7,8%).

Analizando su prevalencia en función al número de sentencias condenatorias por TSH a lo largo de los años, comprobamos que su grado de aplicación es notablemente escaso, siendo 2017 el año en que mayormente se adoptó dicha medida en relación con el número de sentencias condenatorias (30,8%). Aun así, la evolución de las sentencias condenatorias por TSH que, a su vez, acuerdan el decomiso de los efectos intervenidos a los tratantes no arroja cifras especialmente esperanzadoras, atendiendo a su tímida tendencia creciente, como puede apreciarse en el siguiente gráfico.

Gráfico 1. *Relación de sentencias condenatorias por TSH que acuerdan el decomiso*



Los resultados tampoco son especialmente ilusionantes si se analizan con mayor profundidad los elementos que fueron objeto de decomiso en las 28 sentencias referidas y su montante económico. El valor total de los bienes decomisados en las sentencias condenatorias por TSH en la última década se sitúa en 566.546,42 €(35). En cuanto al

(34) Para un análisis más exhaustivo sobre el tema, *Vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Decomiso. Comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios penales y criminológicos*, vol. 38, 2018, *passim*. (pp. 37-92).

(35) Debe señalarse que el valor real de la suma de los objetos decomisados en las resoluciones analizadas puede que sea ligeramente superior, puesto que en muchas

objeto del decomiso, a pesar de que en la mayoría de los casos (57,1%) se logra intervenir tanto dinero como otros efectos o bienes, el valor de los mismos suele situarse por debajo de los 5.000 € (57,1%). Así, tan solo en 2 sentencias (7,1%) se logra decomisar importantes cuantías de alrededor de 150.000 € y 230.000 €, respectivamente, a los tratantes(36), resultados que se mostrarían más acordes con los supuestos beneficios que genera este delito.

Tabla 4. *Objetos decomisados y su valor económico*

Objeto decomisado	N	%	Valor objetos decomisados	N	%
Documentación falsa	2	7,1%	0	2	7,1%
Dinero en efectivo	7	25,0%	≤1.500 €	8	28,6%
Dinero y efectos	16	57,1%	≤5.000 €	6	21,4%
Desconocido	3	10,7%	≤25.000 €	3	10,7%
			≤55.000 €	2	7,1%
			≤250.000 €	2	7,1%
			desconocido	5	17,9%
	28	100,0%		28	100,0%

Así, la potencial eficacia neutralizadora que ha demostrado tener esta institución confiscatoria en países como Francia(37) no tiene su reflejo en la práctica jurisprudencial española, donde, además de ser inusual su acuerdo o adopción, no logra recuperar gran parte de los beneficios derivados de esta actividad delictiva. Si bien no debe considerarse como la razón principal de tales déficits, debe recordarse que la operatividad del decomiso, según ha manifestado la jurisprudencia, depende de su previa solicitud por parte del Ministerio Fiscal por exigencias del principio acusatorio. En este sentido, llama la atención la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 498/2019, de 30 de septiembre que, ante la imposibilidad de acordar el decomiso por falta de petición del Fiscal, procede a acordar el embargo del dinero

de las sentencias se decomisan teléfonos móviles, *pendrives* e, incluso, ordenadores portátiles. Sin embargo, dado su escaso valor económico no consta la tasación de los mismos, ni por lo tanto su valor de mercado.

(36) Son los casos de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 34/2015, de 14 de abril y de la Audiencia Provincial de Asturias, núm. 11/2021, de 19 de enero.

(37) Que asegura haber incautado a los condenados por trata de seres humanos activos por valor de 10.000.000 € durante 2018 y de 250.000.000 € en 2019. *Vid.* U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, *op. cit.*, p. 240.

intervenido a los condenados para destinarlo al pago de las indemnizaciones resultantes.

3.2.2. LA SANCIÓN PECUNIARIA O PENA DE MULTA

La sanción pecuniaria o multa es, probablemente, la pena con dimensión económico-patrimonial más conocida, regulada en los artículos 50 y siguientes del Código Penal. A pesar de ser generalmente considerada como pena menos grave, la multa tiene una valiosa capacidad confiscatoria indirecta, especialmente el sistema de multa proporcional contemplado en el artículo 52 CP(38). Al establecerse en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo, este tipo de multa se erige como una herramienta requisitoria eficaz frente a aquellas conductas delictivas capaces de generar importantes beneficios.

En lo que al delito de trata se refiere, Estados como Países Bajos o Francia ya contemplan, junto a las correspondientes penas privativas de libertad, penas alternativas o cumulativas de multa por la comisión de este delito(39). Sin embargo, esto no ocurre en nuestro Código Penal, que únicamente prevé la imposición de multa en supuestos de trata cuando el delito es cometido por una persona jurídica. En este sentido, el legislador penal dejó escapar la oportunidad de neutralizar y sancionar ese enriquecimiento injusto experimentado por los tratantes(40), a pesar de que el recurso a la multa proporcional junto a la pena privativa de libertad constituye un mecanismo tradicionalmente empleado para propiciar dicho efecto confiscatorio en delitos que suelen reportar sustanciosas ganancias, como la falsificación de moneda

(38) En este sentido, Trillo defiende también la imposición de la multa proporcional como copena en función del valor o los beneficios obtenidos aplicable a todos los delitos que conlleven un aprovechamiento patrimonial ilícito, sirviendo la multa como instrumento indirecto de confiscación. *Vid.* TRILLO NAVARRO, J. P.: *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia organizada*, op. cit., p. 150.

(39) Mientras que en el caso neerlandés se prevé una multa de quinta categoría (equivalente a un máximo de 83.000 € y aplicable tanto a personas físicas como jurídicas) como pena alternativa a la prisión en el tipo básico –art. 273f del Wetboek van Strafrecht–; en Francia, la multa se impone conjuntamente con la pena privativa de libertad y su montante oscilaría entre los 150.000 € para el tipo básico y los 4.500.000 € para los casos más graves de trata de seres humanos (arts. 225–4 ss. Code Pénal).

(40) Resulta especialmente ilustradora la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo núm. 1/2019, en la que dos de los condenados deben afrontar multas por importes de 22.680 €, 1.260 € y 500.000 € cada uno por constituir los hechos, además de un delito de trata de seres humanos, los delitos de prostitución coactiva, contra los derechos de los trabajadores y blanqueo de capitales, respectivamente, los cuales sí contemplan la imposición de pena de multa.

(art. 386 CP) o el tráfico de drogas (art. 368 CP). En cualquier caso, esa vinculación exclusiva de la multa con las personas jurídicas declaradas penalmente responsables en los casos de TSH obliga a analizar su aplicabilidad en la práctica jurisprudencial de forma conjunta con su responsabilidad criminal, en el subepígrafe siguiente.

3.2.3. EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Sin lugar a dudas, erradicar las conductas de trata de seres humanos debería pasar necesariamente por el reconocimiento de responsabilidad a los entes jurídicos. y es que, en los últimos tiempos, se advierte una creciente intervención de personas jurídicas en este proceso esclavizador, muchas veces mediante la creación de sociedades pantalla destinadas a ocultar el origen de estas ganancias ilícitas. Un ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de enero de 2015. En dicha resolución se constata como una de las acusadas, además de destinar las ganancias ilícitas a la adquisición de vehículos y bienes inmuebles por valor de 1.224.827 € y a la realización de ingresos y transferencias en sus cuentas bancarias por un importe total de 866.442 €, situaba tras cada burdel –a modo de pantalla– una sociedad interpuesta cuya verdadera actividad era «encubrir las ganancias de la explotación sexual de jóvenes traídas con visado turista con aprovechamiento de las circunstancias en que se encontraban en España y bajo el yugo de una pesada deuda».

Junto a la proliferación de sociedades pantalla con fines criminales y como consecuencia de los procesos de externalización de la producción y subcontratación a los que recurren muchas corporaciones, es cada vez más evidente la existencia de situaciones de trata de seres humanos en las cadenas de suministro de algunas empresas –especialmente del sector agrícola, alimentario y textil–(41). Tanto es así que este fenómeno ha llegado a considerarse como una verdadera «plaga»(42). De esta preocupación se ha hecho eco Reino Unido, que no solo sanciona a las empre-

(41) Por todos, Vid. U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, *op. cit.*, p. 36; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC): *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, *op. cit.*, pp. 9, 69 ss.; U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, *op. cit.*, p. 114; VAN BUREN, H. J.; SCHREMPF-STIRLING, J., y WESTERMANN-BEHAYLO, M.: «Business and Human Trafficking: A Social Connection and Political Responsibility Model», *op. cit.*, p. 342.

(42) En este sentido, Vid. LIMONCELLI, S. A.: «Legal limits ending human trafficking in supply chains», *World Policy Journal*, vol. 34, 2017, p. 119.

sas y corporaciones que participan o permiten la trata de seres humanos, sino que también adoptó medidas para prevenir que dichas situaciones lleguen a producirse. Así, se prevé expresamente en la sección 54 de la *Modern Slavery Act 2015* que las empresas británicas con un determinado volumen de negocio deban presentar una declaración en la que expongan cómo garantizan que la esclavitud moderna no tiene lugar en sus negocios o cadenas de suministro(43).

Precisamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) en relación con el delito de trata se refieren diversos instrumentos jurídicos emitidos, tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea(44) que instan a los Estados miembros a que la incorporen en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Dejan, sin embargo, en manos de cada Estado la decisión de sancionar dichas conductas a través del Derecho penal –opción mayoritaria– o del Derecho administrativo –como sucede en el caso alemán(45)–, puesto que ambas opciones se consideran «efectivas, proporcionadas y disuasivas»(46).

El legislador español, al igual que la mayor parte de países de nuestro entorno, optó por reconocer a los entes jurídicos responsabilidad

(43) A pesar de que iniciativas de *due diligence*, como la que establece el gobierno británico, han sido tildadas por algunos como un «cumplimiento cosmético», dado que las corporaciones perciben estos mandatos como meros tecnicismos u obligaciones legales, y no como una verdadera responsabilidad hacia las víctimas. Vid. NOLAN, J. y BOTT, G.: «Global supply chains and human rights: Spotlight on forced labour and modern slavery practices», *Australian Journal of Human Rights*, 24, 2018, p. 3.

(44) Concretamente en lo que aquí interesa, se prevé tanto en el artículo 22 del Convenio de Varsovia como en el artículo 5 de la Directiva 2011/36/UE que las personas jurídicas respondan por la comisión de un delito de trata. Una breve valoración crítica sobre los referidos instrumentos puede hallarse en Vid. GARCÍA RIVAS, N.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas», en Lloria García, P. (dir.), *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 3-9.

(45) Bajo la premisa del principio «societas delinquere non potest», Alemania niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas desarrollando, sin embargo, un mecanismo alternativo de responsabilidad a través de la Administrative Offences Act (Ordnungswidrigkeitengesetz) de 1968 capaz de sancionar a las corporaciones de forma muy similar a como lo hacen otros países que sí aceptan dicha responsabilidad de las entidades. De hecho, a tenor de las importantes sumas de dinero impuestas por los tribunales alemanes, se demuestra que etiquetar la responsabilidad de las personas jurídicas como «administrativa» no desmerece el evidente carácter punitivo de este tipo de sanciones. Vid. Keiler, J y David Roef, D. (eds.): *Comparative Concepts of Criminal Law*. 3rd Edition, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2019, pp. 365 ss.

(46) Vid. Keiler, J. y David Roef, D. (eds.): *Comparative Concepts of Criminal Law*. 3rd Edition, *op. cit.*, p. 370; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Libro II: Título VII bis (Art. 177 bis)», en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal* (10ª Edición), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 294.

criminal en el artículo 31 *bis* CP, a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Si bien, como es sobradamente conocido, previamente ya se contemplaban una serie de consecuencias accesorias en el anterior artículo 129 CP, además de la responsabilidad solidaria de las personas jurídicas en el pago de la multa impuesta a la persona física autora del delito(47). Sin embargo, dicha RPPJ en España está circunscrita a la comisión de determinados delitos taxativamente establecidos en el Código Penal: fundamentalmente, los delitos societarios y económicos, de corrupción y los ilícitos asociados a la delincuencia organizada(48). En ese catálogo se incluye el delito de trata de seres humanos(49), concretamente en el apartado 7 del artículo 177 *bis* CP, que establece como sanción principal la imposición de una multa proporcional del triple al quíntuple del beneficio obtenido, sin perjuicio de que el juez imponga, además, alguna de las penas contempladas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. Estas consisten en la disolución de la persona jurídica, la suspensión de su actividad por plazo no superior a 5 años o la clausura de locales o establecimientos por idéntico período, entre otras, y deberán aplicarse de conformidad con el triple juicio del artículo 66 *bis* CP(50).

No obstante, la aplicación de este precepto en la práctica jurisprudencial constituye un hecho absolutamente excepcional. Esto hasta el punto de que, tras más de una década de vigencia, solo en una ocasión

(47) Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bustos Rubio, M. y Abadías Selma, A. (dir.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2020, p. 67. También García Rivas reflexiona sobre las dificultades dogmáticas del actual sistema de responsabilidad penal de los entes jurídicos. En este sentido, Vid. GARCÍA RIVAS, N.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas», en Lloria García, P. (dir.), *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, op. cit., pp. 9-14.

(48) Vid. CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 86.

(49) La última modificación de la Trafficking Victims Protection Act por parte del Congreso de los Estados Unidos va un paso más allá al reconocer que los gobiernos también pueden actuar como tratantes, y no solo las personas físicas y las empresas. En relación con este último dato, Vid. U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report*. June 2021, op. cit., p. 28.

(50) Según este precepto para determinar la imposición y extensión de las penas referidas deberá atenderse, en primer lugar, a un criterio preventivo-general en el sentido de que la pena resulte necesaria para evitar la continuidad delictiva; deberá valorarse en segundo lugar el impacto social de la pena, esto es, sus consecuencias económicas y sociales; y, finalmente, deberá examinarse el grado de implicación de la dirección en el fallo organizativo o el incumplimiento del deber de control.

se ha condenado a una persona jurídica por un delito de trata de seres humanos. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 1342/2017, de 27 de junio, en la que se sanciona por conformidad a la sociedad utilizada por los acusados para percibir los beneficios obtenidos de la actividad delictiva llevada a cabo en el club de alterne, a la multa de 3.000 € y la disolución de la misma, de conformidad con los artículos 177 *bis* 7, 66 *bis* y 33.7.b CP. Esta escasez de pronunciamientos condenatorios a las personas jurídicas por este delito, además de alarmante, resulta sorprendente, por cuanto en diversas resoluciones judiciales se alude a la creación y uso por parte de los tratantes de sociedades pantalla que gestionan los ingresos derivados de los burdeles o clubs de alterne. Sin embargo, en estos supuestos la jurisprudencia se muestra más proclive a declarar la clausura de dichos locales y establecimientos vía artículo 194 CP que a reconocer la responsabilidad penal de dichas entidades⁽⁵¹⁾.

Un aspecto que podría estar dificultando el reconocimiento de RPPJ en los supuestos de trata es la posición adoptada tanto por la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2016, como por el Tribunal Supremo, en la sentencia núm. 154/2016, con relación a las «sociedades pantalla». Aunque partiendo de argumentaciones distintas, la Fiscalía y el Alto Tribunal coinciden en que este tipo de sociedades meramente instrumentales deben quedar al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 *bis* CP. Ante estas situaciones en que se da un solapamiento total entre la sociedad y la persona física que se esconde detrás, la FGE entiende que debe recurrirse a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo para imputar toda la responsabilidad a la persona física, solución que considera más respetuosa con el principio *non bis in idem*. Por su parte, el Tribunal Supremo apunta a la posibilidad de que dichas sociedades sean sancionadas directamente con la disolución por la vía del artículo 129 CP que, entre

(51) Esta solución vía 194 CP se muestra inadecuada a todas luces tanto por su circunscrito ámbito de aplicación objetivo como por el escaso impacto de este tipo de sanción en aras a evitar la continuidad delictiva. Debe recordarse que el citado precepto solo es operativo ante la comisión de los ilícitos contemplados en el capítulo IV –relativo a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual– y V –relativo a los delitos de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores– del Título VIII del Código Penal. De este modo, su aplicabilidad no solo queda vedada a los supuestos de trata que no tienen por finalidad la explotación sexual de la víctima, sino que ni siquiera en estos casos podría recurrirse al 194 CP a menos que la explotación sexual se hubiera materializado –condición que no se exige para que los hechos sean constitutivos del delito de TSH del 177 *bis* CP–. Por otro lado, la mera clausura de un determinado local o establecimiento no impide a los responsables comprar, alquilar o hacer uso de otro inmueble del que se disponga para continuar con el «negocio» o actividad delictiva en ese nuevo espacio.

otras, contempla la posibilidad de aplicar esta «consecuencia accesoria» a los entes que carecen de personalidad jurídica(52).

Aun resultando comprensible el trasfondo dogmático de dichas posturas, no dejan de tener un impacto negativo en la práctica jurisprudencial, pues podrían estar generando un cierto vacío de punibilidad y fomentando la falta de interés por parte de los operadores jurídicos en perseguir este tipo de conductas cuando tienen lugar en el seno –o bajo el manto– de un ente corporativo. Esto se traduce en la constatada práctica ausencia de condenas a personas jurídicas por conductas constitutivas de TSH y, consecuentemente, confirma la ausencia de aplicación material de la pena de multa normativamente prevista en el artículo 177 *bis* CP.

3.2.4. LA PERSECUCIÓN DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES EN LOS SUPUESTOS DE TRATA DE SERES HUMANOS

Finalmente, para analizar la aproximación a la trata como manifestación de la criminalidad económica, se consideró de interés explorar la vía de la persecución a través de delitos económicos que suelen estar muy vinculados con los procesos de trata –léase, blanqueo de capitales– como herramienta para privar a los tratantes del enriquecimiento injusto.

Como es sabido, el delito de blanqueo de capitales, regulado en los artículos 301 a 304 del CP, se aplica en aquellos supuestos en que se constata la existencia de bienes procedentes de un delito, que han sido adquiridos, utilizados o transmitidos con el fin de ocultar o encubrir su origen ilícito(53). Al igual que sucede con el delito de trata de seres humanos, tanto personas físicas como jurídicas pueden

(52) Dicho precepto, a pesar de hablar de «consecuencias accesorias», hace una remisión expresa a las penas contenidas en el artículo 33.7 CP, apartados c) a g), por lo que, de facto, a los entes sin personalidad jurídica le son aplicables las mismas sanciones que a las personas jurídicas a excepción de la pena de multa. De hecho, hay quien ve en el artículo 129 CP una suerte de cláusula de cierre que permite abarcar a todas las entidades, de modo que las que tengan personalidad jurídica, responderán vía 31 bis; mientras que las que no, lo harán mediante 129 CP. *Vid.* CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial, op. cit.*, p. 87.

(53) Necesariamente debe concurrir ese afán de ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias o de ayudar al autor del delito a eludir las consecuencias legales de sus actos, no siendo el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias o beneficios delictivos constitutivos del delito de blanqueo de capitales. Esta finalidad es apreciada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo núm. 1/2019, entre otros extremos, por valerse los acusados de las identidades de terceras personas para realizar las transferencias de dinero que, además, se efectuaban fuera de los horarios habilitados para realizar este tipo de operaciones.

ser penalmente responsables por el delito del 301 CP. La diferencia entre ambos preceptos radica en que el 301 CP, junto a la pena de prisión de 6 meses a 6 años, prevé la imposición de multa del tanto al triple del valor de los bienes aplicable independientemente de que el sujeto responsable sea un individuo o una corporación.

Esta figura delictiva no le es extraña al fenómeno de la trata, hasta el punto de que hay quien ya considera su comisión como el cuarto y último estadio de dicho fenómeno(54). En este punto resulta oportuno recordar que la misma Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en su artículo 6, conmina a los Estados parte a penalizar el blanqueo de capitales cuando el producto derive de la trata de personas, promoviendo la cooperación internacional en esta materia. También deben destacarse las recomendaciones elaboradas por la ya mencionada *Financial Action Task Force* –o Grupo de Acción Financiera Internacional–, que abogan por emprender investigaciones financieras proactivas, incluso colaborando con instituciones financieras públicas y privadas, como práctica habitual a la hora de investigar y perseguir los delitos de trata de seres humanos. Esto con el fin de rastrear, congelar y confiscar las ganancias obtenidas a través de delitos como el presente(55).

Sin embargo, parece que dicho mensaje no ha calado suficientemente en la práctica jurisprudencial de nuestro país. Así lo corroboran los datos resultantes del presente análisis. Estos revelan que tan solo en 5 de las 128 sentencias que conforman la muestra se sancionó a los tratantes por reintroducir en el tráfico legal los beneficios ilícitamente obtenidos de la comercialización y explotación de sus víctimas.

Tabla 5. *Sentencias condenatorias por TSH y por blanqueo de capitales*

Condena	N	%
Sí	2	1,6%
No	123	96,1%
Parcial<?>	3	2,3%
	128	100%

A pesar de la escasez de pronunciamientos que reconocen responsabilidad a los sujetos por la comisión de ambos ilícitos, merece la

(54) En este sentido, *Vid.* Center for the Study of Democracy (CSD): *Financing of Organised Crime. Human Trafficking in Focus*, *op. cit.*, p. 46.

(55) Al respecto, *Vid.* Financial Action Task Force (FATF): *International Standard on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations*, FATF, París, 2012-2021, p. 12.

pena detenerse a observar la diferente respuesta punitiva que reciben por uno y otro. En este sentido, mientras que en los casos de TSH se ha visto como las penas impuestas suelen traducirse en largos años de reclusión penitenciaria, no ocurre lo mismo en relación con el delito de blanqueo de capitales, donde parece darse mayor trascendencia a la sanción pecuniaria que a la privativa de libertad. Así, tan solo en uno de los casos la pena de prisión excede del año, siendo la pena promedio (x) de 7,8 meses, esto es, unos 7 meses y 24 días. Por el contrario, las penas pecuniarias impuestas son de una envergadura considerable situándose la media en 184.510 €. Por lo que, a pesar de la escasa prevalencia de este tipo de condenas en los supuestos de TSH, han sido capaces de «recaudar» un total de 1.845.100 €.

3.3. El derecho a la reparación de las víctimas de trata de seres humanos

Una aproximación económica al fenómeno de la trata de seres humanos focalizada en una neutralización patrimonial de sus responsables no solo puede constituir una estrategia más eficaz en términos de persecución y de prevención del delito de trata, sino también redundar en una mejor protección a sus víctimas. Esto porque todos los activos recuperados, que precisamente fueron generados a costa de las víctimas, podrían ahora revertir en su beneficio. Especialmente, podrían reinvertirse en garantizar uno de sus derechos más fundamentales que, a pesar de su amplio reconocimiento normativo internacional(56), no suele materializarse: el derecho a la reparación.

Precisamente, la capacidad de garantizar el cumplimiento de las responsabilidades civiles *ex delicto* reconocidas a favor de las víctimas constituye un factor determinante a la hora de establecer la aptitud y eficacia confiscatoria y recaudadora de los mecanismos analizados en los anteriores subepígrafes, lo que constituye el tercero de los objetivos del presente estudio. Así, con base en la misma muestra de sentencias

(56) Así, lo encontramos regulado a escala internacional en textos normativos como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 25.2), el Protocolo de Palermo (art. 6.3.6) o en las distintas Declaraciones de la Asamblea General sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (art. 4. d), sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y abuso de poder (epígrafes 8 a 13) y sobre los Principios y Directrices Básicas sobre el Derecho a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (epígrafes VII y IX), en el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa (art. 15) o en la posterior Directiva 2011/36/UE (art. 17) y, a nivel nacional, en el Estatuto de la Víctima del Delito (art. 15) o en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 109 y 110).

condenatorias por el delito del artículo 177 *bis* CP (N=128), se procedió a analizar en qué medida a las víctimas de TSH se les reconoce el derecho a la indemnización en nuestra jurisprudencia.

Tabla 6. *Grado de reconocimiento de indemnización en casos de TSH*

Con relación al número de sentencias			Con relación al número de víctimas		
Indemnización	N	%	Indemnización	N	%
Sí	102	79,7%	Sí	243	85,0%
No	22	17,2%	No	43	15,0%
Parcial<?>	4	3,1%		286	100,0%
	128	100,0%			

Sorprendentemente, los resultados de la anterior tabla demuestran que el índice de reconocimiento de indemnización a dichas víctimas es bastante alto(57), tanto en relación con el número total de sentencias como en relación con el número de víctimas, siendo que en la mayoría de los casos en que no se declara la responsabilidad civil *ex delicto* del acusado es por la propia renuncia de la víctima. En cuanto a las cantidades conferidas, en relación con las 243 víctimas cuyo derecho a la indemnización fue reconocido por sentencia judicial, la cuantía media (x) establecida por dicho concepto ascendería a los 23.488,14 € por víctima, siendo la suma más veces concedida (Mo) 6.000 €.

Sin embargo, de la lectura pormenorizada de los pronunciamientos judiciales referentes a la responsabilidad civil, se deduce que en muchas ocasiones la fijación de esta indemnización va muy ligada, a veces en exclusiva, a la explotación sexual de la víctima. Constituye una muestra de esto la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, núm. 229/2019, de 20 de diciembre, en la que, ante un caso de captación de una menor a cambio de una contraprestación económica a sus familiares con el fin de hacerla contraer matrimonio y destinarla a trabajar en labores domésticas y agrícolas, el tribunal establece que «esta situación de trata que vivió XXX no puede equipararse a otras que padecen, especialmente mujeres,

(57) Especialmente si se compara con datos de otros Estados. Por ejemplo, en Estados Unidos, el informe elaborado por el Human Trafficking Legal Center (HTLC) indica que, a pesar de que las víctimas tienen derecho a la restitución, solo en el 27% de los casos de trata de seres humanos celebrados entre 2013 y 2016 los tribunales norteamericanos ordenaron al condenado a pagar dicha restitución. Ese dato es especialmente preocupante teniendo en cuenta que en los 3 años anteriores (2010-2013) esa cifra ascendía al 36% de los casos. *Vid.* GREER, B. T.: «How to Effectively Approach and Calculate Restitution for a Victim of Human Trafficking», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, *op. cit.*, p. 1623.

que son trasladadas a nuestro país, obligadas a prostituirse, encerradas, golpeadas, etc. Podríamos decir que estamos ante una situación de trata de menor». Ese proteccionismo del que gozan las víctimas de TSH con fines sexuales, en detrimento de las que lo son por otras modalidades de trata, puede constatarse por el hecho de que el índice de reconocimiento de indemnización a estas últimas se sitúa en el 76,2% (casi 10 puntos por debajo del índice resultante de la muestra total), a la vez que el *quantum* promedio atribuido a las mismas cae hasta los 10.871,43 € por víctima. Igualmente reveladoras son las cifras que arroja la siguiente tabla comparativa en que se aprecia como las mayores indemnizaciones suelen otorgarse en los supuestos de TSH sexual:

Sentencias con indemnizaciones más cuantiosas		
Ref.	<i>Quantum</i> por Víctima	Tipo TSH
SAP Barcelona 109/2016	100.000,00 €	Sexual
SAP Las Palmas 367/2018	75.000,00 €	Sexual
SAP Madrid 166/2017	75.000,00 €	Sexual

Sentencias con indemnizaciones menos cuantiosas		
Ref.	<i>Quantum</i> por Víctima	Tipo TSH
SAP La Coruña 244/2018	1.000,00 €	Mendicidad
SAP Pontevedra (5/11/2021)	1.500,00 €	Servidumbre y Sexual
SAP Sevilla 536/2015	2.000,00 €	Esclavitud y Criminal

Sea como fuere, a pesar de lo poco acertados que se muestran algunos pronunciamientos a la hora de fundamentar y fijar el *quantum* de la responsabilidad civil *ex delicto*(58), se ha observado como el derecho a la reparación de la víctima asiduamente se reconoce en sede judicial –a pesar de que generalmente no llegue a materializarse en

(58) Precisamente, en un intento por establecer un sistema más paritario y beneficioso para las víctimas de trata –con independencia de la modalidad de explotación a la que fueron sometidas–, el Estado norteamericano de California ha creado un sistema de restitución flexible, facilitando al tribunal una serie de fórmulas opcionales entre las que elegir, según mejor convenga en cada caso. Así, el Código Penal californiano, en su artículo 1202.4-q, prevé que el tribunal, al determinar la restitución, lo haga con base en el mayor de los siguientes valores: «el valor bruto del trabajo o los servicios de la víctima basado en el valor comparable de servicios similares en el mercado laboral en el que se produjo el delito, o el valor del trabajo de la víctima garantizado por la ley de California, o los ingresos reales obtenidos por el acusado del trabajo o los servicios de la víctima o cualquier otro medio apropiado para proporcionar una reparación a la víctima». Vid. GREER, B. T.: «How to Effectively Approach and Calculate Restitution for a Victim of Human Trafficking», *op. cit.*, p. 1624.

fase de ejecución—. En este sentido, en relación con las 106 sentencias condenatorias en que se indemniza a víctimas de TSH, se obtiene un importe global de 5.707.618 €.

Por último, en aras a intentar dar respuesta al grado de implementación y a la capacidad confiscatoria de los mecanismos objeto de análisis en los supuestos de trata de seres humanos, pueden resultar ilustrativos los datos contenidos en la siguiente tabla:

Tabla 7. *Uso y eficacia de los instrumentos penales con capacidad confiscatoria en los supuestos de TSH*

Mecanismo	Índice de aplicación		Incidencia económica
	N	%	
Decomiso	28	21,9%	566.546,42 €
Multa y RPPJ	1	0,8%	3.000,00 €
Blanqueo de capitales	5	3,9%	1.845.100,00 €
			2.414.646,42 €

Véase como el decomiso, a pesar de ser la institución con capacidad confiscatoria más recurrida en estos casos, muestra una eficacia limitada, probablemente consecuencia de la falta de tradición de realizar investigaciones financiero-patrimoniales previas que permitan identificar los distintos activos en manos de estos delincuentes en estos casos. No merece la pena detenerse nuevamente en los resultados concernientes a la multa y la RPPJ, por tratarse de una única sentencia por conformidad que ventila en apenas un par de líneas la responsabilidad de la sociedad allí enjuiciada, lo cual explica la insignificancia de la multa impuesta. Finalmente, el recurso al delito de blanqueo de capitales, pese a su escasa prevalencia, demuestra ser el mecanismo que ha tenido materialmente un mayor impacto confiscatorio.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Parece ser, desafortunadamente, que tanto nuestro legislador como nuestros tribunales siguen focalizando su lucha contra la trata de seres humanos en la previsión e imposición de elevadas penas privativas de libertad, sin que tal estrategia esté teniendo un impacto significativo en la presencia de estas conductas delictivas en territorio nacional. Así, pese al esfuerzo y empecinamiento incansable de nuestros operadores jurídicos por dar cumplimiento a las exigencias de persecución

del fenómeno, orillando las relativas a la prevención del mismo y a la protección de sus víctimas(59), no se logran satisfacer las demandas sancionatorias relativas a la TSH de una forma eficiente.

Incuestionablemente, las conductas constitutivas de trata son merecedoras de un severo castigo que debe prever la imposición de penas privativas de libertad. Pero, junto a ellas, deben articularse y aplicarse medidas que permitan detectar, administrar y confiscar el producto económico inherente a este delito, neutralizando así el enriquecimiento experimentado por los tratantes. Si se parte de la premisa de que su principal motivación para cometer el delito es económica, cobra especial sentido que los esfuerzos se dirijan precisamente a combatir el evidente componente lucrativo de la trata, tanto en términos de prevención como de abordaje de estas conductas criminales. Para la consecución de dicho fin, el recurso a instrumentos ya previstos en nuestro ordenamiento jurídico penal, como el decomiso, la multa –en particular la proporcional–, el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas o la persecución del blanqueo de capitales puede constituir una idónea estrategia.

De los resultados obtenidos en el análisis jurisprudencial llevado a cabo, puede concluirse que en la práctica jurisprudencial española no se está haciendo uso de esas poderosas herramientas, lo que inevitablemente repercute en su bajo grado de eficacia. El total recuperado entre las cuatro instituciones examinadas asciende a 2.414.646,42 €, no cubriendo si quiera la mitad del total montante indemnizatorio reconocido a las víctimas en concepto de responsabilidad penal *ex delicto* (5.707.618 €). Así, los activos recuperados mediante las 128 sentencias condenatorias por TSH dictadas en la última década se muestran del todo insuficientes, especialmente si se tienen en cuenta las cifras que arrojan algunos estudios sobre los desorbitados beneficios que genera este delito en España. Recuérdese que, según el *Center for the Study of Democracy*, tan solo la trata sexual cuyas víctimas provienen de Latinoamérica –que representaría cerca de un 19% de los casos(60)– serían capaz de generar 23,1 millones de euros al año en nuestro país(61).

A pesar de los deficientes resultados, parece que también el legislador empieza a tomar consciencia de la importancia y las virtualida-

(59) Sobre la evolución del abordaje normativo del fenómeno en España, Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», *Revista General de Derecho penal*, vol. 33, 2020, pp. 1-57.

(60) Estimación elaborada a partir de los datos del CITCO facilitados en sus informes sobre trata de seres humanos entre los años 2013 y 2020.

(61) Vid. nota al pie de página número 14.

des que supondría la implementación de una nueva estrategia más focalizada en la confiscación y recuperación de activos ilícitos, que permita dotar a las víctimas de más justas y cuantiosas compensaciones, además de repercutir en un engrose de las arcas públicas. Así, los recientemente publicados Plan Estratégico Nacional contra la Trata y Explotación de Seres Humanos (PENTRA) y Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso (PANTF) prevén medidas como el fomento de la investigación financiera y patrimonial (medidas 3.2.C PENTRA y 20 PANTF) y la mejora de la respuesta judicial, principalmente en materia de decomiso, de satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* y de RPPJ (medida 3.3.A PENTRA). También prevén la creación de un fondo económico y un fondo de compensación cuyos recursos se destinarán, respectivamente, a la atención y protección de las víctimas y a garantizar el cobro de las indemnizaciones reconocidas en sede judicial a favor de estas (medidas 2.4.B, 2.4.D y 2.4.E PENTRA). Iniciativa esta última a la que también se suman tanto el Borrador de Proyecto de Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos y en particular con fines de Explotación Sexual⁽⁶²⁾ como la recién aprobada Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, popularmente conocida como Ley del «Solo sí es sí»⁽⁶³⁾.

Sigue la misma estela el reciente Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, liderado por el Ministerio de Justicia y aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 29 de noviembre. El Anteproyecto adopta un enfoque más amplio, abordando tanto la trata como la posterior explotación del ser humano; holístico, tratando de huir de esa arraigada focalización en la trata y explotación sexual; e integral, reclamando mayores esfuerzos en el campo de la prevención y la protección de las víctimas. En lo que aquí nos ocupa, además de encontrarse referencias varias a la

(62) En particular, dentro del Título II, el capítulo III aglutina los derechos de reparación de las víctimas de trata, entre cuyas medidas se prevé la creación de un Fondo para la indemnización de las mismas. Para un análisis más pormenorizado del contenido de dicho borrador, *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C.: «La evolución del abordaje normativo de la trata de Seres Humanos en España: presente y previsible futuro», JM Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 602 ss.

(63) También prevé en su artículo 56 la creación de un Fondo para la recuperación de las víctimas, resultante de la ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados a los condenados. No obstante, el impacto de la referida Ley Orgánica sería parcial en los supuestos de TSH, puesto que, tratándose de una ley destinada a la persecución y prevención de las violencias sexuales y a la protección de sus víctimas, circunscribe su ámbito de aplicación a las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual (art. 3).

dimensión económica de la trata a lo largo de su exposición de motivos(64), refuerza el derecho a la reparación de las víctimas (art. 43) a través de la clásica indemnización derivada de la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 44), que abarcaría daños morales, materiales y los beneficios derivados de su explotación, y mediante la creación del Fondo para la indemnización de víctimas de trata y de explotación (FIVTE) como mecanismo de restitución fuera del proceso penal. Para el éxito de ambas medidas, se hace hincapié en la necesidad de adoptar durante la instrucción aquellas medidas cautelares que aseguren el embargo y decomiso de los bienes. En cuanto a las modificaciones proyectadas en el Código Penal, con idéntica redacción se traslada el apartado 7 del artículo 177 *bis*, que reconoce la responsabilidad de los entes jurídicos en los supuestos de trata, al artículo 177.*septies*.2, si bien el mismo hace extensiva dicha responsabilidad corporativa a los nuevos delitos de trabajo forzado, servidumbre y esclavitud. En el ámbito privado y empresarial, el Anteproyecto prevé también ciertas medidas extrapenales, entre las que destacan la implementación de «programas internos de concienciación» (art. 16.4)(65) y la introducción de un descafeinado y abstracto «deber» de *due diligence* (art. 20) que no prevé obligación formal alguna, ni sanción ante su incumplimiento. Finalmente, en relación con las conductas de blanqueo de capitales (art. 301 CP) se prevé la aplicación de la mitad superior de la pena cuando los bienes procedan del delito de trata –pero no de los delitos correspondientes a la ulterior explotación–.

No obstante, todas las buenas intenciones que se recogen en los referidos instrumentos programáticos e incluso en los mencionados borradores normativos podrían convertirse en papel mojado de no introducirse ciertos cambios tanto normativos como aplicativos en relación con las cuatro instituciones analizadas en el presente estudio. De mantenerse una capacidad confiscatoria tan limitada como la que se ha advertido a lo largo de este análisis, los previstos fondos de com-

(64) A modo de ejemplo, pueden encontrarse expresiones que identifican a las víctimas como «meros engranajes del sistema productivo con el solo propósito de obtener beneficios económicos» y a la trata como «un gigantesco negocio a nivel global», recalcando así la importancia de la dimensión económica del fenómeno, que reconoce ha sido y es frecuentemente ignorada.

(65) Dicho precepto prevé, ante la adopción de dichos programas de concienciación, un reconocimiento a título institucional y la concesión de incentivos económicos, lo cual recuerda a las exenciones fiscales que proponía el Manual para parlamentarios de Lucha contra la Trata de personas de la ONU «en favor de las entidades que elaboren políticas éticas particularmente favorables». *Vid.* Inter-Parliamentary Union y UNODC: *Combating trafficking in persons. A handbook for Parliamentarians*, United Nations publication, 2009, p. 81.

pensación a víctimas devendrán inoperativos, puesto que los mismos se nutren precisamente de la ejecución de los bienes, efectos y ganancias decomisados.

Así, en primer lugar, en relación con la figura del decomiso, de futuro debería incentivarse su uso en los supuestos de trata de seres humanos, como ya sucede en los delitos de tráfico de drogas, concienciando en este sentido a los profesionales u operadores jurídicos encargados de solicitarlo y aplicarlo. Igualmente, para garantizar la operatividad y éxito del decomiso, los profesionales deben ser capaces de localizar y hacer aflorar aquellos activos que deriven de actividades ilícitas a través de las preceptivas investigaciones patrimoniales previas. De lo contrario, el decomiso devendrá imposible por falta de objeto.

En segundo término, con respecto a la pena de multa proporcional del artículo 177 *bis*, esta debería preverse con independencia de que el autor del mismo sea persona física o jurídica. Esto especialmente si se mantienen los postulados defendidos tanto por la Fiscalía como por el Tribunal Supremo en relación con las sociedades pantalla que, como hemos visto, podrían estar favoreciendo su inaplicabilidad.

En tercer lugar, en relación con la RPPJ en los supuestos de trata, se propone la articulación de medidas que hagan efectiva la responsabilización ya normativamente prevista a las personas jurídicas por la comisión de este tipo de delitos y que no se está trasladando a la aplicación forense de este delito. Cabría plantearse la posibilidad de incluir medidas como la contemplada en la sección 54 de la *Modern Slavery Act* británica, en el sentido de que las empresas con determinado volumen de negocio presentasen una declaración en la que expongan cómo garantizan que la esclavitud moderna no tiene lugar en sus negocios o cadenas de suministro, lo que bien podría exigirse que se contuviese en los modelos de organización y gestión –también conocidos como *compliance programs*– a cuya confección alude el artículo 31 *bis*.2 CP para evitar la responsabilidad penal en estos casos.

Finalmente, en cuanto al delito de blanqueo de capitales, del análisis jurisprudencial se desprende que los obstáculos a superar para que se convierta en un eficiente instrumento confiscatorio radican en su bajo índice de condena, más que en su intrínseca ausencia de eficacia. Nuevamente aquí, la persecución de este delito dependerá de la previa realización de adecuadas indagaciones de tipo patrimonial o financiero. Para la realización de las mismas, se alzan como importantes aliados los bancos, entidades de crédito o sociedades dedicadas al envío de dinero. En este sentido, la colaboración que se estableció con determinados actores del sector privado a raíz de la lucha emprendida contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo debe-

ría ahora hacerse extensiva también para afrontar la trata de seres humanos. Debería proporcionarse a estos profesionales una serie de indicadores que les permitan activar la «voz de alarma»(66) ante la realización de transacciones u operaciones financieras que suelen ser habituales en los procesos de trata. Tal medida no solo facilitaría el desempeño de la estrategia «follow the money», sino que repercutiría en una mayor detección de supuestos de trata.

La implementación normativa de las propuestas descritas podría ayudar a sortear algunas de las dificultades que se han puesto de manifiesto y a incrementar el impacto económico que acompaña a los instrumentos penales referidos. En conclusión, su aplicación podría contribuir a andar parte del largo camino que todavía nos queda por recorrer en aras a conseguir una aproximación jurídico-penal más eficiente al fenómeno de la TSH, una que no descuide su importante dimensión económica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTONOPOULOS, G. A.; DI NICOLA, A.; RUSEV, A., y TERENGI, F.: *Human Trafficking Finances: Evidence from Three European Countries*, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019. DOI: 10.1007/978-3-030-17809-3.
- ARONOWITZ, A. A.: *Human Trafficking, Human Misery. The Global Trade in Human Beings*, Praeger Publishers, Westport, 2009.
- BROAD, R. y MURASZKIEWICZ, J.: «The investigation and Prosecution of Traffickers: Challenges and Opportunities», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 707-723.
- BROAD, R.; LORD, N., y DUNCAN, C.: «The financial aspects of human trafficking: A financial assessment framework», *Criminology & Criminal Justice*, December 2020, 2020, pp. 1-20. DOI: 10.1177/1748895820981613
- CENTER FOR THE STUDY OF DEMOCRACY (CSD): *Financing of Organised Crime. Human Trafficking in Focus*, Center for the Study of Democracy, Sofia, 2019. Disponible en: https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/34296/FINOCA_2_WEB_ALL%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y (última consulta: 29 de agosto de 2022).
- CHO, S. Y.: «Modeling for determinants of human trafficking—An empirical analysis», *Social Inclusion*, núm. 3, Special Issue, 2015, pp. 2-21.

(66) Ello podría llevarse a cabo a través del existente sistema de «comunicaciones por indicio» establecido por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, mediante el cual los sujetos obligados deben comunicar al Sepblac –que actúa como Unidad de Inteligencia Financiera (UFI) en España– cualquier hecho u operación respecto al que exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

- CIGÜELA SOLA, J. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos y sistema de atribución», en Silva Sánchez, J. M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal Económico y de la Empresa. Parte general y especial*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 73-95.
- CITCO: *Trata y explotación de seres humanos en España. Balance estadístico 2016-20*, Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, Madrid, 2021.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ): *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humano*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-presenta-una-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-detectar-e-investigar-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion> (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- EUROPEAN COMMISSION-MIGRATION AND HOME AFFAIRS: *Data collection on trafficking in human beings in the EU. 2020*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/default/files/study_on_data_collection_on_trafficking_in_human_beings_in_the_eu.pdf (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- EUROPOL: *The THB Financial Business Model. Assessing the Current State of Knowledge. July 2015*, Europol, La Haya, 2015. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-financial-business-model> (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- FARREL, A. y KANE, B.: «Criminal Justice System Responses to Human Trafficking», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 641-657.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Bustos Rubio, M y Abadías Selma, A. (dir.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 67-83.
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF): *International Standard on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations*, FATF, París, 2012-2021. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- *Financial Flows from Human Trafficking*, FATF, París, France, 2018. Disponible en: www.fatf-gafi.org/publications/methodandtrends/documents/human-trafficking.html (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- FISCALÍA DE EXTRANJERÍA: *Sentencias condenatorias Audiencias Provinciales artículo 177 bis. Enero 2012–Diciembre 2019* [en línea], 26 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/b5e5bc0f-f02f-59d3-ddf0-53541202f7b6> (última consulta: 1 de mayo de 2022).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S. M.*, 2019. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/a63c133c-dff3-6cf9-1a74-55d658be912a> (última consulta: 22 de agosto de 2022).

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S. M.*, 2018. Disponible en: <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2018/Inicio.html> (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- GARCÍA RIVAS, N.: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas», en Lloria García, P. (dir.), *La violencia sobre la mujer en el s. XXI: género, derecho y TIC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 1-18.
- GREER, B. T.: «How to Effectively Approach and Calculate Restitution for a Victim of Human Trafficking», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 1619-1632. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-63058-8_87.
- HELLER, L. R.; LAWSON, R. A.; MURPHY, R. H., y WILLIAMSON, C. R.: «Is human trafficking the dark side of economic freedom?», *Defence and Peace Economics*, vol. 29(4), 2018, pp. 355-382. DOI: 10.1080/10242694.2016.1160604.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO): *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, International Labour Office, Geneva, 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf (última consulta: 29 de agosto de 2022).
- INTER-PARLIAMENTARY UNION y UNODC: *Combating trafficking in persons. A handbook for Parliamentarians*, United Nations Publication, 2009. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/middleeastand-northafrica/human_trafficking_indicators/Handbook_for_Parliamentarians_tafficking_in_persons_English_.pdf (última consulta: 18 de enero de 2023).
- KARA, S.: *Sex Trafficking. Inside the Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York, 2009, pp. 1 ss.
- KEILER, J. y DAVID ROEF, D. (eds.): *Comparative Concepts Of Criminal Law. 3rd Edition*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2019.
- LIMONCELLI, S. A.: «Legal limits ending human trafficking in supply chains», *World Policy Journal*, vol. 34, 2017, p. 119-123.
- LLOYD, D.: «Human Trafficking in Supply Chains and the Way Forward», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, The Palgrave International Handbook of Human Trafficking, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 815-837. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-63058-8_50.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Decomiso. Comentario crítico desde una perspectiva constitucional», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, pp. 37-92.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- SALAT PAISAL, M.: «Análisis descriptivo de sentencias sobre trata de personas: un estudio de casos judiciales entre 2011 y 2019», *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 8, núm. 18, 2020, p. 1-27.
- SALAT PAISAL, M.: «¿Qué influye en las condenas por el delito de trata de seres humanos? Un estudio a partir de un análisis de sentencias judiciales», *Revista General de Derecho penal*, núm. 35, 2021, p. 1-39.

- SCHUMANN, S.: «Corporate Criminal Liability on Human Trafficking», en Winterdyk, J. y Jones, J. (coords.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, London, 2020, pp. 1651-1669. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-63058-8_10.
- SECRETARÍA DE ESTADO DE IGUALDAD-DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: *Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Congreso + Senado*, Madrid, 2019. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf (última consulta: 29 de agosto de 2022).
- TRILLO NAVARRO, J. P.: *Delitos económicos. La respuesta penal a los rendimientos de la delincuencia organizada*, Dykinson, Madrid, 2008.
- U.S. DEPARTMENT OF STATE: *Trafficking in Persons Report. June 2021*, U.S. Department of State, 2021. Disponible en: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/09/TIPR-GPA-upload-07222021.pdf> (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC): *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, United Nations, New York, 2020. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf (última consulta: 22 de agosto de 2022).
- VAN BUREN, H. J.; SCHREMPF-STIRLING, J., y WESTERMANN-BEHAYLO, M.: «Business and Human Trafficking: A Social Connection and Political Responsibility Model», *Business & Society*, vol. 60(2), 2021, pp. 341-375. DOI: 10.1177/0007650319872509
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES FERRER, C.: «La evolución del abordaje normativo de la trata de Seres Humanos en España: presente y previsible futuro», en León Alapont, J. (dir.), *Temas clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2021, pp. 587-620.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M. J., y TORRES FERRER, C.: «Trafficking in human beings in Spain: What do the data on detected victims tell us?», *European Journal of Criminology*, 2021, pp. 1-24. DOI: 10.1177/1477370821997334
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?», *Revista General de Derecho penal*, vol. 33, 2020, pp. 1-57.
- «Libro II: Título VII bis (Art. 177 bis)», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal (10ª Edición)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 267-298.
- WHEATON, E. M.; SCHAUER, E. J., y GALLI, T. V.: «Economics of Human Trafficking», *International Migration*, vol. 48(4), 2010, pp. 114-141. DOI:10.1111/j.1468-2435.2009.00592.x.

La actividad de análisis delictivo-criminal y la técnica del contexto aplicada a la investigación penal: visión desde las ciencias factuales

DIANA MARCELA MARTÍNEZ DAZA(1)

Analista criminal de la Fiscalía General de la Nación, Colombia.

RESUMEN

Este artículo de reflexión expondrá conceptualmente los elementos del análisis delictivo-criminal y en contexto, sus técnicas y tipos en el marco de la investigación penal. En principio, este trabajo surge como respuesta a la necesidad de vislumbrar las diferencias y usos del análisis delictivo-criminal y la técnica del contexto que, en algún punto, generan confusiones en expertos del estudio delictivo. Gracias al método comparativo o analógico las situaciones aplicadas a este tipo de análisis serán contrastadas a través del estudio de sus cualidades y elementos con base en comparaciones, diferencias o semejanzas terminológicas desde un método que va de lo general a lo particular y que puede ser abordado por diversas ciencias fácticas como la psicología, la criminología, el derecho, la sociología y otras ciencias formales como la lógica y la estadística. En conclusión, el análisis delictivo-criminal aplicado desde la ciencia permitirá a los doctos del delito sacar el máximo provecho de las labores analíticas para comprender sus alcances y limitaciones de una forma menos especulativa y más objetiva.

Palabras clave: análisis, contexto, investigación criminal, ciencia, criminología.

(1) Disponible en: <https://orcid.org/0000-0002-9666-4324>.

ABSTRACT

This article will present the characteristics of the delinquent-criminal analysis and the context with an adequate conceptual application, understanding its different techniques and types within the framework of criminal investigation. In principle, this work arises as a response to the prevailing need to glimpse the differences and uses of the delinquent-criminal analysis and the technique of the context that, at some point, generate confusion in experts of the criminal study. Thanks to the comparative or analogical method, the situations applied to this type of analysis will be contrasted through the study of their qualities and elements based on comparisons, differences or terminological similarities from a method that goes from the particular to the particular, and that can be approached by various factual sciences such as psychology, criminology, law, sociology and other formal sciences such as logic and statistics. In conclusion, the analysis applied from science will allow crime scholars to make the most of the analytical work to understand its scope and limitations in a less speculative way.

Key words: *analysis, context, criminal investigation, science, criminology.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Metodología.–III. Resultados. 1. Consideraciones del análisis delictivo y criminal dentro de la investigación penal. 2. Método analógico aplicado a la actividad de análisis delictivo-criminal y la técnica del contexto.–IV. Discusión. 1. Análisis criminal y técnica del contexto en la investigación penal. 2. Confusiones en el empleo del análisis en contexto en Colombia.–V. Conclusiones.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo y ejecución de la actividad de análisis delictivo-criminal los profesionales en la materia despliegan numerosas habilidades, metodologías y procesos que, en conjunto, acuden al uso de distintas técnicas, herramientas y productos según sus fines y objetivos (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional [USAID], 2014); asimismo, la aplicabilidad y objeto de estudio de cada ciencia que interviene en esta actividad trazan importantes diferencias en la forma de abordar un caso o conjunto de casos según sus alcances y limitaciones, sin contar, las perspectivas plasmadas en las innumerables peticiones legales y forenses a las que responden los profesionales (Rodríguez, 2016).

El estudio del delito, al ser multidimensional y requerir de la multidisciplinariedad para su comprensión, se encuentra respaldado por áreas de conocimiento y técnicas que le permiten a los profesionales centrar su atención en la observación de criterios clave para aplicar cierto discernimiento respecto al tipo de información que podría responder a sus objetivos, así, como del suficiente conocimiento para generar propuestas guiadas a vislumbrar y contrarrestar el delito más allá de la identificación de sus intervinientes y dinámicas (Tudela, 2015).

Los procesos ejecutados en el análisis delictivo-criminal conllevan a la creación de propuestas para la toma de decisiones (Tudela, 2015), por ende, es común encontrar entidades como la policía, la fiscalía o las fuerzas armadas usando metodologías análogas y fines analíticos similares, pero con expectativas y objetivos disímiles dentro de sus procesos, esto, no precisamente difiere de los resultados que cada entidad persigue y su forma de analizar la información (Dirección de Investigación Criminal e Interpol, 2010).

Ahora bien, la investigación criminal al ser una labor que intenta comprobar la existencia de un delito y la responsabilidad del autor (Policía Nacional, 2018) necesita del análisis delictivo-criminal desde técnicas como el análisis de caso o comparativo de casos y del contexto, entre otras, para entender de manera integral los hechos materia de investigación, permitiendo responder los cuestionamientos jurídicos que surgen de esta actividad (Cariac y Rodríguez, 2009). Al mismo tiempo, se recomienda que este tipo de investigaciones se desarrollen con un equipo conformado, preferiblemente, por un fiscal, un policía judicial, peritos y un analista delictual (USAID, 2014), siendo este último el encargado de comprender de manera integral el evento o fenómeno en estudio en aras de sugerir, tanto al fiscal como a la policía judicial, las labores a ejecutar para fortalecer la investigación y fructificar los recursos.

Esta labor demanda de un estudio holístico y pragmático de los hechos por medio de un método válido, el planteamiento de hipótesis, de objetivos y de metodologías claras para el desarrollo de los productos analíticos solicitados (Ricardo, 2018). En síntesis, la investigación criminal, al ser el proceso por el cual se descubre al autor de un hecho delictivo a través de la consolidación de elementos materiales probatorios, el planteamiento de hipótesis y dictámenes periciales que permiten a las autoridades judiciales «administrar la justicia» —con base en la revalidación científica— (Castro y Aparicio, 2008) requiere de la actividad de análisis delictivo-criminal para alcanzar sus objetivos.

Teniendo en cuenta que la investigación criminal aborda la actividad de análisis delictivo-criminal de forma tanto reactiva (aplicadas a delitos que ya se han perpetrado) como proactiva (preventivas) (UNODC, 2010), enlaza procesos con los siguientes alcances desde la perspectiva judicial:

«[...] obtener conocimiento objetivo acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió uno o sucedieron varios hechos que pueden constituir una o varias conductas punibles y a la identificación o individualización del autor o autores y partícipes, como también al establecimiento de su responsabilidad penal mediante el recaudo y análisis de elementos materiales probatorios, en forma directa o con el apoyo de la ciencia y la técnica» (USAID, 2014).

En aras de aportar a la investigación criminal, desde los lineamientos establecidos por la Subdirección de Políticas Públicas de la Fiscalía General de la Nación en Colombia, para el año 2012, se desarrolló un diagnóstico de la política de priorización de casos teniendo como resultado el diseño de una caja de herramientas con varios instrumentos, dentro de los cuales se destacan, para los fines del presente artículo, los relacionados con las herramientas analíticas para la investigación y el ejercicio de la acción penal (Fiscalía General de la Nación, 2015).

La caja de herramientas presentada por la Fiscalía contiene cinco instrumentos que pueden ser usados tanto por analistas como por fiscales, investigadores, asistentes de fiscal y demás profesionales interesados en el análisis delictivo-criminal a través de las ciencias ligadas a su estudio. Estos recursos, retoman la forma de analizar la información con la que cuenta el ente acusador en Colombia e indica algunas fuentes que contribuyen a la investigación integral, claro está, sin remplazar la labor investigativa (Fiscalía General de la Nación, 2015) y aportando criterios que pueden ser usados en países de Iberoamérica.

Dentro de la cartilla referida se encuentran conceptos de amplio espectro que rigen los informes de caso y de conjunto de casos con el objeto de ampliar el foco investigativo (Fiscalía General de la Nación, 2015) obedeciendo a los siguientes criterios:

- Los hechos delictivos no ocurren de manera aislada, por el contrario, se explican a partir de un escenario (contexto).
- Es indispensable el planteamiento de hipótesis de trabajo que puedan ser confirmadas o falsadas (Amaya *et al.*, 2019) por medio del análisis de la información y de la evidencia hallada en el acervo procesal.
- Se requiere rigurosidad en el uso de las fuentes de información y el estudio de elementos materiales probatorios y evidencia física, así

como de la información extraída de fuentes formales y secundarias que den cuenta de los hechos delictivos y su escenario.

- El trabajo interdisciplinar y multidisciplinar es fundamental para explicar los fenómenos delictivos o criminales y dar una mirada integral de estos con una aproximación de las ciencias fácticas y formales para comprender el delito e ilustrar la teoría del caso.

Tales herramientas favorecen la caracterización de hechos delictivos y actores vinculados (víctimas y responsables) y aportan elementos útiles aún después de la fase investigativa, cuando ya se avanzó en la recolección de evidencia o en el transcurso de las etapas de juicio. En conclusión, los resultados que se desprenden del análisis de casos concretos sirven para ilustrar u ofrecer una comprensión completa de la evidencia recolectada (Fiscalía General de la Nación, 2015) basada en las ciencias denominadas ciencias del crimen.

En sintonía con lo expuesto y teniendo en cuenta los múltiples factores a estudiar desde la actividad analítica aplicada al estudio del delito, los próximos apartados realizarán una aproximación conceptual del análisis delictivo y criminal para dilucidar respecto al uso correcto de estos términos, que también, profundizaran respecto a la técnica de análisis en contexto y sus características exponiendo su uso dentro de esta actividad; de esta manera, el presente artículo propondrá una metodología basada en el método científico aplicado y un abordaje de los capítulos desde lo analógico aplicado.

II. METODOLOGÍA

Los procesos de investigación científica se conciben como el conjunto de pasos que se ejecutan de forma rigurosa, coherente y lógica para generar conocimiento científico; esta labor es constantemente cotejada con los avances que se van adaptando al proceso de investigación; desde esta base, el «método comparativo» se da según dos preceptos básicos: (i) en sentido amplio, «comparación» de forma planeada para generar ese conocimiento científico y, (ii) en sentido estricto, aquí se distinguen otras retribuciones significativas y funcionales (Nohlen, 2020).

«[...] comparar permite, además, alcanzar otros fines: a) por medio de la analogía, similitud o contraste, a partir de lo conocido, comprender lo hasta ahora desconocido (es la llamada comparación pedagógica); b) remite a nuevos descubrimientos o resalta lo especial (comparación heurística), y c) al acentuar precisamente la diferencia,

ayuda a sistematizar (comparación sistemática), aun cuando lo característico del objeto de estudio no se toma como singularidad, sino como especificidad. Estos tres fines, que sirven especialmente a la ciencia política, son importantes en la lógica de la comparación como método científico» (Grosser, 1973, citado en Nohlen, 2020. p. 43).

La técnica comparativa, como cualquiera que hace parte del método científico, requiere de un punto de partida y una secuencia lógica. Primero, demanda de la construcción de una estructura teórica sustentada en trabajos precedentes sobre el objeto de estudio (para este caso, el análisis criminal) que permite la identificación y clasificación de variaciones y semejanzas; segundo, la definición de variables es imprescindible –la relación denotación y connotación determina el nivel de abstracción empírico-operativo de los conceptos– (Díaz y León de la Garza, 2014).

Es necesario, entonces, que las definiciones estén soportadas e integren las características necesarias que precisen el objeto o fenómeno abordado –análisis delictivo y/o criminal y la técnica del contexto– cuidando de la selección de casos o ejemplos efectivamente comparables y notables. Por último, el análisis de los casos, parten de la comparación de las variables que facilitan estimar sus diferencias o semejanzas (concordancias) asentándose en delimitaciones teóricas y estadísticas, entre otras (Díaz y León de la Garza, 2014); es decir, que a través de la comparación se da el acto de «observar dos o más cosas para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias y semejanzas» (Piovani y Krawczyk, 2017) que se entiende como una operación intelectual donde se cotejan uno o más objetos sobre la base de al menos un elemento en común (Fideli, 1998; Marradi, 1999, citados en Piovani y Krawczyk, 2017).

III. RESULTADOS

1. Consideraciones del análisis delictivo y criminal dentro de la investigación penal

La actividad de análisis criminal va en sintonía con la persona que desarrolla una labor vinculada con cierta misión institucional y puede relacionarla con distintas tareas desplegadas en el estudio de la información dentro del marco de la investigación penal. En este caso, las similitudes y diferencias conceptuales entre análisis criminal y análisis delictivo pueden asentarse en la consideración o criterios de cada institución como una realidad particular, sujeta a marcos socio institu-

cionales e históricos de cada país (Tudela, 2016). Particularmente, para Colombia, se llega a sugerir el uso del concepto de análisis delictivo, ya que el Código Penal (ley 599 de 2000, artículo 19) solo admite delitos y contravenciones (Senado de la República de Colombia, 2000), mas no crímenes, excepto en algunos casos específicos amparados por el derecho internacional humanitario (Martínez, 2022).

Con el ánimo de ofrecer alguna clarificación conceptual, el Manual único de policía judicial define el análisis criminal como una actividad transversal al ejercicio investigativo de toda policía judicial que debe ser entendida como el estudio parcial o integral que se realiza a uno o múltiples eventos delictivos, así como a la identificación y comprensión de las circunstancias y actores que los conforman o a aquellos factores que propician su ocurrencia y que pueden favorecer su repetición en el tiempo (Tudela, 2016). Estos factores pueden ser estudiados desde ciencias como la criminología, la sociología y la psicología, con áreas de aplicación como la psicología aplicada a la conducta criminal o delictiva, forense, de la conducta victimal (Lobo *et al.*, 2019) u otros subcampos y demás ciencias interesadas en el estudio de los fenómenos delictivos.

Según Tudela (2016) el análisis criminal es una actividad que permite la generación de información para la toma de decisiones, pero también, cumple una función indispensable que pretende reducir los delitos en un lugar concreto. Para este autor, el analista no debe actuar simplemente constatando información o describiendo los hechos, sino que debe advertir qué puede ocurrir en materia delictiva y criminal en caso de no actuar de una forma eficaz o no adoptar de manera oportuna dichas medidas preventivas, de control o de persecución.

El impacto que tiene el papel del analista se fundamenta en dos elementos de juicio: primero, en una estrategia apoyada en evidencia científica y segundo, en una táctica que involucra la revisión de metodologías de trabajo para maximizar la eficacia de la labor, siendo importante interpretar la información al saber qué tipo de análisis delictivo debe recaer sobre el objetivo que se persigue en la elaboración de un informe, tal y como se expone en la figura 1. Cada uno de los siete tipos de análisis criminal (según Tudela, 2015) reviste características que se interpretan a continuación:

- **Análisis táctico:** estudia la actividad delincuencia potencial examinando características fundamentales del cuándo, cómo y dónde ocurren los delitos para ayudar a su detención. Tiene en cuenta la identificación de patrones delictuales para notificar su existencia (criterio usado en otros tipos de análisis); efectúa un análisis absoluto de estos patrones y desarrolla las estrategias más adecuadas para abor-

darlos. Se aplica al estudio de casos particulares, así como del conjunto de casos o fenómenos delictivos con fines de intervención y prevención de la acción delictiva.

- **Análisis estratégico:** se concentra en las tendencias, los problemas y sus causas estudiando la delincuencia sobre información integrada con otros criterios como factores sociodemográficos y espaciales, análisis en contexto –entre otros–, para detectar o determinar elementos incidentes y tendencias con la participación de otras entidades en la contención o solución de la problemática identificada; es aplicado al estudio integral en un conjunto de casos y tiene como fin crear estrategias de intervención para la mitigación o impacto del delito.

- **Análisis del problema:** se enfoca en el estudio de una situación «crónica» y latente para la elaboración o desarrollo de estrategias *ad hoc*. Su propósito es la identificación de causas, componentes incidentes, determinantes o precipitantes y sus efectos (criterio aplicado en otros tipos de análisis), focalizándose en un territorio y demandando de la identificación de problemas de inseguridad (objetiva y subjetiva) en grupos vulnerables y de riesgo. Se aplica en el estudio de fenómenos o situaciones delictivas específicas para su estudio e intervención.

- **Análisis investigativo:** estudia delitos en una serie de tiempo, caracteriza las víctimas, escenas del crimen y examina las particularidades físicas, sociodemográficas, psicológicas, geográficas y del *modus operandi* de infractores. Suministra información para establecer la relación entre la data delictiva y otras datas potencialmente relevantes en la identificación de actores o partícipes, evidencias y esclarecimiento de los hechos materia de investigación; su actuación se vincula con entes de persecución penal para la resolución y explicación de casos específicos recurrentes o únicos.

- **Análisis de inteligencia criminal:** estudia individuos y organizaciones criminales, infractores y reincidentes utilizando los antecedentes de fuentes abiertas o cerradas obtenidos con técnicas intrusivas para apoyar la investigación criminal.

- **Análisis de operaciones:** planificación y evaluación de operaciones, incluida la cantidad de personal, procesos de apoyo, equipos y otros recursos geográficos, organizacionales y temporales para maximizar la operación y que las tácticas institucionales sean más acertadas.

- **Análisis administrativo:** entrega estadísticas, mapas, gráficas y datos útiles para un accionar eficiente con un adecuado empleo de los recursos disponibles.

Por su parte, el Manual único de policía judicial de la Fiscalía General de la Nación (2010) define dos tipos de «análisis criminal»: i. el análisis estratégico que permite entender fenómenos de relevancia

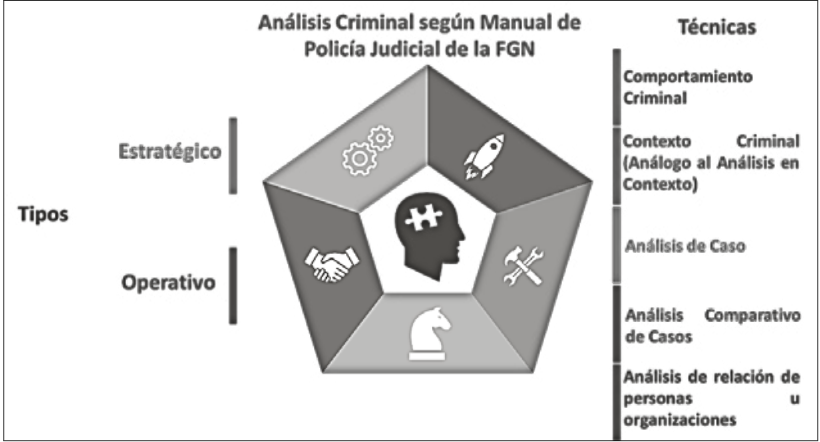
criminal para la producción de insumos que orienten y nutran la investigación penal, la toma de decisiones, la formulación de la política criminal y la generación de alertas tempranas y de iniciativas investigativas; esta actividad puede ser delimitada por variables de modo, tiempo, lugar u otras; y ii. el análisis operativo, que utiliza técnicas, conocimientos específicos y herramientas que orientan la investigación suministrando resultados de impacto para el proceso investigativo de un caso o una situación delictiva particular; este análisis es semejante al análisis investigativo que plantea Tudela (2016). De igual forma, el Manual único de policía judicial refiere técnicas de análisis especiales que pueden emplearse en el análisis delictivo-criminal, como se describe enseguida:

- Comportamiento criminal: teniendo en cuenta la información técnica, forense e investigativa estudia los elementos comportamentales (motivación, *modus operandi*, firma, niveles de riesgo, entre otros) y aspectos de las víctimas que componen una o varias conductas delictivas con el fin de fortalecer la investigación a través de la descripción y explicación de dinámicas, así como coadyuvar a la identificación e individualización de los sujetos activos de la conducta punible (Fiscalía General de la Nación, 2010).
- Contexto criminal: es el marco de referencia constituido por aspectos esenciales de orden geográfico, político, económico, histórico y social donde se han desarrollado los delitos y demás dinámicas delictivas. Este tipo de análisis es equiparable a la técnica de análisis en contexto o contextual que muchas veces es plasmado dentro algunos tipos de análisis delictivo.
- Análisis de casos o del caso a caso: clasifica y categoriza los datos de interés en el estudio de un hecho delictivo generando hipótesis, sugerencias, observaciones o identificando elementos probatorios; además, identifica acontecimientos, temporalidad, estructuras, relaciones, flujos, *modus operandi* y otros criterios para impulsar y orientar las líneas investigativas de un proceso judicial. Esta técnica se ejecuta paralelamente al análisis de tipo investigativo (operativo).
- Análisis comparativo de casos: identifica aspectos comunes entre dos o más casos estableciendo una relación entre los eventos hallados por la presencia de patrones espaciales, modalidades empleadas, dinámicas en común, víctimas o actor criminal, apoyándose en herramientas investigativas para detectar asociaciones que coadyuven a una interpretación más general sobre los hechos y a la formulación de posibles situaciones. Este análisis puede ser aplicado al análisis estratégico, táctico e investigativo (operativo) planteado por Tudela (2016).

- **Análisis de relación de personas u organizaciones:** señala la relación funcional y jerárquica de actores criminales a partir de información judicial para establecer los vínculos de una persona con estructuras u organizaciones delincuenciales.

Existen vínculos entre los tipos de análisis, sin embargo, la experiencia alcanzada en los últimos años y la observación directa y documentada de casos en diversas instituciones de Latinoamérica evidencian que las oportunidades de capacitación, profesionalización y especialización en análisis criminal son escasas en las policías y fiscalías, siendo un escenario que ha llevado a considerables confusiones a la hora de determinar cuál es el tipo de análisis que debería aplicarse o cuál se está empleando para cada caso particular (Tudela, 2016). Estas técnicas y tipos de análisis son transversales a la psicología, la criminología, la política, el derecho, la economía –y otras– permitiendo que, desde su objeto de estudio den cuenta del porqué unos factores u otros incidieron en un caso o conjunto de casos específicos (Cariac y Rodríguez, 2009).

Figura 1. *Tipos y técnicas de «Análisis criminal» según Manual de Policía Judicial (Versión 2)*



Elaboración propia con base en información obtenida del Manual de Policía Judicial Versión 2 de la Fiscalía General de la Nación en Colombia, 2010.

En el entendido de que todos los tipos de análisis criminal son útiles en algún momento y pueden robustecer un mismo análisis, el papel e importancia del analista criminal no puede verse menoscabado por la ausencia de una priorización, tampoco por una visión reduccionista de los aportes o tareas que el análisis delictivo-criminal otorgue a la persecución penal (Tudela, 2016). De tal forma, es importante identificar los argumentos que relacionan las labores analíticas clave como el análisis delictivo-criminal, las estrategias basadas en la evidencia y la proactividad y la experiencia del analista, donde se constituye una trilogía valiosa, especialmente si se busca que las labores analíticas se fundamenten en estándares científicos de las ciencias factuales y formales.

2. Método analógico aplicado a la actividad de análisis delictivo-criminal y la técnica del contexto

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el análisis del contexto histórico, político y jurídico, entre otros, es decisivo para concebir las particularidades que se vinculan a las graves violaciones de los derechos humanos con el objeto de determinar las causas y factores incidentes de casos concretos (Paúl, 2019). En específico, ese tipo de análisis facilita la identificación del escenario donde se movilizan u operan las estructuras criminales complejas, pero no sus planes ni el *modus operandi*, ya que estos elementos corresponden a la labor propia del análisis delictivo-criminal.

En este sentido, la CIDH considera que el análisis de contexto es un requisito para el cumplimiento de la obligación de investigar por parte de cualquier Estado (Paúl, 2019), sin embargo, se tiende a confundir el análisis en contexto calificándolo como una técnica que permite identificar patrones y modos de operar. Entonces, según esta perspectiva ¿qué es el análisis criminal? En este punto, se registran extensos debates para dar respuesta a dicha pregunta, para algunos el análisis criminal es solo una expresión o un tipo de tarea analítica que no demanda de mayores precisiones; otros, se preocupan por establecer las diferencias conceptuales y técnicas entre el análisis delictivo-criminal y contextual, tal y como se observa en este escrito.

En consecuencia, la conceptualización de cada labor analítica está ligada tanto a la perspectiva de los autores como a los énfasis y teorías que estos manejan; por ende, la estandarización y acuerdo de criterios que enmarcan cada técnica y tipo de análisis, más que por alcanzar o percibir una definición taxativa, persigue la unanimidad de enfoques ecuanímenes que detallen los alcances y limitaciones de cada técnica.

Ahora bien, las diferencias entre los tipos y técnicas analíticas son claramente identificables: la actividad de análisis delictivo-criminal estudia a las personas, grupos, conductas, acciones delictivas o criminales (o que pudiesen consumarse como un delito) para el reconocimiento de variables como patrones, dinámicas, operatividad, vínculos, infractores, víctimas, tendencias y todo aquello que se relacione de forma directa o indirecta con la forma de ejecutar uno o varios delitos; por ende, no debe confundirse con los conceptos y categorías que abarca la técnica de análisis contextual, más aún, cuando ambos contienen elementos y objetivos analíticos distintos contribuyendo al estudio del delito desde perspectivas disímiles.

Figura 2. *Características básicas del análisis delictual-criminal y la técnica del contexto*



Fuente: elaboración propia.

El análisis contextual también se soporta en ciencias como la estadística o la geografía para determinar su área de estudio. La delimitación de un espacio geográfico debería ser la primera tarea para aplicar el análisis en contexto debido al aporte de toda la información histórica con elementos y características propias del lugar: puede hacerlo por medio de estadísticas delictivas que evidencien rasgos importantes de una actividad delictiva concreta o por la concentración de hechos en una zona delimitada. En este punto, no es necesario si quiera vislumbrar los aspectos que pueda brindar el análisis criminal como las modalidades, las prácticas y los patrones delictivos o *modus operandi* (Martínez, 2022) ya que, si se quiere, con la mera identificación de elementos delictivos en un caso o conjunto de casos y a través

de herramientas como las bases de datos, ya es posible delimitar un espacio-tiempo para el desarrollo del contexto.

A modo de ejemplo, por medio de la extracción de información contenida en bases de datos se podría observar que en el departamento del Valle del Cauca-Colombia se incrementaron los homicidios para el año 2021; esta información sería suficiente para delimitar las ciudades o municipios que componen este departamento y que presentan la mayor tasa de homicidios para así valorar dónde se están concentrando y cuáles son los factores que pudieron incidir en el fenómeno desde perspectivas históricas, culturales, políticas, lineamientos del Estado, economía de estos sectores, infraestructura, conflicto armado u otros; además, se puede acudir a estadísticas, cifras o datos de años anteriores e informes que den cuenta de las dinámicas de la zona a estudiar para soportar la incidencia de factores externos en esta dinámica delictiva.

Si para el mismo caso aplicáramos el análisis delictivo-criminal lo primero que deberíamos identificar es el fin que se persigue con este para así saber a qué tipo de análisis acudir para dar respuesta a los objetivos planteados; la manera de abordar estos fenómenos puede darse de forma investigativa, operativa y estratégica determinando, a través de un estudio de caso o del conjunto de casos, la intervención investigativa y judicial a seguir según las variables más relevantes. Es decir, que por medio de la actividad de análisis delictivo-criminal se estudiarían los elementos propios de las dinámicas identificadas dentro del fenómeno de homicidios como el *modus operandi*, las prácticas y los patrones delictivos, la caracterización de autores y de víctimas, entre otras variables propias del fenómeno.

El ejemplo expuesto puede contener diferentes fines como el de aportar a la investigación y judicialización de autores, reconocer fenómenos sociales (como homicidios a líderes sociales), comprender los intereses de estructuras vinculadas con el crimen organizado, entre muchos otros. Desde el análisis delictivo-criminal de tipo investigativo, verbigracia, es posible desplegar un estudio procesal y documental de hechos que tengan unas variables en común que permitan detectar si estos fueron cometidos por una misma persona o conjunto de personas; así, también aporta a la identificación de piezas procesales fundamentales para la investigación o, en su efecto, sugerencias de nuevas actividades investigativas que permitan consolidar una teoría de caso (Ricardo, 2018).

Desde la perspectiva del análisis criminal de tipo estratégico –circunscrito a la técnica de análisis en conjunto de casos– se facilita determinar, a través de ciencias como la estadística y actividades

como la georreferenciación, la manera en que un grupo de delitos de análoga o distinta naturaleza confluyen en sectores determinados, siendo estos eventos cometidos por actores que, posiblemente, ya han consolidado su operatividad y dinámicas en zonas de su interés, allí, este tipo de análisis permitirá establecer la prevalencia de dichas estructuras o grupos que actúan obedeciendo a intereses en común (Ministerio de Justicia, 2017).

En todo caso, la actividad de análisis delictivo-criminal –sin importar su tipo– se nutre de la técnica de análisis en contexto para comprender los factores exógenos de las dinámicas delictivas desarrolladas en cierto lugar. Por su parte, es importante que el analista a cargo de la labor del contexto tenga claridad sobre los antecedentes delictivos de las zonas objeto de estudio para así exponer todas las posibilidades de que unos factores y no otros, hayan incidido en las dinámicas delictivas analizadas en cada caso, situación o fenómeno.

Por último, considerando que la gestión para la prevención del delito se encuentra fuertemente arraigada en la prevención situacional –como enfoque de mayor uso por parte de entes policiales– (Soto, 2016), también es importante determinar los objetivos que persigue cada institución para así medir los alcances y limitaciones de cada técnica. Lo anterior, toda vez que, por ejemplo, la predictibilidad por medio de la identificación de focos delictivos sería un interés propio de la policía, mientras que, para entidades como la fiscalía, estas actividades estarían guiadas en la investigación y judicialización de hechos, según la confluencia de víctimas y actores responsables en un tiempo-espacio.

IV. DISCUSIÓN

1. **Análisis criminal y técnica del contexto en la investigación penal**

Las nuevas perspectivas metodológicas desarrolladas a través de ciencias sociales como la antropología cultural o la sociología alimentaron y convirtieron el análisis contextual en una herramienta para explicar ciertos fenómenos que, acudiendo a métodos analíticos como el socio científico, facilitaron la reconstrucción de hechos donde las ciencias sociales prestaron un servicio valioso para la comprensión y estudio de fenómenos delictivos y criminales (Cornejo, 2020).

En un escenario como el colombiano, por ejemplo, abordar las múltiples problemáticas que intervienen en la delincuencia y la criminalidad resulta en una tarea casi imposible para describir en tan solo

unas líneas, por esta razón, el planteamiento de rutas de trabajo y procedimientos se convierten en pasos imprescindibles para entender y enmarcar los factores incidentes de un hecho particular con el objeto de no extender, más allá de lo necesario, una explicación clara y concisa de los hechos analizados en el marco del delito y de las dinámicas desplegadas en países como Colombia (González y Mojica, 2015).

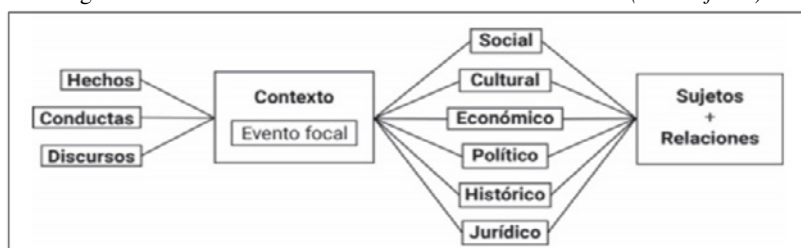
Cuando se habla de contexto, se alude a los factores que inciden de forma directa o indirecta y de manera más evidente en los criterios abordados en un estudio de caso o del conjunto de casos en el marco de la investigación penal, por esta razón, muchos investigadores destacan los elementos que tienen relación con el contexto individual y otros con el escenario social donde intervienen un sinnúmero de variables propias de cada hecho. De esta manera, una valoración clave del contexto debe guiarse por el estudio de las condiciones socioeconómicas y culturales del sector o zona objeto de estudio, además, de aspectos económicos, políticos, geográficos y otros que exponen las características propias de una comunidad particular y respecto de un caso, situación o fenómeno delictivo concreto.

El concepto de análisis contextual, de contexto o en contexto, también ha sido transversal a diversas disciplinas y, por esta razón, no tiene la misma concepción en todos los casos (Reyna Cruz *et al.*, 2019). Una consideración común de quienes utilizan esta herramienta es que, para comprender uno o varios hechos (sin importar sus características), hay que tener en cuenta las condiciones en las que se produce, siendo importante identificar las que deben tenerse en cuenta para cada caso concreto; por ejemplo, estudiar cómo un lugar en específico está vinculado con la forma en la que se desarrolla un hecho delictivo, estos, también son elementos estudiados desde ciencias como la criminología ambiental (Vozmediano y Guillén, 2010).

Así pues, el contexto se resume en una actividad que ayuda a identificar una serie de hechos constituidos en el marco de un fenómeno estudiado dentro de una relación intrínseca entre un lugar y un tiempo determinado, y los factores exógenos que han incidido en dicho evento, según la perspectiva de Ansolabehere *et al.* (2017). Lo anterior invita al abordaje de varias categorías contextuales (política, social, económica, cultural u otras) donde, mediante el estudio de caso o de conjunto de casos –y si es necesario partiendo del análisis delictivo o criminal (según cada situación)– se debe establecer y decidir cuáles elementos aplican de la forma más adecuada, es decir, que su uso siempre estará circunscrito a los objetivos y fines que busca cada estudio (Barbosa y Bernal, 2015).

En este sentido, el análisis de contexto podría entenderse como una técnica usada por cualquier campo, ciencia o disciplina que estudia eventos de diversas características y connotaciones dentro de un tiempo-espacio para ser considerados durante el análisis de los factores o elementos adyacentes de un caso, situación o fenómeno particular; estos, deben regirse por las hipótesis planteadas desde su abordaje. La información considerada en el uso de esta técnica no se desecha o se descarta, sino que toda puede ser «potencialmente» relevante. En la figura 3 se exponen los criterios de esta técnica de análisis.

Figura 3. Elementos de la técnica de análisis en contexto (evento focal)



Fuente: Ansolabehere et al. (2017).

Como se observa en la figura 3, el análisis de contexto acude al estudio de criterios exógenos relacionados con los hechos y las conductas abordadas desde diversos semblantes y líneas de investigación, con el claro objetivo de comprender cómo un escenario y sus elementos se vinculan o han incidido directa o indirectamente en un suceso o conducta específica que, para este caso, se asocia con fenómenos delictivos o criminales; aun con lo expuesto, es de resaltar que su labor no debe sobrepasar o extralimitarse a otros fines más allá de comprender las variables del escenario donde se desarrollan uno o varios hechos objeto de estudio.

El análisis del contexto, contextual o en contexto, suministra el marco general de un caso o de un conjunto de casos y su objetivo no es investigar o resolver, sino que es llamado a la ejemplificación o revisión de otros casos para establecer un marco de comprensión en relación con un fenómeno mucho más amplio, en esta vía, el análisis del contexto será la herramienta –consolidada como una técnica– que permite señalar si, en efecto, un contexto o escenario fue relevante o no para que un evento, hecho o fenómeno criminal existiese (Ansolabehere *et al.*, 2017).

Por su lado, la identificación del *modus operandi*, de modalidades, prácticas y patrones delictivos, entre otros, son criterios propios del

análisis delictivo-criminal, es decir que, si bien el análisis de contexto debe conocer cómo funcionan las dinámicas delictivas y criminales de un lugar específico, no es su labor explicar cómo se desarrollan; su interés debe ceñirse al estudio de criterios contextuales incidentes, como factores exógenos de carácter político, social, económico, del conflicto armado o de cualquier otra naturaleza que pudieran intervenir, precipitar o predisponer un evento, hecho, situación o fenómeno delictivo. Por ejemplo:

«[...] si la hipótesis de investigación es que una mujer migrante salvadoreña que transita por Tamaulipas fue detenida y torturada sexualmente por su condición de vulnerabilidad de mujer migrante, los factores contextuales pertinentes serán: el número de otras torturas sexuales denunciadas; [...] las características [culturales] de las personas [que] han sido víctimas de delitos similares; las características socioeconómicas, entre otras» (Ansolabehere *et al.*, 2017).

En este sentido, el análisis contextual permitiría determinar y comprender cuáles fueron esas variables exógenas que incidieron en casos únicos o diversos con equivalentes características (Barbosa y Bernal, 2015), por lo tanto, para realizar un análisis en contexto se debe acudir anticipadamente a la delimitación de una muestra de estudio que permita, a través de la demarcación geográfica, estadística y el planteamiento de variables, criterios y objetivos, comprender el escenario donde se desarrolló o se está desarrollando dicho fenómeno, hecho o situación de interés investigativo (Fernández y Tobí, 2009).

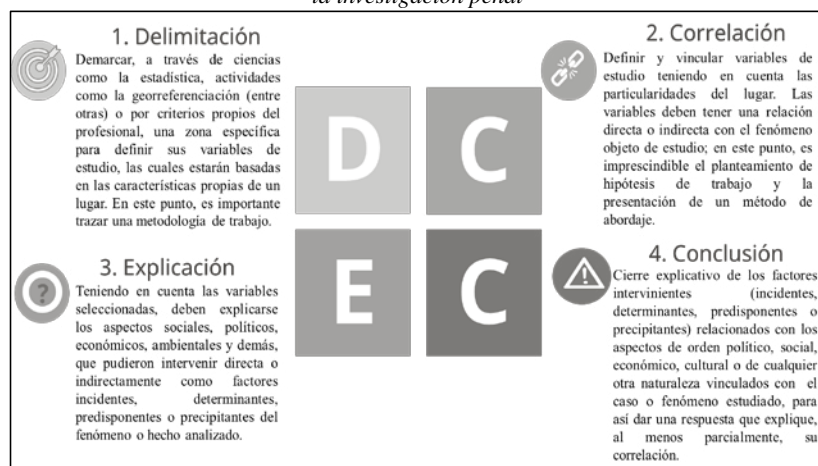
Partiendo de que la comprensión de factores específicos relacionados con el estudio del delito requiere de bases históricas, del conocimiento de las dinámicas en los sectores o zonas objeto del análisis, además de diversas ciencias y de la interdisciplinariedad de estas para abarcar los aspectos que incidieron en una o varias conductas delictivas o criminales, se debe contar con una percepción clara del fenómeno y su escenario para así presentar los planteamientos correctos respecto de los mecanismos que intervinieron en dicho acontecimiento delictivo-criminal. Así pues, la distinción de un contexto preciso debe contar con elementos claros de estudio para su delimitación, explicación y exposición.

Un aspecto clave del contexto que aún no se considera en los informes presentados por los profesionales que aplican esta técnica, se asocia con las propuestas metodológicas que deberían tener este tipo de documentos, situación que conlleva a constantes confusiones, ya que no hay una limitación clara en cuanto a los alcances y términos de esta habilidad (Gallardo, 2015). Igualmente, el uso de métodos como el histórico-crítico, histórico-comparativo u otros que demarquen una

pauta de análisis son vitales dentro del estudio de escenarios delictivos y criminales que permitan explicar, más allá de las hipótesis, las razones o causales intervinientes de los hechos objeto de investigación, siendo estos sustentados en una metodología basada en estudios críticos, más científicos y menos especulativos.

Bajo el amparo de situaciones específicas, cuando se habla de analizar el contexto puede afirmarse que no siempre existe una idea clara respecto al tipo de variables que deben incluirse en esta categoría, ya que cada fenómeno exige de unos criterios determinados que, como resultado, deben conllevar el estudio minucioso y hábil del objeto de análisis con el fin de suministrar respuestas claras de estos factores incidentes. Las variables analíticas deben estar despejadas desde un principio, ya que de estas se desprenderá toda la búsqueda de información que, a priori, estará relacionada con el caso analizado; concretamente, en la aplicación del análisis en contexto deberían tenerse en cuenta, al menos, los siguientes aspectos:

Figura 4. *Criterios fundamentales del análisis contextual en la investigación penal*



Fuente: elaboración propia.

Desde esta perspectiva, es trascendental comprender la diversidad de entornos en los que se puede aplicar el análisis en contexto, por ejemplo, dentro del análisis delictivo-criminal siempre es importante delimitar y vislumbrar los aspectos propios del lugar donde se despliegan las actividades delictivas ya que, al contar con un panorama claro, se podrá suministrar una explicación más desarrollada y detallada de

los factores exógenos que intervinieron en dichas dinámicas. En sintonía, el contexto se planteará y delimitará con base en los objetivos, hipótesis y demás aspectos engranados con los fines que persigue el análisis delictivo-criminal; en este sentido, el contexto, dentro de los informes de análisis –de diversa índole–, es una técnica que puede adaptarse para cubrir las necesidades que exige cualquier documento con estas características, permitiendo así elucidaciones más amplias de fenómenos concretos.

Por último, el contexto es un amplio referente que incluye variables de diversa índole, por tal razón, es indispensable discernir y saber que no todas son relevantes para el estudio y no todas ejercen la misma influencia sobre los resultados debido a que, si bien algunas pueden dar una explicación efectiva del hecho estudiado, otras podrían influir indirectamente o con un muy bajo impacto sobre el análisis realizado. Aun con lo expuesto, se insiste en que la información acogida para la aplicación de esta técnica no debe excluirse o desecharse, ya que por más exigua que sea puede revelar aspectos de importancia o por lo menos a considerar en algún punto del análisis (Tiana, 2012).

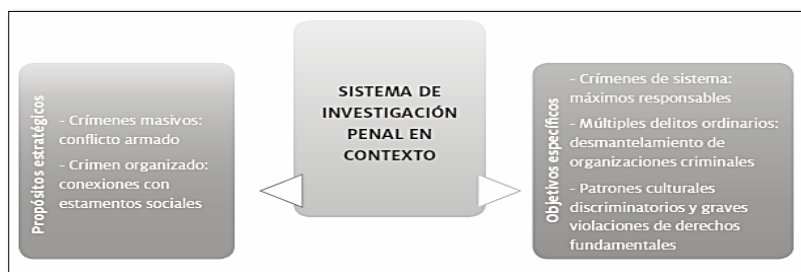
2. Confusiones en el empleo del análisis en contexto en Colombia

Los propósitos y objetivos del análisis contextual evidencian una tendencia a la generalización del contexto en la investigación penal, en donde se han trazado fines como «focalizar la acción investigativa [...] hacia determinadas situaciones y casos, con el fin de asegurar un mayor impacto y un mejor impacto de los recursos administrativos y logísticos» (Fiscalía General de la Nación, 2015). Desde este planteamiento cabe resaltar que la focalización de la acción investigativa en el ámbito penal no se da solo por el análisis en contexto, sino por el hallazgo de prácticas, patrones y modalidades delictivas, sectores, periodicidad, identificación de autores y otros criterios propios del análisis delictivo-criminal, como ya se observó; así, el contexto se circunscribe a una técnica que complementa, de forma importante, la comprensión de las dinámicas y fenómenos delictivos en sectores, regiones y lugares concretos.

Igualmente, se llegan a referir algunas de las situaciones y casos priorizados por entidades como la Fiscalía que refieren el análisis en contexto como «caso[s] ilustrativo[s] del plan criminal que representa[n] los patrones de una conducta delictiva característica de una determinada estructura criminal», sin embargo, estas variables son propias del análisis estratégico u operativo –dentro de otros tipos de análisis delictivos-criminales– y no en contexto como ya se explicó. En concordancia con

esto, se encontró un esquema de los propósitos que tácitamente persigue «el sistema de investigación penal en contexto» planteado por la Fiscalía General de la Nación en Colombia para el 2016 y que muestra la figura 5.

Figura 5. *Ejemplo de esquema relacionado con los alcances del contexto*



Fuente: Martínez (2014).

El esquema de la figura 5 a pesar de que no delimita los aspectos propios del análisis delictivo-criminal, sí infiere un claro y certero discernimiento y es que la comisión de delitos no se produce de manera aislada, ni en todas las circunstancias, sino que suelen consumarse en escenarios en los que dominan situaciones como crisis sociales, condiciones favorables para la anarquía o la incapacidad del Estado para afrontar tales situaciones. Con todo esto, en la figura 5 se observa una extensa confusión derivada de la no delimitación de los fines de cada una de las técnicas de análisis y los alcances y objetivos propios del análisis delictivo-criminal.

Por su parte, Fundación Ideas para la Paz (2019) reseñó al análisis de contexto para delimitar factores de riesgo y problemáticas a través de indicadores como la infraestructura. En México se han hecho algunos acercamientos al análisis contextual (International Bar Association's Human Rights Institute, 2017), no obstante, también se observan ciertos yerros a la hora de identificarlos, así como otros que hicieron referencia clara del contexto y de la necesidad del análisis delictual-criminal diferenciándolo adecuadamente del contexto.

Otro aspecto que tiende a confundir la técnica de análisis contextual y la actividad de análisis delictivo-criminal es en que la segunda se vincula con criterios que establecen la relación entre agresor y víctima o la responsabilidad del actor o actores de los hechos en un

tiempo-espacio; estas confusiones prevalecen porque no se conciertan los límites del análisis en contexto, a manera de ejemplo:

«[Respecto al contexto], entre todas sus posibles modalidades, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) considera básicos y fundamentales: el mapeo del universo de sospechosos y de víctimas; la determinación del contexto sociohistórico de los hechos; la caracterización de contextos locales y dinámicas de violencia; y el análisis de información documental, tanto pública como reservada [...], la identificación de patrones como un tipo de análisis idóneo para construir inferencias con vocación probatoria para establecer la responsabilidad de autores intelectuales» (Martínez, 2014).

La mixtura de objetivos planteados para el análisis en contexto ha acarreado desaciertos relacionados con la pertinencia y alcances de las técnicas empleadas en el estudio del delito; la explicación de variables como el abordaje de patrones, *modus operandi*, prácticas, modalidades y demás elementos que componen la dinámica delictiva, así como la caracterización de motivos, motivaciones y elementos concernientes al cómo, por qué y quienes están asociados con estas dinámicas son objetivos propios del análisis delictivo-criminal, no obstante, en muchas ocasiones se confunde con los fines que persigue el análisis en contexto desencadenando confusiones conceptuales y por ende metodológicas a la hora de desarrollar productos analíticos:

«La elaboración de patrones a partir de los delitos cometidos es, en consecuencia, una tarea decisiva: a partir de los crímenes resultantes, se propone como un análisis que posibilita reconstruir el *modus operandi* de las organizaciones criminales y determinar los objetivos de estas (políticas o planes criminales) [...] "la investigación criminal en contexto permite comprender cualquier fenómeno delictivo cuyo centro de gravedad sea una organización o red"» (Martínez, 2014).

A manera de cierre, las diferencias entre el análisis delictivo-criminal son claras y deben considerarse al emprender cualquier tarea analítica; asimismo, la formulación de hipótesis investigativas, como se mencionó, necesita de la correlación de los elementos que tuvieron lugar en un escenario determinado, considerando las eventualidades que pudieron incidir; por ejemplo, para el caso colombiano, los periodos que han marcado el conflicto armado, dentro de otros aspectos relevantes, no deben desconocerse al momento de analizar un fenómeno delictivo-criminal.

El desafío está en comprender los alcances y limitaciones de cada técnica aplicada en la labor analítica ya que, a partir de esto, se determina el punto de inicio, el grupo de profesionales que aportará a la construcción de un producto analítico, las limitaciones y los alcances de cada tipo de

análisis y cada técnica a emplear para concentrar y organizar ideas sustentadas, concretas y enfocadas a los objetivos de cada tarea de análisis.

V. CONCLUSIONES

Las interpretaciones que se le dan a los hechos delictivos acontecidos en un lugar determinado, dentro de una hora específica y sobre una víctima con explícitas características requieren de la identificación, caracterización y comprensión de las dinámicas que se desenvuelven en dichos lugares, zonas, regiones o sitios en donde se presenta y estudia cada evento. En este sentido, el contexto desempeña un papel trascendental para su comprensión; el abordaje de un caso o conjunto de casos establece una serie de variables que, junto con el estudio de informes emitidos por gobiernos locales u otros – consulta de fuentes externas– permiten estrechar la brecha entre los factores incidentes y la ocurrencia de delitos.

Los aspectos que se asocian con el tipo de análisis delictivo o criminal van en la misma línea de autores como Townsley y Pease (2002), quienes señalan que una de las debilidades del conocimiento delictivo es la creencia de que pocos delincuentes cuentan con objetivos claros en relación con el grupo de víctimas y de sitios concretos. Algunos autores piensan que este tipo de estudios es útil solamente en términos operacionales, desconociendo ciencias como la victimología, la criminología, la sociología, la psicología y otras que pueden aportar al estudio del delito desde sus objetos como ciencias.

En todo caso, la recomendación para la aplicación de un análisis delictivo-criminal más eficiente debe dejar de lado las obviedades y no escatimar en la consulta de todas las fuentes de información científica y experiencial, así como la comunicación de resultados del análisis para favorecer la integración de datos, metodologías de trabajo, técnicas, prácticas y demás (Fundación Paz Ciudadana, 2015).

El análisis delictivo-criminal involucra elementos propios del delito y su contexto y busca, organiza y analiza datos que contribuyen al hallazgo de información relevante y demostrativa para entender los fenómenos delictivos y esclarecer hechos materia de investigación a través de metodologías claras y guiadas por la cientificidad donde, por medio del planteamiento de hipótesis, se confirman o descartan los argumentos propuestos para llegar a conclusiones más confiables. En cualquier sentido, el análisis tanto delictivo como contextual debe ser sistemático y basado en procesos analíticos para proveer información confiable y válida para comprender los casos, situaciones y fenóme-

nos identificados en un tiempo-espacio (Gottlieb *et al.*, 1998, citados en Fundación Paz Ciudadana, 2009).

La inclusión de factores sociodemográficos y otros componentes del contexto aplicados al análisis delictivo-criminal además de los aspectos espaciales y temporales que lo complementan promueven análisis más eficientes y encaminados a la reducción de la delincuencia, la prevención delictiva y la intervención investigativa y judicial (Boba, 2005), por tal razón, se deben trabajar en conjunto para así vincular todas las partes o elementos comprometidos con la ocurrencia de un hecho delictivo, permitiendo así su comprensión integral, guiando propuestas y entregando sugerencias de los pasos a seguir en términos de intervención y en sintonía con los objetivos trazados.

La actividad de análisis delictivo-criminal, en general, funciona como una investigación científica a pequeña escala, contando con formas de razonamiento que permiten una promesa estratégica para intervenir y donde, a través de su uso cotidiano, puede llegar a mezclarse, de forma natural, con la prevención delictiva. En definitiva, la génesis del delito al ser multicausal debe contener, al momento de ejecutar un análisis, todas las herramientas, técnicas y tipos de abordaje que le faciliten profundizar en el fenómeno objeto de estudio explicándolo desde distintas perspectivas teóricas y ciencias. Las estrategias usadas en este tipo de intervenciones para reducir el impacto de los delitos conllevan a despuntar los beneficios que se pueden obtener tras la identificación de actores implicados, el aumento de los esfuerzos y la concentración de recursos derivados de dichas tareas analíticas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID). (2014). *Guía para propuestas*. USAID. Disponible en: https://scms.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/ofda_guidelines_spanish.pdf
- AMAYA, S.; HERNÁNDEZ, S.; CAMACHO, M.; ARÉVALO, G.; ARANGUREN, M.; CASTAÑEDA, M.; URREA, Y.; MÉNDEZ, D.; ROCHA, D.; DALLA, B.; RODRÍGUEZ, A.; BEJARANO, M.; SILVA, M.; GALVIS, Y.; RODRÍGUEZ, C., y ALCÁNTARA, L. (2019). «Epistemología y psicología forense. Guía práctica para psicólogos y abogados». *Manual Moderno*.
- ANSOLABEHERE, K.; ROBLES, R.; SAAVEDRA, Y.; SERRANO, S., y VÁZQUEZ, D. (2017). «Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar». *Manual de análisis de contexto para casos de violaciones a los derechos humanos*. International Bar Association's Human Rights Institute, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

- BARBOSA, G. y BERNAL, C. (eds.). (2015). *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Universidad Externado de Colombia.
- BOBA, R. (2005). *Institutionalization of Problem Solving, Analysis, and Accountability in the Port St. Lucie*, Florida Police Department. Disponible en: <https://cops.usdoj.gov/RIC/Publications/cops-w0613-pub.pdf>.
- CARIAC, A. y RODRÍGUEZ, E. (2009). «Convergencia interdisciplinaria en la metodología de la investigación criminal». *I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. Disponible en: <https://www.aacademica.org/000-020/29>.
- CASTRO, J. y APARICIO, J. (2008). «La investigación criminal y el esclarecimiento de un hecho punible». *Criminal Investigation and Crime Clearing Up*, 50 (2), 103-116. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v50n2/v50n2a08.pdf>.
- CORNEJO, J. (2020). «El sistema de los delitos contra la eficiencia de la administración pública». *Consideraciones político-criminales. Derecho y Cambio Social*, 60, 252-289. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7524993>.
- DÍAZ, C. y LEÓN DE LA GARZA, E. (2014). *Método comparativo*. Universidad Autónoma de Nuevo León. Disponible en: <http://eprints.uanl.mx/9802/1/Estudio%20Comparado.pdf>.
- DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL E INTERPOL. ÁREA DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS CRIMINAL (2010). *Guía para la investigación criminológica en el Observatorio del Delito*. Policía Nacional.
- FERNÁNDEZ, J. y TOBI, X. (2009). «Criminal y contexto: estrategias para su figuración». *Revista LIS ~Letra Imagen Sonido~ Ciudad Mediatizada*, II (4), 41-71. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5837719>.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (2010). *Manual único de policía judicial. Versión 2*. Fiscalía General de la Nación. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Manual-de-Policia-Judicial-Actualizado.pdf>.
- (2015). *Cartilla 5 herramientas analíticas para la investigación y el ejercicio de la acción penal*. Fiscalía General de la Nación.
- FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ. (2019). *Civilizar la seguridad ciudadana. Recomendaciones de política pública*. Fundación Ideas para la Paz. Disponible en: http://ideaspaz.org/media/website/FIP_CivilizarSeguridad_web.pdf.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. (2009). *Introducción al análisis delictual. Conceptos*, 7, 1-12. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2009/05/conceptos-7-introduccion.pdf>.
- (2015). *Memoria institucional*. Disponible en: www.pazciudadana.cl
- GALLARDO, L. (2015). *Metodología de análisis del contexto. Aproximación interdisciplinaria*. Disponible en: https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/78803/35BCN_GallardoLaura.pdf.

- GONZÁLEZ, E. y MOJICA, F. (2015). «Análisis contextual de una comunidad popular en la ciudad de Tunja (Colombia)». *Teoría y Crítica de la Psicología*, 5, 57-78. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/279951716_Analisis_contextual_de_una_comunidad_popular_en_la_ciudad_de_Tunja_Colombia_Contextual_analysis_of_a_working-class_community_in_the_city_of_Tunja_Colombia.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION'S HUMAN RIGHTS INSTITUTE. (2017). «Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar». *Manual de análisis de contexto para casos de violaciones a los derechos humanos*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5766/10.pdf>.
- LOBO, A.; ESPINOSA, A.; GUERRERO, A., y OSPINA, V. (2019). «Psicología forense en el proceso penal con tendencia acusatoria». *Guía práctica para psicólogos y abogados*. Manual Moderno.
- MARTÍNEZ, D. (2014). *Manual de análisis contextual para la investigación penal en la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC) de la Fiscalía General de la Nación*. Centro Internacional para la Justicia Transicional. Disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf>.
- MARTINEZ-DAZA, D. (2022). «Modalidad, práctica y patrón delictivo: análisis desde una perspectiva criminológica, Modality, Practice and Delinquency Pattern: Analysis from a Criminological Perspective». *Revista de Derecho penal y Criminología*, vol. 43, núm. 115, julio-diciembre de 2022, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 197-228. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v43n115.06>. Disponible en: <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpen/issue/view/669>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE COLOMBIA. (2017). «Crimen y política pública criminal: elementos para la configuración del Observatorio de Política Criminal». *Observatorio de Política Criminal*. Ministerio de Justicia. Disponible en: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>.
- NOHLEN, D. (2020). «El método comparativo». En H. Sánchez de la Barquera (ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política. Volumen III: la metodología de la ciencia política* (pp. 41-57). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6180/5.pdf>.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). (2010). *Manual de instrucciones para la evaluación de la justicia penal. Investigación de delitos*. UNODC. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Crime_Investigation_Spanish.pdf.
- PAÚL, A. (2019). «El relato de los contextos históricos, sociales y políticos en las sentencias de la Corte Interamericana». *ACDI*, 13, 9-46. Disponible en: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7647>.

- PIOVANI, J. y KRAWCZYK, N. (2017). «Los estudios comparativos: algunas notas históricas, epistemológicas y metodológicas». *Educação & Realidade*, 42 (3), 821-840. Disponible en: https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.8927/pr.8927.pdf.
- POLICÍA NACIONAL. (2018). *Introducción del desarrollo científico en la investigación criminal*. Policía Nacional. Disponible en: <https://policia.edu.co/esinc/wp-content/uploads/2019/05/Introducci%C3%B3n-del-Desarrollo-Cient%C3%ADfico-en-la-Investigaci%C3%B3n-Criminal.pdf>.
- REYNA CRUZ, W. E.; CARREÓN CORONA, A. L., y ARMIJO MENA, S. G. (2019). «La interrelación de diferentes disciplinas para el abordaje científico de fenómenos y problemas sociales». *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales*, 9 (2), e056. Disponible en: doi.org/10.24215/18537863e056.
- RICARDO, K. (2018). «Aproximación a la definición del objeto material de la investigación criminal desde la fundamentación epistemológica». En *Introducción del desarrollo científico en la investigación criminal* (pp. 10-21). Policía Nacional. Disponible en: <https://policia.edu.co/esinc/wp-content/uploads/2019/05/Introducci%C3%B3n-del-Desarrollo-Cient%C3%ADfico-en-la-Investigaci%C3%B3n-Criminal.pdf>.
- RODRÍGUEZ, R. (2016). «Bases teóricas de las ciencias forenses contemporáneas y las competencias interdisciplinarias profesionales». *Medicent Electrón*, 20 (1), 3-10. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/pdf/mdc/v20n1/mdc02116.pdf>.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2000). *Código penal. Ley 599 del 2000*. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388#:~:text=La%20ley%20penal%20colombiana%20se%20aplicara%20a%20la%20persona%20que,Convenios%20Internacionales%20ratificados%20por%20Colombia>.
- SOTO, C. (2016). «La prevención situacional: bases teóricas de fundamento criminológico». *Iter Criminis*, 15, 85-111. Disponible en: <https://vlex.com.mx/vid/prevencion-situacional-bases-teoricas-746172489>.
- TIANA, A. (2012). «Analizar el contexto para obtener el máximo beneficio de la evaluación». *Bordón*, 64 (2), 15-28. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/BORDON/article/view/22014/11351>.
- TOWNSLEY, M. y PEASE, K. (2002). «Hot spots and cold comfort: the importance of having a working thermometer». *Crime Prevention Studies*, 13, 59-69. Disponible en: https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/library/crimeprevention/volume_13/04-Townsley.pdf.
- TUDELA, P. (2015). «Análisis criminal, proactividad y desarrollo de estrategias policiales basadas en la evidencia». *Revista Criminalidad*, 57 (1), 137-152. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v57n1/v57n1a10.pdf>.
- (2016). «Fundamentos del análisis delictual». *VI Taller de Análisis Delictual*, Santiago. Disponible en: <https://pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2019/01/taller-1-fundamentos-analisis-delictual.pdf>.
- VOZMEDIANO, L. y GUILLÉN, C. (2010). *Criminología ambiental: ecología del delito y de la seguridad*. UOC.

SEMINARIO: «ALCALÁ Y SU PATRIMONIO.
UNA VISIÓN DESDE LA JUSTICIA PENAL:
CÁRCELES, GALERAS Y PRISIONES»

Alcalá de Henares, ciudad penitenciaria.
Las huellas de la experiencia personal

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

I

Voy a hablar de memoria. Mi charla en este día académico y gratificante va a desgranarse en periodos de mi vida, relacionados todos ellos con las prisiones de esta ciudad complutense, mi Universidad durante cuarenta y cinco años. Y, como es habitual en mí, los recuerdos van a aflorar sinceros y entrañables. Tanto en mi breve etapa como letrado y después como Director General del ramo, la capital alcalaína va a ocupar estas líneas. Mi discípulo Enrique Sanz me ha comprometido con las mismas, que me desvían de los trabajos que, en verdad, ahora me ocupan: dos conferencias más y dos libros-homenaje, pero es este tema tan querido para mí, y de quien procede personalmente el encargo e institucionalmente del Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales, así como actuar en este lugar docente que llevo dentro, que no podía negarme. Otra cosa será el resultado.

Mi intervención viene a ser una modesta introducción a la materia seleccionada para esta jornada. Los centros penitenciarios de Alcalá están íntimamente relacionados con las mujeres presas y con los hombres y jóvenes reos condenados en los primeros establecimientos del pasado siglo, y de ello van a ocuparse otros ponentes, tan admirados por mí como mis discípulos Gema Martínez Galindo y el citado Enri-

que Sanz Delgado. Su especialidad en el asunto se erige como muy superior a cuanto yo aquí pueda ahora exponer. Pero mi experiencia personal es, lógicamente, única y tal vez, por ello, pueda tener un cierto interés para el auditorio.

Yo acabé la carrera de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid (UCM) en 1969, con veintidós años. Superadas las prácticas de la milicia universitaria, para no dejar nada pendiente, me matriculé en el Colegio de Abogados madrileño en ese mes de octubre (soy el núm. 10.368) y, de inmediato, asumí la defensa de mis primeros clientes particulares y de oficio y, especialmente, ante el Tribunal de Orden Público (en adelante TOP). Fue mi originaria vocación. Mi primera actuación tuvo lugar en un juicio por manifestación no pacífica, acompañado en estrados de otros compañeros luego destacados protagonistas de la vida pública española, delito político vigente entonces en nuestro Código Penal. A partir de aquí, se sucedieron los sumarios por hechos como el mencionado, propagandas ilegales o asociación ilícita –sobre los que escribí de conjunto un Suplemento de Cuadernos para el Diálogo (1976)– y también las vistas públicas y las visitas a las diversas prisiones en las que mis clientes procesados (estudiantes y obreros) estaban presos a la espera de juicio o ya condenados.

De entre ellas, en todas las prisiones de Madrid del hoy desaparecido complejo de la Avda. de los Poblados (conformado por Carabanchel, Jóvenes y Psiquiátrico) y la de Yeserías, ahora Centro de Inserción Social (en adelante CIS) Victoria Kent, en el distrito Delicias-Arganzuela, los presos preventivos y algunos penados se tenían que situar, al estar localizada la Sala juzgadora en la capital y lo mismo acontecía con la Audiencia Provincial, para los delitos comunes; pero también acudía a las prisiones de Alcalá, la de cumplimiento de hombres, talleres penitenciarios y a la Galera, cárcel de mujeres, según su denominación tradicional desde principios del siglo xvii que, de seguido, quiero significar especialmente pues a los mismos se dedica mi ponencia y la Jornada. Las mencionadas prisiones configuraban otra característica de esta Ciudad, según la conocida e inteligente frase de Azaña, poblada de cuarteles, conventos y cárceles, como una de sus elementos significativos, las tres «C», como nos recuerda hoy Julián Vadillo Muñoz en su tesis doctoral de la Universidad Complutense, Facultad de Geografía e Historia («El movimiento obrero en Alcalá de Henares», 2013). Desaparecidas hoy las edificaciones militares y las prisiones del centro urbano e incólumes las iglesias, el justo homenaje al pasado aparece claramente en la rotonda de la Avda. Lope de Figueroa dedicada «a los funcionarios de prisiones».

Sin embargo, mi primer recorrido por el centro de hombres tuvo lugar cuando todavía era estudiante de Derecho. En el tercer curso de

carrera, fallecido ya nuestro catedrático, el maestro D. Antonio Quintano Ripollés, su adjunto, el profesor y abogado D. Diego Mosquete, nos procuró el mismo de la mano de su amigo, D. Amancio Tomé, reconocido penitenciario y asesor de la Dirección General y que, entre otros mandos, había desempeñado el de la cárcel de Porlier (Madrid) en la posguerra. El edificio, hoy supérstite, es colegio de los padres escolapios, a quien fue devuelto en 1944, al inaugurarse el centro de detención de hombres, es decir Carabanchel. Yo, por entonces, no conocía al personaje citado ni su biografía, ni le había estudiado. Reconozco que, al igual que a mis compañeros apuntados voluntariamente al evento, no me impresionó el giro de manera particular, excepto el olor característico que desde entonces no olvidé y volví a reconocer cuando asumí, años después, el desempeño del cargo máximo del Centro Directivo.

De hecho, me pareció el encierro contemplado la consecuencia lógica de los delitos cometidos, tal y como había estudiado en el curso académico, sin plantearme ni analizar nada más. Lo mismo me había acontecido cuando era un niño y acompañaba a mi querido padre, médico que, entre otras oposiciones, como el llamado entonces Seguro de Enfermedad y de Aduanas, lo era también de Prisiones, y pasaba consulta en la prisión de mujeres de Yaserías (Madrid) y entonces asimismo hospital penitenciario, hasta la inauguración del nuevo edificio en 1970, también en el citado complejo de Carabanchel. Me quedaba sentado esperándole en el jardín que rodeaba el centro y nada especial me preguntaba. Nunca pude imaginar que, años después, cruzara sus puertas, primero como abogado defensor y luego, como máximo responsable de Instituciones Penitenciarias.

No está de más significar ahora que esas visitas carcelarias mencionadas eran el primer contacto que los abogados de entonces teníamos con nuestros clientes. No existía legalmente la posibilidad de asistir a los detenidos en sus primeras comparecencias e interrogatorios ante la policía y ante el mismo juez, con lo cual los sumarios estaban muy orientados hacia la culpabilidad por notoria indefensión. Será la vista oral la que, malamente, procuraría deshacer esa desventaja de la parte, cosa ciertamente, difícil por demás. En los locutorios se preparaban las preguntas y respuestas y se pergeñaban así las conclusiones y los informes. Invertir en favor del reo las declaraciones anteriores era tarea harto complicada. No obstante, yo siempre hablaba de las escasas sentencias absolutorias del TOP, como necesarias para «cumplir con la estadística». Si a esta deficiente preparación de la representación legal, la única que se me antojaba como posible, se une la discreta vigilancia a que éramos sometidos los abogados por la

omnipresente Brigada Político-Social, el panorama se nos presentaba como completo y, de esta forma, deprimente y temeroso, aunque valiente.

En los tiempos en que ya había finalizado mi ejercicio profesional, se produjo, en agosto de 1974, un pavoroso incendio en tales talleres, con víctimas mortales, doce reclusos y el maestro de carpintería, criticado, aunque no muy ampliamente, dentro de la censura imperante, por la falta de previsión y medios para atajarlo eficazmente. En la revista Cuadernos para el Diálogo escribí un editorial al respecto que me pidió, en plenas vacaciones de verano, el director de la publicación Félix Santos. El de la editorial era Pedro Altares. Yo era miembro de su Consejo de Redacción desde 1971. Allí conocí, en el verano de ese año, a mi maestro, Enrique Gimbernat. Me había nombrado D. Joaquín Ruiz-Giménez, a propuesta de Gregorio Peces-Barba.

Los centros de hombres eran anticuados y en servicio desde hacía décadas y la Galera presentaba las deficiencias propias de su anterior destino. Servidas también por religiosas de la Caridad, las internas no tenían más inconveniente que el rigor de los horarios, el tedio y el mismo encierro, más flexible. Con unos y otras, yo comunicaba, como su letrado, en los locutorios adaptados a tal efecto, preparando sus interrogatorios, defensas y recursos o, simplemente, reconfortándoles. Los locales eran clásicos y acondicionados a su nueva función.

Con extensa historia carcelaria todos, del de hombres se fugó, en plena República, en noviembre del año 1933, el millonario Juan March, sobornando, entre otros funcionarios, al oficial de guardia y llevándose con él al extranjero y empleándole a su servicio; y aquel centro fue testigo de la firme actuación del Delegado Especial de Prisiones de la misma República, Melchor Rodríguez, «el Ángel rojo», que impidió, en diciembre de 1936, la matanza de 1.532 de presos derechistas por las exaltadas turbas milicianas; por eso, el periodista, corresponsal y escritor Alfonso Domingo, que ya le había biografiado con anterioridad (2009, *vid.*, mi recensión en *La Ley Penal*, núm. 75, 2010), subtitula el más reciente libro que le dedica, «El anarquista que salvó a sus enemigos» (Espuela de Plata/Renacimiento, 2021). Con anterioridad, también había puesto a salvo a muchos otros reclusos en la cárcel Modelo de Madrid oponiéndose a las frecuentes «sacas» y «paseos», aunque no alcanzó a hacerlo en la de Guadalajara. En su Consejo de Guerra sumarísimo, en la posguerra, testificó a su favor, entre otros, el general Muñoz Grandes, uno de los beneficiados por sus decisiones. Condenado a veinte años de internamiento, cumplió cinco. Hoy el CIS de Alcalá de Henares, por Orden de 29 de enero de 2009, lleva su nombre.

Acerca del centro de cumplimiento durante el franquismo, concretamente hace setenta y seis años, centrado pues en 1947, hay un buen libro, del historiador Nicolás Sánchez-Albornoz Abuín, «Cárceles y exilios» (Anagrama, 2012), hijo del eminente profesor y arabista D. Claudio Sánchez-Albornoz Menduñía.

Cuando yo los frecuentaba, no advertía en todos ellos especiales características, distintas a las que conocía de otros centros. Eran lugares tristes y oscuros, incómodos, antiguos en su concepción, con celdas viejas, a la manera del viejo olmo machadiano con trazos en sus paredes que eran nombres y cifras que eran fechas; de patios angostos y circundados por las garitas de vigilancia de la Guardia Civil, sin recintos exteriores, torretas que daban a la calle, concretamente en frente de la Hostería del Estudiante, parte trasera del posterior Rectorado de la Universidad. Hoy las manzanas que ocupaban lo conforman el parador de turismo de la ciudad y el teatro de La Galera, que mantiene su nombre histórico.

Nunca me convencieron. Cuando fui Director General de Instituciones Penitenciarias tomé las medidas adecuadas al respecto, como expondré más adelante.

Mi tesis doctoral todo lo cambió. En la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense madrileña la defendí en junio de 1974, publicada menos de un año después (en marzo de 1975) por el Instituto de Criminología de aquel centro docente. Al sistema penitenciario español, a sus orígenes y sistemática, dirigida por mi querido maestro, el prof. Enrique Gimbernat Ordeig, se dedicó. Y mientras leía todo lo pertinente y fichaba con fruición cuanto caía en mis manos, fui conociendo a fondo nuestro penitenciarismo y a nuestros penitenciarios, siéndome fácil identificar en su contexto y situar las prisiones alcaínas y cuantas conocí.

A partir de entonces, mi vida científica al estudio del Derecho penitenciario y, en paralelo en aquella época, a la pena de muerte, se entregó, renunciando a mi carrera como abogado, también cansado de la ineficacia del «recurso de contrafuero» que presenté contra la entonces vigente Ley de Orden Público de 1959(1), de mi suspensión judicial de tres meses por aconsejar a mis clientes no contestar a las preguntas de la Sala en un juicio perdido de antemano, las diligencias que me fueron abiertas por un juzgado militar por encabezar un escrito de abogados instando a investigar la muerte del obrero, afiliado a

(1) El recurso de contrafuero estaba previsto en los arts. 59 y ss. de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967. Lo presenté, el día 17 de julio de 1971, ante la Comisión Permanente de las Cortes, órgano competente para tramitarlo, por vulneración de determinados preceptos del vigente Fuero de los Españoles.

Comisiones Obreros, Pedro Patiño, por disparos de la Guardia Civil, en septiembre de 1971 y de mi procesamiento por el propio TOP, por la defensa bastante agresiva de un cliente, en enero de 1972(2). Una vez cumplida la sanción, archivada la investigación y sobreseída la causa, me ratifiqué en la idea de que la Universidad me exigía una exclusividad en mi dedicación y en mi destino. No obstante, todavía en 1976 fui investigado, de nuevo, por un Juzgado militar de Madrid, por escribir acerca de la muerte de cinco obreros en Vitoria, al salir de la catedral, por la actuación de una Compañía de Reserva de la Policía Armada, quedando luego ello en agua de borrajas.

El que cuatro años después de mi tesis (1974) asumiera la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y redactara la Ley del ramo (1978), cumplió un sueño no concebido entonces ni por asomo.

He hablado de la Galera de Alcalá. De ella y de cuantas se extendieron por la geografía española arrancan las casas de corrección de mujeres, siendo así su claro antecedente. En las galeras eran las reclusas primitivamente destinadas a descontar sus penas, desde su regulación en la «Obrecilla» de la monja Bernarda, Sor Magdalena de San Jerónimo, publicada a principios del siglo xvii (1608). Tres fases conoció esta reclusión: la religiosa, la judicial (Ordenanza de Pereyra, 1796) y la penitenciaria (Reglamento Casas de Corrección, 1847). Lo dije en el Libro-Homenaje al prof. Torío López (Comares, 1999). La gran tesis doctoral de mi citada discípula Gema Martínez Galindo (Edisofer, 2001), desarrolla ampliamente este tema, seguido después por el resto de la doctrina especializada. El nombre lo toman, desde el principio, de la dureza de la genuina pena de galeras en las que «echaban sus vidas a remar» los hombres condenados. Por eso, Federico de Castejón, catedrático de Derecho penal de Sevilla («Legislación penitenciaria española». Reus, 1914) de aquellas escribió que, cuándo se implantaron en tierra, su destino en presidios se militarizó.

La posterior exclusión legal expresa de las mujeres de los presidios (industriales o de obras públicas) y su encierro en prisiones, se sentó en los posteriores textos sustantivos (art. 77 CP 1944/1963/1971 y texto refundido de 1973) y así, las condenadas nunca fueron enviadas a cumplir pena de privación de libertad, ni a las minas de Almadén ni a los presidios norteafricanos ni a las diversas modalidades de los peninsulares. Estos establecimientos no querían mujeres. Recuerdo que en mis clases de Derecho penal de la Facultad, el maestro Quin-

(2) Este procesamiento, por delito doloso, tuvo como consecuencia el apartarme de la docencia por el curso académico 1972-1973. Como decía mi maestro, no me hundí, sino que me dediqué a trabajar en mis primeros libros y artículos y en mi tesis doctoral.

tano hablaba del precepto y lo calificaba de «innecesaria galantería para con las damas». El artículo mencionado desaparece en el CP vigente, de 1995, aunque ya lo había convertido en ineficaz la Ley General Penitenciaria.

Los establecimientos de hombres eran de cumplimiento de penas de jóvenes o industriales, «talleres» se denominó uno de los mismos, de cuya modesta imprenta salieron algunos de los libros más importantes del pasado siglo de nuestros penitenciaros y penitenciarios (Cadalso, Navarro de Palencia, Rico de Estasen, etc.). El citado destinado a jóvenes de Alcalá conoció tres disposiciones sucesivas: las de los años 1888, 1901 y 1907.

Cuantos centros penitenciaros he mencionado se regían por el Reglamento de 1956, que trata de adaptarse a las Reglas Mínimas de Ginebra de un año antes, y que acababa de ser reformado en 1968. Pero el régimen, especialmente el disciplinario, impera en ellos. Prisiones era dueña y señora, a través de las Juntas de régimen, en el interior y del Patronato de N.^a S.^a de la Merced, en la Dirección General, del destino de los internos pues no existía una autoridad de carácter judicial que controlara sus decisiones. Las sanciones se imponían y los recursos se eternizaban. El sistema progresivo se aplicaba con automatismos, atendiendo casi exclusivamente a los periodos descontados en prisión, con traslado, al variar de grado, a otros establecimientos. No había los jueces de vigilancia de hoy ni equipos de tratamiento, pues los miembros del Cuerpo Técnico, recién creado en 1970, se pusieron en funcionamiento y se empezaron a incorporar después de cuando yo ejercía como abogado. En su primera promoción figuraron Jesús Alarcón (psicólogo) y Emilio Tavera (jurista-criminólogo) que luego serían, respectivamente, mi Inspector y Subinspector General Penitenciarios. Además de las religiosas mencionadas, ejercían su trabajo en el interior funcionarios del Cuerpo Especial (oficinas) y del de Ayudantes (vigilancia). Todos llevaban el uniforme verde y los mandos, en las hombreras, tres rombos el director, dos el administrador y uno los jefes de servicio. A algunos de ellos me los volví a encontrar en mi época de Director General.

Ahora bien, todos habían sido edificios dedicados a otros menesteres y, por ello, con dificultades o falta de adecuación concreta a su misión de recuperar delincuentes e, incluso, de retener y custodiar. Fijémonos en la procedencia de muchos de los mismos, acorde con su clasificación, según el catálogo que nos da, en un texto escrito en la época de su afectación, Francisco Cabrerizo («Las prisiones de Londres y las nuestras». Antonio Álvarez, 1911): de 1.^a categoría: Ocaña, cuartel; Chinchilla, castillo; Alcalá mujeres, convento; de 2.^a cate-

ría: Cartagena, edificio de Marina; Puerto de Santa María, convento; Santoña, depósito de armas; Tarragona (dos cárceles), almacén de herramientas e iglesia; Burgos, convento y Granada, convento.

Como puede verse, Alcalá mujeres se cita expresamente en la relación anterior. En efecto, la construcción de establecimientos que podían llamarse «modernos», es decir de finales del siglo XIX y primeros del XX, no ha comenzado todavía. Los grandes centros radiales o en estrella o los más menguados de capacidad como «de poste telegráfico» o cruciformes, no aparecen hasta los periodos citados. Grandes prisiones de la época son El Puerto, Chinchilla, El Dueso u Ocaña I y en las mismas, como ha recogido Cabrerizo, no hay rastro de las construcciones mencionadas, sino reconversión pura y dura de espacios inapropiados. Recuérdense las frases descriptivas del «Anuario Penitenciario Administrativo y Estadístico» (Romero y Guerra HH, 1889) que resumen, con el acierto y la capacidad característicos de su oculto redactor, Rafael Salillas, previamente recogidas en su obra mágica y ejemplar «La vida penal en España» (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1888), la procedencia de muchos centros: viejos lugares desafectados que se convierten en cuarteles, consistorios o cárceles. En efecto, la desamortización de Álvarez de Mendizábal (1836) ha proveído de prisiones habilitadas al Ministerio de Gracia y Justicia, competente de las prisiones desde 1887. También lo ha dicho Cadalso en su «La actuación del Directorio militar en el ramo de prisiones» (Escuela Industrial de Jóvenes, 1924): tiendas, teatros, hospitales, casas de vecindad, conventos, cuarteles, etc. en fin, todo se convierte en prisiones. Pues bien, las de Alcalá a tal iniciativa pertenecen.

Hasta aquí, la huella que las prisiones de entonces y, entre ellas, las de Alcalá, dejaron en mí. A partir de ahora voy a tratar de recoger la que yo modestamente dejé en mi paso por aquellas y en Prisiones.

II

Pues bien, muchos de los citados fueron los centros penitenciarios que yo recorrí cuando fui Director General de Instituciones Penitenciarias y que traté de reformar, difíciles de compaginar con el rotundo cambio que se proyectaba. Las grandes prisiones en las mencionadas formas de estrella o radiales (Carabanchel, Bilbao, Modelos de Barcelona o Valencia, Oviedo, Huesca, etc.), en panóptico (Badajoz), las de diseño cruciforme (Lérida, Soria) o en modo de poste telegráfico (Barcelona mujeres/Trinitat, Galera de Alcalá tras la reforma en 1882 de Tomás Aranguren), tampoco favorecían la transformación que se empezaba a operar. Volvieron así las estrecheces, los olores inconfun-

dibles, las brigadas dormitorio, las celdas de castigo incompatibles con un deje de humanidad, la entrega personal y profesional de unos mandos y funcionarios con pocos medios, los espacios colectivos angostos o los centros, que gobernaban las galerías, distanciadas de los reclusos. La necesidad de una concepción arquitectónica radicalmente distinta era obligatoria.

Las modernas prisiones modulares nacen de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979, de 26 de septiembre (el art. 12.2 LOGP habla de «unidades» dentro de los establecimientos), y las primeras que se proyectaron, algunas de las cuales llegué a inaugurar y otras dejé pendientes de hacerlo, a ese concepto pertenecen. Estas y las mucho más actuales, hasta un total hoy de 81, de un coste disparado, pero necesario (unos 120 millones euros/prisión), por la generosa inversión del Estado, como evidente manifestación de una comprometida organización social y democrática, son las que ocupan ahora nuestros reclusos y esa orientación de futuro también fue aceptada sin paliativos, en uno de los grandes momentos del debate parlamentario, por los grupos políticos. Y así, les pude decir entonces a sus miembros, pensando en una futura realidad: «aprobando esta idea, estaremos construyendo los mejores y más avanzados centros penitenciarios de nuestro círculo cultural». Aquella frase, anticipada entonces a los hechos, se ha convertido, efectivamente, en una agraciada realidad.

Entre los establecimientos que de esta idea modular nacen, se encuentra el centro de Alcalá-Meco, entonces Madrid II. Puesto en servicio en 1982, cuando yo ya había cesado, su estructura y concepción arquitectónica, aun habiendo sido hoy parcialmente superada, nada tiene que ver con lo que nuestro país podía antes exhibir. Fue compañera de prisiones como Herrera, Las Palmas, Ocaña II, Cuenca, Arrecife, Puerto I, Nanclares, Fontcalent, etc., o sea, las trece iniciadas en mi época con una inversión de 10.500.000 de pesetas, de las de antes.

Nada tienen que ver su diseño y estructura con las antiguas y clásicas prisiones. Los módulos separan a los internos, dentro del mismo recinto penitenciario, lográndose así una eficaz clasificación, sin atender a los traslados de centro por mor de los ascensos o retrocesos de grados en el estricto sistema progresivo, sustituido por el de individualización científica (art. 72.1 LOGP).

Los viejos muros grises, desconchados y tristes de las prisiones de Alcalá, como los de la mayoría de las de otras ciudades, sus celdas angostas y, en ocasiones superpobladas, los comedores colectivos y los patios estrechos e insuficientes, se sustituyen por amplias estan-

cias individuales, espacios deportivos y correctos lugares de esparcimiento. Su coste económico total está más que justificado.

Muy escasas veces volví a las prisiones alcalaínas cuando fui Director General, ya en trance de desaparición. Tan solo recuerdo, entre ellas, una primera ocasión en que acudí para reconfortar y ayudar a un compañero preso en «talleres». Tráfico de influencias, no lo creo, solo ejercicio generoso de la amistad. A este respecto, también visité en la prisión de Salamanca a un antiguo bedel de mi Facultad, condenado por un grave delito. Mi segunda visita fue a su sección abierta, con ocasión del traslado a la misma, desde la de primer grado de Córdoba, de un conocido recluso. El director era entonces Jesús Calvo, luego responsable del nuevo establecimiento. Al fin y al cabo, ya era hora de cerrarlas y destinar a sus internos en otros centros, especialmente en Alcalá-Meco o Madrid II. Y la tercera, en 1978, para cerrar la Galera, enviando sus internas a Yeserías.

Precisamente, hablando del establecimiento de Alcalá-Meco, quiero ahora mencionar un hecho relevante que tuvo posteriormente favorables consecuencias para nuestra actual Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. El entonces capitán general de Madrid, Federico Gómez de Salazar, que había sido gobernador militar del Sahara cuando la «marcha verde» y luego presidió el Consejo de guerra del 23-F, me pidió que en los extensos terrenos destinados a la prisión civil, en Alcalá-Meco, cediera un espacio para la construcción de la militar y que la edificación fuera asesorada por los arquitectos del Centro Directivo. Esta sería, con el tiempo, la única dedicada a los reos castrenses. Asentí con gusto, sin nada a cambio, excepto colaborar en la lógica cooperación entre instituciones, comprendiendo la necesidad del nuevo establecimiento, que suprimiría así los castillos y campamentos, lugares de descuento de sanciones de los ejércitos. Mandado por un coronel, al equipararse a un regimiento, y regido en todas sus funciones por militares, quedaba lejos de la competencia de la Dirección (hoy, Secretaría) General de Instituciones Penitenciarias, lógicamente, perteneciendo la misma en todos sus conceptos a Defensa. Desde entonces, Alcalá-Meco militar se erige próxima a Madrid I y Madrid II.

Pues bien, el gran caballero, hombre de bien y persona sumamente agradecida que fue el general Gómez de Salazar, me lo vino a demostrar poco tiempo después. La Facultad de Derecho de la calle Libros, que había sido colegio Máximo de jesuitas, pertenecía a Defensa por su anterior adscripción como cuartel de Mendigorría, donde acampaba la brigada paracaidista. Yo era el Decano y se me alcanzó pedir al antiguo capitán general de la 1.^a Región, ya en la reserva pero vivas

sus relaciones personales y profesionales, su ayuda para desafectar primero, transferir el edificio y luego no oponerse a que fuera centro docente. Así lo hizo sin dudar, tocando los resortes pertinentes, y como me dijo entonces «yo no he olvidado lo que hizo Vd. por mí entonces cuando podía hacerlo y ahora el que puede hacerlo soy yo». Yo tampoco lo he hecho nunca y así, mantengo, de manera intangible, la grata memoria del brillante militar, fallecido en 2006.

Alcalá-Meco militar es el resultado final de la diferencia actual, en peor, de normas, establecimientos o doctrina del Derecho penitenciario castrense. Es cierto que fue el origen del ordenamiento civil, desde la Ordenanza de Arsenales, de 1804, detentando la competencia Marina. Tras sucesivos cambios, Guerra, Fomento o Gobernación, Gracia y Justicia, en 1887, se hace cargo de las prisiones. Previamente, la Ordenanza General de Presidios, de 1834, y la Ley de Prisiones, de 1849, habían anticipado la transformación. Esto, y antes de la Ley de Presupuestos, que impone el nuevo Ministerio, la creación del cuerpo de Empleados de Establecimientos Penales, de 1881, sobre la que ha escrito magistralmente la profesora Figueroa Navarro (Anuario, 2019), determina la nueva organización ministerial. A partir de aquí, el declive del penitenciarismo militar se impone, en beneficio del ordinario. Frente a los 81 establecimientos en servicio, el único militar en activo simboliza la clara diferencia abismal.

Como joven abogado también quiero rememorar aquí, muy brevemente, como final al hilo de lo mencionado, mis intervenciones en consejos de guerra. En cuantos intervine asistiendo profesionalmente a estudiantes, por delitos de desertión, agresión o resistencia a fuerza armada (tirar piedras a la Policía Armada en las manifestaciones o forcejear en su detención), celebrados en el gobierno militar de María Cristina (Madrid), el protocolo era imposible para la defensa. Tribunal y Fiscal eran miembros del ejército, y cuando el oficial (generalmente un Teniente del ejército de tierra) representante de la acusación, dejando el sable en el estrado, leía las conclusiones, había que ponerse en pie, casi firmes y, en fin, las preguntas e informes finales estaban muy limitados o muy condicionados para los letrados. Los reos, al menos alguno de los que yo asistí, ingresaban en el fuerte de Santa Catalina, un baluarte en Cádiz, mecido por las aguas. Insufrible encierro, inadmisibles para el último tercio del siglo xx, impropio de sus habitantes y de los delitos por los que habían sido condenados. Otras prisiones militares figuran en la relación que yo efectué en mi lección de cátedra (Anuario, 1986), hoy desaparecidas. Obviamente, en la actualidad, Alcalá-Meco las suple a todas y no hay internos que no

sean militares o guardias civiles de cualquier graduación. En su interior vigila la Policía Militar.

Acabo ya. Vuelvo a las prisiones de Alcalá de Henares. He salido de una de ellas en la primavera de 1971, de despachar con un cliente y respiro con parsimonia el aire libre del poblachón madrileño. Mientras voy en el autobús de vuelta a Madrid, pienso en la necesaria reforma del sistema penitenciario. Lo que no sabía entonces es que yo la fuera a protagonizar, apenas siete años después, por ventura de la suerte o, parafraseando al gran Alonso Martínez, por halago de la fortuna.

Alcalá de Henares, a 13 de junio de 2023.

El establecimiento penitenciario de una jurisdicción privativa: la cárcel de la Universidad de Alcalá en el siglo XVII

IGNACIO RUIZ RODRÍGUEZ
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos

*Al Maestro Carlos García Valdés,
con el cariño y la entrañable amistad de tantos años.*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los tiempos, las sociedades humanas han ideado fórmulas más o menos tasadas para reprimir a todos aquellos que supuestamente hubiesen atentado contra el recto orden social autoimpuesto por esos grupos humanos, singularmente por aquellas élites que les gobernasen, ya fuese a través de un sistema electivo, ya lo fuese a través de una dictadura, elección, herencia o cualquier otra posible vía. Una de esas fórmulas coercitivas será, sin lugar a duda, el apartamiento del grupo con respecto al contraventor de la norma esperando que de esa forma no «contagiasen» al de *espíritu puro*(1), ya fuesen

(1) La argumentación aquí expuesta es la clásica, la que durante siglos ha defendido la «razón» de los juristas: después de la caída por el pecado original, los hombres, naturalmente inclinados hacia el mal, harían necesario que, con una finalidad fundamentalmente ejemplar y preventiva, en las Repúblicas hubiese siempre «juez, cárcel, cadenas, grillos y castigo: porque los hombres sobrados y desmedidos con el temor desto se refrenen». En SANDOVAL, B., *Tratado del cuidado que se deve tener de los presos pobres. En que se trata ser obra pía, proveer a las necesidades que padecen en las cárceles*, Imprenta Miguel Ferrer, Toledo, 1564, cap. 1, p. 1. GARCÍA-GALLO, A., «Aportación al estudio de los Fueros», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1956, pp. 387-446.

presos políticos, enemigos capturados en guerra o, simplemente, delincuentes. Ese lugar, sin duda, será lo que en nuestros días conocemos como prisión o cárcel, detectándose la existencia de estos recintos a lo largo de la historia y en lugares tan diversos como China, Egipto, Roma, Oriente Próximo y Babilonia. Obviamente, en tierras de Hispania, parte fundamental del Imperio Romano, igualmente habrían de aparecer los primeros lugares de internamiento penitenciario, singularmente en minas, cuevas, tumbas, cavernas, pozos o casas fuertes, en un proceso evolutivo que habría de significarse igualmente en tiempos visigodos, Medioevo, Edad Moderna o Contemporánea.

II. ADENTRÁNDONOS EN EL MUNDO DE LA PRISIÓN

El origen de la palabra cárcel lo encontramos en el vocablo latino «coercendo», que parece ser significa restringir, coartar; aunque otros entienden que su origen deriva de la palabra *carca*, término hebreo que significa «meter una cosa».

Recreándonos en el mundo romano, la creación de un mayor número de prisiones y lugares de encarcelamiento vino a responder a la intención de Augusto de favorecer la seguridad ciudadana. En este sentido, a Roma llegaban de manera constante gentes procedentes de los más recónditos lugares del Imperio y también de fuera de él, entre ellos ciertos indeseables que pretendían ejercer su actividad delictiva en ella. Por esta razón, las cárceles romanas se llenaban de ellos, al igual de esos que habían sido condenados a morir en los espectáculos públicos, así como de condenados que habían apelado el favor del emperador y que se encontraban a la espera de que se produjese una resolución a su petición. Fue allí donde se erigiría la conocida *cárcel Mamertina*, conocida ya en la Antigüedad como el *Tullianum*. Se encontraba ubicada en el *Comicio* en la Antigua Roma, en la ladera noreste del monte Capitolino, frente a la Curia y los foros imperiales de Nerva, Vespasiano y Augusto(2).

Por lo que a la península Ibérica hace referencia, a partir del año 476 y fuera ya de toda influencia de un Imperio Romano que había dejado de existir en el occidente europeo, la pena de prisión será igualmente conocida durante la dominación visigoda, caracterizándose de manera singular por el empleo de una violencia con las perso-

(2) Sobre ello, Vid. PAVÓN TORREJÓN, P., *La cárcel y el encarcelamiento en el Mundo Romano*, Madrid, 2006.

nas allí encerradas sin parangón, algo que en cierto modo era heredado de tiempos romanos.

Ya en el mundo medieval, igualmente encontraremos una gran discrecionalidad a la hora de ejercer la represión contra aquellos contraventores de la norma, ya fuese en tierras de realengo, señoriales o eclesiásticas, algo que en cierto modo se pretendería armonizar en tiempos de Alfonso X, a través del célebre *Código de las Siete Partidas*. Sobre ello hay que indicar que ya antes de la promulgación del *Código Alfonsí* existían cárceles particulares, llámense en los concejos reales, señoriales o de abadengo. Además, no está de más el recordar que la entrada efectiva del *Código Alfonsí* no sería hasta el año 1348, casi un siglo después del reinado de Alfonso X, a través del *Ordenamiento de Alcalá de Henares* y siempre teniendo presente que todavía el sistema foral permanecía plenamente vigente en tierras de la Corona de Castilla.

En un mundo en el cual la territorialización del derecho distaba mucho de ser una realidad palpable y fuera de aquellas actividades represoras ejercitadas por los que ostentaban el poder *de facto*, en los distintos señoríos y con respecto a aquellos que no respetaban las normas elementales de conducta y basadas en el fuero correspondiente o en el consuetudinario; la más importante expresión legal del medievo castellano, relativa al internamiento de los que quebrantaban la ley y con una finalidad meramente confinadora y nunca pensando en la reinserción; aparece recogida en las citadas *Partidas del Rey Sabio*. En sus distintas leyes que la integran, encontramos la existencia de lo que podríamos calificar como Ley Penal, establecida en diez años y medio(3), eso sí estableciendo una importante distinción, en lo que a

(3) Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal en la monarquía absoluta* (siglos XVI, XVII y XVIII), Tecnos, Madrid, 1992, p. 340: «Gregorio López recordaba en una de sus glosas que el Derecho común distinguía en orden a este último límite entre varones y hembras, rigiendo para aquéllos la edad mínima de diez años y medio, y para estas la de nueve años y medio; pero hacía ver que tal diferencia no había pasado a ninguna de las leyes de Partidas. En su opinión, era esta una materia en las que las leyes fijaban los citados límites por presumir que por debajo de esas edades el impúber no tenía capacidad de dolo; pero si en algún caso concreto el juez creía que el menor de diez años y medio había actuado con dolo, podía castigarlo arbitrariamente».

Afortunadamente, las primeras disposiciones penitenciarias más significativas –fuera ya de aquellos Hospitales y Cofradías de Misericordia como pudiera ser el «Padre de Huérfanos» de Valencia– en favor de los jóvenes aparecen desde principios del siglo XV a finales del XVIII, con la finalidad de evitar los grandes perjuicios que la cárcel conllevaba para los jóvenes aprehendidos por la justicia. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Los Presos Jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, pp. 25 ss.

la aplicación del encierro respecta, según la clase social a la que pertenece el delincuente:

«Mandado el Rey, o el judgador recabdar algunos omes por yerro que oviessen fecho, aquel, o aquellos que lo oviessen de fazer por su mandado han de ser mesurados en cumplir el mandamiento en buena manera. Ca si aquel a quien ovieren de recabdar fuere de buena fama, o de buena nombradía, que aya casa, e muger, e hijos, e otra compañía en el lugar do lo prenden, e rogare a aquellos que lo recabdan que lo lleven a su casa, que alguna cosa ha de dezir a su compañía, deven le llevar a ella primeramente, guardando lo de manera que non pueda fuyr, nin encerrar en la yglesia, nin en otro lugar: e despues deven lo traer ante el Rey, o ante el judgador que lo mandare prender. Mas si fuesse ome de mala fama, assi como ladron, o robador conocido, o que oviesse fecho otras maldetrias semejantes destas, non lo deven llevar a su casa, nin a otro lugar, si non viniendose con el derechamente ante el Rey, o ante el judgador que lo mando prender: e entonces el Rey, o el judgador deve le fazer jurar que diga la verdad de aquel fecho sobre que lo recabdaron, e deve lo todo fazer escrebir lo que dixere, e andar adelante en el pleyto. E si por aventura el preso conociere el yerro sobre que fue acusado, o recabdado, si el yerro fuera tal que merezca muerte, o otra pena en el cuerpo: estonce si el recabdado fuere ome de buen lugar, o honrrado por riqueza, o por sciencia, non lo deven mandar meter con los otros presos: mas deven lo fazer guardar en algun lugar seguro, e a tales omes que lo sepan fazer guardar: pero poniendo toda via tal semencia en su guarda, que se pueda cumplir en e la justicia que el fuero manda. E si fuere ome vil, deven lo mandar meter en la carcel, o en otra prision, que sea bien recabdado, fasta que lo judguen»(4).

No cabe duda alguna de que nos encontramos ante el esquema tradicional que conformaba la idea de prisión para una sociedad estamental, basada en la distinción, ya desde sus inicios, del *bellator*, noble, rico o maestro en artes del *laborator* o del *orator*. Así esta distinción aparece claramente expresada cuando nos indica:

«[...] que el que fuere ome horrado por linaje, o por riqueza, o por sciencia que oviesse, que lo non deven meter en carcel, nin en otra prision».

En tal sentido, antes de la puesta en marcha del proceso judicial, primeramente habría que acudir a verificar la condición social del reo, seguidamente de la gravedad del delito por el cual había sido acusado, de modo que en los graves el reo puede ser aprisionado con cepos, grillos y cadenas, no bastando el mero internamiento en prisión, mientras

(4) *Las Siete [Partidas] del Rey Sabio don Alonso el nono, Glosadas por el Licenciado Gregorio López* (1605), VII, T. XXIX, L. V.

que en los leves la situación era bastante distinta, existiendo, incluso, la posibilidad de ser liberados en «fiado». Producto de esta clasificación social existente, el colectivo universitario del que trataremos seguidamente será objeto de singulares prerrogativas y distinciones a lo largo de los siglos, tratándose de una jurisdicción especial o privativa sumamente privilegiada si la comparamos con otras coetáneas a ella.

El reo con recursos, en todo caso para suavizar los rigores de la prisión, podría utilizar su poderío económico y endulzar su situación carcelaria. Sobre este aspecto, decía Gutiérrez:

«En las mismas cárceles... no es la nobleza, no es la ciencia, no es la profesión, no es la existencia social de los presos que indican los grados de su sensibilidad y los miramientos que se les deben, la que establece diferencias y distinciones en el modo de tratarles. Tan apreciable regalía sólo es propia y privativa del dinero»(5).

Ello justifica que con gran razón afirmara un antiguo colegial del Mayor de San Ildefonso de Alcalá de Henares, Francisco de Quevedo, que la cárcel, fundamentalmente, «servía de heredad y bolsa a los que la tenían a su cargo»(6).

El motivo y justificación de este evidente agravio comparativo resulta de lo más evidente: la cárcel, además de todo su rigor y crudeza, no era gratuita. Los propios presos debían de sufragar de su pecunio personal los servicios más elementales para su subsistencia y ni mencionar los lujos, puesto que todo tenía su precio: desde las camas, la comida, las mantas, hasta la luz y el vino(7). Aparte de ello, debían pagar los derechos de carcelaje por las entradas y salidas de prisión, con todo ello se pretendía que la institución carcelaria se autofinanciase, aún a expensas de todos los perjuicios que la codicia de los carceleros acarrea a los reclusos en prisión, independientemente de que fuesen luego condenados como a los que, tras la sentencia, resultasen inocentes de los cargos de los que habían sido acusados(8).

(5) GUTIÉRREZ, J. M., *Práctica Criminal de España*, Imp. Fermín Villalpando (3.^a ed.). Madrid, 1824, T. I, cap. VI, p. 226.

(6) QUEVEDO Y VILLEGAS, F., *La hora de todos*, XIII, p. 86.

(7) ALONSO ROMERO, M^a. P., *El proceso penal en Castilla. Siglo XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, p. 200.

(8) Carlos III, probablemente contagiado por las nuevas ideas renovadoras de Beccaria, inicia una política de modificación y ordenación de las ancestrales leyes penales vigentes en España. En este sentido, suprime el derecho de carcelaje, al disponer que se atendieran por cuenta de la Real Hacienda la alimentación y demás gastos de los presos pobres. Sobre algunas de las innovaciones desarrolladas por Carlos III, Vid. RUIZ RODRÍGUEZ, I., «El Colegio de Abogados de Madrid y la época de los Ilustrados», en *Madrid, Villa y Corte y su Ilustre Colegio de Abogados*, I. C.A.M. Madrid, 1996.

A pesar de este cruel régimen penitenciario, aún se encuentra algún esbozo de «humanidad», al establecer las *Partidas* del *Rey Sabio* la obligación que tendrían los carceleros de anotar, por escrito, todos los penados que se recibían en la prisión. En este libro registro, se indicaría el nombre de cada uno de ellos, su lugar de procedencia, la causa por la cual se encuentra en prisión, el año, mes y día de su ingreso, además de la autoridad que ha ordenado el mismo. La finalidad no era otra que la de ejercer un control sobre la finalización de la condena de los internos y su consiguiente puesta en libertad. Caso de incumplirse por parte de los obligados al cumplimiento de esta disposición, se les sancionaba principalmente a una pena de carácter pecuniario(9). Idéntica premisa aparecía recogida en las Constituciones de la Universidad de Alcalá de Henares, tras la reforma realizada a las mismas por el Visitador del Consejo de Castilla García de Medrano:

«[...] ordenamos, que el Carçelero tenga Libro donde se asienten las entradas de los Presos, señalando en dias, y horas, en que entraren en la Carçel, y el Alguacil que los truxo, y siente el dia, y horas que fueron sueltos, y por cuyo mandamiento, los quales mandamientos ha de guardar para en guarda de su Derecho, so pena de quatro reales por cada cosa de estas que dexare de cumplir para el Hospital, y Denunciador por mitad»(10).

Así pues, la situación real y no la ficticia, que pretendían hacer conocer los autores, de la situación del reo convertían a las prisiones en lugares tétricos de muerte y sufrimiento injustificado, de lugares donde el ser humano perdía su definición como tal para convertirse en bestias, intentando luchar contra la barbarie, una barbarie creada por los mismos hombres. En igual condición se encuentran las disposiciones normativas, que se limitaban a hacer bellas afirmaciones sin llevar aparejadas las profundas reformas necesarias para humanizar esta institución, reformas que no llegarían hasta la ruptura y desaparición del Antiguo Régimen(11).

(9) *Partidas*, VII, T. XXIX, L. VIII.

(10) «Reformaçion de el Colegio maior de San Ilefonso y Universidad de Alcalá, de Henares, que resulta de la visita que hizo el S.D.D. García de [MEDRANO] de el Consejo de su Magestad, en el Real de Castilla, Visitador y Reformador general de el dicho Colegio, maior, y Universidad; año de 1663». A. H. N., Consejos, Leg. 5.427, T. LXI, 6. «Que las personas de la Universidad no han de ser convenidos sino delante de su Juez, y de las penas que ha de tener el que los contrario hiziere».

(11) Sobre la historia de los sistemas penitenciarios existentes tanto en España como en los distintos países europeos y norteamericanos, además de la situación del reo, Vid. VV. AA. [Carlos García Valdés (dir.)]: «Historia de la Prisión». *Teorías Economicistas. Crítica*. Edisofer. Madrid, 1997.

III. LA PARTICULARIDAD DE LA HISTÓRICA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ DE HENARES

Será especialmente durante la Alta Edad Media cuando las normas jurídicas tenían vigencia en ámbitos especiales muy reducidos o para determinadas capas sociales –nobles, clérigos, universidades, órdenes militares, etc.–. La inexistencia de un Derecho de carácter territorial general, salvando la parcial pervivencia del Fuero Juzgo(12), fue suplida en gran medida por ordenamientos de carácter local o personal. De este modo, el término jurídico «Fuero» será una de las acepciones más usadas en el lenguaje jurídico altomedieval; «Fuero» denominó preferentemente a la norma jurídica singular; pero significó también el conjunto de normas, el ordenamiento jurídico vigente en un lugar determinado en un tiempo en concreto, esto es, su derecho. Pero también ese término jurídico sirvió para hacer referencia al estatus jurídico propio de ciertos colectivos, tales como mercaderes, militares, eclesiásticos o universitarios, de ahí que podamos advertir la existencia histórica del *fuero mercantil*, *fuero militar* o *fuero universitario*.

Evidentemente, en el siglo xvii estos ordenamientos locales habían ya desaparecido en gran medida, en un tiempo en el cual la supremacía del monarca castellano se había impuesto notablemente, en un proceso de territorialización del derecho(13), a pesar de la todavía elevada existencia de jurisdicciones (llámese ordinaria, llámese especial o privativa). Sin embargo, a pesar de ello, el Fuero Universitario contaba con importantes rasgos que le otorgaba un elevado grado de independencia e importantes concesiones jurídicas a sus aforados(14).

(12) El *Fuero Juzgo* es la traducción romance del visigodo *Liber Iudiciorum*, código de leyes promulgado por el rey visigodo Recesvinto en el año 654 y, posteriormente, en una versión completada en el 681 por Ervigio. Ya en el mundo medieval, se aplicó como derecho local, en calidad de fuero municipal, en los territorios meridionales según progresaba la reconquista castellana. En 1348, el Ordenamiento de Alcalá de Henares le otorgaba preeminencia sobre *Las Partidas*. Hay que indicar que el Fuero Juzgo mantuvo su vigencia hasta la aprobación del Código Civil español, a finales del siglo xix.

(13) Sin embargo, y para comprender la importante proliferación de ordenamientos jurídicos privativos, baste indicar la siguiente conclusión: «Sólo en la ciudad de Sevilla existían unas veinte jurisdicciones diferentes, de suerte que la justicia ordinaria casi no podría intervenir más que en las causas que se referían a las clases más humildes, pues la media y alta estaban repartidas en multitud de tribunales, competencias, jueces conservadores y demás cotos privados jurídicos». DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Las Clases Privilegiadas en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1985 (3.ª ed.), p. 13.

(14) Sobre ello, Vid. RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Fuero y Derecho Procesal Universitario Complutense*, Alcalá de Henares, 1997.

Si trasplantamos dicha terminología al aspecto meramente universitario, en general, y por qué no al particularismo complutense, resulta sobradamente conocido que la articulación de un fuero universitario, en su esencia, no nace gracias a la más que destacada figura del cardenal Cisneros, por más que este fuera uno de los más destacados artífices en lo que a la consecución de las prerrogativas otorgadas por los distintos poderes fácticos en la época fundacional de la Universidad de Alcalá de Henares se refiere: rey de la Corona de Castilla y papa. Lejos quedaban ya aquellos tan desconocidos Estudios Generales del rey Sancho IV(15) y del arzobispo Gonzalo García Gudiel(16) y, también de lo que fue una fundación previa, poco tiempo antes, por parte del cardenal Carrillo(17).

Así las cosas, privilegios de índole personal, que distinguían jurisdiccionalmente a todo personaje vinculado a una determinada universidad, del resto de los moradores de una determinada ciudad o villa, ya eran conocidos en la antigua Roma. Así, ya con el emperador Vespasiano, en el año 73/74, emerge un *Ius Academicum* que esboza un estatus personal para docentes y que irá perfeccionándose a través de los tiempos para llegar, en un estadio de más elevación, a trazar contornos de un grupo de estudiosos, tratado como una corporación.

Hasta el siglo XI, el conocimiento prácticamente había quedado recluido dentro de los muros de las escuelas catedralicias o municipales, encontrando algunas referencias acerca de enseñanzas jurídicas singularmente en Pisa y Bolonia. Con todo, será a comienzos del XII cuando surge en Bolonia la enseñanza de Irnerio, maestro en artes o filosofía, que empieza a utilizar los textos romanos con un sentido jurídico. En un principio, maestros y escolares formaban *societates*, de manera que cada grupo buscaba el maestro, al que remuneraba a través de una colecta o reparto; el grado se conferiría por varios maestros. A fines del siglo XII se crea ya una *Universitas scholarium* o una universidad de estudiantes en Bolonia y, posiblemente desde muy

(15) El 20 de mayo de 1293, el rey Sancho IV promulgaba en Valladolid la carta de creación de unos Estudios Generales en la por entonces villa Alcalá de Henares. Conforme a lo indicado en dicho documento, el monarca pretendía transformar las escuelas que ya existían en un «estudio» a la manera del existente en Valladolid, a petición del arzobispo de Toledo Gonzalo García Gudiel.

(16) Gonzalo García Gudiel (Toledo, c. 1238 - Roma, 1299), que fuese mencionado como Gonzalo Pérez Gudiel o Gonzalo Pérez en la mayoría de las fuentes contemporáneas, fue un eclesiástico y hombre de estado de la Corona de Castilla de origen mozárabe.

(17) Alfonso (o Alonso) Carrillo de Acuña (Carrascosa del Campo, 1410-Alcalá de Henares, 1 de julio de 1482), fue un importante prelado castellano del siglo XV.

pronto, dos universidades, una de los ultramontanos o estudiantes venidos de fuera, otra de cismontanos o de la península itálica.

Es por ello por lo que la universidad boloñesa tuvo siempre dos rectores elegidos por cada una de las universidades, que son escolares. A su vez, cada universidad está dividida en *nationes* o grupos de estudiantes que proceden de la misma región o territorio. Cada nación tiene sus representantes o consiliarios, que participan en la elección del rector respectivo.

Ya en el campo jurisdiccional, dichas universidades boloñesas vinieron a alcanzar prerrogativas propias de una corporación estudiantil, alcanzando importantes prerrogativas jurisdiccionales, nombran además un rector que logrará la jurisdicción sobre los estudiantes y doctores, sobre los profesores y demás miembros de la congregación estudiantil. Todos les prestan juramento de obediencia y él es quien preside y rige la universidad, durante el año de su cargo. En los estatutos de 1250 aparecen ya con todo su poder sobre los asuntos de la universidad.

En otro lugar de Europa, dentro de esa nueva concepción universitaria medieval, en Francia, a partir de la segunda mitad del siglo XII, para poder enseñar era preciso la autorización concedida por el poder eclesiástico. Esta *licencia docendi* era otorgada en París por el Canciller de Notre Dame. Curiosamente, ambos diseños universitarios –Bolonia y París– impregnarían de manera destacada a la *Universidad Cisneriana* que se erigiese en Alcalá de Henares.

Tras estos antecedentes introductorios, observamos como en la Corona de Castilla, las primeras recepciones formales de este estatus se encuentran recogidas en el ya citado *Código de las Siete Partidas*, aunque ya son conocidos ciertos privilegios otorgados por sus antecesores a la Universidad de Salamanca. En ellas ya se establecen, de una manera expresa, los beneficios distintivos que deben gozar los miembros del colectivo universitario, como miembros de un sector tratado con especial singularidad por el *Rey Sabio*.

Así las cosas, aparece reflejado un importante elenco de disposiciones relativas a la universidad. En ellas destacan cuestiones como la ubicación de dichos centros de saber en lugares de «Buen ayre, e de fermosas salidas», o que para la defensa de la institución se dispusiesen normas propias de funcionamiento interno y externo a modo de república, en donde los órganos dirigentes, tribunales, gestión, etc., resultarían elegidos de entre sus propios miembros. En este sentido, indica Partidas que, «...pueden establecer de sí mismos, un mayoral sobre todos, que llaman en latín Rector del estudio al qual obedezcan, en las cosas convenibles, e guisadas, e derechas, e el Rector deve castigar, e

apremiar a los escolares, que non levanten vandos nin peleas, con los omes de los logares, do fueren los escolares, ni entresi mismos...».

Queda además más que probado que este modo de entender el estatus jurídico académico por el rey Alfonso sirvió de principio legislativo, a tener muy presente, por las universidades castellanas de posterior creación, puesto que marcaría el inicio de una legislación específica para su regulación. En todo caso, los sucesivos monarcas castellanos fueron perfilando y completando aquella legislación inicial, y en donde resultaría sumamente relevante la labor emprendida por los Reyes Católicos, quienes definirían por un lado la jurisdicción académica pero también el papel regio de control de las mismas.

Finalmente, llegaría el momento fundacional de la histórica Universidad del cardenal Jiménez de Cisneros, la Universidad Complutense o de Alcalá, cuyas constituciones de su Colegio Mayor de San Ildefonso y Universidad de Alcalá eran firmadas y aceptadas el 22 de enero de 1510, comenzándose así el funcionamiento de la Universidad bajo las directrices marcadas por estas(18). Las Constituciones se convierten en la máxima expresión del régimen de funcionamiento y gobierno de la Institución Complutense, por encima de todas las autoridades y los moradores de la Universidad, incluyendo dentro de su texto una *visita* de carácter anual que fiscalizaría si efectivamente se estaban respetando sus preceptos, a las que habría que añadir las periódicas visitas que realizaban personajes, *visitadores*, enviados por el todopoderoso Consejo de Castilla(19).

También estas Constituciones consideraban como cabeza visible de todo el entramado académico, al rector de la Universidad, que era a su vez el del Colegio Mayor de San Ildefonso, considerándose que Colegio de San Ildefonso y Universidad formaban un mismo cuerpo(20). Al margen de todo ello, quedarían los rectores de una

(18) A. H. N., *Universidades, Libro 1.085, F*. También es importante ver el *Libro 674-F* y la «Reformaçion de el Colegio Maior de San Ildefonso y Universidad de Alcala, de Henares, que resulta de la visita que hizo el S. D. D. Garçia de [MEDRANO] de el Consejo de su Magestad, en el Real de Castilla, Visitador y Reformador general de el dicho Colegio, Maior, y Universidad» (1663.1666), T. 81, I. A. H. N., *Consejos*, Leg. 5.427 (1).

(19) A. H. N., *Universidades, Libro 1.085-F*, Título LXIII: «De la visitación del Colegio»: «Y porque mucho conviene al referido nuestro colegio y a su duración y utilidad que las personas y cualesquiera bienes de él sean visitados diligentemente, por eso establecemos y ordenamos que cada año el cabildo de la iglesia de los Santos Justo y Pastor de esta nuestra ciudad en el día de San Andrés de cada año...».

(20) Esta situación de identidad formal, entre Universidad y Colegio Mayor de San Ildefonso, perdura hasta el Real Decreto de 21 de febrero de 1777, expedido el 12 de abril del mismo año: «Declaro, que el Colegio de San Ildefonso es cuerpo distinto de la Universidad de Alcalá; y mando, que en lo venidero se gobierne cada cuerpo

amplia nómina de colegios adscritos a la Universidad, así como los responsables de los *colegios menores cisnerianos*, que conformaban junto con el de San Ildefonso la llamada *Manzana Universitaria*.

El rector complutense, en su aspecto de máxima figura colegial y universitaria, poseía una capacidad de actuación muy superior al salmantino o al de Valladolid, puesto que, sobre este aspecto, cardenal Cisneros había perfilado que en dicha persona se depositase toda la jurisdicción civil, política y criminal del Colegio, de la Universidad, de los colegiales, de los maestros, catedráticos y escolares, y aún de todos los bienes de unos y otros(21). También, Cisneros puso al rector como máxima figura dirigente de, entre otras dignidades, el *Priorato de San Tuí*(22), uniendo las prerrogativas recientemente concedidas a la Universidad, con las que ya desde siglos atrás tenía atribuidas este Priorato(23).

A imagen del resto de las universidades castellanas y de la gran mayoría de las ubicadas en los demás países europeos, se dispuso que los sometidos a la Institución Complutense gozarían de un *estatus jurídico* mediante el cual, se inhibía a sus miembros de la pesadumbre que supondría la jurisdicción real, lo que hubiera supuesto tener que resolver los litigios en que fueran parte los aforados de la Universidad, en lugares diversos e incluso inhóspitos, además de lo lento y penoso de los desplazamientos debido a la precariedad de los medios de transporte y rutas utilizadas. Todo este cúmulo de dificultades principales y añadidas provocaría, indudablemente, una considerable pérdida en el seguimiento de sus lecciones, que era el fin primordial que se perseguía. También, y mediante esta medida, Cisneros ponía la primera barrera protectora hacia los aforados, esencialmente estudiantes, frente a los posibles y previsibles excesos de las restantes autoridades ajenas a la Comunidad Académica.

separadamente, sin que puedan confundirse como hasta ahora». A. H. N., *Consejos*, Leg. 5.439.

(21) MARTÍN ESPERANZA, M. «Estado de la Universidad de Alcalá desde su Fundación». Aquí, el autor manifiesta la relación de sus Fundadores, Agradadores, Reformadores, Cátedras, Colegios, Dependientes, Ministros, Jurisdicción y Rentas. A. H. N., *Universidades, Libro 1.083-F*, p. 49 r.

(22) El Real Sitio de Santuy, o simplemente Santuy o Santui, fue un monasterio cisterciense y, más tarde, una fábrica de cristal y aldea, situado en plena sierra de Ayllón, a faldas del cerro de la Calahorra, entre las localidades de Bocígano y El Cardoso de la Sierra, en la actual provincia de Guadalajara.

(23) A. H. N., *Universidades, Libro 1.150-F*. En este libro se encuentran fotografías-fotocopias de los mismos documentos originales y su extensión va desde los privilegios concedidos por el Rey Alfonso X, hasta época de los Reyes Católicos. Los documentos originales se encuentran en la Sección de Ordenes Militares, Archivo de Ucles, caja 327.

Especialmente interesante resulta el título 61 de las *Constituciones Originales Cisnerianas*, en el cual encontramos la base de todo lo que posteriormente será la Jurisdicción Universitaria Complutense, que perdurará, aunque con sustanciales reformas que fueron mermando su capacidad operativa en el aspecto jurídico(24), hasta las Cortes de Cádiz de 1812(25). En este sentido bastaría con analizar el contenido de la Constitución LXI para obtener una rápida visión de dichas pretensiones, al comprobar cómo se establece claramente:

«De que ninguno de la Universidad pueda pleitear con otro de la misma Universidad, sino ante sus propios jueces.

Y porque a los que se dedican al estudio de las letras les conviene muchísimo estar ajenos a todo estrépito de causas y litigios totalmente, por eso exhortamos a todos y cada uno de los de este Nuestro Colegio y Universidad a que absteniéndose de todos los litigios y controversias solamente se apliquen al estudio de las letras y virtudes. Pero si tal vez acaeciere que surgieren entre ellos algunas causas civiles o criminales o mixtas, entonces estén obligados a acudir solamente al Rector del mismo Colegio y de toda la Universidad que es su juez ordinario y propio por la autoridad apostólica a él concedida, puesto que ellos están exentos totalmente de otra cualquier jurisdicción»(26).

Así las cosas, con la redacción de este título se incluía dentro del seno de las Constituciones rectoras de su Universidad, las prerrogativas que, en ese momento, como ya vimos, eran baluarte de los entes universitarios, en la práctica totalidad de los lugares civilizados europeos, en general, y en Castilla, en particular. Especialmente habría que acudir, en un estudio comparativo, a los estatutos jurídicos de funcionamiento vigentes en ese momento en Salamanca y Valladolid. Además, prácticamente, toda la parte jurisdiccional de las *Constituciones Originales Cisnerianas* es un fiel reflejo de las concesiones realizadas, poco tiempo antes, por los Reyes Católicos, en Santa Fe, a la Universidad de Salamanca, en fecha de 27 de Mayo de 1492 y que

(24) En cuanto a las reformas realizadas a la Constitución Original, citar como más importantes, dentro de un conjunto de numerosos cambios: A. H. N., Secc. Univ., *Libro 525-F*, que recoge las tres reformas más importantes, realizadas por D. Gaspar de Zúñiga (1555), por Juan de Obando (1565) y por García de Medrano (1666); los tres Visitadores enviados por el Consejo de Castilla. Sin embargo, en los siglos XVI y XVII, protagonistas de este estudio, se aprobaron numerosas reformas parciales, fruto de las numerosas Visitas realizadas por los miembros del Consejo.

(25) Constitución Política de la Monarquía Española, de 19 de Marzo de 1812. Título V, Capítulo I, Artículos 248 a 250.

(26) A. H. N., *Universidades, Libro 1.085-F*, Título 61: «De que ninguno de la Universidad pueda pleitear con otro de la misma Universidad, sino ante sus propios jueces».

sería la confirmación y cénit definitivo de la potestad jurisdiccional de los entes académicos(27).

Con posterioridad a la obtención de las bulas papales autorizando la creación e impartición de determinadas materias universitarias en Alcalá de Henares, acude Cisneros a la reina de Castilla, doña Juana, aunque quién realmente estaba detrás de todo ello era Fernando el Católico(28), haciéndole relación de la reciente creación efectuada, a la búsqueda del necesario patronazgo real que permitiese la conservación de su obra más allá de los tiempos, obteniéndolo mediante Carta de Privilegio y Confirmación, realizada en Burgos el 31 de enero de 1512(29).

En virtud de esta Real Carta de Privilegio y Confirmación, Cisneros consiguió el beneplácito y protección real para su Universidad, a la vez que la exención jurídica de sus miembros del conocimiento de sus causas por los tribunales ordinarios.

IV. LA CÁRCEL DE LA HISTÓRICA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

Por lo que a la Universidad de Alcalá respecta, y como todo ente jurídico con jurisdicción privativa, contaba con su propia cárcel: «la Cárcel Escolástica de su Merced»(30). En este sentido, la existencia de este recinto aparece ya reflejado en las primeras *Constituciones Cisnerianas* a lo largo de su articulado(31), lo cual no sería obstáculo para el empleo de otros métodos coercitivos para reprimir a los contraventores de las normas internas de la propia Universidad o leyes gene-

(27) Nueva Recopilación (1567). L. I^ª, T. VII. Ley XVIII.

(28) Conviene recordar que Juana I de Castilla, fue reina de Castilla desde el fallecimiento de su madre, Isabel I, en 1504 hasta el momento de su fallecimiento en 1555, y de Aragón y Navarra, desde 1516 hasta ese mismo año de su muerte, si bien desde 1506 no ejerció ningún poder efectivo y a partir de 1509 vivió encerrada en Tordesillas, primero por orden de su padre, Fernando el Católico, y después por orden de su hijo, el rey Carlos I. De este modo, queda claro que fue gracias a la cercanía de los Reyes Católicos, primero con Isabel y más tarde con Fernando, donde encontramos el verdadero aval para la erección de la Universidad de Alcalá.

(29) A. H. N., *Universidades*, Libro 1.151-F.

(30) En numerosas ocasiones se utilizará este calificativo, haciéndose referencia con ello a la Cárcel de la Universidad. Otros calificativos eran, dentro de un más amplio espectro, «La cárcel de la Universidad», «La Cárcel de los Estudiantes», «La Cárcel Escolástica», etc.

(31) Vid. A. H. N., *Universidades*, 1.085-F, XVIII: «[...] vero collegii fores totaliter fuerint clause prefatus janitor traddat illarum claves jujniori consiliario sub pena carcerationis per Rectorem infligenda [...]».

rales de la Corona de Castilla, como fue la introducción de estos delinquentes, súbditos del rector, en el *pozo de la Universidad*(32).

En cuanto a su ubicación, la cárcel de la Universidad de Alcalá se hallaba ubicada dentro de la ya citada «Manzana Universitaria Cisneriana»(33), y a ella eran enviados en calidad de preventivos aquellos aforados(34) sobre los cuales recayera cualquier tipo de sospecha(35) o para cumplir lo que se podría definir como una condena *menor*. A este respecto, cabría indicar que no solo era el establecimiento penitenciario de los estudiantes, sino que se trataba de la cárcel de todos los sometidos a la Jurisdicción Académica alcalaína, que hubiesen sido condenados por la realización de un ilícito contra lo dispuesto en las Constituciones de la Universidad o, subsidiariamente, las normas de Castilla(36).

Igualmente, hemos perfectamente comprobado que las *grandes condenas*, fundamentalmente aquellas que se extenderían a lo largo de un dilatado período cronológico, eran cumplidas fuera de la Cárcel Escolástica, generalmente en lugares situados fuera de Alcalá. Ello, con toda probabilidad, será derivado de la pérdida de la condición de

(32) Medinaceli, *Libro 9/265*, 4. 13. «[...] siempre que estos delitos han sucedido los ha castigado el Rector, y hecho diligencias para ello, avergonçando unos, y açotando otros, y poniendo a muchos con cadenas, en el poço del patio mayor de la Universidad [...]».

(33) Con toda probabilidad la Cárcel Escolástica de la Universidad de Alcalá de Henares se encontraba ubicada en las cercanías del Colegio Menor de Santa Catalina, de los Artistas y Físicos. En tal sentido, por los múltiples detalles contenidos en el mismo, *Vid.* A. H. N., *Universidades*, Leg. 317 (1).

(34) Conviene tener muy presente la dimensión del término aforado. El conjunto de aforados de la Universidad de Alcalá de Henares aparece no solo representado por los docentes y discentes, sino que también por un amplio colectivo de privilegiados representados por todos aquellos oficiales asalariados de la Institución, con independencia de que desarrollasen sus funciones en el seno de la Complutense, en la villa de Alcalá o en otros lugares. En relación con esta particularidad, *Vid.* RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Fuero y Derecho Procesal Universitario Complutense*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, 1997.

(35) En tal sentido, será práctica habitual el envío por el rector de aquellos aforados que eran sorprendidos por este y sus Alguaciles y acompañantes al ir de ronda. En este sentido, aparece como sumamente significativo el envío de 30 aforados de forma conjunta: «Prission de los castellanos biejos= En Alcala en el dicho dia primero de febrero [1651] su merced del señor Rector, yendo de ronda fue bisitando los patios de los castellanos biejos, y yço llevar a la carcel asta treinta dellos que fueron Juan de Marquez, licenciado Chavarria, licenciado Lança... y se entregaron a el alcaide...». A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

(36) Las Constituciones de la Universidad de Alcalá de Henares contenían diversos preceptos en los cuales su contravención suponía el encarcelamiento por un determinado período cronológico del que había vulnerado esa norma, *Vid.* MEDRANO, XVIII, 6; aunque dando un especial papel a la libre discrecionalidad del rector.

aforado de la Universidad. Se trataban generalmente de condenas «a galeras», a los presidios de Argel e, incluso, a los ejércitos de su Majestad de los más variados lugares(37). Quizá por ello, nuestra opinión sea que la Cárcel de la Universidad era una especie de lugar de internamiento, que, si bien acarreaba e imponía un carácter represivo el hecho de ser enviado a la misma, este no superaba un período de tiempo que se prolongara más allá de la resolución definitiva del proceso judicial abierto contra el aforado, en el seno de la jurisdicción académica. En este sentido, el reo sería, posteriormente a la sentencia, puesto en libertad, caso de absolución o de haber permanecido en prisión más tiempo del que hubiese sido condenado por el rector, o remitido a la justicia real para que se hiciera cargo de su encarcelamiento por el resto de la pena impuesta o una deportación definitiva.

Hay que indicar que, en numerosas ocasiones, el aforado preso permanecía en la Cárcel Escolástica a la espera de la resolución definitiva de los posibles recursos que hubiesen planteado sus representantes, aunque no menos cierto es que el rector, de forma ocasional, podía ignorar la interposición de estas apelaciones, en un claro ejemplo de discrecionalidad a la hora de desarrollar sus diligencias(38).

Por los testimonios obtenidos tras un minucioso estudio de las actas fundamentalmente de carácter procesal –notariales, escritos de los procuradores, abogados, etc.–, que describen la vida de los miembros de la comunidad universitaria encarcelados, cabría indicar que los padecimientos no debieron ser, ni por asomo, parecidos a los que habitualmente soportaban los demás reos de la Corona de Castilla, en el resto de jurisdicciones y, si bien se habla de «grillos» y «cadenas», no se cita habitualmente los «malos tratamientos» comunes a los testi-

(37) Vid. A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1): «Fallamos atento los autos y meritos desta causa... a don Antonio de Parada, natural de Huete y Alonso Gomez, Collegial artista en el de San Dionisio, y a Juan Bonifacio, natural de Mora y a Julian Carrasco y a don Alonso de Morales, natural de Villahermosa, y a Alonso Carabaño, natural de Buendía... los condenamos en que sean borrados de las matriculas desta Universidad, y en destierro perpetuo della y que sirban a su Magestad en Oran a su costa y por tiempo de seis años...».

(38) En tal sentido, habría de citarse el supuesto planteado por la apelación de la sentencia que condenaba a Joseph de Alegría por seis años a los presidios de Argel: «En 4 de Marzo de 1692. Executese sin embargo. Baltasar de Perala, defensor de Joseph de Alegria, estudiante en esta Universidad, preso por la causa que pasa ante el presente notario= Digo que V.S. a sido servido de pronunciar sentencia, en ella condenando al dicho Joseph de Alegria en seis años de presidio zerrado en uno de los del Africa, la cual con mi asistencia le a sido notificada y de ella, en su nombre y como tal defensor, me siento agraviado y ablando con el respeto y moderazion que se deve, apelo de ella para ante su santidad y su ylustisimo nuncio, y para alli y a donde con derecho puedo y devo, y protesto el real auxilio de la fuerça...». A. H. N., *Universidades*, Leg. 314 (3).

monios que nos remiten los procuradores de los estudiantes apresados en cárceles reales. Es más, estos argumentos eran los empleados para hacer ver al rector de la Universidad de Alcalá las afrentas y venganzas que se estaban aplicando sobre las personas y bienes de los aforados presos en estos recintos extraños y, así, agilizar su acción del envío a estos tribunales de sus *Letras de Inhibición*(39). Con todo, una vez conseguida la cesión del conocimiento de la causa en favor del rector, el aforado de la Universidad era trasladado, junto con toda la documentación abierta por esa jurisdicción extraña, de aquella prisión en donde se encontrase retenido a la Cárcel Escolástica, en donde debía de permanecer hasta la resolución del proceso abierto o, incluso, puesto en libertad *en fiado*.

El sustento de los aforados de la Universidad presos debería proporcionárselo ellos mismos. Por regla general algún compañero de colegio u otro oficial de la Universidad le enviaba la comida y cena que ordinariamente hubiese recibido en el colegio en donde tuviese su morada, en el caso de ser así. Para aquellos que vivían en casas particulares, se operaba de manera similar. Algunos de estos aforados, incluso, entregaban alimentos a los propios oficiales de la Cárcel para que fuesen estos los que se lo preparasen(40). Con respecto a otros utensilios de aseo, ropa, estufas, etc., a excepción de la cama que se la proporcionaría la Universidad cuando el reo se encontrase enfermo, correspondía igualmente a los propios su adquisición.

En todo caso, el estudio de la documentación procesal de la Universidad de Alcalá de esta época nos demuestra la existencia de una especial consideración del Tribunal Escolástico hacia sus aforados. Como producto de ello entendemos que es preciso hablar de la aplicación de estas medidas coercitivas –tan crueles en otras instituciones

(39) En este sentido, podríamos citar, dentro de un muy amplio espectro de escritos dirigidos al rector para tal finalidad, la siguiente solicitud de Letras de Inhibición: «Juan de Loranca en nombre de Lucas de la Camara, estudiante de esta Universidad, en la forma que mas combenga= digo que siendo como es el dicho mi parte tal estudiante goça y debe goçar de los prebilejos apostolicos y reales... la justicia ordinaria de la villa de Torres procede contra mi parte y sus bienes, y le tienen preso en la carcel publica de la dicha villa sobre la averiguacion de las heridas y muerte de Francisco Buendia, vezino que fue de la dicha villa, y sobrello le dan muchas vejaciones y molestias, a que vuestra merced no deve dar lugar, a quien pido y suplido despache sus letras de ynibicion en la forma hordinaria...». A. H. N., *Universidades*, Leg. 196 (3).

(40) Un ejemplo significativo aparece en los autos realizados tras la fuga del estudiante Francisco Diez: «... y el dicho Francisco Diez bolvio a dezir pues boto a Cristo que no e de confesar en la carzel, y justamante con esto le dio dos huevos y le dijo que los hisiesse trellar para zenar. y este declarante los tomo y se fue a su aposento que es dentro de la misma carzel y izo azer lumbre y que le yçiesen los huevos, y se los bajo Luisa de Allon suegra de este declarante...». A. H. N., *Universidades*, Leg. 310 (1).

penitenciarias— con un carácter sumamente privilegiado(41). Sin embargo, no es menos cierto que algunos rectores hicieron del recinto penitenciario de la Universidad un arma inquisitoria que no dudaron en utilizar para aplacar revueltas o reprimir a aquellos que no obedecían minuciosamente sus indicaciones. Incluso se llegó a utilizar la Cárcel de la Universidad para aquellos que no colaboraban en el esclarecimiento de sucesos criminales acaecidos o habían actuado de modo inoperante en el ejercicio de sus funciones:

«[...] su merced del Sr. Dotor don Roque Roman, Rector de la Universidad desta villa, dijo que por quanto por la declaracion de Pedro Muñoz, cirujano, resulta el susodicho culpado, porque debiendo avissar y dar cuenta de la herida que dicho curo al dicho don Francisco Lezcano, difunto, no lo hizo, de que a resultado grave daño... por tanto, mandaba y mando prender al dicho Pedro Muñoz, cirujano, por ser estudiante en esta Universidad, subdito de su merced y oficial del Colejio Maior [...]»(42).

Evidentemente, este trato inquisitorial será la excepción de la norma. Perfecta prueba de ello será el escrito remitido al rector por Justo de León, síndico general de la Audiencia Escolástica, en donde indica claramente que el Fuero Académico estaba siendo utilizado por algunos supuestos aforados como vía de escape a sus responsabilidades ante los tribunales ordinarios de la Monarquía. Otros aún iban más allá, alegaban su aforamiento sin poseerlo o se matriculaban después de haber ya realizado un acto considerado como ilícito por las normas generales, intentando que fuese el rector el que conociera de sus causas iniciadas antes:

«[...] algunos estudiantes no teniendo las matriculas nezesarias para poder gozar del fuero de la escuela o matriculandose despues de cometido el delito para el, asi se presentan ante el señor Retor y callando la gravedad y mintiendo mucho, piden letras para que los juezes se hinivan de la causa daseles las letras y se manda que se presenten en la carzel [escolástica]... y zertificacion que dan los ministros a quien toca es negoziabile por personas a quien no se puede dar el respeto, con que nunca estan en la carzel, y ansi el Collegio entre en su audienzia y allara algunas presentaciones en birtud de que

(41) El licenciado Velázquez de Avendaño, al igual que ya lo hiciera el mismísimo cardenal Cisneros en la célebre trifulca de unos estudiantes con miembros de la Casa del rey Fernando en una de sus estancias en Alcalá, justificaba la benignidad de las sentencias del rector Complutense, contra los aforados —y especialmente con relación a los estudiantes—, en uno de los célebres Memoriales enviados a Felipe II en defensa de la Jurisdicción del rector, en donde indicaba que «... mayormente contra estudiantes moços que la misma juventud los incurra a salir de orden, y antes es ventura en ella, que los excesos sean leves». Medinaceli, *Libro 9/265*, 4. 13.

(42) A. H. N., *Universidades*, Leg. 194 (1).

se an dado letras contra diferentes justicias que ni alla se castigan ni aca tampoco [...]»(43).

Este escrito debió de provocar cierta inquietud ante las máximas autoridades de la Universidad, quienes ordenaron una investigación sobre este delicado asunto, ordenando un extracto de todos y cada uno de los aforados encerrados en la Cárcel Escolástica, su certificación correspondiente, si había causa de inhibición abierta, además del motivo por el cual había sido encerrado:

«En la villa de Alcala de Henares, en veinte y nueve dias del mes de mayo de mill y seiscientos y cinquenta y ocho años, su merced del Sr. Dr. D. Diego Ayllon y Toledo, Rr. haviendo visto el testimonio dado por el presente notario de las causas que ay en su oficio destudiantes que ay presentados en la Carcel Escolastica desta Universidad, para efecto de ganar letras de hinivicion contra diferentes justicias por causas criminales de que consta por dicho testimonio aberlos rezivido por presos Phelipe d'Escobar... Alguacil Mayor desta Universidad y Justo de Peralta, Alcaide Mayor de la Carcel Escolastica della= Dijo que mandava y mando se notifique al dicho Justo de Peralta declare si al presente ay en la carzel los presos que rrefiere el dicho testimonio o alguno dellos y echa la dicha declarazion se traiga a su merced [...]»(44).

Sorprendentemente, el rector comprobaría que de todos aquellos que aparecían referidos en el listado que se le había entregado, ninguno se encontraba en el recinto carcelario. Para poner fin a semejante situación se enviaría un durísimo *ultimátum* contra las personas responsables de la custodia de los presos:

«[...] y que por ella consta no haver ningun preso de los que contiene el testimonio dado por el presente notario, que se an presentado para ganar letras de hinibicion contra diferentes justizias, sobre causas criminales= dijo que mandava y mando se notifique a don Phelipe d'Escocar Sobremonte y Cisneros, que al presente exerce el ofizio de Alguacil Maior desta Universidad, por si y por Phelipe d'Escobar, su padre, asimismo Alguacil Maior, por lo que a cada uno toca, y a Justo de Peralta como tal alcaide, dentro de quinze dias siguientes a la notificacion deste auto tengan presos detras de la red de la carzel escolastica desta Universidad, los estudiantes que cada uno a reçivido y consta por dichos testimonios haverse presentado para el dicho efecto de ganar letras de hinibicion y no los suelten della sin horden y mandado de su merced, y lo cumplan asi... con aperiivimiento que pasado se procedera contra cada uno a lo que hubiere lugar [...]»(45).

(43) A. H. N., *Universidades, Libro 1.222-F*, p. 224 r-v.

(44) A. H. N., *Universidades, Libro 1.222-F*, p. 230.

(45) A. H. N., *Universidades, Libro 1.222-F*, p. 230.

Por lo que a la labor del carcelero respecta, esta queda claramente definida en las Constituciones de la Universidad tras la reforma realizada por el Visitador Alarcón:

«El carcelero tenga libro donde se asienten las entradas de los presos, señalando el día y la hora que entraron en la carcel, y el alguazil que los truxo, y donde tambien se ponga el día y hora que fueron sueltos, y por cuyo mandamiento; y que no por esto dexe de guardar los tales mandamientos, para en guarda de su derecho»(46).

El alcaide de la Cárcel de la Universidad tenía su vivienda en el propio edificio(47) que daba cobijo a la misma, compartiendo este oficial del rector el edificio carcelario con los presos(48), puesto que allí tenía su morada. Las salas de los presos debían estar distribuidas en varias plantas y no en sótanos como se llegó a pensar, puesto que las referencias extraídas de nuestras investigaciones hablan de presos que viven en la planta baja y otros en las plantas superiores del edificio:

«[...] y lo que puede dezir es que ante el que declara por los Cathedraticos de Medizina de esta Universidad y de horden y mandatto del Sr. Rector hizieron diferntes declarazziones en razon de que era nezario poner en Cura a Don Pedro Ybáñez de la enfermedad o achaque que dixerón parezia y que en bistta de ellas se dio horden al Alcaide de dicha Carzel para que se le pusiese en el quarto

(46) «La última reformatión que por mandato del Rey nuestro señor ha hecho en la Universidad de Alcalá de Henares, siendo reformador, y visitador, el señor Licenciado don Diego Hernando de [ALARCÓN], del Consejo del Rey nuestro señor, y por su muerte el señor Licenciado Pedro de Tapia del Consejo Real, y del de la Santa y General Inquisición, a quien se cometió la execución de dicha reformatión, y cumplimiento de la Visita». Biblioteca Nacional, R/26.739. T. LX, 6.

(47) Quiero indicar que el edificio de la antigua cárcel universitaria desapareció a finales del siglo XIX. Desde el patio de Continuos del Colegio Mayor, a través del paso habilitado hasta la plaza del Mercado, actual plaza de Cervantes, conocido también por contar con la popular puerta de la Gloria, se podía acceder además a la cárcel.

(48) Así, en la declaración de Justo de Peralta, Alcaide de la Cárcel Escolástica, indica claramente «... y este declarante los tomo y se fue a su aposento que es dentro de la misma carcel...». En, A. H. N., Universidades, Leg. 310 (1). «Criminal de ofizio. 1657. Sovre el quebrantamiento de la carzel escolastica desta Universidad, hecha por Francisco Diez, estudiante, natural de Castillo». En otras declaraciones se detallan aún más aspectos de la Cárcel: «... declaro a bistto y reconozido la dicha Carzel Escolastica... y no a allado ni reconozido rompimiento alguno de ventana ni pared por donde se reconozca pueda aber echo fuga don Pedro Ybáñez contenido en el dicho auto; exzeptto que en la puerta del quarto alto de la escalera sobremano yzquierda como se sube por ella a echado menos y se reconoze aber quittado la mittad de la talla de un quarteron de dicha puertta quanto cave una mano por donde parece abrio en zerrojo que la dicha puerta tiene de la partte de afuera... y que por la venttana alta que esta enfrente de la hospederia de dicho collexio que es de la contra de dicha carzel y ynmediatta a el quarto donde estaba el dicho... y dicha escalera y al quarto de dicho alcaide ...». A. H. N., Universidades, Leg. 317 (1).

que esta dentro de dicha Carcel subiendo la escalera a mano yzquierda [...]»(49).

Igualmente, las Constituciones de la Universidad de Alcalá tras la reforma de García de Medrano, estipulaban que el alcaide de la Cárcel Escolástica tenía asignado un salario de cuatro mil quinientos maravedís anuales(50). Poseía, además, este oficial de la Universidad, la potestad de multar a los catedráticos de gramática, quedándose la mitad del importe de las sanciones realizadas(51).

Por lo que respecta a la custodia de los presos, en épocas de normalidad fuera ya de esas circunstancias fraudulentas anteriormente citadas, esta –como ya hemos anteriormente apuntado– no era parecida a la que padecería un recluso de una cárcel real. Aparecen significativas muestras de una relajación en sus funciones, dejando el Alcaide, incluso, la custodia de los presos a sus familiares, incluyendo mujer e hijos, además de sus amigos.

En los autos realizados por el rector tras la fuga de la Cárcel de la Universidad, realizada por Pedro Ybañez, colegial Teólogo, y en el relato que realiza el fugado, en un intento de descargar de culpa a terceros que se pudieran ver implicados, este curiosamente llega a indicar como la custodia de la Cárcel y presos era dejada por el Alcaide a su hija y, seguidamente y mientras iba a comprar pescado, esta la dejaba a una amiga de su madre:

«[...] en dicha mañana aviendo salido fuera de casa la carzelera, y su marido; se quedo sola en la carzel la hija; y a cosa de un quarto de hora vino a la carzel una muger a buscar a la carzelera a quien dijo la hija no estaba en casa mi madre, tengame Vmd. señora fulana cuidado de la carzel mientras boy por pescado [...]»(52).

El espacio destinado a lugar de encierro de los aforados, dentro del edificio que la alojaba, no debería ser excesivamente grande y espacioso por las declaraciones del propio alguacil mayor de la Universidad, en un momento en el cual se hicieron algunas detenciones más de las ordinarias:

«Auto. En la villa de Alcala de Henares, en el dicho dia mes y año dichos, a cosa de las siete de la mañana su merced del sr. licenciado D. Pedro Gil de Alfaro, continuando en las diligencias de

(49) A. H. N., *Universidades*, Leg. 317. «Año de 1708. Auttos fechos en razon de la fuga que a echo de la Carcel Escolastica de esta Universidad don Pedro Ybañez, Collexial en el Theologo de ella».

(50) Hoy en día y salvando obviamente las distancias temporales, he de indicar que un maravedí vendría a ser, aproximadamente, diez céntimos de euro.

(51) MEDRANO, T. XXVI, 79.

(52) A. H. N., *Universidades*, Leg. 317 (1).

buscar delinquentes y para prebencion, mando a Felipe Descobar alguacil mayor desta Unibersidad y le pregunto en mi presencia si cabran mas presos en la carcel y respondio questavan todos encima de otros, que temia no se quedasen muertos de lo apretados questan [...]»(53).

Otra cuestión muy importante, viene relacionada con los «*cacheos*» y registros que se realizaban a los que visitaban a internados en la Cárcel de la Universidad, cuestión que dejaba bastante que desear por los relatos descritos por los notarios:

«[...] su merced del sr. D. Pedro Xil de Alfaro, Rector desta Unibersidad continuando las dichas dilijencias salio de su Colejio Mayor con sus ministros a cosa de las ocho de la mañana y pasando por la carzel escolastica donde a la sazón estan muchos estudiantes pressos y allo a Juan Merenguel y Marcos de Pedrosa, estudiantes, ablando con algunos de los dichos pressos y por ser catalanes y aragoneses y aver de dichas naciones algunos en la dicha carzel los miro si tenian armas y al dicho Juan Merenguel le quito un quchillo catalan y ambos dejo pressos en la dicha carzel [...]»(54).

A lo largo de este siglo XVII que estudiamos, las fugas o «*rompimientos*» de la Cárcel Escolástica, y aun tratándose de un delito castigado con especial contundencia –incluyendo en ocasiones la pena de muerte–(55), fueron numerosas y continuas, fundamentalmente si a esta fuga había que añadirle un ilícito especialmente significativo.

En ningún momento existieron los clásicos barrotes de hierro u otro metal, sino que se habla de encarcelar a los presos «*tras la red*», que era de madera, según nos cuentan los estudiantes presos en sus propias declaraciones(56), o las propias autoridades de la Universidad en sus distintos escritos:

«En la villa de Alcala de Henares, en veinte y seis dias del mes de março de mill y seiscientos y cinquenta y siete años, su merced del señor doctor don Diego de Albarado y Arredondo, Rector y Juez Apostolico hordinario en la Universidad desta villa= Dijo que aora poco a que serian las siete y media de la noche poco mas o menos, le a dado noticia Justo de Peralta, alcaide de la carcel escolastica desta Universidad, que un presso que avia en ella que se llama Fran-

(53) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

(54) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

(55) Vid. A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1): «Fallamos atento los autos... condenamos a Francisco de Herrera, estudiante natural de la ziedad de Granada, por la culpa que contra el resulta de haver disparado una carabina y aver roto y quebrantado la Carzel desta Universidad, donde estava presso, a muerte natural y que donde quiera que sea allado sea presso y traydo a la carzel para su execuzion y cumplimiento [...]».

(56) A. H. N., *Universidades*, Leg. 317 (1).

cisco Diez, estudiante, por imputarle aver dado una erida en el rostro a el licenciado Hespalaeros, cura propio de la villa de Peñafiel= se a salido de dicha carcel rompiendo y aserrando la red de palos fuertes [...]»(57).

Otro aspecto sorprendente de la Cárcel Escolástica de la Universidad de Alcalá sería la total ausencia o, en otros casos, avería de cerraduras o candados en algunas de sus dependencias, incluyendo aquellas en las que se pudieran encontrar los aforados reclusos(58).

Los reos encarcelados, quizá con el fin primordial de huir de las responsabilidades penales que les depararía el resultado del proceso que contra ellos se había iniciado, escapaban y desaparecían, generalmente para siempre, de la villa complutense, aunque para ellos se dictaría igualmente sentencia, aunque en estos supuestos fuese en rebeldía(59).

Algunas fugas de la Cárcel de la Universidad llegaron a ser pintorescas, ingeniosas y, también, incluso simpáticas. En tal sentido veamos el siguiente relato, en donde un fugado de la Cárcel Escolástica intenta encontrar cobijo en el Convento de los Trinitarios:

«[...] siendo como a cosa de las siete de la mañana, yendo el testigo a la Plaza del Mercado bio un hombre pequeño con una casaca azulada, el cual benia corriendo azia la Santisima Trinidad Descalza de esta Ciudad, y caio destros de sagrado, y pareziendole a el testigo benia loco se arrimo a el y le lebanto a cuio tiempo dixo: yglesia me llamo, y el testigo le dexo, y se metio dentro de dicho Combento y que una muxer que benia detras de el que no la conozio, y me dixo del testigo que le dexara que era un collegial theologo que benia huyendo de la Carzel del señor Rector [...]»(60).

(57) A. H. N., *Universidades*, Leg. 310 (1).

(58) En este sentido, resultan sumamente interesantes las declaraciones realizadas por el Alcaide de la Cárcel Escolástica: «... al Alcaide de dicha Carzel para que se le pusiese en el quarto questta dentro de dicha Carzel, subiendo la escalera a mano yzquierda y que sobre lo referido se hizieren las dilixencias que estan en el pleitto a que se remite, y que despues pribadamente mando el señor Asesor al declarante reconociese las puerttas primeras de dicha Carzel si tenian zerraduras y llabe, y no ttenien-dola llamase al zerrajero del Collexio para que la pusiese...». A. H. N., *Universidades*, Leg. 317 (1).

(59) Numerosos ejemplos podrían citarse de fugas, realizadas por aforados, de la Cárcel de la Universidad. Entre ellos citar:

– A. H. N., *Universidades*, Leg. 310 (1). «Criminal de Ofizio de Justicia. 1657. Sovre el quebrantamiento de la carzel escolastica desta Universidad hecha por Francisco Diez, estudiante, natural de Castillo».

– A. H. N., *Universidades*, Leg. 310 (1). «Criminal. 1658. Sobre aberse ydo de la Carcel Alfonso de la Cuerda, preso».

(60) A. H. N., *Universidades*, Leg. 317 (1).

Tras la fuga de un aforado de la Cárcel Escolástica, era llamado el Alcaide de la Cárcel a declarar por el rector con el ánimo de comprobar de primera mano que la fuga no se había realizado por negligencia del responsable de este centro de retención:

«Declaracion del alcaide... para la averiguacion, su merced del señor Rector mando parezer ante si a Justo de Peralta, alcaide de la Carzel Escolastica desta Universidad, del qual recivio juramento en forma de derecho... por el tenor desta causa dijo que teniendo como tenia preso en dicha Carzel a Francisco Diez, estudiante, al qual le zerrava todas las noches con llave y candado de las ocho de la noche adelante aviendo zenado, y esta noche pasada a cosa de las siete poco mas o menos entro este declarante en la carcel y vio en ella al dicho Francisco Diez y ablo con el, y el susodicho le dijo que dijere al Sr. Rector que le diese licencia para ir a confesar esta Semana Santa, porque el no se avia de confesar en la carcel y este declarante se mostro remiso en llevar el recado y el dicho Francisco Diez bolvio a dezir, pues boto a Cristo que no e de confesar en la carcel y juntamente con esto le dio dos huevos y le dijo que los fissiese trellar para zenar. y este declarante los tomo y se fue a su aposento que es dentro de la misma carcel y izo azer lumbre y que le yciesen los huevos y se los bajo Luisa de Aillon, suegra de esta declarante, en lo qual le parece se tardaria poco menos de media ora. y luego al punto bolvio la dicha Luisa de Aillon diciendo que no parezia el presso= y al punto bajo este declarante, juntamente con unos estudiantes que llaman Francisco Brabo y la gente de su familia a buscar al dicho presso y dandole voces y buscandole, no parezio y buscando por donde se podia aver ydo allaron que la red gruessa de madera que tiene la dicha carcel estava asserrado un palo y arrimado a el una silla, por donde parece averse salido el dicho preso [...]»(61).

Pero también encontramos algunos procesos judiciales abiertos contra determinados aforados que provocaban lo que hoy en día denominaríamos «*alarma social*». Para este fin, en parte para proteger al presunto culpable y en parte para evitar su fuga, se idearon fórmulas nada convencionales. Una de ellas, con toda probabilidad la que más sorpresa nos ha provocado, fue la de trasladar al reo a la cárcel de la villa, tal y como viene recogido en el Libro de Claustros de la Universidad de Alcalá de Henares:

«[...] en este Claustro propuso el sr. Rector que procediendo su merced en la aberiguacion de la muerte de una muger que se le imputa a Sebastian Garcia, estudiante de esta Universidad y clerigo de menores ordenes y tiniendose de la poca seguridad que ay en la dicha carçel se le embio presso a la carçel de esta villa [...]»(62).

(61) A. H. N., *Universidades*, Leg. 310 (1).

(62) A. H. N., *Universidades*, Libro 1.131-F, p. 175.

V. LAS LIBERTADES *EN FIADO*

Todo aforado de la Universidad de Alcalá de Henares, encarcelado por su presunta responsabilidad en un ilícito penal, en determinadas ocasiones y atendiendo en todo caso a la tipificación del delito que se le imputaba, podía ser liberado bajo fianza. Esta podía ser decretada únicamente por el rector, a quien correspondía con exclusividad tal posibilidad.

De forma ordinaria, la libertad bajo fianza se decretaría en todo caso después de haberse tomado declaración al reo y siempre y cuando fuera solicitada por los encarcelados o, más comúnmente, por su procurador, no siendo el tribunal académico el que de oficio las realizara. Así, a modo ejemplificativo de una solicitud de libertad en fiado realizada por el propio aforado preso, podríamos citar la siguiente:

«Don Tomas de Ayllon y Peralta y Cristobal Bayllo, presos en la Carcel Escolastica desta villa= Sin culpa alguna decimos que se nos a tomado nuestras declaraciones y en ellas dezimos la verdad atento lo qual y a que la carcel esta llena de presos y estamos en un calaboço, mande soltarnos libremente, o por lo menos en fiado o como fuere [...]»(63).

Sin embargo, como ya anticipamos, la forma más habitual de solicitar la libertad en fiado era la realizada por medio del representante legal que tenía ya desde el primer momento de su detención el aforado preso:

«Manuel de Magaña, en nombre de Juan Palmero de los Paños, estudiante y colegial en el Colegio de San Dionisio desta Universidad y presso en la Carcel Escolastica della, sobre decir a sido parte en los alborotos de los vitores= Digo que como constara mi parte es un moço estudioso y recogido que solo trata de cumplir con la obligacion de su estudio y no se allara aver salido a ellos en manera alguna, pido que se le suelte libremente de la prision atento la poca culpa ninguna que tiene, que en caso necessario ofrezco fiança de estar a derecho [...]»(64).

En algunas ocasiones, los procuradores de los aforados encerrados en la Cárcel Escolástica, y con la clara intención de lograr su libertad *en fiado*, hacían llegar al rector de la histórica Universidad de Alcalá unos oficios clamando a su piedad y misericordia, al hacerle patente el nefasto estado en el cual se hallaban sus aforados, además de las con-

(63) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

(64) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

diciones negativas que su estancia en prisión representaba para el seguimiento de sus lecciones, salud, etc.:

«Manuel de Magaña en nombre de... presos en la carcel de Vmd. sobre imputarles... Digo que los dichos estan presos sin culpa, faltan a sus estudios y lecciones y padeciendo grande descredito asi en esta villa como en su tierra, por ser gente recogida y virtuossa. Ademas de estar en dicha carcel padeciendo grandes incomodidades y durmiendo en el suelo a riesgo de grave enfermedad... está padeciendo... calenturas y frios muy grandes [...]»(65).

El rector, en este momento podía aceptar o denegar, a través de auto, la petición de libertad condicional ante él presentada. Incluso, en determinadas ocasiones el Juez Complutense ordenará que acuda a su presencia el aforado encarcelado, en donde, aparte de cerciorarse de la buena fe e intenciones que profesaba el aforado encarcelado, también, quizá en una actitud de paternalismo que caracterizaba a algunos rectores, advertirá a estos de las responsabilidades en que se incurriría caso de no presentarse cuando fuera solicitada su presencia por el tribunal académico.

El auto del rector concediendo la libertad *en fiado* determinará las correspondientes condiciones impuestas al reo encarcelado para el otorgamiento de la misma y, fundamentalmente, deberá recoger la persona o personas que harán de fiador del reo:

«Autto. Que abiendoseles tomado las declaraciones, se les rremueva la carceleria al Licenciado Pedro Millan y Sebastian Cano, en cassa de Diego Portino, vecino de esta villa y a Cristobal Rodríguez de San Juan en cassa de Pedro Sánchez, ansi mismo vecino desta villa, y ambos rreçiban los dichos pressos y se obliguen como carçeleros y fiadores de la audiencia de tenerlos de manifiesto en dicha carçeleria y que no la quebrantaran sin licencia de su merced y para este efecto el alcaide entregue los presos susodichos [...]»(66).

Para ser liberado en fiado era necesario el compromiso formal de una persona de dignidad y decencia reconocida. Este sujeto se comprometería a la custodia del que salía de la Cárcel Escolástica, asegurarse de que esta no sería quebrantada y, además, de responder con sus bienes caso de no actuarse en tal sentido:

«Fianza de Sebastian Cano, Pedro Millan y Cristobal Rodríguez. En la villa de Alcala de Henares... ante mi el presente notario y testigos... pareçieron presentes Diego Portillo, Maestro... y Pedro Sánchez, ansimismo vecino della y dijeron que conforme al auto del señor Rector reciben y recibieron pressos y encarcelados como

(65) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

(66) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

carceleros... a Sebastian Cano y Pedro Millan y el dicho Pedro Sánchez a Cristobal Rodríguez de San Juan y... se obligaron conforme dicho auto de que tendran y guardaran las casas de cada uno por carcel y no la quebrantaran sin liçençia y mandado de su merçed y los bolberan cada y quando que le fuere mandado a la prision de donde los rezibieron y de su defecto pagaran todo lo juzgado y sentenciado y a ello se obligan [...]»(67).

Además, en este traspaso en la custodia del preso, lo que constituía la libertad en fiado, era necesaria la presencia de los necesarios testigos que en número de tres darían un más que consistente respaldo a la acción que se estaba realizando:

«[...] Miguel de Cunchillos, vecino de esta villa recibio en su poder presso a don Juan Palmero de los Paños, estudiante y colegial artista, que lo esta en la Carcel Escolastica desta Universidad, sobre el tumulto y alboroto de los vitores de La Mancha y Castilla la Bieja y se obliga al oficio de carcelero correctamente, a tenerle de manifiesto y entregarle cada y quando que le sea pedido por el señor Rector o otro juez competente y en su defecto a pagar lo juzgado o sentenciado y a ello se obliga con su persona y bienes y renuncia las leyes de su fabor y la general de la ley y lo firmo. Testigos Gaspar Fernandez, Melchor de Errera y Antonio Ramirez y el otorgante doy fee conozco»(68).

Evidentemente, algunos aforados después de haberse fugado de la Cárcel Escolástica huían de la Villa de Alcalá de Henares con un objeto evidente, que no era otro que el no tener que responder de las acusaciones que contra ellos había pendientes, abriéndose, de este modo, un proceso de búsqueda y captura del huido, primero mediante tres sucesivos bandos requiriendo su presencia y, posteriormente, mediante la ayuda de la Santa Hermandad. Todo ello siguiendo las indicaciones que ya estaban recogidas en la Nueva Recopilación.

A lo largo de nuestras investigaciones del sistema procesal universitario de este siglo XVII, se podrían distinguir al menos tres tipos de fianzas distintos:

a) El primero de estos tipos sería la llamada *fianza de la haz*. Consistiría en la obligación del fiador de devolver al reo a la prisión en el momento en el que el Rector así lo solicitara. En caso de no obrarse de esta forma, el fiador respondería con todos sus bienes para sufragar la posible condena que se impusiera el huido de la justicia. Este caso, como hemos observado con anterioridad, fue utilizado casi en exclusiva a lo largo de todo el siglo XVII, sin perjuicio de que en

(67) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

(68) A. H. N., *Universidades*, Leg. 309 (1).

situaciones concretas se solicitaran mediante las dos fórmulas que seguidamente exponemos.

b) El segundo supuesto, era la fianza de *cárcel segura*, que llevaba aparejada como responsabilidad del quebranto de la misma una práctica similitud con el supuesto anterior, añadiéndosele una multa a libre albedrío del Rector.

c) Finalmente, algunos autores contemplan la fianza *de estar a derecho por el reo*, que llevará aparejada la obligación de pagar del pecunio del fiador, lo que contra el reo fuere sentenciado, sin la necesidad de devolver al reo(69).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las referencias a la Cárcel Escolástica de la Universidad de Alcalá, a pesar del amplio desconocimiento existente sobre esta parte inherente a su propia Jurisdicción, son muy frecuentes en la amplia documentación procesal existente. Un estudio minucioso de esta documentación nos indica el alto grado de benevolencia existente en la aplicación de las reclusiones frente a la considerada, por entonces, normalidad penitenciaria del estado.

En este sentido, los aforados de la Universidad de Alcalá, presos en su Cárcel Escolástica, gozarían de un trato sumamente paternalista, que, en ocasiones, rondaría la igualdad de trato cuan si libres estuviesen.

Por otro lado, es necesario indicar el carácter temporal que tenían los internamientos en ese establecimiento penitenciario. Así, o eran liberados tras una sentencia absolutoria o por un tiempo que ya hubiesen cumplido, o eran trasladados a las cárceles reales, producto de la pérdida de su condición de aforado de la Universidad.

(69) FERNÁNDEZ DE AYALA, *Práctica y formularios de la Chancillería de Valladolid*, Ed. Francisco Revilla. Zaragoza, 1773, p. 55; MARÍA PAZ ALONSO ROMERO nos realiza una análoga descripción en *El Proceso Penal...*, op. cit., pp. 203-204.

La experiencia penal en los establecimientos de primeros del siglo xx. Modelos penitenciarios y su inicio en Alcalá(1)

ENRIQUE SANZ DELGADO

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Las líneas que siguen y configuran esta aportación pretenden exponer qué queda en nuestro sistema penitenciario actual de las iniciativas doctrinales e institucionales surgidas en los primeros años del siglo xx, cuando algunas de las más transformadoras tuvieron su primera aplicación práctica en los establecimientos de la ciudad de Alcalá de Henares –cuyo patrimonio se conmemora hoy al cumplirse el vigésimo quinto aniversario de la declaración de la Unesco–; y, por qué aquel marco temporal supuso también un punto de inflexión en el devenir de la ciencia penitenciaria española y en el desarrollo del Derecho penitenciario posterior, cuyo rastro normativo en algunas de sus manifestaciones llega incluso hasta el presente. Tratamos así de revisar hasta qué punto dos normativas de entonces, de los años 1901 y 1903, simbolizaron los inicios de una pugna científica y normativa, «las dos tendencias ideológicas más significativas»(2) en la forma de ejecutarse las penas privativas de libertad destinadas al fin correccio-

(1) Ponencia presentada en el Seminario *Alcalá y su patrimonio. Una visión desde la Justicia Penal: Cárceles, galeras y prisiones*, realizado el día 13 de junio de 2023 en la Sala de Conferencias Internacionales en el Colegio de San Ildefonso de la Universidad de Alcalá.

(2) Así García Valdés se ha referido a «las dos grandes tendencias ideológicas de la Ciencia penitenciaria española a comienzos del siglo xx, que luego encuentran su reflejo y acomodo en el Derecho penitenciario». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Apuntes históricos del Derecho penitenciario español* (discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 de septiembre de 2014, en el Paraninfo de la Universidad de Alcalá). Edisofer, Madrid, 2014, p. 19.

nal(3), encarnada dicha discrepancia en dos grandes especialistas con una visión diversa, y por entonces antagónica, que protagonizaron la actividad institucional planteando soluciones y tensiones que en alguna medida, aun con menor intensidad, todavía pueden advertirse en la actualidad, con respecto a la puesta en práctica de determinadas medidas aperturistas, y específicamente en lo relativo a la mayor o menor flexibilidad de un sistema según qué dirección de turno asuma y aborde la competencia de Prisiones, y qué directrices puedan desde ahí condicionar la singular autonomía de la acción penitenciaria a desarrollarse en cada centro penitenciario.

I

A dicha pugna, siguiendo la línea de investigación iniciada por mi querido maestro(4), me he referido anteriormente, aludiendo a tales modelos personalistas y a sus divergencias que, por aquél entonces, parecían irreconciliables(5), expresadas con mayor intensidad durante el primer cuarto del siglo veinte, difuminadas después, y cuya confluencia hubo de esperar al apuntalamiento del modelo de ejecución

(3) Vid., por todos, GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Edisofer, Madrid, 2006, *passim*.

(4) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 109 ss.

(5) Vid., al respecto, SANZ DELGADO, E., *El Humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer, Madrid, 2003, pp. 281 ss.; EL MISMO: «La reforma introducida por la Ley 7/2003: ¿Una vuelta al siglo XIX?», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. Extra-2, 2004, pp. 195 ss.; EL MISMO: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra-2006, pp. 191 ss.; EL MISMO: «El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad», en VV. AA. (García Valdés, C.; Valle Mariscal de Gante, M.; Cuerda Riezu, A. R.; Martínez Escamilla, M., y Alcácer Guirao, R. Coords.): *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. II, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 2405 ss.; EL MISMO: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, pp. 155 ss.; EL MISMO: «Rafael Salillas y los orígenes de la individualización científica», en VV. AA. (Mata y Martín, R. Dir.): *Hitos de la historia penitenciaria española. Del siglo de Oro a la Ley General Penitenciaria*. BOE, Madrid, 2020, pp. 151 ss.; EL MISMO: «Antecedentes normativos del sistema de individualización científica» en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXXIII, 2020, pp. 207 ss.; EL MISMO: «Rafael Salillas y el Consejo Penitenciario, a través de su órgano oficial: *La Revista penitenciaria*», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra-2023, p. 148; recientemente, desde una visión enfocada en la persona de Fernando Cadalso, y en sus posturas contrarias a las de Rafael Salillas, *vid.*, por todos, los brillantes trabajos de TÉLLEZ AGUILERA, A., «Cadalso ante el espejo», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 262, 2020, pp. 16 y 24 ss.; EL MISMO: «Dorado, Salillas y La Naranja mecánica», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra-2023, pp. 203 ss.

tratamental surgido con la norma penitenciaria de 1968, reforzado y redefinido en el sistema de individualización científica que se recogía finalmente en el vigente artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sobre el cual, el profesor García Valdés, casi veinte años más tarde a su promulgación, explicaba por escrito, en una suerte de confidencia, lo que sigue: «Cuando en los debates de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, acerca de la vigente Ley General Penitenciaria, se encasquilló la discusión para buscar una palabra, y una idea, diferente a la denominación de «régimen progresivo» para el sistema de tratamiento de los internos, y hube de encontrar el término adecuado, me acordé de dos cosas: de Montesinos y Cadalso, decidiendo no arrumbarles; y de lo escrito por el maestro de Angüés (léase Salillas): en el actual artículo 72 figura, así, «individualización científica, separado en grados». Fue mi lealtad a nuestra mejor historia, a un término querido, compatible con mi homenaje a Salillas y el reconocimiento tardío de todos, aun, probablemente, sin muchos saberlo. Es por ello que se forjaba entonces, como bien ha recordado Téllez Aguilera, «un modelo, un conjunto ordenado en el que régimen y tratamiento, los dos grandes orbes del mundo penitenciario, debidamente coordinados (artículo 71), se integran en el sistema de individualización científica separado en grados»(6).

Desde el presente, tal modelo individualizador puede considerarse el elemento vertebral y nuclear de un sistema penitenciario dirigido a la consecución de los fines constitucionales enmarcados en el artículo 25.2 de la Constitución española de 1978, y en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, cuya plasmación normativa en ambos casos correspondió al Profesor García Valdés. Tales fines y dicho mecanismo de ejecución, que por un lado se refiere a la importancia de la individualización en el trato a los reclusos y, por el otro, a la intervención penitenciaria mediante el uso de procedimientos bajo la esfera de las ciencias de la conducta enfocadas al fin reeducador y después resocializador, se han venido después fortaleciendo en resoluciones del Tribunal Constitucional y han sido objeto de atención diaria en las decisiones de la jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, encargada de la fiscalización de la ejecución penal, inexistente hasta la llegada de la citada norma orgánica.

Si retomamos aquellos antecedentes en España, la exploración normativa nos dirige, primeramente y como ejemplo prioritario, a lo sucedido en la prisión para jóvenes de la ciudad de Alcalá de Henares, donde

(6) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Vidas paralelas en el penitenciarismo europeo. De la unificación italiana a la transición española, a través de sus figuras señeras*. Edisofer, Madrid, 2017, p. 83.

se proyectaron las dos iniciativas citadas de los años de 1901 y 1903, derivadas de la acción institucional de Fernando Cadalso y Rafael Salillas respectivamente. La puesta en marcha del régimen progresivo de cumplimiento de condenas implantado por Decreto de 3 de junio de 1901, derivó dos semanas más tarde en un muy cercano Decreto de 17 de junio como una versión para el centro alcalaíno de jóvenes, conformando lo que se denominó la Escuela de reforma, que introducía el modelo normativo progresivo recogido por la norma anterior promulgada para adultos; y, dos años más tarde, ya bajo la influencia de Rafael Salillas, el Decreto de 8 de agosto de 1903, que venía a implantar lo que se denominó el Reformatorio de Alcalá de Henares, incluyendo los fundamentos normativos de tutela correccional impulsados por el Decreto de 18 de mayo de 1903.

El contexto doctrinal nacional e internacional había prestado especial atención, desde mediados del siglo XIX, a los modelos y ensayos practicados en otras latitudes y sistemas, resultando en el impulso del modelo de régimen progresivo irlandés, pero tomando especial protagonismo, a partir del último tercio de dicha centuria, otro modelo penitenciario, denominado Reformatorio, que venía a integrar para su desarrollo principios extraídos de los ejemplos aperturistas previos de Montesinos, Maconochie o Crofton(7), incorporando evidentes elementos progresivos en el cumplimiento de la pena, pero ofreciendo además una solución con futuro para el ámbito y fin correccional(8), vinculada principalmente al significado de la sentencia o condena indeterminada(9), cuya puesta en práctica y valoración positiva en Norteamérica

(7) Vid. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos*. Biblioteca Hispania, Imprenta de Prudencia Pérez de Velasco, Madrid, 1913, p. 75.

(8) Como recuerda Harry Elmer Barnes: «El gran avance que marcan los sistemas irlandés y de Elmira sobre los sistemas de Pensilvania y Auburn fue el hecho de que en estos últimos tipos de disciplina penal, la duración del encarcelamiento se hizo depender, al menos aproximadamente, del progreso observable realizado por el prisionero en el camino a la prisión. Reforma final. Era, por lo tanto, un sistema que enfatizaba principalmente la reforma en lugar de la represalia o la disuasión». Cfr. BARNES, H. E., «Some Leading Phases of the Evolution of Modern Penology», en *Political Science Quarterly*, vol. 37, núm. 2, junio 1922, p. 265.

(9) Así se reflejaba claramente en el Congreso Penitenciario de Cincinnati de 1870. Entre los principios sugeridos para ser sometidos a consideración ya se apuntaba, en noveno lugar, que las sentencias indeterminadas deberían sustituir a las fijas, y se hacía asimismo un paralelismo de la reforma de los delincuentes con la curación de los dementes. Vid. WINES, E. C. (ed.), *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, held at Cincinnati, Ohio, October 12-18, 1870, Albany, 1871, p. 551; en la bibliografía española, haciéndose eco de tales resoluciones del renombrado congreso, entre otros, vid. LASTRES y JUIZ, F., *Estudios penitenciarios*. Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1887, pp. 47 ss.; CADALSO y MANZANO, F., *Estu-*

dios penitenciarios. *Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*. F. Góngora, Madrid, 1893, pp. 222 ss.; EL MISMO: *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos...* *ob. cit.*, pp. 53 ss.; y, más tarde, como objeto principal de su tesis doctoral, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La sentencia indeterminada*. Reus, Madrid, 1913, pp. 254 ss.; o más recientemente, GARCÍA BASALO, A., «El Congreso penitenciario de Cincinnati de 1870. Su trascendencia en el plano internacional iberoamericano», en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 60, julio-diciembre de 2020, pp. 46 ss.

Acerca de la institución de la sentencia indeterminada, *Vid.*, en la doctrina española, saludando y después recordando esa iniciativa, SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. Fortanet, Tomo I, Madrid, 1874, pp. 449 ss.; DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1895, pp. 43 ss.; EL MISMO: *El Reformatorio de Elmira (Estudio de Derecho penal preventivo)*. La España Moderna. Madrid, s/f (1898?), pp. 5-17 y 119 ss.; EL MISMO: *Estudios de Derecho penal preventivo*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1901, pp. 107 ss.; EL MISMO: *Bases para un nuevo Derecho penal*. Manuel Soler. Barcelona, 1902, pp. 90 ss.; EL MISMO: *Nuevos derroteros penales*. Heinrich y cía. Barcelona, 1905, pp. 148 ss.; EL MISMO: *El Derecho protector de los criminales*. Librería General de Victoriano Suárez. Tomo II, Madrid, 1915, pp. 19 ss.; VALDÉS RUBIO, J. M., *Programa razonado de un curso de Derecho penal*. Tomo I, 2.ª ed. Imprenta de la Viuda e hija de Gómez Fuentenebro, Madrid, 1892, pp. 416 ss.; SALILLAS y PANZANO, R., «Leyes penales», en *Revista penitenciaria*. Año I, Tomo I, julio, 1904, pp. 50 y 163; EL MISMO: *Revista Penitenciaria*. Año II, Tomo II, 1905, pp. 685 y 730; «Trabajos Españoles. El Libro de D. Javier Ugarte», en *Revista Penitenciaria*, Tomo III, año III, 1906, p. 137; «La crisis del sistema celular», en *Revista penitenciaria*. Tomo IV, Año IV, 1907, pp. 222 y 683; «El año penitenciario de 1907», en *Revista Penitenciaria*. Tomo V, Año V, p. 45; ARAMBURU y ZULOAGA, F., *La actual orientación del Derecho penal y de la lucha contra el delito*. Fortanet. Madrid, 1910, pp. 58 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La sentencia indeterminada...* *ob. cit.*, *passim*; atendiendo a un posible origen hispano de la sentencia indeterminada, CASTELLANOS, P., «La sentencia indeterminada tuvo su origen en España», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 13, abril 1946, pp. 74-78; GUERRERO LÓPEZ, M., «La sentencia indeterminada», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 16, julio 1946, pp. 93-98; LASALA NAVARRO, G., «La sentencia indeterminada en España», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 17, agosto 1946, pp. 44-49; A.S., «Recuerdos de un curso en la Escuela de Criminología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 39, junio 1948, pp. 90 y 91; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*. Madrid, 1949 (2.ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. J., y Beneytez Merino, L.) Akal, Madrid, 1986, pp. 586 ss.; COVA GARCÍA, L., «Del estado peligroso del crimen y de la sentencia indeterminada», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 83, febrero 1952, pp. 99-101; realizando la vertiente restrictiva de la cláusula de retención, CASTEJÓN, F., «Introducción en el Derecho español de la sentencia indeterminada», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 100, julio 1953, pp. 29-33; CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...* *ob. cit.*, p. 52 ss.; cuestionando la sentencia indeterminada, VON HENTIG, H., *La Pena II. Las modernas formas de aparición*. Espasa Calpe. Madrid, 1968, p. 187; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...* *ob. cit.*, pp. 275 y 276; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Premios Victoria Kent 2013. 2.ª Accesit, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2014, pp. 133 y 170 ss.; también acerca del modelo reformatorio y la introducción de la sentencia indeterminada, RAMOS VÁZQUEZ, I., «Un siglo de estudios de Derecho penitenciario comparado en España (ss. XIX y XX)», en *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 12, 2015, pp. 714-717; la misma: «El sistema de reformatorio

se vinculaba a la opción personalista de Zebulón Reed Brockway desde su responsabilidad en la superintendencia de la casa de corrección de Detroit(10) y después desde la dirección del que sería, desde entonces, el renombrado Reformatorio de Elmira, en el norte del Estado de Nueva York, caracterizado por establecer para los jóvenes de entre dieciséis y treinta años de edad una modalidad de cumplimiento progresivo de la sentencia no sujeta a un marco temporal determinado, posibilidad muy valorada por algunos de los especialistas interesados en la reforma penitenciaria, como el norteamericano Enoch Cobb Wines.

Si bien pareciera que inexactamente nombrada tal modalidad como sentencia *indeterminada*, pues más adecuado sería referirse a una pena o condena indeterminada o indefinida, en ciertos círculos intelectuales españoles se convertía en un modelo de cumplimiento más flexible y esperanzador, que podía mejor relacionarse con la idea de una tutela más individualizadora y correccional de los delincuentes(11), que así encontraba una teórica base nacional en el tradicional pensamiento correccional desplegado en la práctica y en la normativa penitenciaria decimonónica española, y que impulsarían y defendieron, desde diferentes esferas, si bien sustancialmente de acuerdo, en los últimos lustros del siglo XIX, entre otros, relevantes nombres como los de Francisco Giner de los Ríos(12), Pedro

(*reformatory system*). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015, pp. 165, 167, y 176.

(10) Fernando Cadalso se refirió a tales nuevos procedimientos localizándolos en la persona de Brockway, «que dirigía entonces la Casa de corrección de Detroit (Michigan), los implantó en su establecimiento, con las modificaciones consiguientes a la diferencia de medio y al criterio de la sentencia indeterminada, de que era y es decidido partidario». Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos...* ob. cit., p. 53.

(11) El propio Salillas, todavía en 1918, en su obra relativa a la Evolución penitenciaria hispana, expresaba cómo «la condena indeterminada, la mayor novedad penal, no significa la condena perpetua, ni siquiera la condena larga, sino la fijación del tiempo en virtud del sometimiento a régimen penitenciario, pudiendo resultar condenas brevísimas y condenas sin agotamiento: naturalmente que, en un régimen humano de sanatorio, no en el de reclusión más o menos afflictiva». Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., *Evolución penitenciaria en España*. Tomos I y II, Imprenta clásica española, Madrid, 1918, pp. 79 y 88, respectivamente.

(12) A partir de las ideas de Francisco Giner de los Ríos se había delineado, en palabras de Asúa, una nueva Penología. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*, 2.ª serie, Tomo VII, 1966, p. 14. Cuarto de siglo más tarde, en la cátedra de aquél se creaba el que fuera llamado Laboratorio de Criminología (1899-1900), a cuyo frente estuvo Rafael Salillas, a quien Asúa consideraba discípulo de Giner (*vid.*, últ. ob. cit., p. 251); y siguiendo esa estela, tres años más tarde, se promulgaba la norma creando la Escuela de Criminología en las dependencias de la prisión modelo madrileña, aunque hubo de esperar unos años a ponerse en funcionamiento.

Dorado Montero o Rafael Salillas. Especialmente señalada en la materia se muestra sin lugar a dudas la difusión de la obra del profesor de Salamanca, cuya publicación acerca del sistema reformatario desplegado en el establecimiento de Elmira(13), que si bien no conoció *in situ*, sí recogió y difundió sus principios inspiradores, se convertía en un trabajo referencial en España; y, después, Rafael Salillas impulsando, desde la administración y desde la difusión de las iniciativas en las instituciones penitenciarias(14), su arranque

(13) Vid. DORADO MONTERO, P., *El Reformatorio de Elmira (Estudio de Derecho penal preventivo)*. La España Moderna. Madrid, s/f (1898?), *passim*; obra que el Dr. Téllez Aguilera sin embargo no considera de especial originalidad sino más bien un ejemplo de traducción, como otras de las que por entonces realizaba Dorado Montero, y ello puede inferirse, tras un análisis del contenido, cuando el magistrado cordobés demuestra cómo «son constantes, página tras página, la simple traducción de los informes oficiales de la Institución (los *Years Books* y los *Board of Managers' Reports*) pudiendo constatarse ello, por ejemplo, pp. 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 29, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 44, 46, 48, 49, 51». Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «Dorado, Salillas, y La Naranja Mecánica», *ob. cit.*, p. 232 (nota 168).

(14) Dando Salillas noticia de los modelos penales que incorporaban dicha modalidad de cumplimiento de la pena y de las posibilidades que abría dicha solución penológica, que le servía para explicar su diseño normativo. Así, un año después de los renovadores decretos por él impulsados, en el año 1904, lo recoge en la *Revista penitenciaria*. Año I, Tomo I, julio, 1904, en el apartado «Leyes penales», haciendo referencia al Código penal noruego de 1903, o en lo relativo al sistema de Elmira insertado en la prisión de Connecticut (pp. 50 y 163, respectivamente); o recordando a Manuel Montesinos, al que denomina un buen juez, en sus términos: «no está mal el llamar a un director de una penitenciaría un segundo juez. Si se estableciese la condena indeterminada, sería verdaderamente un segundo juez; pero lo es, en efecto si desempeña con elevación sus altas funciones». Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., *Revista Penitenciaria*. Año II, Tomo II, 1905, p. 685; o en el apartado a la Información extranjera, bajo el título «Lo bueno y lo malo en las prisiones de los Estados Unidos de Norteamérica», al referirse a la obra de Edward Grubb y a la pena indeterminada, como «la gran novedad implantada en estos Reformatorios». Cfr. *Últ. ob. cit.*, p. 730; en referencia al plan de reformas de Javier Ugarte, que se quedaron en proyectos tras dejar el Ministerio de Gracia y Justicia, y que rescata Salillas transcribiendo expresamente el deseo de «una política preventiva, y a esta política se ha de atener, en su particular modalidad, la organización penal y el régimen penitenciario. De aquí la aspiración a que los tribunales se limiten a ser meros definidores del hecho y a que la organización penitenciaria se encargue de continuar el proceso del delincuente en el estudio de sus caracteres, condiciones y posibilidades de educación. Si la sociedad estuviese preparada convenientemente, la simplificación de los Códigos sería tan grande, que la pena habría de ser siempre indeterminada, reservándose las determinaciones posteriores a la aplicación de los métodos penitenciarios». Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., «Trabajos Españoles. El Libro de D. Javier Ugarte», en *Revista Penitenciaria*, Tomo III, año III, 1906, p. 137, o en relación al Real Decreto que suprimía el penal de Tarragona, creando una penitenciaría en el castillo de San Fernando de Figueras, citando expresamente las palabras del ministro de Gracia y Justicia, Álvaro de Figueroa, en su Proyecto de Decreto que sería firmado el 18 de octubre de 1906, al decir: «lo más importante de todo es que se presta a introducir nuevas normas en nuestro régimen penitenciario. Por de pronto es factible el sistema de clasificación inde-

legislativo. Como temprana manifestación de dicho influjo, al poco tiempo de ponerse en marcha el Reformatorio de Elmira, Giner de los Ríos, junto a Alfredo Calderón, ya habían hecho alusión, en sus principios de Derecho Natural, publicados en 1873, «al grave error de determinar a priori y de una manera absoluta la duración de la pena, que en la sentencia se aplica»(15).

El refrendo y la evaluación positiva del sistema reformativo había previamente formado parte de las deliberaciones del trascendente Congreso penitenciario de Cincinnati de 1870, que asimismo valoraba

terminada preceptuado por el artículo 6.º del Real Decreto de 18 de mayo de 1903». *Cfr. Últ. ob. cit.*, p. 706; o en la *Crónica de asuntos científicos del número de 1907*, SALILLAS y PANZANO, R., «La crisis del sistema celular», en *Revista penitenciaria*. Tomo IV, Año IV, 1907, p. 222, donde señala: «Tal vez el mejor justificante de la pena indeterminada a que por algunos se aspira, esté en la consideración de que los reclusos, como los hombres en general, hayan de quedar estacionados en su propia manera de ser, o por su especial naturaleza hayan de salir más o menos pronto de un estado que para ellos es circunstancial». De igual modo, referenciando el comienzo de las clases de la Escuela de Criminología que dirigía, en su segundo año, Salillas hace una síntesis didáctica de altura, como sigue: «Si se consiguiera de pronto una transformación penitenciaria tal y como se anhela por todos, no por los significados en determinadas tendencias, el Código penal se rectificaría inmediatamente en sus aplicaciones penales. Ya está modificado en este sentido en nuestra misma legislación penitenciaria y baste citar el Real decreto de 18 de mayo de 1903, sobre régimen de tutela y tratamiento correccional. En él y preceptivamente, hay un cuerpo de doctrina de ciencia penitenciaria. El régimen penal que se puntualiza es el de clasificación indeterminada, y para determinar esta clasificación se requiere el estudio particular de cada penado en virtud de un expediente correccional. El Director, el Inspector, el Médico, el Profesor de instrucción primaria y el Capellán, actúan penitenciarmente investigando al sujeto, cada uno desde un punto de vista. De este estudio armónico nacen todas las determinantes orgánicas y por él se definen los procedimientos penitenciarios». *Cfr. Últ. ob. cit.*, p. 683. En el último número del principal órgano de difusión de sus ideas, publicaba también Salillas su extenso artículo «El año penitenciario de 1907», en el que afirmaba: «La tendencia significada de este modo hará definitivamente su camino y entonces el magistrado perderá muchos atributos que se integrarán más apropiadamente en el nuevo funcionario de Prisiones, transformándose el Derecho penal en lo que provisionalmente se podría llamar derecho penitenciario. Si miráramos estas cosas en el sentido de la sentencia indeterminada, encontraríamos ya el vislumbre de la solución. El Derecho penal, para congraciarse y mantenerse en equilibrio con las nuevas tendencias, desenvuelve su táctica conservadora en el sentido de volver al antiguo terreno del arbitrio judicial; pero, seguramente, no será el arbitrio en la sentencia lo que predomine, sino la indeterminación, porque el proceso no se puede ventilar en el que la ley de Enjuiciamiento llama drama de estrados, en esa lucha de acusar y de defensa, sino en el propio laboratorio de estudio y conocimiento de los delinquentes». *Cfr. SALILLAS y PANZANO, R.*, «El año penitenciario de 1907», en *Revista Penitenciaria*. Tomo V, Año V, p. 45.

(15) *Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F. y CALDERÓN, A.*, *Principios de Derecho Natural sumariamente expuestos*. Imprenta de la biblioteca de instrucción y recreo, Madrid, 1873, p. 170.

las iniciativas anteriores de Crofton, Montesinos(16) o Maconochie, afirmándose en positivo por el propio Brockway –uno de los organizadores del Congreso– quien había impulsado una primera norma para la aplicación de la indeterminación del tiempo de reclusión para la casa de corrección de Detroit, en el estado de Michigan(17). El sis-

(16) La prioridad se le otorga a Montesinos en diferentes trabajos del trascendente Congreso de Cincinnati, en el que participaron nombres de la talla de Walter Crofton, Mary Carpenter, Martino Beltrani Scalia, M. D. Hill, William Tallack, Arnould Bonneville de Marsangy, o Joanna Margaret Hill. *Vid.*, al respecto, las significaciones de Montesinos en Wines, E. C. (ed.), *Transactions of the National Congress...* *ob. cit.*, pp. 169, 175, 455, 549 y 555; EL MISMO: *The State of Prisons and Child-Saving Institutions in the civilized world. Cambridge*, 1880, pp. 30 y 31; y, más recientemente, dando noticia de dicha prioridad y referencias internacionales y españolas, posteriores a Salillas, *vid.* SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español...* *ob. cit.*, 2003, p. 171; y, más recientemente, GARCÍA BASALO, A., «El Congreso penitenciario de Cincinnati de 1870....», *ob. cit.*, pp. 46, 61 y 65.

(17) *Vid.*, entre otros, al respecto, LEWIS, C. T., «The Indeterminate Sentence», en *The Yale Law Journal*, vol. 9, octubre 1899, pp. 22 ss.; LINDSEY, E., «Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 16, 1925, p. 18, quien recuerda cómo cualquier persona condenada por un delito punible en la Casa de Corrección de Detroit y quien fuera sentenciado a ella debía convertirse en un pupilo del estado. El juez de circuito del condado de Wayne y los inspectores de la casa de corrección se constituyeron en junta de tutores y la persona condenada iba a ser sujeta a su custodia por lo que «el tribunal no fijará, declarará ni determinará ningún período de tiempo» para la continuación de tal custodia, pero la Junta de los tutores podían poner en libertad a esas personas, absoluta o condicionalmente, «previa demostración de un carácter mejorado». En concreto, la normativa recogida en el Documento número 159 de la Tercera sesión del 55.º Congreso de los Estados Unidos, con fecha de 5 de diciembre de 1898 a 4 de marzo de 1899, se decía expresamente: «Cuando a dicha Junta le parezca que existe una fuerte o razonable probabilidad de que cualquier pupilo posea un propósito sincero de convertirse en un buen ciudadano con el poder moral y el autocontrol necesarios para vivir en libertad sin violar la ley, y que dicho pupilo se convertirá en un miembro justo de la sociedad, entonces emitirán a dicho pupilo una liberación absoluta». *Vid.* «Reports on Indeterminate sentence and Parole Law». Vol. 11. Document núm. 159, en *55th Congress 3d Session December 5, 1898- March 4, 1899, Index to the Subjects of the Documents and Reports*. Government Printing Office, Washington, 1900, p. 109; también, al respecto, lo recogido por el entonces Comisionado de los Estados Unidos de América en la International Prison Commission, BARROWS, S. J., *New legislation concerning crimes, misdemeanors, and penalties: compiled from the laws of the Fifty-fifth Congress and from the session laws of the states and territories for 1897 and 1898*. Government Printing Office, Washington, 1900, que recogía como se planteaba en el Código de Nueva Jersey tal posibilidad, como sigue: «Se da un paso más cuando los Estados adoptan la sentencia indeterminada, que releva tanto al juez como al legislador de la dificultad de adecuar la pena al criminal, que es algo diferente del intento abstracto de hacerlo encajar el crimen» (p. xiv); más recientemente, señalando la relevancia de la acción del propio Zebulon Brockway en el establecimiento de Elmira, *vid.* DOHERTY, F., «Indeterminate sentencing returns: The invention of supervised release», en *New York University Law Review*, June, 2013, p. 980.

tema de Elmira(18) se convirtió a partir de entonces en el modelo de la sentencia «reformatoria», aplicable no solo a los delincuentes juveniles y primerizos de entre dieciséis y treinta años enviados a reformatorios, sino también gradualmente a los delincuentes enviados a penitenciarías para delitos más graves, excepto los delincuentes habituales, los que debían cumplir cadena perpetua o los condenados a muerte(19).

Dicho modelo seguía siendo noticia y se seguiría impulsando todavía en el posterior Congreso de Estocolmo en 1878(20), aunque en el de Bruselas de 1900 ya no tuviera la misma acogida, así como sí se supo apreciar paralelamente en el entorno de la Antropología criminal en el Congreso de Roma de 1885 y, específicamente desde el Derecho penal, en los Congresos de Unión Internacional de Derecho penal de Bruselas de 1881, Cristianía de 1891, París de 1893 y Amberes de 1894, como avales científicos para convertirse la condena indeterminada en el norte del modelo de corte individualizador que pretendía Rafael Salillas. En su momento de influencia administrativa más determinante, tras el éxito de su obra *La vida penal en España*(21), en el año 1888, adquiría la confianza ministerial para la puesta en práctica del primer modelo normativo de sistema progresivo en la plaza de Ceuta(22), así como se ocupaba de elaborar, por indicación del mismo ministro Canalejas, el *Anuario Penitenciario* de 1888, publicado en 1889, reflejando los errores del pasado y desarrollando, en fin, una labor trascendente desde su puesto de

(18) Vid., al respecto, por todos, BROCKWAY, Z. R., «The Reformatory System», en VV. AA. (Barrows, S. J. [ed.]), *The Reformatory System in the United States (56th Congress 1st Session. House of Representatives. Document núm. 459)* Reports prepared for the International Prison Commission. Government Printing Office, Washington, 1910, pp. 17 ss.; EL MISMO: «The American Reformatory Prison System», en *American Journal of Sociology*. Vol. 15, núm. 4, enero 1910, pp. 454-477.

(19) Vid. SPALDING, W. F., *Indeterminate sentences for penitentiary prisoners. Paper prepared for the National Prison Congress*, 1895, p. 9; y, más recientemente, PIFFERI, M., *Reinventing Punishment: A Comparative History of Criminology and Penology in the 19th and 20th Century*. Clarendon Studies on Criminology, Oxford University Press, 2016, p. 62.

(20) En las deliberaciones del Congreso penitenciario de Estocolmo se pidió que la pena solo se fijase en sus grandes líneas, y que respecto de los detalles la Administración tuviese una gran libertad, una amplia iniciativa para fijar la adaptación individual. Así, al respecto, vid. LASTRES, F., *Estudios penitenciarios*, ob. cit., pp. 47 ss.

(21) Vid. SALILLAS y PANZANO, R.: *La vida penal en España*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1888, *passim*.

(22) Vid., al respecto, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...* ob. cit., pp. 264 ss.

Secretario en el Consejo Penitenciario(23), que acercaba más a nuestra realidad la resonancia internacional del modelo reformativo, entendido como un notable perfeccionamiento del sistema progresivo, constituyendo el mayor progreso alcanzado hasta entonces en la ciencia penitenciaria.

Como en otra parte he señalado(24), entre los motivos del freno en la aplicación del modelo reformativo en los Estados Unidos de América pueden advertirse la no asunción generalizada del sistema para a los adultos, el patrón disciplinario represivo en exceso, la inadecuación del ambiente y del edificio, como lastres que impidieron el éxito continuado de tan renombrado modelo, que por entonces servía, no obstante, de inspiración a otros que buscaron un modelo científico tratamental. Dicha resistencia a la apuesta por la indeterminación de la condena se percibió también después en España, pues cuando se quiso implantar el sistema reformativo (y así se pueden enumerar los decretos reguladores de la vida penal en Alcalá de Henares, Ocaña y Alicante), se hizo, tras la iniciativa cadalsiana, omitiendo lo fundamental, el elemento básico estructural que constituía en dicho modelo la condena indeterminada, sin la cual, como diría José de las Heras, Director de la Escuela Industrial de jóvenes de Alcalá de Henares, «el reformativo no puede alcanzar una existencia real y científica» [...] «¿Cómo es posible que nadie se atreva a defender la teoría de que el tiempo necesario para que esa transformación se opere pueda ser fijado de antemano, cuando las condiciones exigibles radican en el sujeto, primero, y en los resultados y el tratamiento, después?»(25)

Tales bondades de la sentencia indeterminada sin embargo sí fueron señaladas durante años por Fernando Cadalso en sus obras, algo que sorprende tras las sucesivas críticas que realizó al modelo tutelar correccional impulsado en 1903 por Rafael Salillas, quien basaba dicho sistema en la indeterminación respecto de las etapas en el cumplimiento de la pena.

Será más tarde cuando finalmente Cadalso se interesa por el sistema reformativo y viene a reivindicarlo para España, aunque por alguna ignota razón sin otorgar la relevancia oportuna que en aquella institución reformadora norteamericana mantenía la condena indeter-

(23) Vid., con relación a su influencia en el ámbito administrativo, SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y el Consejo penitenciario, a través de su órgano oficial: La Revista Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra-2023, pp. 122 ss.

(24) Vid. SANZ DELGADO, E., *Antecedentes normativos del sistema de individualización científica...* ob. cit., p. 223.

(25) Cfr. DE LAS HERAS, J., *La juventud delincuente y su tratamiento reformador* (ed. original 1927, Imprenta de la Escuela Industrial de jóvenes, Alcalá de Henares), Mod. Ed. Fundación Respuesta Social Siglo XXI, Madrid, 2008, p. 140.

minada. Significativa fue su opinión, expresada con motivo del Congreso penitenciario de Valencia de 1909, donde mantuvo la prioridad y relevancia de la respuesta penal y penitenciaria americana del establecimiento neoyorquino de Elmira, y así lo manifestaba, afirmando: «me honro en proponer á la Asamblea, implante en nuestro país la legislación que en la materia rige en un pueblo poderoso y progresivo, cual es el de los Estados Unidos, y en una institución muy moderna y muy elogiada, hasta por nuestros mismos publicistas: en el Reformatorio de Elmira (Nueva York), fundado en 1876 y regido según los adelantos penitenciarios más modernos; que si allí, en aquel floreciente Estado se aplica á un establecimiento de gente joven (de dieciséis á treinta años) y seleccionada, atendiendo á su buena conducta, no creo que pueda significar retroceso el implantarle en nuestras Prisiones»(26), incluyendo en su concepto incluso las medidas disciplinarias, recogidas también en su conclusión cuarta de aquella publicación, al decir: «Los correctivos que en las Prisiones deben aplicarse han de ser los establecidos en la Ordenanza de Presidios de 1834, y si éstos no se estimaran aceptables, implantar la legislación que en la materia rige en el Reformatorio de Elmira de los Estados Unidos (New-York)»(27).

Años después, en 1913, también señalaba Fernando Cadalso que «con el siglo XIX principió un intenso movimiento en favor de los menores, movimiento que ha continuado y continúa, acentuándose cada vez más la separación en edificios distintos de los delincuentes, de los viciosos y de los faltos de protección. En 1824 se organizó en Nueva York una casa de refugio a la que comenzaron a destinar a los primeros y en la que permanecían hasta la mayoría de edad, excepto aquellos que, por su buena conducta y satisfactorias aptitudes, para ganar la subsistencia merecían ser puestos en libertad, a juicio de la Administración de la casa, en cuyo procedimiento encuentran los americanos el origen de la sentencia indeterminada, que tanta importancia tiene en los Estados Unidos»(28). Asimismo, en dicha obra estudiosa de los sistemas norteamericanos, en el capítulo dedicado a los reformatorios, con referencia a las doctrinas de aquellos que denominan los reformadores, el por entonces ya muy renombrado Inspector

(26) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Primer Congreso Penitenciario Nacional de Valencia. Sección Segunda. Cuestiones Penitenciarias*. Imprenta de J. Góngora Álvarez. Madrid, 1909, p. 17.

(27) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Primer Congreso Penitenciario... ob. cit.*, p. 22.

(28) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos... ob. cit.*, p. 14, y citando las realizaciones de Brockway con base en ese modelo (p. 53).

general de las prisiones españolas vino a expresar: «El pensamiento y la finalidad en que se inspiran los reformatorios, se diferencian esencialmente de la base en que descansan los sistemas conocidos hasta la aparición de dichas instituciones. «El sistema de los reformatorios americanos –escribe Mr. Brockway– está basado en el principio de ayuda en sustitución al de castigo; en el de la sentencia indeterminada, en lugar de la de tiempo fijo; en el propósito de rehabilitar al delincuente, en vez de restringirle por la intimidación». La misma doctrina profesaba y defendía el Dr. Wines»(29). Cadalso pareciera entonces observar esta doctrina desde lejos, valorándola pero sin terminar de asimilarla para su aplicación intramuros en España. Así, de seguido, admite que «el delito que la ley define y la pena que consiguientemente señala, significan poco al lado de las condiciones del delincuente y de la conducta que observa durante su tratamiento». Y tras exponer las características de la sentencia indeterminada y los problemas que pudiera presentar cuando se plantea ésta sin límites mínimo y máximo, se decanta finalmente por la opción limitativa, y al respecto afirma: «Sus ventajas respecto a las del tiempo fijo son evidentes. En ésta, en la de plazo fijo, sabe el penado que ha de permanecer en prisión el tiempo que el fallo comprende y que seguramente ha de salir de ella cuando el plazo expire, con lo que se mata todo estímulo, porque el buen proceder no abrevia la reclusión ni el malo la prolonga. Aquélla, la indeterminada, pone en juego los dos elementos más poderosos para mover a la enmienda: la esperanza y el temor. De la conducta del prisionero depende su libertad, lo cual equivale a poner en su mano la llave de la prisión. Es indudable, por tanto, que favorece al delincuente; pero al mismo tiempo garantiza a la sociedad, porque sólo se anticipa la vuelta a la vida libre al que se ha hecho acreedor al beneficio por sus propios méritos y al que se considera en condiciones de proceder como los que no han delinquido, que es a lo que se aspira y es en lo que consiste el verdadero concepto de la reforma del culpable. De los refractarios al tratamiento que no dan pruebas de enmienda, no tiene que temer, porque su estancia en la penitenciaría ha de durar hasta el máximo establecido en la ley, según ocurre en la sentencia a plazo fijo»(30).

Se advierte así que Fernando Cadalso otorgaba por entonces los méritos debidos a la institución que después, sin embargo, en lo más trascendente, no favorece cuando tiene la posibilidad y la mano del

(29) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos...* ob. cit., p. 59.

(30) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos...* ob. cit., pp. 61 y 62.

legislador, o no la facilita con la flexibilidad y amplitud que hubiera podido. Así había llegado a señalar: «Ya hemos visto que la sentencia indeterminada es el principio fundamental de estas instituciones. El espíritu de la sentencia indeterminada, que mantiene en el recluso la esperanza de abreviar su reclusión, mediante la libertad sobre palabra, si sigue buen proceder, y el temor de perder el beneficio, si observa mala conducta; tal espíritu es el que informa todo el régimen interno de estos establecimientos. El penado evidencia con su delito su inadaptabilidad al medio social, a la vida libre; la misión del Reformatorio es adaptarle, extirpando en él las malas inclinaciones haciendo que en su conciencia renazcan propósitos de enmienda, dotándole de aptitudes para que pueda regirse por sí (*self-control*) y para que pueda atender por sí mismo a su subsistencia (*self-suport*) cuando salga de la institución. Por esto no se le considera como miembro amputado de la sociedad, sino separado de ella para rehabilitarle, como se separa al enfermo contagioso para su curación; por esto el régimen interior se asemeja, en cuanto es posible, al de la vida libre, y por esto los penados ocupan empleos, ejercen oficios y desempeñan servicios en forma tal, que puede decirse que a ellos está encomendado, en la parte ejecutiva, el funcionamiento del Reformatorio»(31).

Algunos de tales mimbres pueden no obstante encontrarse en la ideología correccional que con relación a la pena de prisión en la historia española ha sido amplia y certeramente analizada y presentada por García Valdés(32), resaltando aquellos rasgos distintivos frente a otras realidades contemporáneas comparadas. El último tercio del siglo XVIII (esencialmente a partir del fundamento correccional afianzado en el Discurso sobre las penas de Manuel de Lardizábal) y todo el siglo XIX, son el marco temporal para el encuentro con normativas que llevan en su seno, como fin necesario y después primordial, la corrección de los delincuentes. Y ello surgirá, sin embargo, en un sistema penitenciario eminentemente militarizado, o que propiamente pudiera denominarse, como lo hizo el catedrático de Alcalá en su lección de cátedra de 1986, un «Derecho penitenciario militar». El resultado presentaba instituciones progresivas, imbricadas en las ordenanzas decimonónicas, que serían, sin embargo, objeto de algunas críticas desde la doctrina penitenciaria en los años finales de aquella centuria. Pero en dicho sistema había surgido, como precedente manifestado en la práctica, aun sin el apoyo legal oportuno, una forma de régimen progresivo, en el modelo singular implantado por Manuel

(31) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Últ. ob. cit.*, p. 77.

(32) *Vid.*, por todos, GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma, ob. cit., passim*.

Montesinos y Molina en el presidio de Valencia (que Salillas reivindica y quiso siempre valorar por sus iniciativas aperturistas e individualizadoras, señalando, asimismo, otros posibles antecedentes normativos en la progresividad de periodos que el médico oscense apreciaba en otra norma anterior con elementos correccionales, la Real Ordenanza para el Gobierno de los Presidios de los Arsenales de Marina, de 20 de marzo de 1804)(33).

(33) Al respecto, destacando tal antecedente normativo, *vid.*, entre otros, SALILLAS y PANZANO, R., *La vida penal en España...*, *ob. cit.*, pp. 240, 241 y 396; EL MISMO: «Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*. Tomo VI. Sesión del 18 de junio de 1913. Congreso de Madrid, Madrid, 1914, p. 75; EL MISMO: *Evolución penitenciaria en España*, Tomo II, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1918, p. 229; DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario, Administrativo y Estadístico*. 1888, Imprenta de Romero y Guerra, Madrid, 1889, pp. 15 y 16; CADALSO y MANZANO, F., *Estudios penitenciarios. Presidios...* *ob. cit.*, p. 176; EL MISMO: «Informe del negociado de inspección y estadística», en VV. AA., Dirección General de Prisiones: *Expediente general para preparar la reforma penitenciaria*. Imprenta Hijos de J. A. García, Madrid, 1904, p. 36; EL MISMO: *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*. Imprenta de Jesús López, Madrid, 1921, pp. 9 y 10; EL MISMO: *Instituciones penitenciarias y similares en España*. José Góngora, Madrid, 1922, *cit.*, pp. 319 y 324; CASTEJÓN, F., *La Legislación penitenciaria española*. Ensayo de sistematización, comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy. Hijos de Reus editores, Madrid, 1914, pp. 5, 86 y 313; DE LA TEJERA y MAGNIN, L., *Estudios penitenciarios desde el punto de vista del ingeniero*. Imprenta del Memorial de Ingenieros del Ejército, Madrid, 1916, p. 145; CUELLO CALÓN, E., *Penología Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*. Ed. Reus, Madrid, 1920, p. 142; EL MISMO: *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I y único. Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 366; CIDRÓN, M., «Un Sistema Penitenciario Español», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*. Oporto (Sesión de 22 de junio de 1921), Madrid, 1923, pp. 98 y 99; SALDAÑA, Q., Adiciones a VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*. Traducido de la 18.^a ed., alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España. Tomo I, Reus, Madrid, 1926-1929, p. 467; LASALA NAVARRO, G., «Los cinco Códigos fundamentales del ramo de prisiones», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 31, octubre 1947, p. 28; EL MISMO: «Condena a obras públicas», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 136, septiembre-octubre, 1959, pp. 21, 23 y 24; APARICIO LAURENCIO, A., *El sistema penitenciario español y la redención de penas por el trabajo*. Victoriano Suárez, Madrid, 1954, p. 63; GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática*. Instituto de Criminología, Madrid, 1975, p. 29; EL MISMO: «Derecho penitenciario militar: Una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, Fasc. 3, 1986, pp. 781 y 785; EL MISMO: *Teoría de la Pena*. Tecnos, Madrid, p. 90; EL MISMO: *Apuntes históricos del Derecho penitenciario...* *ob. cit.*, p. 15; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*. Edersa, Madrid, 1983, p. 162; BUENO ARÚS, F., «Historia del Derecho penitenciario español», en VV. AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Universi-

El propio Rafael Salillas había expresado en los años finales del XIX, y en los principios del XX, su convicción de la necesidad de desterrar algunas de las prácticas estrictamente militares que todavía quedaban en la costumbre penitenciaria. No obstante, el multifacético autor, ya en su madurez, recuperaba en sus obras algunas de las bondades que sí apreciaba en aquellas normativas castrenses, en cuanto supusieron medidas similares al mensaje nuclear de la condena indeterminada, resaltando en fin las instituciones reduccionistas de la pena impuesta, y así lo hizo en su *Evolución Penitenciaria* de dos tomos que publicaba en 1918. Era perfectamente consciente de que contempladas retrospectivamente había instituciones propias de aquel derecho penitenciario militar, como las rebajas de penas, que dejaron una huella positiva en nuestro sistema penitenciario. Y con base en la relevancia que Salillas dio a los saberes criminológicos en prisión, y asimismo en un ejercicio de rescate de lo útil del pasado, puede sorprender que tras haber desaparecido la figura del profesional jurista-criminólogo del ámbito penitenciario civil, sea sin embargo en el entorno castrense, en el Reglamento penitenciario militar de 2017, donde la figura del jurista criminólogo permanece y se determina, exigiéndose la formación en ambas disciplinas para su labor formando parte del Equipo técnico.

Anhelado por todos, el denominado sistema progresivo vino a ser, en sus vertientes teórica y práctica, el resultado último de un largo proceso. Tras las reformas penitenciarias del siglo XIX y, desde su instauración definitiva en España (R.D. de 3 de junio de 1901 y posterior afianzamiento con el R.D. de 1913), hasta los veinte años finales del siglo XX, supondría, al fin, el resultado legislativo de los esfuerzos prácticos de reformadores y penitenciaros de aquella trascendente primera mitad decimonónica(34), y del carácter más técnico y perfeccionado de las normas de la segunda parte de la misma centuria. En

dad de Alcalá de Henares, 1985, 2.^a ed. 1989, p. 19; FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Los orígenes del penitenciarismo español*. Edisofer, Madrid, 2000, pp. 75-77; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario... ob. cit.*, pp. 189 ss.; EL MISMO, «Disciplina y reclusión en el siglo XIX: criterios humanizadores y control de la custodia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LV, 2002, pp. 113; EL MISMO: «Rafael Salillas y el Consejo penitenciario...», *ob. cit.*, p. 123; CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Tomo I, Premio Nacional Victoria Kent, 2010, Secretaría General Técnica. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, p. 149; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento... ob. cit.*, pp. 85 y 86; MILLA VÁSQUEZ, D. G., *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, teoría y praxis*. Grijley, Lima, 2016, pp. 143 y 144.

(34) En palabras de Fernando Cadalso, su principal impulsor, el Decreto «de 3 de junio de 1901, vino a llenar una necesidad por largo tiempo sentida. Cual se ha dicho, en el año 34 se promulgó la Ordenanza de Presidios, inspirada en un espíritu militar y regula-

todo caso, la propia disposición de inspiración cadalsiana de 1901, desvelaba el interés legislativo en su exposición motivadora, que firmaba el ministro Julián García San Miguel, y que expresaba los fines perseguidos con esta reorganización penitenciaria y el modelo a seguir, asumiendo una «idea que con feliz éxito han traducido en práctica y beneficiosa reforma naciones más afortunadas que la nuestra».

En tal sentido, se exponían entonces las nuevas prioridades con estos términos: «[...] se impone la necesidad de reorganizar los servicios, cuanto porque se puede llevar á la realidad sin dispendios sensibles para el Tesoro y con beneficio grande para la moralidad y corrección del culpable, en consonancia con los fines jurídicos de la pena, ya se atienda á la expiación, ya á la enmienda, ya á la defensa social. Trátase del sistema progresivo irlandés ó de Crofton, que mejora notablemente la servidumbre penal inglesa, y que debe implantarse en todas las Prisiones destinadas al cumplimiento de penas aflictivas y correcciones» (específicamente preceptuado en el artículo 1.º). Con plena consciencia de la falta de recursos, «por falta de celdas», para ponerlo en funcionamiento en todas las prisiones, se recurría, al sistema de clasificación (establecido en los artículos 2.º y 10.º), «que apartando á los penados en grupos, por razón de los delitos y condenas, y reuniendo en cada agrupación á los que se hallen en más parecidas condiciones, se aproxime la disciplina, en cuanto sea posible, al tratamiento individual que persigue la ciencia penitenciaria».

En el sistema implantado en la norma de 1901 cabía así «dividir el tiempo de reclusión en períodos, á fin de que en ambos los reclusos rectifiquen su conducta mediante atinadas gradaciones, sometiéndolas en la progresión á un tratamiento en que sucesiva ó simultáneamente actúe sobre su espíritu la acción del aislamiento, del trabajo, de la enseñanza primaria, religiosa é industrial, el rigor saludable de prudenciales castigos y el estímulo bienhechor de merecidas recompensas, á fin de que vayan poco á poco despertando en su conciencia el arrepentimiento de la culpa, y en su corazón el propósito de tornar á la honradez, preparándoles para la vida libre á medida que se acerque el

dora del régimen aglomerado. Nada práctico, con carácter general, se había hecho en este concreto punto desde entonces, no obstante los adelantos realizados en la materia por otros países. El citado Real decreto recoge las tendencias reinantes, y adaptándolas a los medios disponibles en España, fija el sistema progresivo para los establecimientos en que su estructura permite la aplicación, y como supletorio el de clasificación, atemperando éste, en cuanto las circunstancias lo permitan, á los cuatro períodos en que aquél divide el tiempo de las condenas [...]; á la cuenta moral de la conducta del recluso; á los avances ó regresiones, según su comportamiento; á la práctica de visitas, á todo lo que constituye los referidos sistemas». Cfr. CADALSO y MANZANO, F., «Informe del negociado de inspección y estadística...», *ob. cit.*, pp. 43 y 44.

fin de su condena». El hecho de no contar dicho sistema todavía con la libertad condicional, verdadero anhelo de Fernando Cadalso hasta 1914 para poder cerrar el círculo de su puesta en práctica, como en otros países, no eximía al legislador de dar cuenta de tal necesidad y de adecuar el sistema a las posibilidades legales, ofreciendo vías sustitutivas ante la dificultad. En este sentido se dispuso que: como «no cabe dar al cuarto período del sistema progresivo la extensión que tiene en otras naciones, por oponerse á ello los preceptos del Código penal, y, hasta tanto que éstos se reformen en armonía con los progresos de la ciencia, ó se establezca legalmente la libertad condicional, se procura en el presente aproximarse lo más posible á esta institución, facultando a los funcionarios de cada establecimiento para que cursen propuestas de indulto á favor de los reclusos que en tal período se hallen y les den el tratamiento más adecuado al tránsito de la vida de reclusión á la libre». Otras soluciones, efímeras, como la institución de la «concesión de residencia»(35), por entonces de la mano e influencia de Rafael Salillas, no tardarían en llegar, aunque muy localizadas, circunscritas a entornos singulares como lo era la plaza de Ceuta, inmediatamente anteriores a la traslación a la península de los presidios norteafricanos.

La norma de 1901 incorporaba, asimismo, un interés por el cometido del funcionario en los establecimientos que encontraría su mayor despliegue años después en posteriores normas. Así, la exposición seguía en estos términos: «Todos los funcionarios afectos al régimen del Establecimiento en que sirven, y cada uno dentro de su esfera, tienen el deber de contribuir á su mejoramiento y á la reforma del penado. Por eso intervienen en la aplicación del sistema, especialmente en lo que se refiere al estudio del recluso y á la acción que en él ejerce el tratamiento penitenciario». La fiscalización de los comportamientos contrarios a la norma se afirmaba igualmente con la creación de un Tribunal de disciplina, como sigue: «Pero como la responsabilidad es proporcionada á la importancia del cargo, las atribuciones han de estar necesariamente en relación con ella. Con este objeto se constituye un Tribunal de carácter disciplinario, formado por los que tienen mayor representación en el Establecimiento, cuyo Tribunal, á la vez que sirva de ilustración, de consejo y garantía al Director en sus determinaciones, le revista de mayor autoridad é interese á todos en su exacto cumplimiento».

(35) Vid., al respecto de esta posibilidad, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario... ob. cit.*, pp. 286 ss.

Cardinal, por cuanto explicativa y reafirmadora de una arraigada filosofía en la ejecución penal hispana, se nos aparece la afirmación, recogida asimismo en el preámbulo de la citada norma, en los términos que siguen: «El premio y el castigo son los puntos capitales en que descansa y sobre el que gira el régimen penitenciario, y ambos se reglamentan convenientemente para la concesión de unos y la imposición de otros, y sin detener la acción de la justicia disciplinaria, se establecen las reglas para que las correcciones sean proporcionadas á las faltas que las motiven». En este sentido, es destacable, por cuanto supone una señal acerca del creciente carácter humanitario apreciado en la norma, el hecho que resalta Garrido Guzmán de que, a consecuencia del desuso de los preceptos que sobre ejecución de penas establecía el Código penal de 1870, «los penados ya no portaban la infamante argolla, y como distintivo del período en que se encontraban usaban galones de distintos colores. También desaparecen los crueles castigos de las leyes anteriores y las correcciones para los penados autores de faltas eran proporcionadas, buscando más la reflexión y arrepentimiento de los mismos, que no la desesperación como los bárbaros castigos de antaño»(36). Otros índices humanitaristas pudieran apreciarse en la previsión resocializadora que la norma de 1901 incorpora al crear las denominadas Sociedades de patronato, para su colaboración intramuros y para la asistencia postpenitenciaria, o como se dice en la exposición, «para que lleven su espíritu de caridad y de protección á los Establecimientos a favor de los reclusos durante la extinción de su condena, mediante un bien ordenado sistema de visitas, y les atiendan y acojan al obtener la libertad, facilitándoles trabajo y medios de subsistencia, á fin de que puedan vivir honradamente y no vuelvan á reincidir en el crimen».

Tras estas consideraciones, y en lo relativo a la progresividad del decreto, atendiendo a la previsión normativa, el sistema implantado se dividía, por virtud del artículo 3.º en los cuatro períodos siguientes: 1.º Período celular ó de preparación. 2.º Período industrial y educativo. 3.º Período intermediario. 4.º Período de gracias y recompensas. En desarrollo de tal organización, los artículos 4.º a 8.º establecían el contenido y duración de tales períodos, y el artículo 9º vendría a regular el trascendente procedimiento de la progresión entre los mismos en estos significativos términos:

«La progresión ascendente de uno á otro período se verificará teniendo en cuenta la conducta moral, la aplicación y el número de premios obtenidos por los reclusos, que se harán constar por medio

(36) Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de... ob. cit.*, p. 171.

de notas, con sujeción a las reglas siguientes: 1.^a Por cada día de cumplimiento de condena, se consignará una nota en la cuenta moral y de aplicación del penado. 2.^a Todo penado que no merezca premio ni castigo ganará una nota por día. 3.^a Con una conducta excepcional, acreedora á premio ó castigo, podrá ganar además nuevas notas ó perder las adquiridas; y teniendo unas y otras en cuenta, se reducirá el tiempo del período en que se halle, pasándole al siguiente, ó se le retrocederá al inferior ó inferiores». En todo caso, tal posibilidad reductora del tiempo del período en que se hallara el penado, se contempla en la inclusión en primer término del criterio de la “conducta moral”, precepto en exceso indeterminado, que había de ponerse en relación con la efectiva aplicación del penado al trabajo, y ese iba a ser el sentido que, por virtud del artículo 5.º, se establecía para reducir la duración del primer período celular “á seis meses para los que extinguen penas afflictivas, y á dos para las correccionales, siempre que se hagan acreedores á esta gracia por su aplicación al trabajo y buena conducta, cuya reducción se hará por el Tribunal de disciplina de que trata el artículo 19”».

El tiempo del segundo período, según se establecía en el artículo 6.º, solo podía verse disminuido «por causas excepcionales y justificadas», siendo por lo usual su duración «igual á la mitad del tiempo de condena que falte por cumplir el recluso». El artículo 7.º, relativo al tercer período, no introducía ninguna fórmula de acortamiento en la duración del mismo, que prescribía como «igual á la mitad del tiempo de condena que falte por cumplir al penado». El cuarto período, denominado «de gracias y recompensas» y regulado en el artículo 8.º, se establecía, como se ha citado en la exposición motivadora, «en equivalencia al de libertad condicional que existe en otros países, y regirá hasta tanto que se promulgue una ley que la conceda». Su duración había de ser la del tiempo de condena que le faltara por extinguir al recluso al salir del tercer período. A partir de ahí, solamente restaba el apartado 7.º, del artículo 22, con carácter extraordinario, para articular la posibilidad premial de establecer ascensos de un período a otro de la pena.

Tras abrir la posibilidad los artículos 2.º y 10.º al sistema de clasificación, aplicable de manera subsidiaria al sistema celular progresivo cuando éste no fuera posible, se regulaba en el artículo 11 la separación absoluta y continua entre sexos, así como entre los penados primarios y los reincidentes. En tales agrupaciones habían de tenerse en cuenta, además, por virtud de lo dispuesto en el artículo 12, «la naturaleza de los delitos, la gravedad de las penas y la conducta de los penados, llegando hasta donde sea posible en la tendencia de individualizar el tratamiento penitenciario». El artículo 14 establecía una gradación en la incidencia *tratamental* en términos mucho más acordes a medidas estrictamente regimentales, como sigue: «La severidad

del tratamiento se irá suavizando á medida que el recluso adelante en la reforma y en el cumplimiento de la pena, siempre que se observe buena conducta. Se mejorará su situación destinándole a trabajos menos penosos, adscribiéndole a servicios que estén mejor considerados y confiándole destinos más retribuidos. En caso contrario retrocederá de período como en el sistema progresivo».

El procedimiento de vigilancia y observación de la conducta de los penados se regulaba en los artículos 16 y 17. En los siguientes preceptos se establecía el Tribunal de disciplina, sus componentes y funciones. Entre las mismas se integraban aquellas de contenido puramente disciplinario junto a otras medidas benefactoras cuales eran la reducción de tiempo de los períodos, la concesión de premios, etc.

Esta institución indica una dirección ya apuntada al afirmar los elementos capitales –premios y castigos–, fuentes del equilibrio penitenciario, y así aparece dicho Tribunal de disciplina como el claro antecedente de la actual Comisión disciplinaria, con funciones disciplinarias y asimismo de carácter premial, en la concesión de recompensas. En esta materia, el artículo 22 especificaba los premios que pudieran obtener «los reclusos por su buena conducta moral, aplicación y adelanto en los talleres y escuelas», que indican la evolución mantenida hasta nuestros días, configurando hoy derechos de los internos, y que entonces habían de consistir en concesión de comunicaciones extraordinarias y autorización para escribir a sus familias más veces de las establecidas; permiso para mejorar la alimentación por su cuenta; exención de los servicios mecánicos del establecimiento; donación de herramientas para el trabajo y de libros de buena lectura; concesiones extraordinarias de prendas de vestir, de calzado, de ropas de cama y de utensilio y mobiliario; aumento de recompensas por los trabajos y servicios; ascensos de un período a otro de la pena con carácter extraordinario; y propuestas extraordinarias para indulto.

El cambio y la transformación llegaba sin embargo tan solo dos años más tarde, de la mano de Rafael Salillas con la promulgación del Real Decreto de 18 de mayo de 1903, que vino a incorporar a la legislación vigente sugerentes iniciativas y disposiciones en una misma dirección renovadora a la emprendida en Elmira, mediante el uso de una suerte de aplicación intramuros de la condena indeterminada, con la posible movilidad dentro de las etapas de cumplimiento, alcanzando no obstante dicho modelo un exíguo protagonismo y escasa aplicabilidad en su intento por impregnar con nuevas dinámicas el ámbito penitenciario y de minimizar, o resolver al fin, las férreas estructuras promovidas por el anterior decreto cadalsiano de 1901, instaurador a nivel nacional del régimen progresivo.

El modelo de Salillas afirmaba sus bases, en el plano teórico que compartía con Dorado Montero, en la idea de un tratamiento penal individualizador⁽³⁷⁾, y su asimilación al entorno penitenciario, con iniciativas de corte criminológico, parecería, desde entonces, una extensión necesaria, una responsabilidad que asumía un visionario e ilusionado Salillas desde sus posibilidades administrativas. En ese camino, la condena indeterminada servía como el instrumento más cercano a estos propósitos⁽³⁸⁾. Medio siglo después, Jiménez de Asúa, si bien no profundizando en la norma penitenciaria, valoraba aquella corriente y concluía visualizando una esperanza futura al afirmar: «Dorado Montero, como Salillas [...], trabajaron afanosamente inmersos en la ciencia, con la mirada fija en el futuro. Esto fue el ayer. ¿Qué será el porvenir? [...]. Estamos convencidos de que un buen día las ideas de Dorado Montero brillarán en el cielo de España [...]. La teoría de Dorado Montero será un día el Código del porvenir...»⁽³⁹⁾. El pensamiento entrelazado de aquellos ideólogos habrá de esperar, no obstante, una vida para verse reunido en la norma penitenciaria futura. Hasta llegar tal porvenir inspirando, al fin, el núcleo de una

(37) Al respecto, el ilustre profesor de Salamanca sentaba las bases que validaban un mejor sistema penal en estos términos, tan similares a los aparecidos en la Exposición motivadora de la norma de 1903: «Individualizar la pena, el tratamiento penal, significa apartarse del proceder corriente en la administración de justicia criminal, donde lo que se hace es castigar, con arreglo a la ley, o lo que viene a ser lo mismo, con arreglo a una fórmula o receta general y abstracta [...]. Individualizar el tratamiento penal significa hacer una determinación, lo más exacta posible, del que conviene al delincuente concreto Fulano, a diferencia de todos los demás delincuentes, para mejorarlo y adaptarlo a la vida ordenada y pacífica dentro del medio social en que se halla. Determinación que no puede hacerse, sino mediante un examen concienzudo del estado particular del paciente y del conjunto de las condiciones de que él mismo es un resultado. El conocimiento de las disciplinas (antropología general, psicología, sociología, antropología criminal, psicología criminal, sociología criminal) prestará a los futuros médicos sociales la indispensable capacidad para proceder al examen de referencia con el mayor acierto posible». Cfr. DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo Derecho penal...* ob. cit., pp. 89 y 90.

(38) El propio Salillas, todavía en 1918, en su obra relativa a la evolución penitenciaria, expresaba cómo «la condena indeterminada, la mayor novedad penal, no significa la condena perpetua, ni siquiera la condena larga, sino la fijación del tiempo en virtud del sometimiento a régimen penitenciario, pudiendo resultar condenas brevísimas y condenas sin agotamiento: naturalmente que en un régimen humano de sanatorio, no en el de reclusión más o menos aflictiva». Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., *Evolución penitenciaria...* Tomos I y II, ob. cit., pp. 79 y 88, respectivamente.

(39) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*, 2.^a serie, Tomo II, 1958, pp. 43 y 44; recientemente, cuestionando los motivos y fundamentos tanto de Dorado, como de Salillas, al que denomina su discípulo, TÉLLEZ AGUILERA, A., «Dorado, Salillas...», ob. cit., *passim*.

filosofía individualizadora que hoy se reconoce y potencia en nuestra legislación tras la Ley penitenciaria de 1979.

El Real Decreto de 18 de mayo de 1903 que introdujo la ideología tutelar correccional(40), venía a enfrentarse, así, por medio de aquellos planteamientos renovadores, a una lo que parecía inercia imparable tras la implantación del régimen progresivo.. Del mismo ha dicho, tan lúcido, García Valdés(41): «Esta norma es, en verdad, revolucionaria para el momento. Hasta su lenguaje, su expresión es de otra época, por venir. Chocante en su modernidad. Orientada hacia horizontes diversos de la ejecución con poso que, hasta ahora, se configu-

(40) Terminología también hallada en la citada obra de Pedro Dorado Montero. *Vid.* DORADO MONTERO, P., Bases para... *ob. cit.*, pp. 13 ss. El renombrado autor se hacía eco y valoraba asimismo la originalidad de la teoría criminológica salillista, en estos términos: «(teoría) tan digna de estudio y aprecio, por no decir más, como cualquiera otra de las que por ahí corren acerca de las causas de la delincuencia». *Vid.*, al respecto, DORADO MONTERO, P., «Sobre el último libro de Salillas y la teoría criminológica de este autor», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, año 1898, p. 493; y resaltaba, en otra parte, que «la más importante y esencial operación que requiere una administración de justicia penal con el nuevo indicado sentido de patronato y educación, es una operación de clasificación, ó, mejor dicho, de individualización y diagnóstico. Hay que saber de quien se trata; hay que cuidar mucho de individualizar al patronado, no confundiendo las especies; hay que saber bien de qué pie cojea, para no exponerlos á colocarle el aparato ortopédico donde no lo necesite, ó donde le dañe más que le aproveche. No ha faltado en España algún gobernante progresivo que lo haya entendido así. Refiérome al Sr. Dato, que fue quien refrendó, siendo Ministro de Gracia y Justicia, una porción de disposiciones acertadísimas sobre materias penitenciarias; disposiciones tan bien orientadas que, de haberse cumplido estaría ya iniciada y hasta adelantada la reforma en este orden [...]». Pero por ser acertadas esas disposiciones, ni se han puesto en práctica, ni hay miedo de que lo sean por ahora». *Cfr.* DORADO MONTERO, P., *Los Peritos médicos y la Justicia Criminal*. Madrid, 1905, p. 217. *Vid.*, asimismo, al respecto de tal afinidad, GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*. 3ª ed. Ópera prima, Madrid, 2009, p. 43, nota 97. Tal opinión de Dorado sería puesta de manifiesto por el mayor interesado en ella, por cuanto su participación en aquella normativa habría sido notoria. Así Salillas destacaba tal opinión del Catedrático de Salamanca afirmando: «Las reformas más trascendentales que han alcanzado la sanción oficial, también han encontrado cerrada la puerta con la antigua fórmula de «se obedece, pero no se cumple»». Señalaba Salillas la postura aludida del «mayor y más prestigioso de nuestros criminalistas», para continuar citándole en estos términos: «Uno de los decretos que más elogia el prestigioso profesor, también está incumplido «a la serie de aquellas (reformas) –dice– pertenece el muy notable Real decreto de fecha 18 de mayo de 1903, sobre Régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, en el que se propone como «único» fin de la privación de libertad el tratamiento reformador de los delincuentes con caracteres de acción tutelar constante, ejercida individualmente en vista de los antecedentes y estado actual del penado» ¡Régimen de tutela y tratamiento correccional en las prisiones españolas! Eso es todavía un sueño generoso». *Cfr.* SALILLAS y PANZANO, R., *La Traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (historia palpitante)*. Imp. Bernardo Rodríguez, Madrid, 1906, pp. 54 y 55.

(41) *Cfr.* GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión ... ob. cit.*, p. 43.

raba legalmente. Distinta en la concepción de abordar el incipiente tratamiento de los internos, al arrancar de su mejor conocimiento». Y es que el perfil modernista de la norma es evidente. La anhelada estabilización que prometía el sistema progresivo de cumplimiento de condenas parecía resquebrajarse con los nuevos fundamentos al rediseñarse la ejecución penitenciaria bajo la óptica tutelar correccional y la aplicación de los fundamentos de la condena indeterminada. El propio redactor de la norma era consciente del choque, de su relieve innovador. En tal sentido, la Exposición de motivos que firmaba el ministro Eduardo Dato disponía al respecto: «Aunque parezca novedad inspirada en las doctrinas criminológicas más en boga y en las instituciones penitenciarias más singulares lo que se propone en el adjunto proyecto sobre tratamiento correccional de los penados, justo es reconocer que lo fundamental del procedimiento está contenido en las enseñanzas de los correccionalistas, quienes, sin distingo alguno, han secundado las doctrinas de la Iglesia Católica en el sistema llamado de individualización de la pena»(42). El respeto a la personalidad, y una orientación humanista y dignificadora del penado, son el sustrato ideológico que pregonaba la norma, como sigue: «Ahora, como en otras muchas ocasiones, doctrinas que parecieron encontradas, vienen á confluir en una misma finalidad, y por eso, dentro de la esencia del espíritu cristiano y del más puro sistema correccional, tienen desahogada posición y afinidad de relaciones las preceptivas científicas que han estudiado al hombre en su propia constitución y señalado los influjos que perturban la naturaleza humana y modifican sus determinaciones. Pero esto aparte, en la reforma que se propone existe otra aspiración más inmediata que la de dar nuevas normas á nuestro régimen penitenciario. Lo que importa [...], es señalar derroteros y producir actividades que vayan allanando el camino, porque hasta el presente el régimen de nuestras prisiones es de hacinamiento y confusión, donde la personalidad humana, si alguna vez se distingue, no se diferencia por ningún proceder que la restaure y dignifique [...]. El nuevo régimen dignificará á los encargados de su ejercicio, dignificará consecuentemente, á los que han de experimentar su influjo; humanizará los procedimientos; ensalzará la inteligencia y el espíritu, y habrá de traducirse, más ó menos pronto en beneficios sociales».

(42) García Valdés ha resaltado la originalidad de tales planteamientos y matizado la coincidencia entre los presupuestos de la norma de 1903 y la tradición correccionalista española secundada por la Iglesia Católica. En sus palabras, «ello no era exacto. Más bien, todo lo contrario. Nada menos clásico, por aquel entonces, que el pensamiento de Rafael Salillas». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes... ob. cit.*, p. 111.

De su disección articular se puede apreciar un texto de principios básicos, conformado por cuarenta y siete preceptos. El artículo 1.º describe y establece el sentido de la nueva función penitenciaria, que había de implantarse en las prisiones del Estado y más tarde en las cárceles correccionales, en estos términos: «La privación de libertad, definidora del estado penal, será entendida como sometimiento forzoso del penado á un régimen de tutela, con el único fin de evitar el delito aplicando á los delincuentes un tratamiento reformador». En desarrollo de este principio inspirador, notas fundamentales del articulado venían a ser: la acción tutelar individualizada sobre cada penado, aplicada conforme a un procedimiento gradual; el control de la actividad penitenciaria mediante el impulso a la coordinación de la dirección, inspección y vigilancia de las prisiones criticando el «aparente formalismo»; la adaptación a cada establecimiento del nuevo sistema para salvar la impropiedad arquitectónica de la mayoría de los establecimientos y la promoción de la Junta correccional para éste y otros cometidos; el destierro de la organización y actitudes militares en la práctica penitenciaria procedentes de la Ordenanza de 1834; y la progresiva instauración del sistema de clasificación indeterminada, en virtud del estudio individual de cada penado(43). Habida cuenta de la proyección de estos principios, la transformación pareciera estructural y visionaria pues, como expresa García Valdés, «los nuevos procedimientos que preconizaba el texto legal de 1903 rompían con el carác-

(43) Por su carácter renovador, se transcriben los seis primeros artículos que se expresaban como sigue: Artículo 2.º «Para hacer efectivo el cumplimiento de esta función social, se imponen las siguientes reglas: 1.ª Que la acción tutelar sea constante. 2.ª Que sea ejercida individualmente en cada penado. 3.ª Que obedezca á las indicaciones derivadas del conocimiento de los antecedentes y estado actual del penado, y que se encamine á reintegrarlo socialmente. 4.ª. Que se aplique conforme á un procedimiento gradual, en orden restrictivo y expansivo; Artículo 3.º De conformidad con lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo anterior, se preceptúa que en ningún momento queden desatendidas en las prisiones la dirección, inspección y vigilancia, que serán ejercidas, no de modo difuso y con aparente formalismo, sino con escrupulosa atención y obedeciendo á un plan coordinado; Artículo 4.º: En consideración á la impropiedad arquitectónica de la mayoría de las prisiones, y también con el fin de que los Directores de las mismas demuestren su aptitud y celo para organizarlas, se deja á su arbitrio, con la asesoría de la Junta correccional, el modo de adaptación á cada establecimiento del sistema que en este Real decreto se previene; Artículo 5.º: Queda terminantemente proscrito el sistema de organización militar prevenido en la Ordenanza de 1834, y que se practica todavía, desapareciendo, por lo tanto, la organización en brigadas y los toques de corneta para transmitir órdenes generales; Artículo 6.º: El sistema á que se refiere el artículo anterior será paulatinamente substituido por el de clasificación indeterminada, entendiéndose con esto que no se ha de obedecer, en general, á preceptivas generales, como la del delito, por ejemplo, sino á la agrupación por condiciones, en virtud del estudio individual de cada penado».

ter laboral, pedagógico y moral que inspiró todos los movimientos de la reforma penitenciaria en el siglo XIX, apostando claramente por una línea de tratamiento individualizado que pretendía operar en la constitución del hombre y en los influjos perturbadores de la naturaleza humana, tratando de incidir en sus determinaciones futuras»(44).

El carácter y sentido penitenciario pretendido por Rafael Salillas inspiran el contenido del Real Decreto que vino a establecer el régimen de tutela y tratamiento correccional «fuera ya de una ortodoxa progresividad de periodos»(45), abriendo una puerta y una nueva perspectiva de futuro a la clasificación indeterminada y a la introducción del nuevo cometido de las ciencias de la conducta en la actividad penitenciaria diaria, esto es, a algo similar a la después denominada individualización científica(46).

Otras iniciativas normativas, inmediatamente anteriores, habían venido a fortalecer aquella solución tutelar correccional, con aportes que determinarían una clasificación específica de los penados conforme a una forma de condena indeterminada que precisaba, en su concepto, del adiestramiento de los profesionales encargados de la nueva labor penitenciaria. De su mano surge así, para cumplir con ese objetivo formativo, la creación de la Escuela Especial de Criminolo-

(44) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes... ob. cit.*, p. 110.

(45) Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*. PPU, Barcelona, 1988, p. 118.

(46) Se reconoce en la norma a un Rafael Salillas evolucionado, pragmático, realista. Si bien crítico con el progresivo clásico, ya en su primera obra emblemática de 1888 cuestionaba el criterio de los correccionalistas puros que, en sus palabras, «no se dan cuenta de que en su sistema existe un principio de eliminación, y esto es indudable, pues las retrogradaciones al primer período de penalidad en los sistemas progresivos, no significan otra cosa que el alejamiento de la sociedad, á la que no se debe volver sino por la reintegración de la voluntad al justo arbitrio». Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., *La vida penal en España... ob. cit.*, p. XIX. Tal posibilidad de retroceso o avance, de progresión o regresión de grado, se mantuvo, no obstante aquellas críticas, sentados los pilares criminológicos del sistema tratamental, en la normativa de 1903. En este sentido, el artículo 2.4 de la norma establecía tal «procedimiento gradual, en orden restrictivo y expansivo», así como el artículo 41 prescribía: «La Junta acordará también la norma que ha de seguirse en el sistema expansivo y restrictivo de la disciplina, conforme al orden de progresión, estacionamiento y rebeldía en la educación correccional, concediendo á los penados las ventajas á que se hagan acreedores, é imponiéndoles también las privaciones y correctivos anexos á la situación en que se hallen y á su conducta, todo con el fin de favorecer la eficacia del sistema correccional». Al respecto de la posterior proyección del sistema que hoy se conoce como de individualización científica, vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la Penología*. Instituto de Criminología, UCM, Madrid, 1981, p. 86.

gía(47), por Real Decreto de 12 de marzo(48), para preparar al perso-

(47) Al respecto, el Real decreto de 12 de marzo de 1903, en su Exposición de motivos establecía: «[...] hoy en día, conociéndose mucho más hondamente la naturaleza del delito en sus conexiones con la naturaleza humana y los modos de constitución social, y substituida la noción expiatoria de la pena por la de profilaxia y tratamiento de un mal de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no esté educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudios».

(48) Sus cometidos y esperanzas eran los de Salillas. Con dos meses de antelación al Decreto que contendría toda una nueva filosofía a la hora de ejecutar la pena, se fundaba la citada Escuela (aunque tardaría años en ponerse en funcionamiento). Su trascendencia penitenciaria se vislumbraba entonces, desde aquellos presupuestos, de la mayor magnitud en orden a los principios criminológicos a los que servía, configurando el instrumento teórico básico para la puesta en práctica del régimen tutelar correccional. Ya Jiménez de Asúa resaltó tal proyección. En sus palabras, relativas al adelanto que supuso este centro: «Medio siglo antes de que se hable en Alemania y Suiza de Pedagogía correccional (es ahora cuando la nueva Penología adopta este nombre), don Manuel Bartolomé Cossío [...], explicó esta materia, con ese título y con un contenido tan moderno que se anticipó cincuenta años...». Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El Criminalista*, 2.^a serie, Tomo VII, 1966, p. 51. Entre los concretos fines de la Escuela se hallaba, así, «la enseñanza y educación del personal de la Sección directiva del Cuerpo de prisiones, de la Dirección General de este ramo y de los establecimientos de educación correccional que se instituyan». Del mismo modo se pretendía que fuera utilizada como ampliación y complemento de las enseñanzas de otras facultades y carreras en que se conceptúe necesario la especialización de los conocimientos criminológicos». Las materias a impartir en la Escuela habían de ser: Derecho penal español y comparado. Legislación penitenciaria comparada, Ciencia penitenciaria, Antropología y Antropología criminal, Sociología criminal, Psicología normal y Psicología de los anormales. Pedagogía general y correccional y Criminología con estadística de la criminalidad comparada. Se pretendía, en fin, la preparación de especialistas en favor de un tratamiento de los reclusos basado en métodos correccionales y humanitarios. En todo caso, la vida de Salillas casi acompañó a la de la Escuela, pues al morir éste en 1923 la dirección de la misma se puso en manos de Fernando Cadalso, cuyo interés no era el más favorable, suprimiéndose su modesto presupuesto y, en todo caso, el centro, por Real Decreto de 17 de diciembre de 1926, ya en tiempos de la Dictadura de Primo de Rivera.

Como muestra, al respecto, el Real decreto de 12 de marzo de 1903, en su Exposición de motivos señalaba: «[...] hoy en día, conociéndose mucho más hondamente la naturaleza del delito en sus conexiones con la naturaleza humana y los modos de constitución social, y substituida la noción expiatoria de la pena por la de profilaxia y tratamiento de un mal de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no esté educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudios». Al respecto de la Escuela, *vid.*, por todos, las diversas noticias y trabajos del Consejo Penitenciario en la *Revista penitenciaria* y las palabras de Salillas en el *Expediente general para preparar la reforma penitenciaria*. Hijos de J. A. García, Madrid, 1904, pp. 153 y 154; posteriormente, han tratado la trayectoria de la Escuela: CADALSO y MANZANO, F., «Educación del personal penitenciario». *Cuestión presentada al Congreso por Fernando Cadalso. Primer Congreso penitenciario Nacional de Valencia, Sección Segunda*, Imprenta de J. Góngora Álvarez, Madrid, 1909, pp. 6-10, con duras

críticas al nuevo centro; EL MISMO: *La actuación del directorio militar en el ramo de prisiones*. Imprenta Escuela Industrial de Jóvenes, Alcalá de Henares, 1924, pp. 35-38; AEPC (Asociación Española para el Progreso de las Ciencias): «Reseña de los principales establecimientos científicos y laboratorios de investigación de Madrid». *IV Congreso de la asociación española para el progreso de las ciencias (15-20 de junio de 1913)*. Imprenta E. Arias, Madrid, 1913; CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...* *ob. cit.*, pp. 78-85; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Al servicio del Derecho penal*. Javier Morata, Madrid, 1930, pp. 139-141; y después, siguiendo a Cadalso, SELLIN, T., «Historical Glimpses of Training for Prison Service», en *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 25, november-december, 1934, p. 599; sumamente crítico, con criterios seguidistas del nuevo régimen franquista, GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J., «La Escuela de criminología», en VV. AA., *Una poderosa fuerza secreta: La Institución Libre de Enseñanza*, Editorial Española, San Sebastián, 1940, pp. 203-211; VÁZQUEZ LEÓN, M., «Recuerdos de la escuela de Criminología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 4, 1945, pp. 25 y 26; RICO DE ESTASEN, J., «Los cráneos del museo de la desaparecida Escuela de Criminología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 1 abril 1945, pp. 72-76; EL MISMO: «Breve historia de la Escuela de Estudios Penitenciarios», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 154, septiembre-octubre 1958, pp. 3261-3265; S/N: «Evocaciones y recuerdos. La escuela de Criminología», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 108, marzo 1954, pp. 44-50; GALERA GÓMEZ, A., «La antropología criminal en España: Su proceso de asimilación y evolución», en *Asclepio* XXXIX, 1, 1987, pp. 273-289; y, entre otros, SÁNCHEZ GÓMEZ, L. A. y ORTIZ GARCÍA, C., *Diccionario histórico de la Antropología española*. CSIC, Madrid, 1994, pp. 260 y 270; así, de un hito para la Antropología Forense habla REVERTE COMA, J. M., *Antropología forense*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1999, p. 28; VARONA MARTÍNEZ, G., «Spain is Different: Beyond an Invisible Criminal Policy?», en VV. AA. (Green, P. y Rutherford, A. Eds.): *Criminal Policy in Transition*, Hart Publishing. Oxford/Portland, 2000, p. 223; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, *ob. cit.*, p. 274; EL MISMO: «Rafael Salillas y Panzano penitenciario...», *ob. cit.*, pp. 166, 167-170; STANGELAND, P., «Spanish Criminology: Past, Present and Future», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 11/4, 2003, p. 377; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., «Centenario de la Escuela de Criminología», en *Revista de Derecho penal y Criminología*. UNED, 2.ª época, núm. 14, 2004, pp. 281-289; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología*. Edisofer, Madrid, 2009, pp. 217-219; EL MISMO: «La Central Penitenciaria de Observación. Medio siglo de «historia palpitante»», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, p. 409; GARCÍA VALDÉS, C., «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXII, 2012, p. 63, quien señalaba el trabajo de Salillas impulsando la «Escuela de Criminología e ideando la ideología tutelar individualizadora en los inicios del moderno tratamiento»; EL MISMO: «Que cuarenta años no es nada: Derecho penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, p. 17; RAMOS VÁZQUEZ, I., «La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del estado de Derecho», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXII, 2012, pp. 500 ss.; FIGUEROA NAVARRO, M. 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. 299-303; CEREZO DOMÍNGUEZ, A., «Criminology in Spain», en *Criminology in Europe*, 2012/2, vol. 11, p. 14; FERNÁNDEZ BER-

nal penitenciario según su modelo, inspirado en otros anhelos anteriores, publicados años atrás, como el del denominado Presidio-Escuela⁽⁴⁹⁾. El propio Salillas desde su negociado de Sanidad penitenciaria en el oficial Expediente para la reforma de 1904, explicaba su forma de poner en marcha la formación y transformación del personal según aquellos nuevos fundamentos con estos términos: «si la

MEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión...* ob. cit., pp. 223 ss.; EL MISMO: «El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXVII, 2014, p. 366; EL MISMO: «Del sistema progresivo a la individualización científica...», ob. cit., p. 498; VELÁZQUEZ MARTÍN, S., «Historia del Derecho penitenciario español», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXX, 2017, p. 441; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. «La antropología criminal en la historia de la Criminología española», en VV. AA. (Pérez Álvarez, F. [ed.]): *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 764; SERRANO MAÍLLO, A., *Un estudio sobre la formación de la criminología española (1903-1978). Desarrollo, hostigamiento y dimensión simbólica*. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur menor, 2018, pp. 17, 80-82; MATA y MARTÍN, R. M., «Los orígenes de la formación criminológica en España...», ob. cit., pp. 491-518; MILLA VÁSQUEZ, D. G., *Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Historia, teorías y resolución de casos*. Instituto Pacífico. Lima, 2019, pp. 126 y 127; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, A., «Origen y evolución de la Escuela de Criminología, el Instituto de Estudios Penales y la Escuela de Estudios Penitenciarios», Dossier II, en *Quadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, núm. 46, 2019, pp. 28-32; y más recientemente, el completo y espléndido trabajo de RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «La Escuela de Criminología de Rafael Salillas, origen de la formación del sistema penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra-2023, Homenaje a Rafael Salillas, pp. 151-191.

(49) Vid., al respecto, CANALEJAS, J. M., *Presidio-Escuela*. Imprenta de Juan Tarrés, Barcelona, 1860, quien afirmaba, en la página 26: «Formar los empleados de los establecimientos penales con las condiciones de probidad, educación e inteligencia particular que requiere la índole de ellos, es pues el punto sobresaliente del Presidio-escuela que propongo» (hay reproducción del texto por la *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. 180-181, enero-junio de 1968, pp. 243 ss.). El reconocimiento de la prioridad y actualidad del pensamiento e iniciativa de Canalejas, lo llevó a cabo Salillas desde el Expediente para preparar la reforma de 1904, al indicar: «El Comandante Canalejas, hace cuarenta y tres años, señalaba como de necesidad la enseñanza de la psicología, refiriéndose sin duda alguna a autores como Ferrus, Lucas y otros que cita, y que figuran en el grupo de los psicólogos y psiquiatras que estudiaron el delito de esa manera. También habla de enseñanza pedagógica, y en Inglaterra cada vez se exige más este conocimiento a los funcionarios de prisiones. En la Escuela de funcionarios de prisiones de Tokio, entre otras enseñanzas figuran: la Ciencia penitenciaria, la Psicología penal, la Antropometría, los sistemas de patronato, los principios de educación correccional y la estadística. La citamos la última, para manifestar el descuido en que las tenemos nosotros». Cfr. SALILLAS, R., «Informe del Negociado de Sanidad Penitenciaria», en VV. AA. Ministerio de Gracia y Justicia. Dirección General de Prisiones: *Expediente General para preparar la reforma penitenciaria*. Imprenta Hijos de J. A. García, Madrid, 1904, pp. 152 y 153. Y, especialmente, citando la obra *Presidio-Escuela* y su significado futuro (Últ. ob. cit., pp. 129 ss.).

organización penitenciaria plantea constantemente difíciles problemas, que los hombres de experiencia y sabiduría se afanan por resolver congregándose para este solo fin en los Congresos penitenciarios internacionales que periódicamente se celebran, ¿cómo no ver en este solo hecho la necesidad de una educación científica especial, y de una organización penitenciaria que obedezca a preceptos científicos?»(50).

Como también vino a coadyuvar a aquel nuevo modelo y perfil profesional el Real Decreto de 22 de abril del mismo año referido a la Sección directiva, a la organización de los medios personales y a la exigencia de la preparación de éstos para afrontar las nuevas direcciones preceptivas(51), contribuyendo a un nuevo diseño orgánico y funcional en este su año más satisfactorio, actuando desde la autoridad del Consejo penitenciario y bajo la confianza del por entonces ministro Eduardo Dato, pues, como ha recordado el Catedrático de Alcalá, «Don Eduardo Dato Iradier creía en Salillas»(52), en la obtención de una norma significativa, transformadora de lo anterior, «perturbadora para más de uno»(53).

Salillas y Cadalso quedan, por tanto, como los faros de nuestro penitenciarismo crítico y realista de finales del siglo XIX y principios del XX(54). La obra del primero va *in crescendo* a medida que la culmina. Léanse, al respecto, sus libros. Desde «La vida penal» a la «Traslación», o la «Evolución penitenciaria». El crítico ácido de su primera etapa se convertía, con el tiempo, en el reformador humanista sin parejo alguno. Con dificultad irá ascendiendo en su carrera funcional (Jefe de administración, Director), llena de obstáculos que

(50) Cfr. SALILLAS, R., «Informe del Negociado de Sanidad Penitenciaria...», *ob. cit.*, p. 154.

(51) La Exposición del Real Decreto citado establecía: «Los Reales decretos de 12 de Marzo último transformando la Sección de Vigilancia del Cuerpo de Prisiones é instituyendo la Escuela especial de Criminología son el justificante de la reorganización de la Sección directiva de dicho cuerpo». En este sentido, como muestra, el artículo 2.º del mismo decreto anticipaba la revolucionaria norma de mayo cuando disponía: «Los funcionarios del Cuerpo de Prisiones que queden adscritos á esta Sección, especializarán sus funciones, consagrándose preferentemente á los estudios criminológicos que se conceptúan en todo punto indispensables, y á las prácticas de régimen penitenciario, que serán definidas en un reglamento especial».

(52) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio...* *ob. cit.*, p. 43.

(53) El mismo autor citaba a funcionarios como Navarro de Palencia, confusos ante las nuevas ideas, o la negativa de Cadalso a aceptar tales perspectivas. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., *Últ. ob. cit.*, p. 28.

(54) *Vid.* SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...* *ob. cit.*, p. 281; en anteriores palabras de Roldán Barbero: «probablemente los dos mejores conocedores del panorama penitenciario en la España de la Restauración y notables historiadores ambos». Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión...* *ob. cit.*, p. 117.

expresó en el último número de «su» *Revista penitenciaria*(55), pero su trabajo científico surge inagotable, apoyado en la perceptible influencia en parte de nuestros gobernantes (Dato, García Prieto, Armada Losada, Canalejas). Cadalso sería más lineal. Enrocado en sus escritos y opiniones, recibe la información externa y la recoge en sus viajes, y tiene su mejor momento, con la confianza ministerial en el comienzo del siglo cuando el sistema progresivo (1901) y la libertad condicional (1914) se hacen realidad viva de nuestro penitenciarismo. Su prestigio se mantiene con los diversos gobiernos que se suceden en este periodo, a los que sirve con sus conocimientos y dedicación. Pero su visión de las instituciones es sesgada.

La controversia, el antagonismo, señalado *supra*, entre ambos especialistas y su proyección al futuro se planteaba por Figueroa Navarro, siguiendo la eficaz prospección de Roldán Barbero(56) y García Valdés(57) y la hemos atendido en diversas aportaciones. En este sentido, la primera citada resumía la evolución personal en los caracteres de ambos autores como sigue: «Pocas veces se acoplaron ambas personalidades. El mismo Cadalso, tan crítico en sus comienzos de ilustre tratadista, ve transformada su personalidad por el paso de los años. Baste leer la obra citada en este trabajo y hacer un corte con la anterior («Estudios», «La colonización», «Instituciones»), y la publicada en 1924 sobre el Directorio militar. Salillas, hasta el final, está curtido con una madera penitenciaria de escaso éxito y, por ello, de lucidez. Cadalso, nuestro más grande penitenciarista, se va entregando a medida que le alcanza el reconocimiento. Es verdad que sin él no hay cambios, pero su límite fue el rígido sistema progresivo...»(58).

En común, podemos advertir de su lectura su ácida pluma, así como su visión periférica y plena de perspectiva. En el momento culminante, de encuentro entre ambas filosofías, sus excelentes trabajos insertos en el Expediente general para preparar la reforma penitenciaria resultarían ayer y hoy lo siguen siendo, de obligada consulta. Su enfoque crítico, ante la descoordinación política en las reformas penitenciarias emprendidas hasta entonces, se muestra similar. Ambos, como recuerda Roldán Barbero, sentían la indignación de que «sus consejos, que habían propiciado la publicación de elegantes Decretos,

(55) Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., «El año penitenciario 1907», en *Revista penitenciaria*, Año V, Tomo V, 1908, *passim*.

(56) Un signo significativo de tal polémica, como señalaba el autor, era el hecho de casi no citarse mutuamente. Vid. ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión...* *ob. cit.*, pp. 117 ss.

(57) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes...* *ob. cit.*, pp. 108-113 y 133, 134.

(58) Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Los orígenes del penitenciarismo español...*, *ob. cit.*, pp. 81 y 82.

fueran suplantados al poco tiempo, ante la irrupción de una nueva hornada de políticos, por otros diferentes. Arremetían entonces contra la clase política, se lamentaban del atraso de España y maldecían el tiempo vanalmente perdido»(59). Es así, a modo de ejemplo, en 1904, cuando Fernando Cadalso plasma por escrito, en el Expediente citado, su particular visión acerca de los logros y fracasos penitenciarios hispanos. En este sentido, expresaba pesimista y concluyente: «En España nos hallamos, en punto a sistema penal, en 1870; no tenemos libertad condicional, porque a ella se opone el Código, ni sentencia indeterminada, porque sobre este punto no se ha legislado. En tratamiento penitenciario estamos todavía en 1834, época de la Ordenanza de Presidios; y en parte por dejadez, en parte por la fuerza y el imperio de la rutina, nada práctico se ha hecho respecto a colonización penitenciaria»(60). En lo relativo a la sentencia indeterminada, a la que por entonces aludía ayuna de habilitación legal, o bien un verdadero desinterés prevalecería citándola únicamente como un modelo modernista, o aún era pronto para haber visualizado y asimilar el diseño pretendido por Salillas, promulgado tan solo unos meses antes. La primera opción gana fuerza a nuestros ojos ante sus publicaciones más tardías y ante la «descafeinada» puesta en marcha del reformatorio de Ocaña..

El propio Fernando Cadalso no vislumbraba o no quería ver, en aquel año de 1904, doce meses después de la promulgación del decreto de inspiración salillista, la trascendencia, la diferencia de planteamientos, la distancia entre su sistema y el impulsado por Salillas, que no aprecia, que únicamente circunscribe a cuestiones terminológicas. Su tono crítico, descreído, incluso ácido, restando relevancia al Decreto de 18 de mayo de 1903, resaltaba los posibles defectos técnicos quedándose sin embargo en lo externo, sin entrar en el fondo de la iniciativa, no obstante observar y dejar constancia de algunas similitudes con su modelo de 1901, como el mantenimiento del eje del sistema progresivo en cuanto a la posibilidad de progresar o regresar de período, y así lo expresa cuando afirma que el régimen de tutela y tratamiento correccional, «es, á mi entender, el mismo de 3 de Junio de 1901. Emplea el nuevo distintos términos de expresión, y cambia determinados nombres, llamando Junta correccional á lo que allí se designa con el de Tribunal de disciplina; que los penados se dividirán en secciones, en vez de periodos; que los vigilantes llevarán cuadernos, en vez de notas de conducta, etc.; pero en lo esencial, y hasta en su desarrollo, no se diferencian. En el Decreto de 1901 se establece el

(59) Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión...* ob. cit., p. 117.

(60) Cfr. CADALSO, F., «Informe del negociado de inspección...», ob. cit., p. 97.

sistema progresivo, con su período de tratamiento individual, y para las Prisiones en que por su estructura no fuera aplicable la reclusión en celda, el de clasificación, que es lo mismo que en el de 1903 se hace. En este se consignan algunas prohibiciones que no podrán practicarse, como por ejemplo que no se mezclen, ni aun en los patios, los reclusos de distintas secciones. En Santoña, verbigracia, que no hay más que un patio; en el Milagro y Pedrera, de Tarragona, que ocurre lo mismo; en algunos departamentos de Ceuta, como el Principal, Jadú, Enfermería, que se hallan en igual caso, y en el Acho, Barcas y Militares, que no le tienen (el patio), difícilmente podrá cumplirse la prescripción. También creo que quede sin cumplir lo relativo á la gimnasia que han de hacer los penados y enseñar los vigilantes en todos y en cada uno de los establecimientos»(61). De igual forma, casi veinte años más tarde, un Cadalso empedernido, todavía concluía que la norma de 1903 «omite la división de la pena en períodos que Crofton estableció al implantarla en Irlanda»; o que «detuvo la acción de la anterior con daño de la reforma, pero en vano se pretendió anularla»(62). Y precisamente en esa dirección habría hecho valer su autoridad en Prisiones.

Y es que la batalla por el impulso tutelar se venía a perder definitivamente unos años más tarde, con la promulgación del integral Decreto de 5 de mayo de 1913. Inmediatamente a dicha norma, como sitúa certero Roldán Barbero, «con la Libertad condicional y el Reformatorio de Ocaña, el sistema progresivo quedó consolidado en el penitenciarismo español». En su concepto, «estas reformas se constituyeron en solución de compromiso entre el correccionalismo radical de los *tutelistas* y el impávido retribucionismo del Código de 1870», en un sistema progresivo que, «nacido al calor de la penalidad utilitaria, había servido también para aquietar la rebeldía tutelar»(63). Defendido dicho modelo progresivo estricto por la autoridad de Cadalso en la institución penitenciaria, ganaría finalmente la partida de la homogeneidad y la estabilización del régimen penitenciario conforme a su interés personal. Aquella simiente individualizadora y flexible, como se ha dicho, iba a tardar aún en brotar, en posibilitar la clasificación penitenciaria más adecuada a la personalidad y circunstancias del interno, configurando el sistema de individualización científica que rige la actual Ley Orgánica General Penitenciaria(64).

(61) Cfr. CADALSO, F., «Informe del negociado de inspección...», *ob. cit.*, p. 47.

(62) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...*, *ob. cit.*, pp. 451 y 452.

(63) Cfr. ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión...* *ob. cit.*, p. 120.

(64) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la Penología...* *ob. cit.*, p. 86.

Como disposiciones especiales, hasta el referido año de 1901, en opinión y palabras de Fernando Cadalso de 1908, «se promulgaron el Real decreto de 23 de Diciembre de 1889, para la colonia penitenciaria de Ceuta, el de 17 de Junio de 1901 para la Escuela de reforma y corrección de jóvenes de Alcalá, el reglamento de la Prisión celular de Madrid y algunos otros, copia más ó menos modificada de este último [...]. El mencionado decreto de 3 de junio de 1901 [...] estatuye como sistema penitenciario general el progresivo, y en los puntos en que, por falta, escasez ó deficiencia de locales no fuera posible aplicarle, manda seguir el de clasificación, fácil de implementar y sostener, con más o menos pureza, en todas partes, aun en las malas condiciones que muchos edificios se encuentran. Pero con esta institución ocurrió lo que con otras en la sazón aquella promulgadas, que obedecían al mismo pensamiento y formaban parte integral del plan de reformas progresivas que era posible llevar en nuestro país á la práctica. y así, como el decreto de 12 de Marzo de 1903, creando la escuela de Criminología, y el de 22 de Abril del mismo año, llamado de la sección directiva, desvirtuaron aun cuando no pudieron destruir la acción renovadora del de 27 de Mayo de 1901, todos ellos relativos al personal, así también el de 18 de Mayo de 1903, copia imperfecta del de 3 de Junio de 1901, detuvo el impulso de adelanto que este último dio a los sistemas penitenciarios»(65).

Señalar, como lo hace en las anteriores líneas Cadalso, que el Decreto de 1903 constituía una deficiente copia del decreto de 1901, impulsado por él, afirmando que además se detuvo con ello el adelanto que había supuesto el régimen progresivo resulta, desde la visión actual, una expresión estrechada, algo miope, o confusa, de las transformaciones que se pretendían desde la órbita salillista o, todo lo más, quizás una opinión revanchista, resultativa de su oposición surgida desde entonces. De seguido, el tono de las críticas en sus comentarios a la legislación, presenta especial animadversión en los términos que siguen: «Con el de 1901, se modernizó la Ordenanza de Presidios, y si se hubiera dictado el reglamento necesario para desarrollas sus principios, la reforma hubiera recibido un gran avance. Con el repetido decreto de 1903, se lograron dos cosas, á cual más contrarias para el régimen de las Prisiones. Este, el de 1903, en lo que tenía de novedad, no pudo cumplirse, por lo utópico e impracticable de sus preceptos; y aquél no tuvo aplicación, porque la dificultó el segundo. En el primero, en el de 1901, se creó el Tribunal de disciplina; en el segundo, en el de 1903, se creyó dar nota de originalidad, llamando á dicho

(65) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Suplemento al Diccionario... ob. cit.*, p. 889.

Tribunal Junta correccional. En esta parte, no hubo otra variedad, puesto que los funcionarios de uno y otro son los mismos. Pero aquel Tribunal ó esta Junta, que son las base obligada para la aplicación de todo sistema, por constituirse de las personas que tienen á su cargo la dirección y responsabilidad de los distintos servicios, sólo tuvieron una efectividad nominativa, pues en punto á atribuciones y á funcionamiento, quedaron anulados por el decreto y reglamento de 12 de enero del mismo 1903, relativos á inspección, por los cuales se confieren á las Juntas de Prisiones facultades tan impropias como omnímodas, que se quitan á los funcionarios, á los que habían de hacer uso debido de ellas, ya de grado, ya por coerción. Afortunadamente para el buen servicio, el decreto y reglamento aludidos han tenido la indispensable derogación que los servicios pedían, y hoy la Junta correccional funciona, con eficaces y ostensibles resultados, siendo de esperar que su acción se deje sentir más beneficiosamente, á medida que se vayan habituando á ejercitarla, si se la rodea de la fuerza moral que necesita para moverse según lo exigen, claro está, el orden ético y la parte regimental y administrativa de las Prisiones» (66). Terminaba el propio Cadalso restando cualquier relevancia al decreto salillista de 1903 con referencia indirecta a su antagonista, como sigue: «En lo que respecta a los demás preceptos del repetido decreto de 18 de Mayo de 1903, tampoco nos detenemos pues la realidad se ha encargado de comentarlo, y los que han intentado darle cumplimiento, han tenido que desistir de sus propósitos». En el final de su comentario de 1908 pareciera Fernando Cadalso estar anunciando las características del Decreto posterior de 1913, como sigue: «Parécenos que se aprovecharían útilmente el tiempo y el trabajo aplicando el de 3 de Junio de 1901 y dictando un reglamento que desarrolle sus principios adaptándolos con criterio práctico á lo que la realidad consiente» (67).

En síntesis, el sistema progresivo o régimen progresivo de cumplimiento de condenas suponía un modo de ejecutar la pena privativa de la libertad, habiendo de pasar el penado por diversas etapas hasta alcanzar la libertad (o la libertad condicional a partir de 1914), aun existiendo antecedentes normativos que desde los inicios del siglo XIX en nuestra normativa reguladora de los presidios militares habían adelantado esa progresividad, poniéndose además dicho modelo de etapas para el penado en práctica en España a partir de la iniciativa de Manuel Montesinos en el presidio correccional de Valencia, si bien hubo de esperar dicha mecánica y dinámica penitenciaria largos años para su implantación y estabilización en nuestra normativa en compa-

(66) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Suplemento al Diccionario...* ob. cit., p. 890.

(67) Cfr. Últ. ob. y loc. cit.

ración con lo ocurrido en otros ordenamientos europeos, que lo implantaron desde mediados de siglo XIX, pudiendo así afirmarse que a España llegó con el nuevo siglo, si bien puede decirse que tarde y mal (por no contemplarse aún la libertad condicional como la etapa o fase final del sistema). Y, sin embargo, llegaba dicho sistema para quedarse muchos años, como también se quedaría hasta nuestros días la citada polémica naciente en los primeros años del siglo XX entre las posiciones de Fernando Cadalso y Rafael Salillas, que ofrecían dos modelos penitenciarios por entonces divergentes o antagónicos en algunos aspectos, que vinieron a contender y favorecer en el futuro dos modos de entender la ejecución penitenciaria, que sintéticamente pueden interpretarse por favorecerse en uno el régimen y, en el otro, lo que hoy entendemos como intervención o tratamiento.

II

Uno de los edificios más emblemáticos, por su belleza y por su significado histórico, en la ciudad alcalaína cuyo patrimonio se homenajea tras veinticinco años, es el que se puede contemplar, en lo que hoy constituye su Parador de Turismo. Si una característica tradicional, citada por el Profesor García Valdés en su aportación(68) acerca del perfil penitenciario de la ciudad, ha sido la labor desamortizadora que permitió, a partir de diciembre de 1840, recuperar edificios religiosos para destinarlos a la labor carcelaria y penitenciaria, este pareciera un ejemplo a la inversa. Una reelaboración de un espacio que fue de castigo y represión, para convertirlo hoy en un lugar de relax, de vacaciones, de turismo.

El establecimiento que sería *Escuela de Reforma*, después *Reformatorio* y más tarde *Escuela Industrial de Jóvenes* de Alcalá se hallaba en un antiguo edificio religioso, que fue Colegio-Convento de los Dominicos de Santo Tomás de Aquino, construido también antes del siglo XVII, siendo habilitado desde 1851 para presidio, al que fueron trasladados los penados del llamado presidio Modelo de Madrid, habiendo de comisionarse desde el Ministerio de Gobernación al propio Visitador, Manuel Montesinos y Molina(69), para reconocer los edificios y para que desde su mejor criterio propusiera las mejoras pertinentes. Se consideró no obstante durante decenios,

(68) Vid., al respecto, GARCÍA VALDÉS, C.: «Alcalá de Henares, ciudad penitenciaria. Las huellas de la experiencia personal», en este mismo *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXVI, 2023.

(69) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 512.

y así lo expresaba Cadalso, quien en su obra *Instituciones penitenciarias y similares* aporta el trabajo evolutivo más extenso al respecto, «un antro de corrupción y un foco de insubordinaciones presidiales»(70). Tales fueron las características de un establecimiento conocido por los excesos, por cuanto dicha convulsión interna llegaba especialmente por las relaciones con el edificio prácticamente anexo que constituía la Galera de mujeres de la ciudad. A modo de ejemplo, a fecha de 1882, D. Liborio Acosta de la Torre, a la sazón canónigo y abogado, daba noticia en su *Guía del viajero en Alcalá de Henares* señalando «el inconveniente gravísimo de estar inmediato a la prisión para mujeres, o Casa-Galera» (71). En ese año, a primero de agosto, la sobreocupación ya constituía un grave problema, por cuanto el número de plazas que podía albergar era para quinientos reclusos y en la práctica sobrepasaba el número de mil. En términos del último citado, «por efecto de la indicada inconvenientísima vecindad, y a pesar de cuanta vigilancia se establezca en uno y otro penal, los chuchos y las chuchas, como mutuamente se apellidan los dos penados y las penadas, se cartean y se entienden por señas, y ya se comprenderán las excitaciones continuas de cierto género que no puede menos de producir esto, y sus consecuencias funestísimas en el régimen y en la moralidad de ambos correccionales. Es, pues, de sentido común y hasta de decoro y de decencia, cortar de raíz ese origen vergonzoso de inexplicables males, pero si alguien con levantados propósitos se propone cortarlo, reprobables miras lo impiden, y adelante sigue»(72).

En el año 1888, por Real Decreto de 7 de abril, el Ministro Alonso Martínez, con redacción que recuerda en demasía a los términos de un Rafael Salillas por entonces ya influyente en el ámbito ministerial, denunciaba la grave situación que padecía el penal de Alcalá, señalando: «Las colonias para jóvenes delincuentes, si no estuvieran consagradas por la opinión unánime de los penitenciarios, deberían plantearse con la mayor urgencia en nuestro país, pues el penal de Alcalá de Henares, destinado a los jóvenes, acusa una de las más altas cifras de la mortalidad 54,084 por 1.000, y del total de las defunciones el 63'92 por 100 corresponde a la tuberculosis». Por virtud de aquella normativa se acordaba que los delincuentes menores de veinte años de

(70) Cfr. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 514.

(71) Vid. ACOSTA DE LA TORRE, L., *Guía del viajero en Alcalá de Henares*. Imprenta de Alcalá, 1882, pp. 208-209.

(72) Vid., acerca de los perfiles de los chuchos y las chuchas, SALILLAS y PANZANO, R., *La vida penal en España...* ob. cit., pp. 281 ss.

edad fueran destinados al establecimiento penal de Alcalá de Henares. Sin embargo, esta medida no tuvo su desarrollo hasta el año de 1901, cuando otro decreto vino a establecer la denominada Escuela central de reforma para menores de veintitrés años en la misma localización.

En 1891 se nombraba a Fernando Cadalso Director del establecimiento, quien recuerda en su obra *Instituciones penitenciarias y similares*(73) cómo la violencia y las armas eran moneda común, y cómo por entonces el edificio estaba reducido al antiguo exconvento, que no podía contener en regulares condiciones de higiene, de seguridad y de orden, más de quinientos penados y sin embargo venía albergando un número de mil doscientos. Entonces se iniciaron las reformas, comenzando por el muro de cerramiento y se propuso la adquisición de la casa y huerta contiguas, llamadas del Conde de la Romera, comprándose las fincas el 17 de julio de 1907, y el plan de reforma continuó, habiéndose ampliado el solar y los locales en más de un sesenta por ciento.

En su magnífica obra «Los Presos Jóvenes», al final de la misma, mi maestro hizo mención del primer intento infecundo de puesta en práctica del sistema tutelar correccional impulsado por Salillas en el Decreto de 18 de mayo de 1903, en su primera implantación en la regulación de la hasta entonces conocida como Escuela de reforma de Alcalá de Henares, tras la normativa de 1901 impulsada por Cadalso, para, advirtiendo las dificultades surgidas entonces y las resistencias al nuevo modelo, concluir afirmando: «La ideología tutelar salillista poco podía hacer, sino impregnar poco a poco, silenciosamente, casi por la puerta de atrás, algunos elementos de tratamiento, diluida en la vorágine de periodos carcelarios tasados, prisiones gradualmente clasificadas y automatismo en la ejecución de la condena. Poco podía hacer..., salvo, eso sí, esperar tiempos mejores».

Así pues, como se ha indicado, no es hasta 1901 que se reconoce plena y normativamente dicha progresividad de periodos de cumplimiento para todo el país, por cuanto tan solo en la disposición de 23 de diciembre de 1889, perfilada, sin muchos saberlo, por Salillas, como la norma que vino a regularizar la vida penitenciaria en el presidio mayor de Ceuta se había introducido esa terminología y diseño normativo(74). Se presentaba entonces el progresivo como una conquista del s. XX, introduciéndose, en Consejo de ministros de 22 de mayo de 1901, por el entonces ministro de Gracia y Justicia, D. Julián García San Miguel y Zaldúa, Marqués de Teverga, varios proyectos de

(73) Vid. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 515.

(74) Vid., al respecto, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...* ob. cit., pp. 264 ss.

decreto: 1.º Reorganizando el personal de funcionarios de la administración penitenciaria; 2.º Estableciendo los sistemas penitenciarios irlandés, progresivo o de Crofton y el de clasificación; y 3.º Creando en Alcalá de Henares una Escuela de corrección de jóvenes delincuentes, que fueran absueltos por haber obrado sin discernimiento, y para corrección paterna⁽⁷⁵⁾.

Puesto el foco en Alcalá de Henares, tras promulgarse, con el ya señalado impulso de Fernando Cadalso, el Real Decreto de 3 de junio de 1901 que establecía el sistema progresivo, su influencia se percibe sin duda en la formación de la que será la Escuela de Reforma para jóvenes cuya actividad se regula tan solo dos semanas después por virtud del Decreto de 17 de junio de 1901. La exposición motivadora de la norma, del ministro García San Miguel, decía: «Importa alejar de la nueva institución todo lo que signifique o recuerde viejos procedimientos presidiales, que siempre deprimen y nunca corrigen, y hacer que en ella resalte el carácter educativo y reformador, concordante con los fines que viene a realizar, pero había de mantenerse la nota penitenciaria, pues al fin y al cabo, se establece para buscar y conseguir la redención del culpable, que jamás se logra sin sufrimiento y penitencia. Por esto se hace preciso aplicar el sistema que más en armonía se encuentre con la índole especial de la escuela, y este es sin duda alguna, el mixto progresivo, recientemente elegido para las prisiones en que se extingue condena, con las variantes y las modificaciones requeridas por la edad y circunstancias de los jóvenes que han de someterse a su régimen».

Se creaba así en la ciudad complutense una «Escuela Central de Reforma y corrección penitenciaria para jóvenes delincuentes y una sociedad de patronato», estableciéndose que, por virtud del artículo 4.º, había allí de aplicarse «el sistema penitenciario progresivo irlandés o de Crofton, dividiéndose el tiempo de permanencia de los jóvenes en cada Sección en los cuatro periodos que el sistema comprende». Sorprende, no obstante, advertir cierta confusión terminológica, quizás teórica, o quizás propia de la precipitación a la hora de dar principio a algo nuevo, que en el artículo 21 de aquella normativa se introdujera un modelo restrictivo o lo que García Valdés denominó una «libertad condicional sui generis»⁽⁷⁶⁾, cuando el precepto decía que «en el cuarto periodo del sistema, los jóvenes delincuentes podrán ser autorizados por el tribunal de disciplina de la Escuela, con aquiescencia de la Dirección General de Prisiones, para trabajar durante el día fuera del establecimiento, bajo la vigilancia y protección de la

(75) Vid., la noticia en *La Época*, LII, núm. 18301, jueves 23 de mayo de 1901, p. 2.

(76) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes... ob. cit.*, p. 123.

sociedad de Patronato, pero con la obligación precisa de pernoctar en la Escuela. Esta autorización solo se les concederá en los casos en que, por número de premios obtenidos en los períodos anteriores, y por su buena conducta, el Tribunal de disciplina les considere en condiciones de obtener la libertad condicional». Pero ello, en puridad, constituía un ejemplo de desconocimiento de la propia institución de la libertad condicional⁽⁷⁷⁾ (ha de recordarse que hubo que esperar a 1914 para ver incluida en nuestra legislación penal dicha institución liberatoria, y que los trabajos de Cadalso que tratan dicha modalidad de cumplimiento, ya fuera para diferenciarla de la Parole, ya para tratarla monográficamente, junto al indulto y la amnistía, se publicaban en obras de 1913 y 1921 respectivamente). Pero tal mal entendimiento se sigue percibiendo aún en el artículo 23 que establece al respecto: «Si hicieran mal uso de la libertad condicional que se les conceda, se les retirará el premio de salida y volverán al período anterior, aplicándoles si fuera necesario, el castigo a que se hagan acreedores».

La propia exposición motivadora citada recogía aquella necesidad liberatoria y la vinculaba con la actuación de la Sociedad de protección y reforma que se instauraba para la Escuela que se fundaba, y que por su especial interés reproducimos como sigue: «a otro fin tan importante de suyo cual los que quedan expuestos, contribuir a la sociedad de reformas eficazmente: al práctico y bien meditado ensayo de la libertad condicional del penado. El Código vigente no la establece, no satisface esa necesidad que imponen las corrientes progresivas de la época actual y que aconsejan la experiencia y hasta el cálculo y las conveniencias sociales. Al hombre libre o penado, se le debe tratar humanamente, y no se trata así al que cumple una condena cuando en él se mata la esperanza y se le quitan los estímulos y alicientes de adquirir la libertad antes del plazo marcado en la sentencia mediante una intachable conducta en la prisión que la cumple. De distinto modo lo han comprendido y lo practican los pueblos más civilizados de Europa y América, y apoyados en la más sana enseñanza y respondiendo a los adelantos logrados en el Derecho penal y sistemas penitenciarios, han consignado en sus leyes y con buen éxito aplican la citada libertad, como ensayo a la definitiva que después ha de obtener el recluso».

Los frutos de dicho modelo educativo no obstante tardarían en llegar. El propio Cadalso, Inspector General del ramo, impulsaría en su

(77) Acerca de la institución de la libertad condicional y su concepto y definición en España, *vid.*, recientemente, el excelente trabajo de RENART GARCÍA, F., «Los inciertos orígenes de la libertad condicional en España», en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Núm. Extra-2023, pp. 85 ss.

publicación de cabecera la necesidad de que su iniciativa diera los resultados deseados que, a fecha de noviembre de 1902, parecían no haberse conseguido(78).

La iniciativa normativa de Salillas inmediatamente posterior, del año 1903, y su idea de individualización con base en la condena indeterminada, mediante la acción tutelar, llegaría a introducirse así por vez primera en el establecimiento para jóvenes de Alcalá de Henares(79), significando en los mejores términos de Cámara Arroyo, «el antecedente a los actuales centros de internamiento característicos de las medidas privativas de libertad para delitos más graves, tratados en la LORRPM. Además de ello, la institución de Alcalá de Henares fue la única institución de menores que en nuestro país existió con carácter oficial, sostenida por el Estado, es decir con carácter público, frente a las demás instituciones de titularidad eminentemente privada»(80).

Con base en este modelo tutelar y en las experiencias legislativas extranjeras y con referencia a tal modelo educativo y tutelar, Rafael Salillas vino a referirse al remanente administrativo que quedaría tras la evolución del Derecho penal hacia un Derecho nuevo, como sigue: «En lo concerniente a la juventud el Derecho penal ya no existe, ni la prisión tampoco existe. La ha substituido un nuevo derecho y nuevas maneras de proceder. La tendencia significada de este modo hará defi-

(78) El editorial «La Escuela de Reforma», en la *Revista de las prisiones*, año X, núm. 48, p. 1, a fecha de 16 de noviembre de 1902, así lo señalaba: «El real decreto de 17 de junio de 1901, creando en Alcalá de Henares una escuela central de reforma y corrección penitenciarias y una sociedad de patronato, nos hizo concebir la esperanza de que nuestro país, aleccionado por las enseñanzas que del extranjero recibe, entraba en un período de franca transformación en todo lo que respecta a nuestro sistema represivo, y especialmente a los medios educadores de la juventud delincuente. Como la impresionabilidad de nuestro carácter nos lleva a mirar hoy con irreflexiva indiferencia lo que ayer por sus esenciales condiciones y atributos nos produjo el natural entusiasmo y legítima alegría, comenzamos a temer que esta disposición, dada la lentitud con que se está llevando a la práctica, sufra la misma suerte de otras tantas, que a pesar de su reconocida bondad, no tuvieron otros resultados que los de proporcionar instructiva lectura a los pocos aficionados a examinar el contenido del periódico oficial. Lástima grande que así suceda y que iniciativa tan fecunda en bienes de seguro y evidente resultado, se abandone y se entregue al olvido».

(79) A partir del Decreto firmado por el ministro Francisco de los Santos Guzmán, dado en San Sebastián a 8 de agosto de 1903, «disponiendo que el establecimiento reformativo de jóvenes delincuentes instituido en Alcalá de Henares, sea considerado como único para el cumplimiento de toda clase de condenas» —*Gaceta* de 11 de agosto—.

(80) Cfr. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario...* ob. cit., p. 262; con anterioridad, vid. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 511.

nítivamente su camino y entonces el magistrado perderá muchos atributos que se integrarán más apropiadamente en el nuevo funcionario de Prisiones, transformándose el Derecho penal en lo que provisionalmente se podría llamar Derecho penitenciario. Si miráramos estas cosas en el sentido de la sentencia indeterminada, encontraríamos ya el vislumbre de la solución»(81).

El propio Salillas tomaba por entonces, como base justificativa para su modelo, la citada realidad del establecimiento de Alcalá, denominada hasta entonces Escuela de reforma, si bien no respecto del régimen establecido desde el 17 de junio de 1901(82), sino conforme a su regulación posterior, de fecha 8 de agosto de 1903, norma que llevaba ya su impronta, como reflejo del Decreto de 18 de mayo anterior, que además de convertirlo –al menos nominativamente– en Reformatorio, se acercaba en su funcionamiento a los postulados del engranaje vertebral de su sistema: la clasificación indeterminada intramuros, mediante la aplicación del sistema tutelar correccional. Así, el artículo 4.º de dicha normativa de Alcalá de 8 de agosto de 1903 señalaba: «El establecimiento reformativo se organizará conforme al régimen de tutela y tratamiento correccional establecido por Real Decreto de 18 de mayo último». Como segunda manifestación normativa, el mismo modelo tutelar correccional sería también implantado, esta vez para presos adultos, por Real Decreto de 18 de octubre de 1906, que suprimía el establecimiento penal de Tarragona, llevándose su población penal al castillo de San Fernando de Figueras,

(81) Cfr. SALILLAS y PANZANO, R., «El año penitenciario 1907», en *Revista penitenciaria*, Año V, Tomo V, 1908, p. 45; Sergio Cámara Arroyo ha rescatado, más recientemente y con acierto, el antecedente que ofrecía aquél párrafo de Salillas de «lo que sería conocido después como *Derecho correccional o tutelar de menores* [...] del que se derivarán toda una serie de conceptualizaciones sobre la infancia delincuente, así como una constelación de organismos e instituciones específicas para su aplicación». Cfr. CÁMARA ARROYO, S., «Rafael Salillas y la infancia delincuente: orígenes del modelo de justicia tutelar de menores en España», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extras-2023, pp. 237, 238 y 277; anteriormente, al respecto, EL MISMO: *Internamiento de menores y sistema penitenciario... ob. cit.*, p. 19.

(82) A diferencia de lo que ha planteado RAMOS VÁZQUEZ, I., «El sistema de reformativo (*Reformatory system*). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXVIII, 2015, p. 176, quien hace referencia al Real Decreto de 17 de junio de 1901, al que conecta sin tino con la sentencia indeterminada, por cuanto, al margen de la confusión terminológica que mostraba la norma (pues en puridad, lo que establecía el artículo 21 de dicha normativa era una modalidad de régimen abierto y no una libertad condicional como hoy es entendida), en ningún caso ello era conforme a la sentencia indeterminada, pues se establecía (ex. art. 4.º) el sistema irlandés o de Crofton, y puesto que esa transformación habría de llegar más tarde, ya en 1903, bajo el influjo del decreto salillista de 18 de mayo aquel año.

y cuyo nuevo artículo 4.º dispuso: «que se establezcan separaciones conforme al precepto de clasificación indeterminada preceptuado en el artículo 6.º del Real decreto de 18 de mayo de 1903». La dinámica progresiva no se soslayaba *per se*, y el siguiente artículo 5.º de la misma normativa, aceptaba una suerte de progresividad, y con ello antecedía a la mención a la división en grados del sistema del actual artículo 72 LOGP, al decirse en aquel año de 1906: «El orden clasificativo preceptuado en el artículo anterior, se acomodará a una pauta progresiva...» Pero el año de 1906 pareciera el límite temporal de tan moderna tendencia. Tal inquietud legislativa no encontraría mayores asientos. Necesitada de asimilación, dicha doctrina era por nombres de peso como Fernando Cadalso, así como la indispensable formación del personal penitenciario para adecuar su función a las nuevas directrices, vería frenada su inercia, por cuanto la Escuela de Criminología comenzaba su andadura en 1906 y necesitaba algo más de tiempo para la formación de sus primeros estudiantes, a lo que se añadían otras urgencias que direccionaron finalmente la iniciativa administrativa. La traslación de los presidios norteafricanos(83) se convertiría, para entonces, en la prioridad.

Es también en 1906 cuando en el número tercero de la *Revista Penitenciaria*, Rafael Salillas hace expresa referencia y reivindica los que entendía como ejemplos de renovación penitenciaria(84), con estos términos: «No hace mucho tiempo que en un documento oficial dijo el entonces ministro de Gracia y Justicia, D. Joaquín Sánchez de Toca, que en nuestra obra de reforma penitenciaria «estaba todo por hacer». Cuando se empieza á hacer algo se tiene la esperanza de que por ley de aceleración se hará muy pronto mucho. Este movimiento inicial se ha manifestado en Alcalá de Henares. Hasta ahora el reformatorio de jóvenes no era más que un rótulo. Desde hace poco tiempo empieza á ser una obra. Débese ésta á los buenos propósitos del actual Director de ese reformatorio, Sr. Navarro de Palencia, que expuso sus proyectos al actual Director general, Sr. Navarro Reverter y Gomis, quien hizo una visita especial al establecimiento y alentó los propósitos y apadrinó las iniciativas. Según las noticias que tenemos, el reformatorio de Alcalá de Henares ha entrado en verdadera actividad orgánica, desenvolviéndose allí todos los preceptos del régimen de tutela y tratamiento correccional. También se ha emprendido la orga-

(83) Vid., por todos, SALILLAS y PANZANO, R., *La Traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (historia palpitante)*. Imp. Bernardo Rodríguez, Madrid, 1906, *passim*.

(84) Cfr: SALILLAS y PANZANO, R., «El reformatorio de Alcalá de Henares», en *Revista Penitenciaria*. Año III, Tomo III, 1906, p. 718.

nización de talleres por administración, siendo uno de ellos el de imprenta, que se ha inaugurado con una obra muy simpática y nueva entre nosotros, la publicación de un periódico escrito y compuesto por los mismos penados».

Con anterioridad a la siguiente reforma del establecimiento de Alcalá, que vendría por virtud del Decreto de 23 de marzo de 1907, que Cadalso interpretaba como de igual tendencia que el anterior⁽⁸⁵⁾, tomaba el mando del Reformatorio, D. Álvaro Navarro de Palencia, quien al respecto expresaba su desilusión frente al actuar administrativo del momento y las dificultades que había de afrontar en la vida penal del establecimiento alcalaíno, refiriéndose así a «un establecimiento absolutamente distanciado de aquel otro propuesto por el legislador en los Reales decretos de 17 de Junio de 1901 y 8 de Agosto de 1903, encaminados ambos á crear una institución especialísima de verdadera tutela para la juventud delincuente, que garantizase la conducta social posterior de los que hubieran de someterse á su tratamiento»⁽⁸⁶⁾. En dicho trabajo publicado en la *Revista Penitenciaria*, el Director del Establecimiento alcalaíno mostraba así su desesperanza con respecto al incumplimiento de lo preceptuado en las normativas anteriores, como sigue: «A mi juicio, los que se me anticiparon en el mando del establecimiento, sea por incuria, sea por apegos á la tradición presidial, que con inmensa pesadumbre ha gravitado y aún gravita sobre la conciencia y los procedimientos de los que venimos a formar el novísimo Cuerpo de Prisiones, no supieron ó no quisieron interpretar las nuevas orientaciones penitenciarias, ni, progresivamente, recorrer la trayectoria señalada en este sentido por la ley sobre la materia de su especialidad. y téngase en cuenta que, semejante juicio, no encarna implícito, ni explícito, ningún linaje de censura. Yo mismo –lo consigno rindiendo culto á la sinceridad, sin reservas mentales ni eufemismos de ninguna clase– hubiera observado, quizá, idéntica conducta, sin las excitaciones, los consejos y las enseñanzas de personas cuya modestia padecería con la designación: porque la desconfianza y la fiscalización del funcionario, en que se inspiran todas las disposiciones determinantes del régimen y la administración de nuestras prisiones, los organismos pegadizos que se ingerían en éstos para dificultar su funcionamiento, la falta de verdadera autonomía, no son terreno abonado para las iniciativas, ni el mejor caldo de cultivo de las energías profesionales. Pero es lo cierto

(85) Vid. CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...* ob. cit., p. 518.

(86) Cfr. NAVARRO DE PALENCIA, A., «El reformatorio de jóvenes delincuentes de Alcalá de Henares», en *Revista penitenciaria*, Año III, Tomo III, 1906, p. 760.

que la Escuela de Reforma, primero, y el Reformatorio de jóvenes delincuentes, después –según las sucesivas titulares– no había hecho verdadera especialización de su tratamiento, á tenor de sus también especializadas preceptivas».

Con posterioridad, por otro Decreto de 18 de Mayo de 1915, el establecimiento alcalaíno vino finalmente a denominarse Escuela Industrial(87), implantando el correspondiente sistema. Tras pasar por varias vicisitudes, sufriría en 1919, en palabras de Cadalso, una intensa regresión «que la convirtió en presidio a la antigua; pero las radicales reformas que en aquel año se hicieron y la sustitución de los Jefes, la han vuelto a dar su carácter de Escuela y hoy es un centro ordenado de actividad industrial que más se asemeja a un colegio que a una prisión. Sin embargo, la parte edificada, en la que se encuentra el secular exconvento, no se presta a los desarrollos que el sistema exige para convertir el establecimiento en una apropiada institución moderna de menores delincuentes»(88). Finalizamos con ello la perspectiva de aquellos dos primeros decenios del siglo xx, en los que aquellos dos modelos penitenciarios protagonizaron la esfera administrativa y doctrinal de nuestra ejecución penal.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La posibilidad de la clasificación indeterminada encuentra un primer antecedente con apoyo normativo para ser aplicada en la prisión de jóvenes de Alcalá. Si el análisis individualizado del delincuente le servía a Salillas para reivindicarlo como medio necesario para la acción tutelar, la dinámica de la indeterminación, de la condena y de la clasificación, dependientes de dicho proceso de individualización, se había convertido en elemento clave y esencial de su modelo en los albores del s. xx(89), que reivindicaba todavía años después en la Revista penitenciaria en el año 1908, esto es, la adecuación de la fase de cumplimiento a las circunstancias individuales del penado, sin necesidad del paso obligado de éste por cada etapa, cual era la carac-

(87) *Vid.*, al respecto, la magnífica obra explicativa de la realidad del establecimiento, de DE LAS HERAS, J., *La juventud delincuente y su tratamiento reformativo...* *ob. cit.*, *passim*.

(88) *Cfr.* CADALSO y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...* *ob. cit.*, p. 520.

(89) *Vid.* SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista...» *ob. cit.*, p. 162.

terística esencial del régimen progresivo hasta entonces. Aquella semilla habría de dar sus frutos en el futuro.

Y esto es lo que Fernando Cadalso pareciera que nunca supo ni quiso apreciar, y así se percibe cuando aquel modelo reformativo de su mano se implanta en el denominado Reformatorio de adultos de Ocaña, alejado de cualquier modalidad de indeterminación. Pareciera entonces que quien más podía confiar en la labor de los funcionarios en aquel momento rescatándoles de la dinámica del carcelero, y enfocando la responsabilidad de su cualificación por medio de la Escuela de criminología era Rafael Salillas, pues allí podrían los funcionarios aprender tales herramientas de las ciencias de la conducta aplicables a un modelo tutelar correccional, que sin embargo tuvieron que esperar muchos decenios para poder activarse para el ámbito tratamental tras la reforma legal de 1968, y asentarse definitivamente con la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Después de 44 años de aplicación de la Ley Penitenciaria, desarrollada por un Reglamento de 1981 y otro de 1996 (al que ha de sumarse la norma de desarrollo en la realidad catalana), más aperturista, orientado hacia una mayor flexibilidad en esa labor reeducadora y reinseradora que establece el artículo 25.2 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley Penitenciaria, con el indudable apoyo normativo que supone el artículo 71 de la Ley, y conjuntamente con la evidente cualificación del personal que actualmente desarrolla su labor en los centros penitenciarios, pareciera que el sistema finalmente nos ofrece algunos resultados en positivo, como los derivados del estudio, que llevado a cabo desde 2009 a 2019, ha presentado un esperanzador porcentaje de en torno al 20% de índice de reincidencia tras el paso por las Instituciones Penitenciarias españolas. Queda mucho trabajo aún para acercarnos a los porcentajes de Manuel Montesinos y Molina, que en la segunda mitad de los años treinta del siglo XIX no llegaban al 3%, pero visualizado desde una perspectiva internacional actual, no dejan de apreciarse tales resultados como nada desdeñables, por positivos y esperanzadores y permiten verlos como la consecuencia de los esfuerzos realizados en esa dirección en aquellos primeros años del siglo XX, cuya puesta en marcha se perfiló primeramente para la ciudad de Alcalá de Henares.

La reclusión de las mujeres en Alcalá: la Galera

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Profesora contratada doctora de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja
Abogada

RESUMEN

La ciudad de Alcalá de Henares fue testigo en el siglo XIX de la consolidación de la pena privativa de libertad para las mujeres como consecuencia de la comisión de un delito, la actuación de un órgano judicial y el cumplimiento en un centro de reclusión. Su régimen y fundamento se determinó por una reglamentación legal y penitenciaria en 1882, produciéndose un acercamiento a la legislación de hombres, que concluyó a principios del siglo XX. La igualdad en el tratamiento penitenciario y la humanidad en el trato con las reclusas comenzó en esos años. En este trabajo se expondrá la evolución de la galera de Alcalá o denominada oficialmente Casa de Corrección y, después, Penitenciaría Central de Alcalá de Henares, desde su inauguración en 1852 hasta su clausura en 1978 con un análisis de la hemeroteca de la época, que reflejó las vicisitudes por las que atravesaron las mujeres reclusas en ella.

Palabras clave: galera de Alcalá, reclusión femenina, Penitenciaría de Alcalá, etapa legal y penitenciaria, régimen interior.

ABSTRACT

The city of Alcalá de Henares witnessed in the 19th century the consolidation of the custodial sentence for women as a consequence of the commission of a crime, the action of a judicial body and compliance in a detention center. Its regime and foundation will be extended by a legal and prison regulation in 1882, producing an approach to the legislation of men, which concluded at the beginning of the 20th century. Equality in prison treatment and humanity in dealing with female inmates began in those years. In this paper, the evolution of the Alcalá galley or officially called House of

Correction and, later, Alcalá de Henares Central Penitentiary, from its inauguration in 1852 to its closure in 1978 with an analysis of the newspaper library of the time, that reflected the vicissitudes that women inmates go through.

Key words: *Alcalá galley, female detention, Alcalá Penitentiary, legal and penitentiary stage, internal regime.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Origen y evolución de las penas privativas de libertad impuestas a las mujeres.–III. La galera de Alcalá como consolidación de la etapa penitenciaria en la reclusión femenina. 1. Creación de la galera de Alcalá. 2. El paso de la galera a la Penitenciaría Central de Alcalá a finales del siglo XIX. 3. El edificio de la galera hasta nuestros días. 4. Gobierno y personal. 5. Régimen interior.–IV. De la galera de Alcalá a la cárcel Madrid I mujeres.

I. INTRODUCCIÓN

La ciudad de Alcalá de Henares fue declarada en el año 1998 Patrimonio de la Humanidad por la Unesco y es mundialmente conocida no sólo por ser la ciudad natal de Cervantes, nuestro genio internacional de la literatura, sino porque, en ella, el Cardenal Cisneros fundó el 13 de abril de 1499 una Universidad que, junto con la de Salamanca, fueron las más importantes de Castilla y el centro del saber y la cultura de España. La Universidad de Alcalá fue cuna del conocimiento y la excelencia académica durante siglos, pero en 1836 el Gobierno decretó su traslado a Madrid, aunque posteriormente, en 1977, volvió a resurgir, convirtiéndose la ciudad nuevamente en universitaria.

Esta localidad, además, tuvo una gran relevancia en el ámbito de la reclusión femenina, pues unos años después de que dejara de ser ciudad universitaria, concretamente en un proceso evolutivo que comenzó en 1852 y duró hasta 1882, se convirtió en la primera ciudad española en la que se instaló una prisión central de mujeres en la que ingresaban para cumplir las penas superiores a la pena de arresto mayor por las condenas impuestas en Sentencia por cualquier Tribunal de la geografía española por los delitos cometidos.

Se erigió, así, la galera de mujeres de Alcalá, que aunque haya sido denominada oficialmente Casa de Corrección y posteriormente

Penitenciaría Central de Alcalá de Henares, siempre ha mantenido, y hasta la actualidad, el nombre original, siendo conocida como «la galera de Alcalá» el lugar donde las mujeres eran recluidas por la comisión de delitos desde que se inauguró en julio de 1852 hasta 1978 (aunque con algunas ausencias) año en que mi maestro, D. Carlos García Valdés, Director General de Prisiones, después de pasear por sus instalaciones y haber accedido al centro cuando él era abogado e iba a entrevistarse con las presas, decidió su cierre por el estado lamentable en que se encontraba⁽¹⁾, siendo trasladadas las internas primero a la prisión de Yeserías, posteriormente a la denominada de Herrerita (en el complejo de la cárcel de Carabanchel) y, finalmente, a la prisión de Alcalá mujeres cuando fue inaugurada en 1984, actualmente Centro Penitenciario de Madrid I – Mujeres.

Alcalá de Henares, por tanto, cuenta con un pasado penitenciario, pero no solo en la reclusión de mujeres, sino también por la instalación ese mismo año (1852) del presidio de hombres. Por la trayectoria universitaria, ambos centros fueron instalados en los conventos y colegios universitarios desafectados, lo que refleja la importancia de la religión y la educación en el desarrollo de esta ciudad, que dejó huella profunda en su patrimonio arquitectónico y muestran el carácter con el que se concebían los establecimientos penitenciarios y la idea moralizante y de corrección de épocas pasadas, que se mantuvo hasta el siglo xx. El presidio de hombres se instaló en el convento de Santo Tomás y la galera de mujeres en el colegio convento de las Carmelitas Descalzas de San Cirilo.

La Penitenciaría Central de Alcalá de Henares, conocida como «la galera» supuso la consolidación en 1882, con el Reglamento que se dictó el 31 de enero, de la época propiamente penitenciaria en la reclusión femenina, que motivaba el encierro de la mujer no por su condición o su honestidad o moralidad, sino por la comisión de un delito tipificado en un Código Penal y la actuación de un órgano judicial que imponía una condena a una pena privativa de libertad. La importancia que tuvo este centro fue, por tanto, crucial en la historia de la reclusión femenina.

(1) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., en la conferencia «Alcalá de Henares, ciudad penitenciaria. Las huellas de la experiencia personal», impartida el día 13 de junio de 2023, en el Seminario *Alcalá y su patrimonio. Una visión desde la justicia penal: cárceles, galeras y prisiones* organizado por el Instituto Universitario de Investigación en Ciencias Policiales, en la Universidad de Alcalá, transcrita en este mismo volumen.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD IMPUESTAS A LAS MUJERES

La privación de libertad, como pena propiamente dicha, tanto para hombres como para mujeres no fue concebida en la antigua legislación española hasta el siglo xvii, atribuyéndosele, en un principio, un carácter únicamente preventivo, como cárcel de custodia, es decir, de encierro de personas en espera de juicio, o como depósito de procesados o de condenados en espera de ejecución de la pena impuesta⁽²⁾ que consistían, independientemente de su condición, en la condena a muerte (en las diversas formas de ejecución) cuando habían cometido delitos atroces o de mayor gravedad, y castigos corporales (como azotes o mutilación), vergüenza pública (pasear a la mujer desnuda por una localidad para humillarla) y destierro.

Sin embargo, para la sanción de determinados delitos cometidos por hombres surgió en el siglo xvi la pena de galeras creada por pragmática de Carlos I de 31 de enero de 1530, por la que los Tribunales de Justicia condenaban a los hombres a «servir a remo sin sueldo» en las embarcaciones (galeras) de la Armada⁽³⁾. Poco más tarde, hacia 1559, surge en España la pena de trabajos en las minas de azogue de Almadén⁽⁴⁾ para los condenados a galeras por tiempo limitado que parecieren más convenientes para este servicio.

Es la idea de la penalidad utilitaria. Las autoridades desean aprovechar de algún modo a los delincuentes, sin perjuicio de la evidencia del castigo que por su conducta merecen, pero esta idea de la penalidad utilitaria y represiva no se extendió a la mujer. La imposibilidad,

(2) Como afirma HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*, Madrid, 1985, pp. 115 y 116; y TOMÁS y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos xvi, xvii y xviii)*, 2.ª edición, Madrid, 1992, p. 388, la Nueva Recopilación publicada por Felipe II en 1567, previó la prisión no sólo con esa orientación preventiva o de custodia, sino como pena principal o accesoria, pero siempre de corta duración, por periodos breves y para delitos leves, o para el que delinquiera por primera vez en delitos importantes (como el de blasfemia), aunque de forma no agravada.

(3) Vid. SEVILLA y SOLANAS, F., *Historia penitenciaria española (La Galera)*. *Apuntes de archivo*, Segovia, 1917, pp. 27-230; MARAÑÓN, G., «La vida en las galeras en tiempos de Felipe II», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año I, núm. 7, octubre 1945, pp. 3-13; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La pena de galeras en la España moderna», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1978, pp. 259-275; PIKE, R., *Penal Servitude in Early Modern Spain*, London, 1983, pp. 3-26.

(4) Vid. MESTRE DELGADO, E., «Utilización de penados en los trabajos de laboreo de las minas de Almadén. Otra contribución de Salillas a la historia penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios. Homenaje a Rafael Salillas*, número extra 2023, pp. 21 a 44.

por sus limitaciones físicas, de condenarlas a remar o al laboreo de las minas, y la falta de otro destino que pudiera parecerse al de los hombres al no existir ningún establecimiento específico para su reclusión, hizo que se les impusiese en su lugar, según era la costumbre, todas o casi todas las penas: muerte, azotes, exposición a vergüenza pública (que consistía en pasearla medio desnuda por un paraje público con alguna señal que denotase su delito, para que todos lo conociesen) y destierro(5), penas éstas que no podían ser aplicadas con moderación ni conmutadas como ocurría con los varones.

Sin embargo, a pesar de la imposición rigurosa a las mujeres de estas penas corporales como métodos para combatir su delincuencia y la prostitución, con el paso del tiempo se llegó a la conclusión de que eran ineficaces: la pena de azotes y vergüenza pública habían perdido sus efectos intimidantes, y el destierro, que producía el traslado de las féminas a otras poblaciones donde no eran conocidas por las autoridades, no evitaba que continuaran sus actividades delictivas y de reprochable conducta, amparadas en el desconocimiento de sus antecedentes(6).

Y la ineficacia de tales penas en un ambiente tan plagado de religiosidad como era el del siglo XVI, profundamente mediatizado por las constituciones del Concilio de Trento, supuso el inicio de un férreo control moral hacia la mujer y su honestidad y, con ello, la necesidad de crear una penalidad diferente, paralela y similar al régimen de los galeotes, habilitando a tal fin un lugar específico para recluir a las mujeres que infringían los cánones establecidos (delincuentes, prostitutas, vagabundas, etc.), para que purgaran en él sus conductas o delitos, separado de las cárceles de hombres y a semejanza de la conmutación que a ellos se realizaba de las penas corporales, en el ánimo de igualar su trato y rigor penal. Aparece así la galera de mujeres, en sinonimia semántica con la pena utilitaria impuesta a los varones delincuentes(7). Esto fue lo que inspiró a una monja bernarda,

(5) Vid. SEVILLA y SOLANAS, F., *op. cit.*, p. 234, que cita como testimonio de estos castigos corporales un párrafo de las «Memorias» de El Escorial de Fray Juan de San Gerónimo, de 1580: «En cuanto á las mujeres vagabundas y ramerás, andaban por esta tierra muchedumbre de ellas por la Herrería, que era lástima de verlas y de oírlo decir. Dellas azotaron y avergonzaron y desterraron, que la Justicia no las podía echar».

(6) Vid. PIKE, R., *op. cit.*, p. 5.

(7) Según afirma SEVILLA y SOLANAS, F., *op. cit.*, p. 234, ese nombre había servido también para designar determinados aposentos o dormitorios de las cárceles, o depósitos donde eran recluidos los forzados o condenados a remar en las embarcaciones del rey, separados del resto de presos, mientras eran trasladados a sus destinos en los galeotes y «azotes y galeras se llegó á llamar á la comida ordinaria». Igualmente, DE CHAVES, C., en su «Relación de las Cosas de la Carzel de Sevilla y su trato», reproducida

Magdalena de San Gerónimo, para escribir en 1608 la que ella misma denomina «Obrecilla», que dedica a Felipe III, en la que recoge, quizás con más noble intención que acierto o eficacia, su dilatada experiencia (adquirida en la Casa de Aprobación de Valladolid) con la mujer disoluta, licenciada, prostituta y pequeña delincuente, tratando de igualarla con el hombre en la imposición del castigo y el modo de cumplirlo(8), aunque ya unos meses antes de su publicación, en 1598, un protomédico de galeras (de hombres) el Doctor Pérez de Herrera había realizado una propuesta similar utilizando el término «galera» para aludir a esa pena de encierro femenino(9), y ello motivó que se crearan estos establecimientos en Granada y Madrid, que ya los recogía en su obra posterior Magdalena de San Jerónimo.

Mediante esa analogía con la galera masculina se pretendía expresar tanto la condición de reclusión forzada, como las penalidades que en ella habían de sufrir las mujeres, asemejándose ambas penas, en abstracción del en la severidad y el rigor de trato (o más bien maltrato)

en 1983 por Clásicos El Árbol, Madrid, 1983, pp. 14 y 33, narraba que en la cárcel de Sevilla había dos aposentos fuertes donde se acomodaba a los presos, denominados galera vieja y galera nueva.

(8) Vid. SAN GERONYMO, M., «Razon, y forma de la galera y cafa real, que el rey nueftro señor manda hazer en eftos reynos, para caftigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras femejantes», que dedica a Felipe III en 1.º de octubre de 1608, año en el que se imprime y publica. De esta obra hay dos ediciones: una de Valladolid, por Francisco Fernández de Córdoba, que figura en la Biblioteca Nacional bajo la signatura R. 8812, procedente de la Biblioteca de Salva y compuesta de 61 páginas más la portada, en 8.º, y es la que reproduce SEVILLA y SOLANAS, F., *op. cit.*, pp. 237-258; existiendo de ella una edición moderna a cargo de Antonio Beristain Ipiña y José Luis de la Cuesta Arzamendi (comps.), *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, 1989, pp. 191-208; y otra edición, de Salamanca, por Artvs Taberniel, que se recoge en la Biblioteca Nacional bajo la signatura R. 29697 (compuesta de 1 hoja más 36 páginas, en 4.º y pergamino), bajo el título *Razon, y forma de la galera y cafa real, que el rey nueftro señor manda hazer en eftos reynos, para caftigo de las mugeres vagantes, y ladronas, alcahuetas, hechizeras, y otras femejantes*, de la que existe edición moderna a cargo de Mª ISABEL BARBEITO CARNEIRO, *Cárceles y mujeres en el siglo XVII*, Madrid, 1991, pp. 61-95.

(9) Vid. PÉREZ DE HERRERA, C., «Al Católico y poderosísimo Rey de las Españas, y del Nuevo Mundo, don Felipe III, nuestro señor, que Dios prospere, y nos guarde muchos años. El Doctor Cristobal Pérez de Herrera, su Médico y del Reyno, dedica este epílogo y suma de los Discursos que escribió del amparo y reducción de los Pobres mendigantes y los demás destos reynos, y de la fundación de los Albergues y casas de reclusión y galera para las mujeres vagabundas y delinquentes dellos; con lo acordado cerca desto por la Magestad Católica del Rey don Felipe II. N.S. que está en gloria, y su Consejo supremo. Con acuerdo y orden del Reyno», publicado por Luis Sánchez, Madrid, 1608, del que existe una reproducción del año 1915, que figura en la Biblioteca Nacional bajo la signatura VCª. 896-34, pp. 9 y 48.

empleados: rasura del cabello, alimentación pobre y escasa, trabajo obligatorio, hacinamiento y aglomeración.

Se estableció, como afirma Salillas, no solamente «un nuevo tipo de prisión para mujeres, sino que también una nueva penalidad»(10). Estamos en los inicios de la pena privativa de libertad propiamente dicha(11), aunque se trata de un internamiento religioso, como remedio para las mujeres vagabundas, ociosas, delincuentes de poca monta, hechiceras, autoras de embustes y otros delitos menores. Es decir, no tanto para delincuentes, sino para pecadoras, creando estos establecimientos como casas de trabajo y labor, con el fin de instruir las y educarlas a través de la religión, para el futuro, aunque después se extiende a las delincuentes porque no había otro lugar en el que recluirlas, y con un régimen muy estricto. Desde el ingreso en el establecimiento, con el rapado de cejas y cabellos, en el alojamiento, la aglomeración y hacinamiento, hasta la alimentación, escasa y de mala calidad, eran obligadas a llevar un uniforme que con el paso del tiempo acababa raído, tenían que trabajar obligatoriamente dentro del establecimiento, en diferentes destinos, para ganarse su propio sustento, había numerosos castigos corporales con instrumentos de tortura, los establecimientos estaban en un lamentable estado de miseria y, por supuesto, se seguía un régimen de oración y conventual. Además, había serias advertencias cuando abandonaban la galera se les advertía, después de cumplida su condena, que si volvían a ella serían marcadas en la espalda con las armas de la ciudad y si reincidían, a la cuarta vez serían ahorcadas a la puerta del establecimiento para escarmiento de las demás(12). En esos siglos surgen otras galeras en Valladolid, Valencia y Barcelona.

Más tarde, a finales del siglo XVIII, concretamente en 1796, fruto de las ideas ilustradas, Luis Marcelino Pereyra dicta la Ordenanza para la Galera de Valladolid(13), más humana y regeneradora que las

(10) SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*, tomo I, Madrid, 1919, pp. 176 y 177.

(11) En este sentido, PACHECO exponía en sus *Estudios de Derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, tomo segundo, Madrid, 1843, p. 192, que, salvo la pena de encierro de mujeres en galeras, la prisión de militares en castillos y de editores de periódicos condenados, y los presidios (aunque los critica duramente), no existían todavía a mediados del siglo XIX verdaderas cárceles de castigo y encierro de criminales (no de encausados) en las que se promueva su reforma «para que llegado el día de la libertad vuelvan a ser miembros útiles de la sociedad a quien dañaron».

(12) Como narra CADALSO, F., en *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, p. 229.

(13) Vid. PEREYRA, L. M., *Ordenanza de la Casa Galera de Valladolid*, publicada el 16 de agosto de 1796.

reflexiones expuestas por Magdalena de San Gerónimo. Finaliza así la época religiosa, pues en ella, el presupuesto ya no es de este tipo, aunque la doctrina católica sigue estando muy presente en todos los aspectos de la vida en la galera, sino protolegal, pues tiene por objeto la primera regulación normativa de una galera en concreto, la de Valladolid, donde son recluidas las juzgadas en ese Fuero. Con Pereyra el fundamento es prepenitenciario, más judicial que religioso, y la finalidad es claramente punitiva, es decir, se ocupa fundamentalmente de los hechos ilícitos y su castigo o sanción, no de la conducta pasada inmoral y su redención a través de la enseñanza cristiana, como propugnaba Magdalena de San Gerónimo, dejando atrás la idea moralizante de prevención social. La galera de Valladolid pasa a estar bajo la dependencia de la Audiencia vallisoletana y parece, como entiende García Valdés, que «el aparato de la Justicia castellana, organizada y en evolución, se refleja aquí, en el apartado de la ejecución de la privación de libertad y con un orden razonable», constituyendo «el tránsito a un encierro reglado que vendrá a desembocar, en 1847, en una reglamentación legalista»(14).

En esta época se distinguen dos ramas: la punitiva, caracterizada por el ingreso en la galera como castigo de auténticos delitos, donde irían destinadas las delincuentes mayores y las reincidentes; y, por otro, la preventiva, que tiene su fundamento en la existencia de esos centros paralelos a la galera, como las casas de misericordia y de recogidas, hospicios y casas de corrección (la de San Fernando del Jarama) donde eran enviadas las prostitutas, vagabundas y mujeres de vida licenciosa que hasta ese momento eran recluidas en las galeras, manteniéndose este último tipo de encierro, como medida de seguridad, de hombres y mujeres que no han cometido realmente ningún delito, en nuestro Derecho, hasta finales del siglo xx, concretamente hasta la derogación por el Código Penal de 1995 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970.

Es el comienzo de un encierro prepenitenciario, con una finalidad ya no de prevención social, sino de castigo, de sanción frente a delitos, que se asentará en el siguiente siglo. La Ordenanza para la galera de Valladolid se convirtió en modelo a seguir para todas las galeras (no sólo para la de esta ciudad), y sus pautas marcaron el régimen hasta la publicación del Reglamento de Casas de Corrección de 1847. En la Ordenanza se compara la galera de mujeres con el presidio de hombres y esto constituye un signo evidente de que lo que se pretendió fue

(14) GARCÍA VALDÉS, C., «Las Casas de Corrección de mujeres: un apunte», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Torío López*, Granada, 1999, p. 590.

copiar para aquel establecimiento femenino el régimen y la vida seguida en los presidios masculinos norteafricanos, aunque la Ordenanza de presidios no se dictó hasta 1834.

En este momento, finaliza la etapa religiosa pero la doctrina católica sigue estando muy presente en todos los aspectos de la vida en la galera. Además, la obra de Pereyra supone un notable avance. Se propugna por primera vez la posibilidad de redención de la pena como premio por el rendimiento en el trabajo; la clasificación de las penadas en dormitorios independientes por el tipo de delito, la intervención de las reclusas en la vida carcelaria, previendo la posibilidad de que fueran nombradas para ejercer determinados cargos y destinos de confianza dentro de la casa, otorgados en función de su buen comportamiento, y se establece la necesidad de que las reclusas recibiesen una cierta instrucción y aprendiesen un oficio, trabajando en los obradores, como método de corrección y de sufragar los gastos de la casa, o incluso que estuvieran acompañadas por los hijos hasta los 7 años. A todo ello hay que unir la dulcificación en el régimen y trato con las reclusas, pues el ingreso en el establecimiento ya no se distingue en esa época por la humillación y el rapado de cabellos y, aun siendo los castigos frecuentes y caracterizados por la crueldad de los instrumentos punitivos, se observa un menor rigor en su aplicación.

Por otro lado, para aliviar la suerte de las encarceladas, a finales del siglo XVIII se crearon Asociaciones de Señoras en diferentes ciudades españolas, que constituyen el germen de la asistencia social penitenciaria(15).

En la práctica, sin embargo, esta separación preventiva y punitiva, aunque tenía muy buenas intenciones, al cabo de los años, como no había galeras en todos los territorios, en numerosas ocasiones los Jueces y Tribunales enviaban a los hospicios o a las casas de recogidas o de misericordia no sólo a las jóvenes viciosas y vagabundas, sino a las que habían cometido graves delitos, de modo que volvió a presentarse el problema de convivencia ya surgido en las galeras antes de Pereyra: el intercambio de costumbres, pues la delincuente se enseñaba de la prostituta, y ésta, a su vez, aprendía el oficio de la delincuencia.

(15) Como afirma SALILLAS, R., «Evolución penitenciaria...», I, *op. cit.*, pp. 173 y 174 es a finales del siglo XVIII cuando estas asociaciones tienen intervención en la vida penal. y CUELLO CALÓN, E., en *Penología*, Madrid, 1920, afirma que, en el siglo XVI, había fundaciones de este tipo en Sevilla y en Salamanca, manteniéndose después en tales ciudades y creándose en otras como Granada y Barcelona. Surgen, así, las Asociaciones de Señoras de Madrid, Oviedo, Valencia o Zaragoza. *Vid.* también, *Asociaciones de Señoras para ejercitar la caridad con las pobres de la galera, y cárceles de la ciudad de Zaragoza*, Zaragoza, 1802.

Y llegamos, por fin, al siglo XIX, con las Cortes de Cádiz, la época de la codificación y el dictado de los Códigos penales de 1822 (que estuvo en vigor nada más que tres años), 1848, 1850 y 1870, en que nace ya definitivamente la pena privativa de libertad para mujeres, la época legal (porque se recoge el internamiento en normas legales) y penitenciaria (porque el encierro es fruto de la comisión de un delito, de la actuación de un órgano judicial, la existencia de una condena y el cumplimiento de una pena privativa de libertad reflejada en un artículo del Código penal).

En ese siglo se dictan el Reglamento de Casas de Corrección el 9 de junio de 1847 y el Reglamento de la Penitenciaría Central de Alcalá de Henares el 31 de enero de 1882, que es la norma que va a regular la vida de las encarceladas hasta la segunda década del siglo XX.

Y se produce, además, una convergencia normativa entre las prisiones de hombres y de mujeres: de legislaciones separadas para ambos sexos en los siglos XVII y XVIII, con Ordenanzas y Tratados exclusivos para mujeres, a la equiparación legislativa penitenciaria con el Real Decreto de 5 de mayo de 1913. Con él se cierra, como afirma García Valdés, «una muy trascendente época de su historia legislativa y regimental»(16). Esta norma concluye la convergencia de las prisiones de mujeres con los presidios. Aquéllas, expone Figueroa Navarro, dependerán ya para siempre del mando de los presidios de hombres y «se detendrán en el tiempo si éstos no siguen evolucionando. Cuantas reformas adopten los establecimientos de reclusos se aplicarán a los de presas con posterioridad. Su dependencia, en cuanto al tratamiento, es absoluta y plena. Su régimen legal, mínimamente adaptado a su propia singularidad. Este será su destino hasta los tiempos actuales»(17).

Con esta última disposición, por tanto, concluyen las particularidades existentes entre las prisiones de hombres y mujeres, que se rigen ya por una normativa común, sin que se vuelva a dictar en nuestro Derecho ninguna norma específica para regular en exclusiva las prisiones de mujeres.

De la mujer portadora del mal, responsable de la caída del hombre, y signo y arquetipo de la lujuria, a la que había que castigar y moralizar, se pasa a la delincuente a la que hay que corregir y recuperar para la sociedad, mediante el trabajo y la instrucción y enseñanza elemental.

(16) GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, p. 37.

(17) FIGUEROA NAVARRO, M^a. C., *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, p. 61.

En ese momento, se produce, también, la secularización de estos establecimientos, a pesar de algunos visos religiosos que todavía se mantenían y pudieran dar a entender lo contrario⁽¹⁸⁾ y con la idea de que la prisión debe, fundamentalmente, corregir. Desde el Decreto de 1 de abril de 1846 las casas de corrección quedan bajo la dependencia de la Dirección General de Presidios, tratándose así de unificar el régimen, administración y gobierno de los establecimientos de reclusión de hombres y mujeres. El Comandante del presidio es el Jefe superior de las casas de corrección de mujeres y la legislación dictada para presidios es aplicable supletoriamente a ellas. Por vez primera existe ya un órgano central común para todas las prisiones de mujeres siendo, además, el mismo que para las de hombres. Vamos a ver algunos de estos aspectos que rigieron la vida en Alcalá más en detalle.

III. LA GALERA DE ALCALÁ COMO CONSOLIDACIÓN DE LA ETAPA PENITENCIARIA EN LA RECLUSIÓN FEMENINA

1. Creación de la galera de Alcalá

Tras el Reglamento de Casas de Corrección de 1847 se imponía una revisión y reforma de todos los establecimientos que hasta el momento albergaban las casas-galeras en las distintas ciudades para adaptarlos a la nueva normativa, que los reducía a trece, admitiendo cada uno de ellos a las sentenciadas por los Tribunales de Justicia en el territorio de la Audiencia en que estuviesen situadas, salvo las casas de Zaragoza y la Coruña que recibían también a las procedentes del territorio de la Audiencias de Pamplona y Oviedo. Los establecimientos se habían instalado mayoritariamente en antiguos conventos, monasterios e iglesias, ya que, según relataba Salillas, un «convento deshabitado sólo puede ser en España, además de una oficina pública, una de tres cosas: ó cuartel, ó cárcel ó presidio»⁽¹⁹⁾. Así, en esa fecha, las distintas galeras eran impresionantes y vetustas moles arquitectónicas donde se cumplían las

(18) Así, por ejemplo, se nombra como Jefe de la casa a un Rector, que debe ser de la clase sacerdotal y se contemplan numerosos actos religiosos a los que las reclusas estaban obligadas a acudir, tales como escuchar las pláticas del capellán y las charlas sobre doctrina cristiana que iban a impartirles las señoras de las Asociaciones, y rezar el rosario todos los días después de cenar (arts. 5, 27, 57 y 58 del Reglamento de Casas de Corrección de 9 de junio de 1847).

(19) SALILLAS, R., *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pp. 144 ss. y 270.

penas, habilitadas después de ser desafectadas de otros menesteres(20), lo que originó que muchas de ellas se encontrasen en mal estado, teniendo que ser adaptadas a la distribución prevista en el Reglamento de Casas de Corrección(21). Además, las nuevas corrientes de separación y clasificación de los condenados que surgieron a mediados del siglo XIX con la promulgación del Código Penal de 1848 y la Ley de Prisiones de 1849, implicaron una reestructuración de los edificios que albergaban los lugares de reclusión.

Para realizar esas obras de mejora se dictó en 1847 una Real Orden, de 15 de diciembre, en la que disponía que los edificios en que se encontraban ubicadas las casas de Burgos (en el viejo Hospital «del Emperador», en el barrio de San Pedro de la Fuente), Barcelona (en la calle de San Pablo), Granada, Sevilla, Valladolid, Zaragoza (que según Madoz(22), en 1850 había instaladas allí 68 penadas), Palma de Mallorca (que debió crearse entre 1836 y 1847), Valencia (que en ese año se encontraba en la plaza de Santa Ana, albergando en 1849 a 160 penadas, según narra también Madoz(23)) y Madrid (en la calle Quiñones), fuesen examinados por arquitectos nombrados por los Jefes Políticos y, junto a los Comandantes de los presidios efectuasen un presupuesto sobre las obras que fuera necesario llevar a cabo y se disponía la creación de establecimientos de nueva planta en los parajes donde no existían (Coruña(24), Badajoz, Santa Cruz de Tenerife y Cartagena).

(20) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1997, p. 14.

(21) Esta disposición, en su artículo 44, dividía el edificio en dos secciones: exterior, destinada a los pabellones del Rector y el portero (en los que disponían de vivienda), almacenes generales y demás oficinas; e interior, que constituía la denominada clausura, formada por los pabellones-vivienda de las Inspectoras, la capilla, enfermería, escuela, salas de labor, dormitorios de las reclusas, cocina, comedor, lavadero, almacenes-depensa y departamentos de castigo. Ambas secciones debían estar comunicadas por una puerta que, para ser abierta, era necesaria la concurrencia de dos llaves diferentes: una, que estaba en poder de la Inspectora (la correspondiente a la cerradura de la parte interior o de clausura); y otra, en manos del Rector (que abría desde el exterior).

(22) Vid. MADDOZ, *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de ultramar*, tomo XVI, Madrid, 1850, p. 619.

(23) Vid. MADDOZ, *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de ultramar*, tomo XV, Madrid, 1949, p. 409.

(24) Vid. MEJIDE PARDO, M^a. L., *Mendicidad, vagancia y prostitución en la España del siglo XVIII. La casa galera y los departamentos de corrección de mujeres*, tomos I y II, Madrid, 1992, pp. 53 ss., donde desvela las continuas solicitudes o peticiones de las autoridades gallegas al monarca para construir en esa ciudad una galera debido al alto grado de prostitución que allí había, como capital y puerto de parada y fonda de marineros y comerciantes. La primera debió efectuarse el 17 de septiembre de 1763, reiterándose en el año 1782, argumentando que «sería el único medio de contener los

Sin embargo, esa adaptación de los edificios no fue posible en muchos casos y, en concreto, en la galera de Madrid, que estaba ubicada en la calle Quiñones desde 1842(25), el edificio era altamente deficitario y recibía continuas críticas. Como expone Francisco Bergasa, a pesar de que «tanto Romero Girón como Galo Ponte introdujeron diversas mejoras, no pudieron modificar ni la planta ni la infraestructura de la cárcel que, inadecuadas al uso que se las destinaba, apenas si permitían el natural desenvolvimiento de las presas en ellas reclusas», denominándolo «infecta cloaca del crimen» o «triste refugio en el que se daban cita toda clase de defectos e imprevisiones»(26). Esto motivó la decisión de las autoridades judiciales de trasladar a las galerianas a la ciudad de Alcalá.

La galera o casa de corrección de Alcalá se creó entre marzo y julio de 1852, época en que, según narra Rico de Estasen(27), se encargó al Coronel Montesinos, Visitador General de las Casas de Corrección y antiguo director del presidio de Valencia (donde había puesto en práctica un sistema progresivo penitenciario que permitía la reducción de pena por trabajo y había mejorado ampliamente las condiciones de los presos), la instalación en esta ciudad de una galera de mujeres, debido a las profundas críticas que recibía la de Madrid. Para ello fue habilitado el antiguo colegio convento de las Carmelitas Descalzas de San Cirilo, cuyo edificio había sido construido con anterioridad al siglo xvii y en el que había sido primer rector San Juan de la Cruz (una placa que hay en la actualidad en la iglesia del convento así lo recuerda).

Se hacen eco de esta noticia todos los periódicos y diarios de marzo de 1852 (*El Heraldo*, *La Nación*, *el Clamor público*, *La España*, *la Gaceta militar*) y en concreto, el diario *La Esperanza* de

mayores desórdenes del otro sexo y sus estragos», en 1783, en que se manifestaba que la construcción de la galera era indispensable porque al no contar con un reclusorio para el encierro de mujeres de mala vida, «sólo quedarían dos opciones: una, ahorcarlas y, otra, desterrarlas», no escarmentando con el exilio, pues volverían a actuar en otras ciudades, y en 1817, época esta última en que se volvió a negar la creación de esta casa debido al nefasto momento económico por la crisis que atravesaba la ciudad.

(25) En el antiguo convento de los benedictinos de Monserrat, con entrada por la calle Quiñones (antes denominada calle de Santo Domingo la Nueva), ocupando la manzana situada entre esta calle, la de San Dimas, San Bernardo (al lado de la Iglesia del antiguo convento), y Monserrat, pudiendo aún contemplarse hoy en día.

(26) BERGASA, F., «Cárceles de mujeres y cárceles especiales», en «Historia y Vida», núm. 114, año X, septiembre 1977, p. 107.

(27) Vid. RICO DE ESTASEN, J., *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*, Alcalá, 1948, pp. 164 y 181; y el mismo, «Los funcionarios de prisiones en la época del Coronel Montesinos», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año II, núm. 15, junio 1946, p. 60.

24 de marzo de 1852(28), que refleja lo siguiente: «Asegúrese estos días que el gobierno piensa establecer en Alcalá de Henares la casa correccional conocida con el nombre de Galera, trasladando al edificio que al efecto se habilite en aquella población las mujeres que ahora existen en el que fue convento de Montserrat, calle Ancha de San Bernardo».

Y tan solo unos días después, en el diario *El Observador*, de 26 de marzo de 1852, se recogía lo siguiente: «dijimos hace pocos días que estaba proyectado el establecer en Alcalá de Henares la casa galera que ahora está en Madrid, calle Ancha de San Bernardo; y después hemos oído que igual plan existe con respecto al presidio modelo», éste de hombres.

Este cometido fue llevado a cabo con gran prontitud, inteligencia y economía, mandando el Gobierno de la Provincia de Madrid al Coronel Montesinos un Oficio de felicitación y agradecimiento por esta empresa el día 13 de julio de 1852, en el que se le considera como un «genio especial regenerador del sistema penal en España»(29). Un artículo en el diario administrativo y mercantil de la tarde *El nuevo Observador*, de ese mismo día lo recoge, también, y se deshace en halagos al hablar de él, destacando el hecho de que hubiese bastado con la cantidad de 54.000 reales para habilitar el presidio y la galera de Alcalá «a pesar del estado ruinoso de los edificios y de la distribución tan diversa que tenían». Además, en otro diario, *La España*, de unos días después, 28 de julio de 1852 considera a ambos establecimientos como «verdaderas escuelas de moralidad y trabajo», donde «se cumplen perfectamente los fines de toda justicia recta e ilustrada; el castigo del vicio y la enseñanza de la virtud, con los medios de practicarlas», alabando el hecho de que en la galera «las reclusas se dedican a las labores propias de su sexo, y es de admirar el espíritu de subordinación que el celo de la directora ha logrado infundir en unas mujeres que, habiendo perdido en general todo sentimiento de pudor, suelen distinguirse entre otras casas correccionales por su cinismo y su insolente charlatanería».

El edificio había formado parte como colegio de la Universidad cisneriana y con la desamortización de Mendizábal las religiosas se habían marchado, pasando a ser cuartel militar. Como narra Cadalso a

(28) En adelante todas las referencias a periódicos, revistas y diarios se han obtenido de la hemeroteca digital de la Biblioteca Nacional. Disponible en: <http://hemerotecadigital.bne.es/index.vm> (última consulta: 17 de junio de 2023).

(29) Sobre la figura del Coronel Montesinos, *vid.* las fundamentales obras de SALILLAS, R., *Un gran penólogo español. El Coronel Montesinos*, Madrid, 1906, y RICO DE ESTASEN, J., *op. cit.*

él se trasladaron las presas de la galera de Madrid⁽³⁰⁾ (ya denominada oficialmente casa de corrección), que únicamente quedó para albergar a las sentenciadas a pena que no merecía reclusión en casa de corrección, es decir, a la de arresto mayor, como cárcel de partido o de capital de Audiencia.

A la galera de Alcalá, por tanto, fueron destinadas las mujeres que hubieran cometido delito en esa demarcación judicial de los reflejados en el Código Penal con una pena superior a la de arresto. Así, el artículo 99 del Código Penal de 1848 decía que «las mujeres que fueren sentenciadas a cadena temporal ó perpétua, cumplirán su condena en una casa de presidio mayor de las destinadas para personas de su sexo»⁽³¹⁾, afirmando la Disposición Transitoria segunda, con carácter genérico, que mientras se creasen esos establecimientos de cumplimiento de las penas previstas «las mujeres sentenciadas a las penas de cadena, reclusión, presidio ó prisión cumplirán su condena en los establecimientos que en la actualidad sirven exclusivamente para la reclusión de las personas de su sexo», es decir, en las casas de corrección, mientras que, según la Disposición Transitoria quinta, las condenadas a arresto mayor, lo sufrirían en la cárcel o edificio público a ello destinado en la capital cabeza de partido, debiendo dedicarse, en todo caso, como se decía, a las labores propias de su sexo.

Con anterioridad, el artículo 67 del Código Penal de 1822 (aprobado tras la Constitución de Cádiz y que solo estuvo tres años vigente) establecía que «las mujeres no podrán ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas, ni presidio. Si cometieren delito a que esté impuesta la pena de trabajos perpetuos, serán deportadas; y si incurrieren en la de obras públicas o presidio, sufrirán el tiempo respectivo en una casa de reclusión». De hecho, la exclusión legal expresa de las mujeres de los trabajos en presidios (industriales o de obras públicas) y su encierro en prisiones, se sentó, también, en los textos sustantivos del siglo xx (art. 77 CP 1944/1963/1971 y texto refundido de 1973), como afirma García Valdés y, por ello, las condenadas nunca fueron enviadas a cumplir pena de privación de libertad ni a las minas de

(30) Vid. CADALSO, F., *La actuación del directorio militar en el ramo de prisiones*, Alcalá de Henares, 1924, p. 46.

(31) En relación con este artículo comenta PACHECO, J. F., *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 2.ª edición, Madrid, 1.856, p. 466, que lo dispuesto en él y en el anterior (art. 98, según el cual «el condenado a cadena temporal o perpetua que tuviere, antes de la sentencia, 60 años de edad, sufrirá la condena en una casa de presidio mayor»), «son reglas de decencia y humanidad [...] pues tanto la vejez como la debilidad del sexo, deben eximir de ciertas durísimas condenas», permitiendo esta pena de presidio realizar los trabajos en su interior, «pudiéndoles sufrir así el anciano y la muger».

Almadén ni a los presidios norteafricanos ni a las diversas modalidades de los peninsulares, desapareciendo este artículo en el Código Penal vigente, de 1995, aunque ya lo había convertido en ineficaz la Ley General Penitenciaria(32).

Este panorama de cumplimiento se ratificó, después, en la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, en cuyo artículo 24 vuelve a determinar el ingreso de todas las penadas en las casas de corrección, mientras se crean los establecimientos para mujeres, a excepción de las sentenciadas a arresto mayor o menor, que «extinguirán sus condenas en las cárceles ó en los depósitos municipales»(33).

Por tanto, mientras los hombres delincuentes eran destinados, conforme al artículo 23 de la Ley de Prisiones, a los presidios africanos (los sentenciados a cadena perpetua), a arsenales de marina y a obras públicas y de fortificación (los condenados a cadena temporal) o a los presidios peninsulares, Baleares o Canarias (los sentenciados a reclusión perpetua o temporal, presidio mayor, menor o correccional y prisión mayor, menor o correccional), todas las mujeres condenadas a una pena privativa de libertad superior a arresto, independientemente de cual fuese ésta, cumplirían su condena en las antiguas galeras, ya recientemente denominadas casas de corrección de mujeres, repartidas por toda la geografía española, entre ellas la de Alcalá de Henares, lo que se mantiene tras la promulgación del Código Penal de 1870.

Más tarde, de los trece establecimientos de reclusión femenina a que se refería el reglamento de Casas de Corrección, se pasa a diez, como se desprende de una Circular de 25 de diciembre de 1859, de la Dirección General de Establecimientos Penales, enviada a los distintos establecimientos en relación con las cantidades que debían consignarse en los presupuestos mensuales de cada uno de ellos para gastos de escritorio. Ahí se menciona que las casas de corrección (aunque el texto habla de galeras) que en esa fecha están en activo son Alcalá

(32) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., conferencia «Alcalá de Henares, ciudad penitenciaria. Las huellas de la experiencia personal», *op. cit.* Afirma que «estos establecimientos no querían mujeres», recordando como «el maestro Quintano hablaba del precepto y lo calificaba de "innecesaria galantería para con las damas"».

(33) En los depósitos municipales cumplían condena las mujeres sentenciadas a arresto menor, sirviendo también estos centros como lugares de custodia de los presos de ambos sexos que habían sido procesados y estaban a la espera de ser trasladados a los correspondientes establecimientos para cumplir su pena (arts. 7 y 24 de la Ley de Prisiones); en las cárceles de partido o de capitales de Audiencia, ejecutaban su condena las sentenciadas a arresto mayor, sirviendo también tales lugares como custodia de presos preventivos, es decir, que estaban a la espera de ser juzgados (arts. 10 y 24 de la Ley de Prisiones). y tanto en los depósitos municipales como en las cárceles de partido había ya departamentos separados de hombres y mujeres, como establecía el artículo 11 de la misma Ley.

(aparece ya ésta sustituyendo a Madrid), Baleares, Barcelona, Burgos, Coruña, Granada, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza.

2. El paso de la galera a la Penitenciaría Central de Alcalá a finales del siglo XIX

La Revolución de 1868, «la Gloriosa», con el destronamiento de Isabel II, supuso tiempos difíciles en todos los ámbitos de la vida en España, persecuciones religiosas y guerra civil. El Gobierno provisional, que se constituye cuando la Reina huye a Francia, y los levantamientos populares, dan lugar a una enorme inestabilidad política durante el sexenio 1868-1874, en el que prácticamente se olvidan las cárceles de mujeres y los establecimientos penitenciarios en general, dictándose escasas normas que contrastan con la profusa legislación de años anteriores. Pero también se produce un cambio muy relevante, pues se aprueba la Constitución de 1869 imbuida de ideología liberal-democrática y los derechos individuales, produciéndose una corriente aperturista que también se refleja en el ámbito penitenciario.

Con el fracaso de la primera República y la Restauración de la Monarquía con Alfonso XII se calmó la situación y hubo un interés en reflejar las nuevas garantías en el ámbito penitenciario, aunque la situación de abandono en la que se encontraban los establecimientos penales era incalificable y proliferaron en esta época las voces de ilustres personajes que clamaban una seria reforma en este ámbito⁽³⁴⁾.

En relación con las cárceles de mujeres, los sucesivos gobiernos de la nueva era monárquica demostraron una preocupación constante. El estado lamentable de los edificios que albergaban las casas de corrección y el escaso número de internas hizo que comenzaran a cerrarse algunos centros y las reclusas fueran trasladadas a la galera de Alcalá, concentrándose en ella el cumplimiento de las penas que señala el Código Penal de 1870 de las mujeres condenadas por los Tribunales de Justicia de toda la geografía española, desde la prisión

(34) ROMERO y GIRÓN, V., *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*, Madrid, 1875, p. 81 mencionaba la necesidad de la misma porque «tal ha sido la ineficacia de todo lo intentado, de las leyes promulgadas, de las órdenes expedidas, que ninguna llegó a cumplirse en poco ni en mucho». En el mismo sentido, ARMENGOL y CORNET, P., *Estudios penitenciarios. La reincidencia*, Barcelona, 1873, p. 37, afirmaba que es «verdad que hay talleres, oficios, escuelas, servicio religioso, revistas de limpieza, etc. instalados en los establecimientos penales, pero ni en los talleres caben todos los penados, ni en ellos dejan de cometerse graves abusos en perjuicio del Estado y de aquellos, ni las escuelas dan resultado alguno, ni el servicio religioso deja de ser todo lo exiguo posible, ni las revistas son con mucho lo que deben ser».

correcional a la reclusión perpetua, pues las penas inferiores (las de arresto) se cumplían en las cárceles de partido, donde también eran recluidas las presas y presos (hombres) preventivos, existiendo departamentos separados para cada uno(35). Después, también las penas de prisión correccional impuestas a mujeres se cumplirían en las cárceles de partido, que pasan a denominarse de provincia(36) y, por Real Decreto de 10 de marzo de 1902, en las denominadas prisiones correccionales que se crean en diferentes provincias españolas.

Se convirtió, por tanto, en lugar de reclusión único para mujeres de toda la geografía española, dictándose para su régimen y gobierno primero la Instrucción de 21 de mayo de 1877, en la que se menciona la casa-galera de Alcalá de Henares como única Penitenciaría establecida para las mujeres condenadas, copiando esta disposición prácticamente los preceptos del Reglamento de Casas de Corrección de 1847, y once años después el Reglamento de 31 de enero de 1882(37), que rigió la vida de las encarceladas hasta el Real Decreto de 1913.

3. El edificio de la galera hasta nuestros días

Diez años después de la remodelación que hizo el Coronel Montesinos del convento de las carmelitas para la instalación en julio de 1852 de la galera en Alcalá, comenzó de nuevo a pensarse en la remodelación y ampliación del edificio, y de ello tenemos noticia por un plano descubierto en un desván en el año 2018(38) del arquitecto argandense Tomás Aranguren Sanz firmado y fechado el 10 de diciembre de 1866, que recoge un proyecto de remodelación que coincide con el que veinte años más tarde se llevó a cabo.

(35) Vid. Instrucción de 21 de mayo de 1877 y Real Decreto de 1.º de septiembre de 1879.

(36) Vid. Real Decreto de 11 de agosto de 1888. Así, por ejemplo, en la cárcel de la Compañía de Valencia, narra LLORCA ORTEGA, J., «*Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX (Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana)*», Valencia, 1992, p. 194, que iban destinadas las mujeres condenadas por la Audiencia de Valencia a penas correccionales y las presas preventivas.

(37) Como afirma LASTRES, F., «*Estudios Penitenciarios*», Madrid, 1887, p. 20, esta disposición es obra del Consejo Superior de Prisiones que se creó por Real Decreto de 23 de junio de 1881, que «desde su creación, viene ocupándose con gran celo é inteligencia en todos los trabajos que el Gobierno encomendaba á la competencia de sus individuos».

(38) Vid. <https://www.ayto-arganda.es/noticias/fondo-aranguren-cuenta-nuevo-plano-del-arquitecto-argandeno/> (última consulta: 18 de junio de 2023).

La ampliación definitiva, que coincide con el edificio actual no se concluyó hasta 1883(39), precisamente después de haberse dictado el Reglamento de la Penitenciaría porque se requería un edificio más amplio para concentrar a todas las reclusas de España en Alcalá. De esta reforma se encargaron los arquitectos Tomás Aranguren (arquitecto también de la cárcel Modelo de Madrid) y su hijo Celestino reflejando las técnicas más avanzadas y los más modernos sistemas penitenciarios: un sistema radial en forma de «T» a partir de un cuerpo central, construyendo una nueva galería y adoptando el sistema auburniano(40). De hecho, una de las últimas reformas al edificio de Aranguren fue la adición de un pabellón de la Guardia Civil que se construyó en la puerta de entrada de la iglesia y que cerraba, para la vigilancia y control, la manzana carcelaria pues enfrente estaba el presidio de hombres.

El edificio resultante es descrito por Cadalso(41) como una construcción de 20.693 m², compuesta de dos cuerpos principales: el de las Hijas de la Caridad y el de prisión propiamente dicha, con dependencias para cocina, comedor, lavadero, oficinas y pabellones para empleados. La parte dedicada a prisión estaba compuesta de tres galerías, una de ellas celular, con 108 celdas; y las otras dos para régimen en común, dotada de espléndidos salones, con capacidad total para 600 plazas, amplios patios, y una extensa huerta. El número de reclusas llegó a ser de 700. Pero el retrato fiel del inmueble y sus dependencias lo describe Salillas en 1888: «Una verja de reciente construcción; á dos pasos, la puerta principal; el vestíbulo; otra verja ó rastrillo; otra puerta que da entrada á un patio limitado por dos pabellones y una galería celular. Entre el pabellón frente á la entrada y el de la derecha, salida á otro patio más espacioso que conduce al comedor de las reclusas [...]. Entre aquel pabellón y la galería celular, la entrada á un patio de comunicación con la iglesia, purificadora de almas, y con el lavadero»(42). Precisamente la antigua iglesia del Convento, de una sola nave sin capillas en los años 2000 se convirtió en teatro universitario La Galera, que sigue en pie en la actualidad y con un gran éxito.

(39) En 1879 el Real Decreto de 18 de septiembre autorizaba al Ministerio de la Gobernación para que contratase, sin las solemnidades de las subastas y remates públicos, los materiales necesarios para continuar las obras de rehabilitación de la que denomina de nuevo Casa-galera de Alcalá.

(40) Vid. ARANGUREN, T., *Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España*, Madrid, 1871, pp. 13 y 17.

(41) Vid. CADALSO, F., *La actuación del directorio...*, *op. cit.*, p. 46.

(42) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 293.

La prisión contaba con numerosas dependencias: salas, dormitorios, celdas, talleres de reclusas, escuela, cocina, enfermería y departamento de párvulos, como menciona el artículo 5.1 del Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá y, en determinados casos, se preveía la construcción de un almacén para primeras materias, herramientas, utensilios, maquinaria y productos elaborados, que estaba a cargo del Administrador⁽⁴³⁾. El mobiliario, como relata Salillas, era modesto pero útil, existía un correcto orden en la colocación de los enseres, «pulcritud en su cuidado» y un buen aspecto general de aseo, limpieza y sobre todo de amplitud, de modo que «no tienen que reducirse para recibir los sobrantes de otros establecimientos, ni se ven obligadas cuando el calor sofoca, á dormir en las galerías, en los corredores ó en los patios, ni están amenazadas de asfixia ni les falta suelo, cielo y aire», como sí ocurría en el presidio de hombres. Por ello, expresa que la galera «ni por su arquitectura, ni por su instalación, ni por su aspecto, se parece al presidio»⁽⁴⁴⁾.

Al lado, como se ha dicho, edificado sobre otro antiguo convento, estaba el presidio de hombres, que hoy en día ocupa el actual Parador de Turismo. y la cercanía de ambos establecimientos fue muy criticada por Salillas. A los internos de uno y otro se les llama chuchos y chuchas y cada uno en su prisión, las ocasiones de relacionarse no escaseaban. Hay un relato de Salillas que lo define bien: «las reclusas lavan la ropa de su vecinos delincuentes y cada hato se convierte en lío», catalogando la situación de «afrodisíaca», y advirtiéndole que «el presidio de Alcalá ocupa viciosísima posición, de la que tal vez no se hayan dado cuenta los arquitectos, y que indudablemente ha pasado desapercibida para nuestros reformadores», añadiendo que «entre los muros de la iglesia del domicilio penal de las mujeres y la trasera del ex convento convertido en jaula, media un jardinillo, las tapias de limitación y el camino vecinal. En este camino no hay portazgo, ni aduana, ni carabineros, ni dependientes del fisco; pero por él y sobre él se hacía una matute... que no es matute, es la corriente que estable-

(43) Esta previsión se establecía en el artículo 36 de la Instrucción de 29 de abril de 1886, para la organización y régimen del trabajo y talleres en los establecimientos penales, en el que se disponía la necesidad de crear esta dependencia «en todo establecimiento en que se organicen talleres por administración», siendo uno de ellos la Penitenciaría de Alcalá. En relación con el almacén, el Administrador llevaba un libro denominado «de almacén», donde constaba todo lo ingresado y salido por otros conceptos, «verificándose balances mensuales justificados debidamente é inventarios anuales para la necesaria comprobación».

(44) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 295.

cen los dos polos de una pila, es la corriente inevitable entre el polo masculino y el femenino de la Naturaleza»(45).

4. Gobierno y personal

El gobierno superior de la galera de Alcalá correspondía al Director General de Establecimientos Penales y al Gobernador de la provincia, pero el gobierno y cuidado de las reclusas internas se encargó a la Congregación de Religiosas de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl, con la que se firmó un contrato o convenio el 28 de septiembre de 1880(46) para encargarlas el régimen interior, sujetándose, en cuanto fuese compatible con su instituto, «a las Ordenanzas generales de Presidios y al Reglamento que al efecto se redactará con arreglo a las mismas» (art. 25), manteniendo su vigencia este contrato hasta el Gobierno de la Segunda República con la Directora General de Prisiones Victoria Kent, que lo anuló y expulsó a las religiosas de las prisiones en 1931(47), volviendo éstas más tarde y siendo defini-

(45) SALILLAS, «La vida penal...», *op. cit.*, pp. 272 y 273.

(46) Dicho convenio relativo a la instalación de las Hijas de la Caridad en la Galera de Alcalá establece con carácter general las siguientes disposiciones: las Hijas de la Caridad deberán observar las órdenes y reglamentos del establecimiento (art. 3.º; dependen de los Jefes del mismo, pero no de sus subalternos (art. 4.º); la Superiora será la encargada de distribuir entre las Hermanas como mejor le parezca los empleos que tengan que desempeñar en el establecimiento (art. 5.º); deben comunicarse a la Superiora las órdenes y providencias que dicten los Jefes (art. 6.º); si hubiera que reprender o castigar a alguna Hermana, se pondrá en conocimiento de la Superiora para que ésta le de un aviso, y si es directamente a ésta, el aviso lo da el Jefe, pero nunca en presencia de las demás Hermanas (art. 7.º); la Superiora recibirá por inventario todos los enseres, ropas y víveres que quiera encargarle el establecimiento (art. 8.º); todos los dependientes del establecimiento que habitasen en él están sujetos a la Superiora y obedecerán sus órdenes, excepto los eclesiásticos y facultativos (art. 10); se disponía para ellas una habitación decente, separada de la casa, con puertas, cuyas llaves estaban sólo a disposición de la Superiora, estando sus camas en un dormitorio común, separadas con cortinas intermedias de una tela decente y sencilla (art. 14); la Dirección General de Establecimientos Penales debía abonar a cada una de las Hijas de la Caridad que preste allí sus servicios la cantidad de una peseta setenta y cinco céntimos diarios por mensualidades vencidas, en concepto de alimento, vestido, calzado y lo demás necesario para su sostenimiento (art. 17); serán las Hijas de la Caridad las encargadas de la escuela y de la enfermería (arts. 18 y 19); y serán visitas gratuitamente por los médicos del establecimiento (art. 20).

(47) Como afirma GARCÍA VALDÉS, C., «Semblanza política y penitenciaria de Victoria Kent», en *Anuario de Derecho penal*, 1987, p. 577, Victoria Kent fundó el Cuerpo Femenino de Prisiones como una más de sus reformas en esta materia, junto a la creación del Instituto de Estudios Penales, dedicado fundamentalmente a la preparación del personal de prisiones y ampliación de sus estudios, entendidas todas ellas como medios para mejorar el sistema penitenciario.

tivamente sustituidas por el cuerpo de mujeres funcionarias de prisiones con mi maestro, D. Carlos García Valdés, durante el periodo que ocupó ese cargo(48).

Había 18 monjas para atender a las reclusas, lo que fue bastante escaso dado que el número de internas nunca bajó de 100, y cumplían con este servicio «con bastante sagacidad para que el monstruo femenino no se irrite todos los días»(49), siendo la posterior Real Orden de 1 de mayo de 1909 la que reguló con carácter general las funciones o servicios de las religiosas en todos los establecimientos en que se instalasen(50), dictada dicha norma con el fin de que en todos ellos «guarden estos servicios la uniformidad debida y puedan desempeñar este cometido sin dificultades para el funcionamiento, las diversas personalidades que, por razón de su cargo, vienen obligadas á tomar parte en él, armonizando estos deberes con la misión de las hermanas»(51).

Para la llevanza de la casa galera de Alcalá se buscaron religiosas enérgicas, con algo de edad, por aquello de la experiencia y autoridad para el gobierno y administración de la casa, pero para las que estaban

(48) El momento en que las funcionarias de prisiones se encargaron de la dirección de los centros de mujeres, fue cuando D. Carlos García Valdés ocupó el cargo de Director General de Instituciones Penitenciarias (1978-1979), pues, como él mismo narra, «A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: algunos recuerdos» en la *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1, 1999, p. 41, su política «era entregar el mando de las prisiones de mujeres a funcionarias de los distintos Cuerpos penitenciarios», suprimiendo las Cruzadas Evangélicas, encargadas prácticamente del régimen interno en tales establecimientos.

(49) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 299. El artículo 19 del Real Decreto de 13 de junio de 1886 establece la dotación del personal de los establecimientos penales y en concreto determina para las 18 Hijas de la Caridad de la Penitenciaría de Alcalá, la cantidad de 1,75 pts. diarias, haciendo un total de 11.498 pts.

(50) Con anterioridad, se habían firmado diversos convenios con las Hijas de la Caridad para encargarlas el régimen de diversos establecimientos. Así, por ejemplo, el convenio relativo a la instalación de las Hijas de la Caridad en la Prisión celular de San Sebastián, de 21 de marzo de 1890, la Real Orden de 30 de diciembre de 1894, aprobando el Reglamento para el régimen de las Hijas de la Caridad en la cárcel y correccional de Barcelona, el convenio de 13 de febrero de 1900 para la instalación de las Hermanas de la Caridad en la Prisión de Bilbao, el de 31 de julio de 1900 para la Prisión de mujeres de Madrid, el celebrado el 20 de mayo de 1907 para la Prisión celular de Madrid, el de 3 de enero de 1908 para la Prisión de Sevilla, y el de 18 de febrero de 1908 para la Colonia penitenciaria del Dueso (Santofía).

(51) En esta norma se establecía que la Superiora formaría parte de la Junta correccional de los establecimientos, «para todo aquello que se relacione con los servicios que ha de prestar la comunidad religiosa», disponiendo también que serían las Hermanas de la Caridad las encargadas, bajo la dirección de la Superiora, de las ropas y calzado de los reclusos y de la alimentación de los penados enfermos, su asistencia, el cuidado de ropas y enseres de la enfermería, el botiquín, etc.

en contacto directo con las penadas, era preferible que fueran jóvenes y afectuosas. Dentro de ellas había una Inspectora al frente de los departamentos, y el cargo de celadoras lo ocupaban las propias reclusas, que eran nombradas por la madre superiora entre las reclusas de buena conducta y con una tercera parte de su condena ya extinguida.

Aparte de las religiosas, el Director de la casa lo ocupaba el que fuera Comandante del presidio de hombres que, como decía Salillas «ni uno sólo ha tenido prestigio entre las galerianas, ni ha sabido imponerse ó por su autoridad ó por sus cualidades personales», siendo continuas las sublevaciones de la población penal femenina por diversos motivos, que no podían ser sofocadas por aquella Autoridad, mucho más virulentas que las de los presidiarios(52), un Administrador de la casa (que era el Mayor del presidio de hombres), el capellán(53), el médico(54), y un portero que estaba bajo las órdenes de la

(52) Vid. SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 309.

(53) La Primera República, mediante el Decreto de 25 de junio de 1873, había suprimido las plazas de capellanes de los establecimientos penales, inspirándose en «la necesidad absoluta de llevar hasta sus últimas consecuencias el saludable principio de la libertad religiosa, establecida por la constitución actual, á cuyo definitivo complemento aspira la conciencia pública, juntamente con el deseo de esparcir entre los reclusos en los establecimientos penales el germen de la instrucción, origen fecundo de mejoramiento», pero en el Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá en 1882 se volvía a introducir como encargado del aspecto religioso y moral dentro del establecimiento, y cuyas funciones eran la celebración de la Santa Misa diariamente en la capilla, dirigir pláticas morales a las reclusas al menos una vez por semana, confesar y administrar la Sagrada Comunión a las reclusas siempre que lo deseen o lo ordene la Iglesia, confesar y administrar la Sagrada Comunión a las Hijas de la Caridad, conforme a los usos y prácticas de su instituto, prestar los auxilios espirituales a las enfermas que se hallen en peligro de muerte, rezar todas las noches el rosario al toque de oraciones, estando presente las reclusas y acudir a la Penitenciaría a cualquier hora en que sea llamado, pudiendo entrar en la clausura siempre que lo considere oportuno, pero acompañado en todo caso de la Superiora o de las Hijas de la Caridad que ésta designase (art. 7.º). Con el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 los capellanes figuraban como funcionarios, dentro de la sección facultativa del cuerpo especial de empleados de establecimientos penales que había sido creado por el Real Decreto de 23 de junio de 1881.

(54) La Real Orden de 29 de septiembre de 1882, que se dicta para determinar los servicios que detentaban los médicos en los establecimientos penales, reflejaba que, entre las funciones obvias, el facultativo en las prisiones (arts. 3 y siguientes) también tendría que estudiar las condiciones del local destinado a enfermería, hacer una relación de las reclusas que estuviesen vacunadas y las que no, estudiar las condiciones de los dormitorios, talleres, patios, letrinas, vertederos y todos los lugares donde puedan producirse emanaciones, haciendo análisis químicos para precisar el «mefitismo propio del hacinamiento en el estado de reclusión» y proponiendo las reformas que hayan de plantearse para aminorar su acción o neutralizarla, estudiar el régimen de vida, etc. Además, el médico del establecimiento debía formar la estadística de las enfermedades que padeciesen las reclusas, para lo que llevaba un Libro-registro en el que hacía constar los

madre Superiora , sin perjuicio de su dependencia del primer Jefe, y siempre que no contradijesen las de este último(55).

Aparte de estos empleados, el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 instaura las Juntas de disciplina en los establecimientos penales, cuya función era cuidar del «régimen, administración y gobierno del Establecimiento», estando formadas por el director o jefe de la prisión (que actuará como Presidente de la Junta), el subjefe o Administrador (si lo hubiere, que sería el Secretario), el médico, el capellán, el maestro(56) y la Superiora de las Hijas de la Caridad(57) (actuando estos cuatro últimos como vocales), según establecía el artículo 122 de la meritada norma(58).

5. Régimen interior

El sentido conventual y religioso continuaba muy presente en esta época para contrarrestar, según se decía, las malas costumbres y vicios que les habían llevado a las mujeres a la delincuencia, y así se refleja en el hecho de que las propias encargadas de dirigir el establecimiento, como se ha dicho, eran unas religiosas, de modo que, como narra Salillas, «al entrar en el vestíbulo y ver las tocas blancas y el aire humilde

antecedentes biológicos de la enferma, el diagnóstico de la enfermedad, las causas a las que pueda atribuirse, su duración y terminación.

(55) Sus obligaciones o deberes vienen reflejados en el artículo 10 del Reglamento de 1882 y el artículo 19 del Real Decreto de 13 de junio de 1886, en relación con la dotación que se hacía para la Penitenciaría de Alcalá, establece la cantidad de 1.125 pts. para contratar a un portero para el Penal de mujeres.

(56) Con el Decreto de 25 de junio de 1873 se crean en la primera República las plazas de maestro de escuela en cada local de cumplimiento, que habían de proveerse por oposición (art. 4). En concreto, se dicta el Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 17 de julio para proveer trece plazas de maestro y una de maestra para los establecimientos penales, especificando en su artículo 9 la convocatoria de una oposición a una plaza de Maestra de Instrucción Primaria para el correccional de mujeres de Alcalá, dotada con un sueldo anual de 1.500 pesetas y casa dentro de la Penitenciaría, exigiéndose en los ejercicios de oposición una serie de especialidades por su condición.

(57) *Vid.* también la disposición 1.ª de la Real Orden de 1 de mayo de 1909, que regula los servicios de las Hermanas de la Caridad en los establecimientos penales.

(58) Sobre las obligaciones de estas Juntas, las de los vocales, la forma de reunirse y los acuerdos a adoptar en ellas, *vid.* los artículos 123 a 135 de la citada Real Orden. Con anterioridad al Real Decreto de 5 de mayo de 1913, para atender al tratamiento correccional de los penados, se instauraron en cada prisión primero un Tribunal de disciplina, según determina el artículo 19 del Real Decreto de 3 de junio de 1901, y después una Junta correccional, según el artículo 21 del Real Decreto de 18 de mayo de 1903, formada por el director, el inspector, el médico, el profesor de instrucción primaria, el capellán y algunos vocales.

de las monjas, y al escuchar la campana que avisa a las porteras, la reclusión parece convento, hospital ó asilo de incurables», llevándose en su interior una «disciplina mundano-conventual-penitenciaria»(59).

Ya no había un encierro religioso, sino penitenciario en cuanto al motivo, pero sí lo era en cuanto a que se consideraba la religión uno de los métodos a seguir para lograr la corrección.

En cuanto al régimen que en ellas se seguía y el trato que se les daba era el mismo que a los hombres confinados en esos establecimientos, sin diferenciación alguna. Los artículos 2 y 35 del Reglamento de 1882 preveían la corrección y moralización de las reclusas, influenciado por el ambiente religioso y cristiano, que se lograba con la instrucción moral(60), la educación primaria(61) y el trabajo de las penadas, indicando que, si fuere posible, se les proporcionase aquellas nociones científicas o artísticas más convenientes para el ejercicio de alguna profesión u oficio, con vistas a la futura reinserción en la sociedad(62).

Esta formación corría a cargo del capellán, del maestro (si lo había), de las Hijas de la Caridad y las Asociaciones de mujeres que se creasen para este fin y estuviesen autorizadas para ello por la Direc-

(59) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, pp. 299 y 300.

(60) Como expone SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, tomo I, segunda edición, Madrid, 1903, p. 391, «poco tenemos que decir respecto á las condiciones positivas de la instrucción moral y religiosa, y aun de la educación, que debe ser la elemental. Preferible á la que el Estado preste ha de ser siempre la que proporcionen asociaciones libres que se dediquen á esta noble misión. La Iglesia y la Universidad abarcan dentro de sí la enseñanza de los reclusos, y el Estado debe tan sólo proporcionarlas los medios externos y materiales para llenar su objeto. Si por circunstancias históricas no pudieran hacerlo, el Estado debe tomarlo á su cargo».

(61) SOLER y LABERNIA, J., en *Nuestras cárceles, presidios y casas de corrección*, Madrid, 1906, p. 49 se refería a la necesidad de la educación e instrucción de los presos para su corrección, entendiendo que «la lucha entre las buenas y malas pasiones que en el corazón del hombre arraigan, no tienen efecto si no se le coloca en ambiente propio, haciendo prosperar el honor personal por la lectura de libros apropiados, por la enseñanza de sus deberes, por las personas encargadas de velar por su bien, especialmente por aquéllos, como el capellán, encargados de hacerle comprender la satisfacción del bien, la enormidad del crimen y delito, y por los que, guiados por los sentimientos de abnegación y filantropía, cumplen sus deberes sociales por medio del patronato».

(62) CUELLO CALÓN, E., *Penología*, *op. cit.*, p. 175, afirmaba que «la instrucción de los reclusos en las prisiones es uno de los medios de moralización que integran el tratamiento correccional, mas no es preciso hacerse grandes ilusiones sobre las ventajas provenientes de una mera instrucción intelectualista si no va acompañada de una verdadera educación moral».

ción General del ramo (art. 34)(63), siendo la Superiora, con el asentimiento del primer Jefe, la que señalaba las horas de escuela, según la estación del año, y la distribución del tiempo entre las distintas enseñanzas (art. 37), igual que hacía con las demás actividades de la casa. y en la escuela las asignaturas que se impartían era lectura, escritura, aritmética, gramática, higiene doméstica, moral universal, pedagogía y labores propias de su sexo.

La finalidad era clara, y también los métodos para lograrla. Otra cosa muy diferente fue el resultado, que estaba plagado de contradicciones, «á la vez misa y bullicio, novena y jaleo, plática y corro, ejercicios espirituales y disputa, sermón e insultos, incruento sacrificio y bofetadas, la ceniza en la frente y los cinco dedos en el rostro, golpes de contrición y golpes de injuria, latines y palabrotas, y á un tiempo la penitencia y el pecado»(64).

Por otro lado, la igualdad de trato y la prohibición de tener consideraciones especiales con las presas, y el reconocimiento de los dere-

(63) Las Señoras de las Asociaciones de mujeres que, como se decía, constituían el germen de la asistencia social penitenciaria se mantienen en esta época desde sus inicios a finales del siglo XVIII, con gran importancia desde el punto de vista filantrópico y también utilitario (de preservar a la sociedad contra la reincidencia), y su intervención en la vida carcelaria se reflejaba, en relación con las mujeres, tanto en el artículo adicional del Reglamento de Casas de Corrección de 1847 como en el de la Penitenciaría de Alcalá, en el artículo 158 del Reglamento de 8 de octubre de 1883 e, incluso, en el Real Decreto de 5 de mayo de 1913, cuyo artículo 136 preveía la creación de una Junta de patronato en todas las localidades en que hubiese una prisión. A finales del XIX surge, precisamente, como heredero de las Asociaciones de Señoras, el Patronato de reclusos y libertos, cuya razón de ser radica en que, como afirma la exposición de motivos del Real Decreto de 31 de enero de 1877, «todo el aparato de la pena sería insuficiente para evitar la reincidencia ó amenguarla, cuando menos, sin la institución de asociaciones patrocinadoras del presidiario licenciado, y sin la fundación de esas otras sociedades que recogen al joven abandonado y vagabundo, convirtiendo á uno y otro en hombre útiles para la vida de libertad y del derecho». SOLER y LABERNIA, J. *Nuestras cárceles...*, *op. cit.*, p. 54, narra la gran labor de las sociedades de patronato que «cumpliendo un sagrado deber de caridad, acompañan al delincuente por el camino de la rehabilitación; dentro de la prisión, con consejos, persuasiones, auxilios y discreta vigilancia, vencen la resistencia que pudiera el criminal oponer; fuera del Establecimiento le protegen, para que no siendo víctima de la sociedad que no lo quiere recibir en su seno, se vea obligado á delinquir, como único medio de vida», debiendo quedar la creación de estas sociedades a la iniciativa privada, pues como estima este autor «toda fundación del Estado se bastardea, quedando convertida en una nueva vigilancia de la autoridad».

(64) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 304. El mismo, *op. cit.*, pp. 305 ss. narra, desde su propia experiencia, la algarabía y desenfreno ocurridos en la Galera el día en que se celebraba la fiesta de la Virgen y que resulta tremendamente ilustrativo sobre la forma de vida, al mismo tiempo santa y pecadora, de las mujeres en este establecimiento penitenciario.

chos del individuo, fruto de la ideología liberal-democrática, se refleja en diversos aspectos del régimen interior que se observa en la Penitenciaría de Alcalá, y una de las principales novedades del Reglamento de 1882 es que se decreta por vez primera la libertad religiosa o de cultos, pues se prevé la posibilidad de profesar otra religión que no fuese la católica, reflejo de la propia Norma Constitucional de 1876.

Para permitir que ejercitaran este derecho, al ingresar en la casa, la reclusa hacía una declaración expresa de la religión que practicara, lo que se anotaba en el libro donde constaba la filiación y en función de ello se determinaban las obligaciones religiosas que en cada caso tenían. Si la reclusa era católica no podía excusarse bajo ningún pretexto de su práctica, ni dejar de asistir a todas las ceremonias y actos religiosos que estuvieran previstos, excepto por causa de enfermedad debidamente justificada, consistiendo tales actos en escuchar la Santa Misa los días de fiesta por la mañana y asistir a otras prácticas religiosas (art. 15), rezar el rosario todas las noches al toque de las oraciones (art. 7.º 6), confesarse y tomar la comunión cuando lo desearan o lo ordenase la Iglesia (art. 7.º 3), además de otros actos para enseñanzas morales, al menos una vez por semana (art. 7.º 2). Para el desarrollo de estos actos religiosos en la Penitenciaría había una capilla y un capellán, encargado de estas atenciones, aparte de las Hijas de la Caridad o las Asociaciones que le auxiliaban y se encargaban de la enseñanza e instrucción moral de las reclusas. El artículo 40 de la norma reguladora de la Penitenciaría de Alcalá menciona también las prácticas a las que debían concurrir las penadas que hubiesen manifestado no profesar el culto católico, pues estaban exentas de acudir a los actos religiosos, pero debían asistir obligatoriamente a todos los actos comunes que tuvieran por objeto enseñanzas morales, independientemente de cual fuese su religión. Se les permitía también comunicar con el ministro de su respectivo culto (teniendo éste que acreditar documentalmente su carácter) sólo en el locutorio y con las precauciones que resultaren convenientes, en los días festivos y durante las horas destinadas a la práctica del culto católico, aunque cuando se tratase de una reclusa que el médico del establecimiento determinase que se encontraba en peligro de muerte, se autorizaría la entrada de dicho ministro a la clausura para que le prestara los auxilios espirituales, teniendo prohibido conversar con otra interna que no fuese la enferma. Si estas reclusas no católicas no se comunicasen con el ministro de su culto durante las prácticas religiosas que se llevaban a cabo en la casa los días de fiesta, permanecían en las escuelas, donde una Hija de la Caridad les leía libros morales, cuidando que guardasen absoluto silencio y compostura. Pero a pesar de esta rígida reglamen-

tación, como presencié Salillas, las Hijas de la Caridad hacían flexibles esta norma, entendiendo que «la monja, más religiosa que los legisladores y también más tolerante, por conocimiento de las mujeres rebeldías, sabe que la religión no la impone la disciplina; que es preciso reducir insensiblemente con mansedumbre y habilidad las naturalezas irritables y los temperamentos díscolos»(65).

Asimismo, la humanización en las prisiones se centra en la progresiva desaparición de los castigos corporales, imposición de hierros y grilletes, cepos, rasuración de cabellos o cualquier otro tratamiento que pudiera rebajar la dignidad humana, que aún caracterizaban la época de las casas de corrección, aunque tales instrumentos no desaparecen definitivamente hasta la Segunda República, pero antes, el artículo 259 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, proscribía expresamente toda clase de malos tratos a los reclusos (con excepción del empleo de la fuerza estrictamente necesaria para hacer entrar en orden y razón a los rebeldes), en ese proceso que concluye con los derechos fundamentales de los presos reflejados en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

El Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá de 1882, sin embargo, recogía un régimen disciplinario y sanciones, precursor de la definitiva norma penitenciaria de principios del siglo xx, más garantista. El catálogo de infracciones se enumeraba en el artículo 26 de la citada norma, distinguiendo entre infracciones leves, graves y gravísimas. Las primeras eran consideradas la desobediencia, disputas o riñas con las compañeras, los defectos de conducta en el aspecto moral y religioso, y la tibieza o la poca exactitud en el cumplimiento de sus deberes; eran castigadas con las denominadas correcciones disciplinarias, que las imponía la Superiora de las Hijas de la Caridad(66) (art. 5.4.º) y podían consistir en las siguientes: pérdida de las distinciones o premios obtenidos durante la reclusión, reprensiones públicas o privadas, aumento del trabajo en las horas de recreo o descanso, plantones, privación de comunicaciones, encierros en celda clara de veinticuatro o cuarenta y ocho horas, o descuento de una parte de lo que le hubiese correspondido a la presa o en lo sucesivo le fuera entregado por su trabajo. Asimismo, se preveía que cuando las reclusas no católicas faltasen a la práctica de lecturas morales se les aplicase la corrección disciplinaria más grave, como determinaba el artículo 40.5 de la norma reglamentaria.

(65) SALILLAS, R., «La vida penal..», *op. cit.*, pp. 302 y 303.

(66) Si era la Superiora la que cometía alguna falta, el Director General o el primer Jefe podían advertirla o reprenderla, pero reservadamente, como preveía el artículo 4.10.º del Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá de 1882.

Por otro lado, las infracciones graves consistían en incitar a la desobediencia, incurrir en faltas leves más de dos veces al año o que éstas tomasen un carácter colectivo o tumultuario⁽⁶⁷⁾ y en estos casos, los castigos podían consistir en la separación de la reclusa del resto por un tiempo determinado en una celda clara, con trabajo o sin él, y ponerla a pan y agua de veinticuatro a setenta y dos horas, aunque siempre que excediese de veinticuatro horas se debía pedir informe al médico del establecimiento. y las infracciones gravísimas eran aquellas que, faltando abiertamente a los mandatos superiores, pusieran en insurrección a una parte o a todo el establecimiento, imponiéndose como castigos o penas gubernativas la prisión en celda oscura, que no podía exceder de tres días, o el uso de camisa de fuerza cuando la penada estuviese en un estado de excitación tal que mientras durase podría causar daño a las demás o a sí misma. y en estos dos casos, los castigos los imponía el primer Jefe (art. 4.º), que, si consideraba que la infracción podía ser constitutiva de delito, daba cuenta a la Autoridad judicial competente para que se instruyese el oportuno procedimiento, de acuerdo con la ley.

De estas sublevaciones nos habla Salillas, relatando que fueron bastante frecuentes y más temibles que las organizadas por los presidiarios en Alcalá. Narra que hubo en 1881 una sublevación motivada por quejarse las reclusas de la calidad del pan, que duró tres días, igual que una acaecida en 1882, y otra en 1884, teniendo esta última una duración de cinco días por no querer reconocer las presas como empleado de la prisión a un demandadero. y en todas ellas, de las que es testigo directo, las reclusas acudían a «todos los medios de fuerza de que puedan disponer, y á una táctica tan cruel como segura. Insultan á la fuerza pública, desafían, arrojan proyectiles, hieren, desarman, y esperan tras infranqueables parapetos. En una ocasión, agotada la paciencia, se dio orden de que las tropas acometieran á las sublevadas para reducir las. Los soldados no pudieron avanzar. En primera fila las madres presentaban á sus hijos; táctica femenina que para defenderse y dominar opone á la violencia algo superior á los más terribles arrebatos», relatando que «después se restablece el orden sin modificar en lo más mínimo ni el carácter de la mujer, ni la disciplina de la

(67) Entre ellas podemos citar las que describe SALILLAS, «La vida penal...», *op. cit.*, p. 311, cuando afirma que, en contraste con los presidios, en los que no son desconocidas las manifestaciones bulliciosas (en las que el acto de protesta se llama plante), en la Penitenciaría es todo lo contrario, pues para protestar y desobedecer siempre hay gritería, alboroto y aturdimiento; «se dan broncas entre las galerianas, se dan al empleado del presidio, á los penados que entran en la clausura, al contratista de víveres ó á sus dependientes, á los médicos, á cualquiera que haya motivado alguna antipatía».

clausura. Se sigue haciendo lo mismo y la resistencia pasiva se impone. No se traducen al exterior los desenfrenos; todo parece en calma; la Galera recobra su apariencia conventual; la población libre descansa de los alborotos que le proporcionan sus inquietos vecinos; las autoridades presumen haber logrado un triunfo: sólo la monja con su aspecto de humildad y paciencia se manifiesta conforme con lo imposible»(68).

Otras consolidaciones que se producen son el reconocimiento como mejor régimen penitenciario el de reunión y trabajo en común durante el día y separación individual en celdas durante la noche, que solo fue posible en Alcalá en la galería celular que he mencionado (compuesta de 108 celdas), pues las otras dos tenían dormitorios comunes, continuando el sistema de aglomeración y hacinamiento en ellos hasta muy entrado el siglo xx, aunque amplios y cómodos, según se desprende de la narración de Salillas, en 1888, pues «no cuelgan petates de las paredes ni el camastro es el lecho duro y frío, cubierto de sábana de humedad, ni se juntan los pies con los del que duerme enfrente, ni el cuerpo con el del que duerme al lado, que equidistantes y despejado el paso, hay jergones sobre tablas y éstas sobre banquillos, y para la decencia y comodidad de los cuerpos, sábanas remudadas, mantas de abrigo y colchas de percal»(69) y menciona siete dormitorios comunes, que oficialmente se llamaban brigadas, pero extraoficialmente recibían el nombre de diferentes santos, cuya imagen se encontraba a la entrada del dormitorio, en su altar, adornado con ofrendas(70). De hecho, el artículo 15 del Reglamento de 1882 establecía la separación por tipo de condena y edad, en las horas de descanso y recreo, pero no se pudo llevar a efecto en todo momento(71).

(68) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, pp. 309 y 310.

(69) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 294.

(70) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 301, indica que tales brigadas o dormitorios recibieron «la 1.^a el nombre y la imagen de San José; la 2.^a la de Santa Ana; la 3.^a la de la Concepción; la 4.^a, la del Carmen (patrona del Establecimiento), la 5.^a, la de San Vicente de Paúl; la 6.^a, la de la Virgen del Rosario, y la 7.^a, la de los Dolores [...]. Además, cada santo es una fiesta y da motivo á que por curiosidad, por relación ó por costumbre, el templo esté más concurrido, siendo la ceremonia más solemne con tres oficiantes, música y profusión de luces, y á que el orador tenga más auditorio; y como sigue el aguinaldo de algún obsequio, que para esto hace la monja economías, y la concesión extraordinaria, siempre se suma alguna voluntad á las adquiridas, y gana la imagen en devoción, porque se ansía que llegue su fecha en el santoral».

(71) SOLER y LABERNIA, J., *op. cit.*, p. 45, en 1906, hablaba de hacinamiento y decía que «la confusión domina en el defectuoso servicio del presidio de mujeres. También CADALSO, F., *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*, tomo III, Madrid, 1907, p. 99, menciona que «en la Galera de Alcalá no se ha llegado aún a esta-

El caso es que no es sino hasta ya comenzado el siglo xx cuando se trata de instaurar una cierta clasificación de la población reclusa, y así, en el artículo 11 del Real Decreto, inspirado por Cadalso, de 3 de junio de 1901(72), se lleva a cabo aquélla, en primer lugar por razón de sexo, disponiendo que el régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas se sujetara, siempre que las condiciones de los edificios lo permitiesen, al sistema progresivo irlandés o de Crofton, al que tantos elogios dedicó Lastres(73); y al que también se refiere el artículo 236 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913 como régimen prioritario a seguir, sistema que prevé una completa individualización del tratamiento penitenciario, y en las que no pudiese seguirse dicho sistema (debido a la inexistencia de celdas individuales), se llevaría el de clasificación, previsto reglamentariamente, por ser, como expone el artículo 242 del mismo Real Decreto de 1913, «el

blecer la separación entre las adultas y las jóvenes, separación necesaria para evitar los daños irremediables que su comunidad acarrea». Este tema del tratamiento diferenciado a los reclusos jóvenes, como afirma GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del xix y principios del xx)*, Madrid, 1991, p. 76, fue totalmente ignorado por el Reglamento de la Penitenciaría de mujeres de Alcalá, pues a pesar de ser «uno de los más anodinos de los promulgados, no contiene un solo artículo referido a las jóvenes internadas». y SALILLAS, R., afirmaba en «La vida penal.», *op. cit.*, pp. 290 y 29: «vicios y pasiones, juegos y burlas, sinceridad y disimulo, desprendimiento y codicia, buena fe y engaño», teniendo un extraordinario desarrollo, a consecuencia de esa mezcla, el «amor lésbico», con «mujeres hombrunas que alardean de su condición hasta en el nombre» y que «en todo imponen su voluntad: promueven y dirigen las sublevaciones, se reclama su protección para ventilar asuntos privados y públicos, se solicita su consejo y se acata su fallo, les dan lo que piden y toman lo que les rescatan ó les niegan, se imponen por su energía ó sus puños, tienen vasallos y jurisdicción, pudiendo asegurarse que gozan de una verdadera sultanía».

(72) Con esta disposición, como expone mi maestro, GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes...*, *op. cit.*, p. 31, Cadalso, que había entendido la estancia en prisión como un logro de condiciones posibles, aunque rígidas y automatizadas, en busca de la libertad, «se asegura ser la referencia de futuro, durante décadas».

(73) *Vid.* LASTRES, F., *op. cit.*, pp. 208 y 209, según el cual este sistema «es el que responde más á la idea de la corrección y de la enmienda, no sólo en teoría, sino porque los resultados prácticos van acreditando la bondad del principio de Crofton, que conociendo el corazón humano, hace pasar al delincuente por una serie de periodos que empieza por el celular, que es el primero de los cuatro, viene luego el trabajo en común, después la prisión intermedia, novísima u fecunda creación del célebre Crofton; y por último la libertad provisional». Más tarde, VALDÉS RUBIO, J. M., *Derecho penal Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1913, pp. 919 y 930, defiende el sistema progresivo afirmando que mediante los cuatro periodos «se satisfacen todas las necesidades de la pena, se hace surgir en el delincuente el arrepentimiento y la reflexión, se auxilian sus facultades con el poderoso elemento educador de la religión, se le instruye y educa moral y económicamente con la enseñanza de un oficio y se le hace adquirir hábitos de limpieza y aseo», y clasifica la Penitenciaría de mujeres de Alcalá como una prisión en la que se lleva el sistema mixto.

que más se aproxima al celular progresivo», que obedece a los siguientes principios: separación de los primarios de los reincidentes, formando después agrupaciones teniendo en cuenta la naturaleza de delitos, la gravedad de las penas y la conducta de los penados, «llegando hasta donde sea posible en la tendencia de individualizar el tratamiento penitenciario». En todo caso, ambos sistemas se dividirían en cuatro periodos: periodo celular o de preparación, industrial o educativo, intermediario y periodo de gracias o recompensas(74). Respecto de este último, las Juntas de disciplina las encargadas de conceder los premios, acordar los aumentos o disminución de correctivos y los de periodos, así como la reducción del tiempo de éstos, pero como afirmaba Castejón en 1914, los premios y recompensas habían «decaído bastante en interés por la implantación del sistema progresivo, en que el tránsito de un periodo a otro y la abreviación del encierro por obra de la buena conducta del penado son estímulos para la corrección mucho mayores que los premios»(75).

El sistema progresivo en la galera de Alcalá se llevaba a cabo del siguiente modo: cuando una penada ingresaba era conducida a la sala de depósito, donde se procedía a filiarla (es decir, a anotar en un Libro registro todos sus datos), forma de proceder que fue criticada(76), se la aseaba completamente y se la hacía vestir el traje de la casa, conservando en el almacén del establecimiento el que ella llevara, para el día

(74) Vid. los artículos 236 a 247 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913. El primer periodo lo sufrían los penados en aislamiento celular (en celda), pudiendo dedicarse durante el tiempo que durase a los trabajos más apropiados para su situación, que fuesen compatibles con el régimen del establecimiento, facilitándoseles libros adecuados de lectura y siendo visitados con frecuencia por los Jefes, capellanes, maestros o Sociedades de Patronato (art. 237); en el segundo periodo, los penados debían hacer vida de aislamiento, durante la noche en celda y de reunión durante el día, para asistir al taller, a la escuela y para llevar a cabo los servicios mecánicos, haciéndoles observar en la vida de comunidad la mayor compostura en todos sus actos (art. 238); el tercero consistía en reclusión celular por la noche y en comunidad durante el día, en las mismas condiciones establecidas para el segundo, pero dedicándose a trabajos menos penosos y a los servicios que requieran más confianza, permitiéndoseles más comunicaciones con las familias; y el cuarto periodo o de gracias y recompensas, se establece en equivalencia al de libertad condicional, mientras se promulgase la ley que la regule. En esta materia rigió después lo dispuesto en los artículos 1.º a 10 y 16 a 24 del Reglamento de 28 de octubre de 1914, para aplicación de la Ley de libertad condicional de 23 de julio del mismo año.

(75) CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española*, Madrid, 1914, p. 332.

(76) Vid. CASTEJÓN, F., *op. cit.*, p. 206, quien entiende que este modo de proceder «ha servido ya para almacenar los encarcelados, al igual que animales ó cosas, colocándoles por etiqueta un número, ya para anotar las señales de corrección ó maldad que en ellos se observaren».

de su licenciamiento⁽⁷⁷⁾. Después, se la hacían conocer sus obligaciones⁽⁷⁸⁾, y los premios y castigos de los que podía ser acreedora, se la daba de alta en la revista que debía pasar el Comisario y a partir de ese momento podía disfrutar del racionado correspondiente. Luego se le señalaba la sección a la que por su condena debía ser destinada (art. 11 del Reglamento de 1882).

Salillas refiere, en su visión práctica de la vida penal dentro de la galera de Alcalá en 1888, una sobrecogedora escena que ocurría frecuentemente en el patio de la prisión al ingresar en ella una conducción de nuevas condenadas que iban a cumplir su pena en el centro: «Las lúbricas viragines acuden á recibirlas, las rodean, les brindas amistad y pasatiempo, les regalan el oído con frases melosas y galanteos jacarandosos; les ofrecen protección haciendo alarde de poderío; les insultan y riñen las rivales; la más marimacho se impone; se deshace el círculo en parejas, quedándose con su envidia y su rencor las que no han logrado su deseo; las novicias son inmediatamente enteradas de las costumbres del «Convento» penal, inspirándoles todo género de prevenciones, toda suerte de suspicacias; cada cual presenta

(77) *Vid.* el artículo 400 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, que determina que «a todos los penados, á su ingreso en el Establecimiento, se les entregará un traje completo de la estación que corresponda, una manta y una camisa. Si la que llevasen puesta estuviere en mal estado deberán entregársele dos».

(78) En el articulado del Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá de 1882 se recogen las siguientes: debían guardar las debidas reglas de honestidad, decencia y compostura en sus vestidos, acciones y palabras, no tener contiendas ni disputas con las demás presas, guardar silencio en las horas y actividades señaladas (regla que no desaparece hasta el Real Decreto de 1.913), acudir a los actos de comunidad, trabajo, escuela, lecciones y prácticas religiosas, pudiendo sólo excusarse con justo motivo y autorización de la Superiora (art. 5.3.º; obedecer y respetar a la maestra de cada sección (en los talleres), guardar orden, compostura y silencio y concluir sus labores con perfección (art. 22). Asimismo, debían guardar las presas el mencionado orden y compostura en los traslados dentro de la Penitenciaría a las faenas y actos de la casa, es decir, cuando iban hacia los talleres, a la capilla, a los demás departamentos, y si no lo observaban, máxime en la capilla, las Inspectoras encargadas de cada servicio anotaban en sus cuadernos las faltas que observaban para luego ser corregidas (art. 41). Y, por otro lado, existe una serie de prohibiciones, reflejadas también en el artículo 5.º.3 del Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá, de las cuales no puede dispensarse, tales como tener armas, naipes, u otros objetos que no estuviesen autorizados por la norma reglamentaria. Sin embargo, estas reglas eran incumplidas continuamente y así lo describe SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 315, al narrar lo que vio con ocasión de una visita que realizó a la Galera, comprobando que «el juego de naipes es, indudablemente, una afición conocida. Yo mismo pude convencerme, y llamé la atención de la monja hacia un grupo de galerianas que se habían sentado para jugar. Acercóse y ocultaron los naipes. Vió que una los guardó entre media y zapato, y al quererlos coger, ya no estaban; registró á las otras más de una vez, y abrían los brazos, descubrían el pecho y se sacudían las faldas sin que la baraja apareciese».

la suya en su *corro*, que es el partido que se toma y las relaciones que se establecen; las demostraciones de alegría neutralizan la pena que en lagunas produce la despedida de su libertad; muerden la manzana podrida de la reclusión y la encuentran sabrosa, como el caminante sediento se amorra sobre el charco y bebe el lodo con deleite; y la seducción no halla resistencia, porque todo ayuda á seducir: para conocer los secretos misterios de Astrea presidial, diosa de la mitología jurídico-carcelaria, les es suficiente un día en los patios y una noche en los dormitorios»(79). Esta práctica se asemejaba a lo que ocurría en los establecimientos de hombres cuando entraba un nuevo recluso(80).

El trabajo en la galera, como método de corrección, era obligatorio a finales del siglo XIX. De hecho, el Código Penal de 1870 establecía de forma taxativa el trabajo obligatorio para todos los penados que cumpliesen penas privativas de libertad y el artículo 110 indicaba que las mujeres condenadas a las penas graves, de reclusión perpetua o temporal, trabajarían sin remuneración alguna, sólo en beneficio del Estado, y las condenadas a penas de prisión mayor o correccional, percibirían un sueldo después de haber hecho efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito y la indemnización al establecimiento de los gastos que ocasionase su estancia allí y, después de satisfechas estas cantidades, permitía el Código Penal que se dedicasen a trabajo libre o por cuenta propia (art. 115).

Para desarrollar esa labor, tenemos referencias que el taller en la galera de Alcalá era muy grande(81), que se dividía en secciones, al frente de la que se ponía a una reclusa-maestra, eligiendo a la más adelantada en el oficio y a la de mejor conducta, que tenía la función de distribuir la tarea y enseñar a las reclusas aprendices, de acuerdo

(79) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 290.

(80) *Vid.* ARMENGOL y CORNET, P., *op. cit.*, pp. 36 y 37, cuando afirma que «entra el penado en el establecimiento, y después de llenadas las formalidades de oficina, es destinado desde luego al patio común, donde sufre una inspección rápida pero detenida de su porte, de su aire, de sus facciones, por parte de sus compañeros de infortunio; de momento el novato se mantiene algo reservado, como deseoso de elegir su futuro amigo de confianza, pero á los pocos días, raras veces llega á una semana, ya está enterado de las hazañas de sus cofrades, ya conoce el carácter de los cabos de vara, ya sabe si el Comandante es ó no gruñón, si son ó no frecuentes las palizas, [...] si se juega al cané ó á las chapas ó la morra, si alguien y quien se encarga de los recados para fuera, en una palabra, á los ocho días, domina el terreno».

(81) GÓMEZ BRAVO, G. «Las prisiones de Eva. Mujer y cárcel en el siglo XIX», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo LVI (enero-diciembre 2003), pp. 364 y 365. También, SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p.294, mencionaba que era «nave bien cumplida para la salud, demasiado espaciosa para tan insignificante actividad».

con las prevenciones de la monja de la Caridad encargada de talleres (art. 21), sin que pudieran abandonar su trabajo ni salir de la sala de labores sin permiso de esa religiosa y con motivo justificado (art. 23). Sin embargo, se tiene conocimiento que esta regla se relajó porque se permitía a las reclusas hacer el trabajo sentadas a la puerta de sus celdas en el caso de la galería celular, como en una casa de vecindad de cualquier pueblo, formando grupos y tertulias(82).

Además de trabajar, las reclusas, en su tiempo libre, que era mucho, realizaban todo tipo de actos culturales y educativos, como la organización de un teatro en el que se representaban diferentes obras autorizadas por la dirección del establecimiento, que en un principio tenían motivos religiosos (como la vida de San Luis Gonzaga, el nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo, el Niño perdido y hallado en el Templo, San Ignacio de Loyola, La Pasión de Nuestro Señor Jesucristo o La Resurrección), derivando después, a solicitud de las propias reclusas, en zarzuelas de música alegre y dramas de amoríos, siendo sustituido San Luis Gonzaga por Don Juan Tenorio y «Santa Teresa por Doña Inés, la piedad por la intriga, y la religión de la penitencia por la que redime de todo género de delitos como un «yo, pecador» en la agonía»(83). Estas obras de teatro eran de pago, por lo que no podían asistir todas, interpretando los principales papeles masculinos

(82) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, p. 295, recogía: La celda se convertía «por degeneraciones del régimen» en el cuarto de cada inquilina y esas cuatro paredes «bien cuidadas y cuatro trebejos bien arreglados, dan á la que los posee condiciones de independencia y libertad dentro de la reclusión. Puede recogerse si le place, y, sin ser observada, dedicarse á sus ocupaciones, á su reposo ó á su soledad; puede hacer y recibir visitas; puede asomarse á la galería y trabajar á la puerta de su celda, como anteriormente á la de su casa, formando tertulia de comadres; si baja al patio, es como si saliese á la plazuela ó á la calle, ó al corral de vecindad, que para la que tiene su habitación hay verdadero contraste entre su vida íntima y las expansiones en común; si tiene espíritu religioso nadie le priva el necesario recogimiento para sus lecturas y meditaciones, y cuando va á misa, al triduo ó á la novena, puede cuidar su atavío y despojarse de él al regresar para ponerse en traje de casa; disfruta, relativamente la inviolabilidad del domicilio; defiende la puerta de su habitación, si no con la fuerza de la ley, con la de la costumbre; goza de lo privado y de lo público; es reclusa, pero en la reclusión casi libre. A esto ha quedado reducida la galería celular, donde las celdas parecen cuartos de alquiler en casa de Tócame Roque».

(83) SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, pp. 313 ss., narra el espectáculo teatral que él mismo presenció en una ocasión que acompañó al Director General, describiendo el lugar en el que se representó: «en el fondo de la espaciosa nave destinada á taller había un tablado, y sobre él un escenario con sus telones de boca de fondo, bastidores y bambalinas, sin ningún detalle de pintura escenográfica. Los bancos del taller, colocados en forma de herradura y en filas, equivalían á palcos y butacas, y el espacio exterior á paseo para la entrada general. Algunas reclusas hacían de porteras, revisadoras y acomodadoras. Un piano, en lugar de orquesta, acompañaba al coro de chulos y manolas que en aquel instante ocupaban el escenario, vestidas las

nos las propias reclusas, y se entretenían, también, con el juego de naipes y, sobre todo, como se narra en las crónicas de la época, asomarse a la ventana para atraer a los soldados de los cuarteles.

Y el Reglamento de la Penitenciaría de Alcalá establecía, en su artículo 15, que los días de fiesta por la tarde se celebrasen las comunicaciones ordinarias de las reclusas con sus familias, siendo posible otras extraordinarias en días que no fuesen festivos, según determinaba el primer Jefe, dando cuenta en todo caso a la Dirección (art. 4.8.º)(84). Las entrevistas se realizaban en el locutorio que se encontraba en la portería(85), dentro de la clausura y a través de una doble reja, no permitiéndose la entrega de productos o cosa alguna, y siempre bajo la vigilancia de una Hija de la Caridad designada por la Superiora para este fin, a la que se denominaba portera del rastrillo, presente en la reja exterior de la clausura, y de una celadora encargada del servicio, auxiliando a la Hija de la Caridad (art. 16). Unos años después, el Real Decreto de 14 de mayo de 1903 regula por primera vez, de forma común y concediendo las primeras garantías en las comunicaciones con el exterior, las relaciones orales o escritas con personas de fuera de la prisión, ya no sólo con sus familias, lo que permitió comunicación con otras prisiones, aunque ya anteriormente tenemos noticia que también ocurría(86). Tales garantías se reflejan posteriormente en el Real Decreto de 5 de mayo de 1913.

El caso es que, como se describe en la Revista Nuevo Mundo de 8 de julio de 1903, la Penitenciaría de mujeres de Alcalá fue considerada una prisión modelo, «admiración de propios y extraños» en una visita de inspección del Director General de Penales (el Conde de San

coristas modestamente, pero con alguna propiedad. He sabido que les proporcionaban los trajes las personas que van á visitarlas y también los soldados».

(84) En este sentido, el artículo 10.º.4 del Reglamento de 1882 establecía que si cualquier persona se presentase en el establecimiento y pretendiese visitar a alguna reclusa, fuera de los días u horas de comunicación establecidos por el primer Jefe, por tratarse de un asunto importante y urgente, el portero debía ponerlo en conocimiento de la Superiora (a través de la portera Hija de la Caridad del interior de la clausura), quien decidía lo conveniente.

(85) A este efecto, se construyeron locutorios en la galera de Alcalá y en todos los establecimientos penales, por previsión del artículo 14 del Real Decreto de 22 de septiembre de 1889.

(86) SALILLAS, «La vida penal...», *op. cit.*, p. 277 afirmaba ya en 1888 que la Penitenciaría de mujeres está en constante correspondencia con todos los presidios, «desde Melilla á Santoña, desde Zaragoza á Granada, el chucho y la chucha se hacen demostraciones de cariño, se requieren, se desean, se llaman, se concitan, se juran fidelidad, se emplazan para la vida libre, se apasionan ó se distraen, desarrollan los episodios del amor, sienten el influjo de los celos, el arrebató de la infidelidad, el despecho de ser otro el preferido, el odio por la inconstancia, la indiferencia por el cansancio».

Simón). Éste acompañado del Director del Presidio y de la galera (Don Pedro Bruyell), y de varios periodistas, accedió a las instalaciones en las que, según se indica, había un administrador, dos sacerdotes, 18 hermanas de la Caridad y 212 reclusas en ese momento (lo que se antoja mucha población reclusa para tan pocas religiosas). Como se indica en esa revista, al penetrar en el establecimiento encuentran: «Nada de guardias severas, nada de enmohecidos portones ni chirriar de cadenas. Los rastrillos que dan acceso al penal son unas bonitas puertas que sin dejar de ser sólidas tienen la nota simpática de alejar del alma las tétricas imaginaciones que sugieren al visitante de otras penitenciarías, los formidables cerrojos y los sucios murallones [.../...]. Cuidados patios llenos de luz y de vida espaciosos y ventilados dormitorios con el suelo de ladrillo encerado, con blancos lechos y en las ventanas colgaduras de almidonada muselina, jardines perfumados, amplio salón de taller, comedores hermosos, limpiísimas cocinas..., aquello no parece una prisión; semeja más bien a un hotel en el campo, las galerías de un establecimiento balneario. La capilla es preciosa, la enfermería modelo, como no hemos visto otra, ninguna».

En esa visita, los periodistas hacen varias fotografías a la enfermería, el lavadero, uno de los dormitorios comunes y, también, al departamento de párvulos creado para acoger a los hijos de las reclusas menores de siete años(87), de cuya educación moral y religiosa se encargaban las Hijas de la Caridad, que está previsto en el Reglamento de la Penitenciaría como herencia de la Ordenanza de Pereyra.

Posteriormente, otra visita del Director General narrada en la Revista el Imparcial de 7 de septiembre de 1930, menciona que la galera tenía una población de 106 reclusas, que trabajaban por secciones u oficios confeccionando todas las prendas de ropa blanca que se repartían entre los establecimientos penitenciarios para uso de los presos, además de ropa interior de señora y juegos de cama, afirmando que del importe que obtenían por su trabajo una parte se quedaba en la caja del establecimiento y otra se guardaba para cuando salieran de la prisión(88), lo que implica un gran avance respecto de lo que antes se

(87) Como afirma SALILLAS, R., «La vida penal...», *op. cit.*, pp. 274 y 275, en la galera de Alcalá muchas mujeres ingresaban embarazadas, ya fuera porque, como afirma Salillas, «la mala condición de nuestras cárceles aun favorece, si no el contacto, el que puedan conocerse los penados de distinto sexo», o con ocasión del tránsito desde la cárcel en que estuvieran preventivamente mientras esperaban su condena, hasta esa prisión de Alcalá de Henares, siendo famoso en esta localidad el puente de Zulema por ser «el sitio en que la mujer se despedía con desenfadada libertad de la vida libre».

(88) Los gastos de la Penitenciaría, igual que los de los presidios, corrían a cargo del Estado, y así, como venía ocurriendo, se incluían en el presupuesto general del Estado, pero los problemas de financiación fueron importantes a finales del

ha indicado que ocurría en 1882. y ante la pregunta de los periodistas de si el régimen era igual que en el presidio de hombres, el subdirector contestó que era igual: «Cuando ingresa una reclusa en la prisión a cumplir una condena, se la destina al departamento celular, donde permanece determinado número de meses, hasta que, a juicio de la superiora, ya está en condiciones de convivir con las restantes presas, ingresando unas en talleres, y otras destinándolas a los trabajos mecánicos, según sus aficiones y aptitudes». En la visita se recorren, también, los dormitorios, que se dice que son «modelo de aseo y orden», visitan también el departamento de párvulos, la escuela, la biblioteca, el botiquín, el comedor (donde cada reclusa tenía sitio en la mesa, su plato, su vaso y sus cubiertos⁽⁸⁹⁾), los lavaderos, las cocinas, y se dice que «en todas estas dependencias se puede apreciar la admirable dirección de estas beneméritas monjas», además del Director, Administrador Subdirector, dos oficiales, un capellán, el médico, la superiora y 15 hermanas dedicadas exclusivamente a la dirección interna del establecimiento (nuevamente muy pocas religiosas para contener a todas las reclusas).

Y otra visita del Director de Prisiones narrada en la revista *Vid. Penitenciaria* de 30 de julio de 1932, pone de manifiesto la vida en la galera y el régimen que se seguía en ella, en la que puede observarse la evolución de la vida en este establecimiento por las fotografías realizadas y la crónica periodística en unos años ciertamente convulsos políticamente.

IV. DE LA GALERA DE ALCALÁ A LA CÁRCEL MADRID I MUJERES

Como se ha indicado, con el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 se produce la total convergencia legislativa en la regulación del régi-

siglo XIX. Así, SALILLAS, R., «La vida penal..», *op. cit.*, pp. 322 y 323, afirma que el comercio de exportación de la galera, aparte de los encargos de labores, se reducía a enviar el pan que se suministraba al mercado de la población y por ello, los prestamistas de la casa daban dinero a cuenta del pan, «tasado en cuatro reales cada quince libretas y descontándolas de manera que las deudoras sólo comen una libreta cada tercer día, y si no cumplen el contrato de grado, lo hacen por fuerza», resultando imposible determinar el dinero que circulaba en la vida económica de la Penitenciaría, «y únicamente comparándola con el presidio, puede estimarse que son mucho menores los ingresos y los gastos».

(89) SALILLAS, R., «La vida penal..», *op. cit.*, pp. 293 y 294 narra que tenía capacidad para más de ochocientas personas y era «bien aireado é iluminado; flamante, muy bonito, con mesas de color leche, como en los cafés, es decir, de mármol, según lo describe una penada».

men de reclusión para condenados de ambos sexos. Solo habla de las prisiones de mujeres en algunos preceptos, pero a partir de ahí ya ninguna norma regula de forma separada las cárceles de mujeres.

Este Real Decreto se considera un «código penitenciario en toda regla» y en su artículo 194 establece que las mujeres que hayan sido condenadas por un Tribunal a penas de prisión mayor y reclusión temporal o perpetua se destinarían a la Penitenciaría de Alcalá de Henares, Prisión Central de Mujeres. El resto se quedarían en las cárceles de partido.

Así se mantiene el cumplimiento de las penas privativas de libertad para mujeres siendo Alcalá el único centro de reclusión, hasta que en 1920 se comienzan a publicar noticias de la construcción de una nueva cárcel de mujeres en Madrid donde irían trasladadas las reclusas de la galera de Alcalá, pero no es hasta 1933 cuando se lleva a efecto.

El periódico *La Voz* de 12 de mayo de 1920 así lo relata, indicando respecto de las protestas de la construcción de una prisión en la calle San Engracia que allí irían trasladadas las reclusas de Alcalá y las de la calle Quiñones, que seguía siendo, como he indicado, cárcel de partido para preventivas y condenadas a pena de arresto. Sin embargo, un incendio en la madrugada del 12 de mayo de 1933 recogido por los periódicos de ese día, destruye la techumbre de uno de los pabellones, y esto acelera el traslado. De hecho, en la *Revista Penitenciaria* de 30 de mayo se indica ya que las reclusas van a ser trasladadas a la nueva cárcel de Madrid cuando se inaugure en el mes de julio, y que la galera de Alcalá se convertiría en «manicomio penitenciario» sustituyendo al del Puerto de Santa María. Más tarde, el 5 de julio de 1933 se dicta un Decreto en el que se ordenaba que el edificio fuera habilitado para hospital psiquiátrico judicial, pero luego se dejó en suspenso.

Previamente, cuando Victoria Kent fue nombrada en la Segunda República Directora General de Prisiones en 1931 puso su empeño que puso en mejorar la situación de las mujeres encarceladas, suprimió las celdas de castillo, grilletes y cadenas, y promovió la construcción de una nueva cárcel de mujeres en Madrid, en el barrio de Ventas, que fue inaugurada dos años después, en septiembre de 1933.

El incendio ocurrido en mayo de ese año, unido a que ya se había pensado desde hace años trasladar a las reclusas de la galera de Alcalá, hizo que definitivamente fueran trasladadas a la nueva prisión de Ventas, que, con vaivenes por la guerra civil, estuvo acogiendo a mujeres reclusas hasta 1969, en que se clausuró.

Victoria Kent había promovido numerosas reformas(90): decidió la concesión de permisos de salida temporales de 3 o 4 días de los presos en casos de emergencia familiar lo que representó adelantarse a los sistemas penitenciarios más avanzados, creó el cuerpo femenino auxiliar de prisiones, acordó la liberación condicional de los penados de conducta intachable que cumpliesen los 70 años y ofreciesen garantías de hacer vida honrada en libertad, con independencia del delito cometido, instaló agua caliente cuartos de baño y calefacción en los centros penitenciarios, entre otras muchas reformas. Tanto es así, que por su talante innovador y humanista suscitó muchas dificultades y enemistades que motivaron que la destituyera.

El edificio de la galera de Alcalá, una vez trasladadas las internas se destinó a casa de trabajo y labor de las personas inculpas en la Ley de Vagos y Maleantes, que había sido aprobada en ese mismo año 1933, por lo que fue habilitado para este menester. De ello tenemos noticia en marzo de 1934, por un número de la revista *Vid. Penitenciaria*, que menciona que «van muy adelantadas las obras de adaptación para Casa de Vagos de la antigua galera de mujeres» y en el periódico *El Heraldo de Madrid* de 29 de mayo de 1934, donde se publicó un artículo informando que, precisamente uno de los efectos de la recién aprobada Ley de Vagos y Maleantes, era que el edificio de la casa galera de Alcalá iba a ser el destino, como casa de trabajo de estas personas, donde se refiere que la antigüedad de la antigua cárcel y las escasas condiciones que presentaba como establecimiento penal hacían que tenía que ser profundamente reformado. Las obras terminaron en esos meses posteriores, porque en la revista *Estampa* de 18 de agosto de 1934 ya se realiza un reportaje fotográfico de la cocina donde trabajaban los hombres reclusos con base en la citada Ley, y al año siguiente, un artículo en la revista *Crónica*, de 12 de mayo de 1935, refleja, también unas fotografías de los talleres del centro.

Más tarde, durante la guerra civil (en que Alcalá había permanecido en zona republicana), la galera fue cárcel preventiva y depósito de los detenidos y, una vez terminada la contienda, se convirtió en cárcel política hasta 1947, fecha en la que fue cerrado de nuevo el edificio.

(90) Vid. MATA y MARTÍN, R., *Victoria Kent al frente de las prisiones españolas (1931-1932). El sistema penitenciario en los inicios de la Segunda República*, Madrid, 2020; GARCÍA VALDÉS, C., *Semblanza política y penitenciaria de Victoria Kent*, op. cit., pp. 573 ss.; GARGALLO VAAMONDE, L., *El sistema penitenciario de la Segunda República (antes y después de Victoria Kent (1931-1936))*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2010.

Tras la guerra se tuvieron que habilitar muchos otros centros de reclusión de mujeres, no solo de preventivas o cumplimiento de penas menores, sino de penas privativas de libertad más graves, pues de 500 reclusas que había en España en 1934 se pasó a más de 23.000 tras la guerra civil(91). Según los datos aportados por Ricard Vinyes, en 1940 el número de encarceladas era 50.400(92). Esto motivó que tuvieran que habilitarse nuevos edificios para que sirvieran de prisiones, volviendo a la adaptación de antiguos conventos(93) y cárceles, y algunos de los centros de reclusión de mujeres, además de en Madrid (Ventas)(94), se instalaron en Segovia, Amorebieta, Barcelona, Valencia, Palma de Mallorca, Ventas, Les Corts, Torrero Predicadores, Málaga, Saturrarán y Tarragona.

En 1955 se comenzó, de nuevo, con la reforma de edificio para recuperarlo como prisión de mujeres. Y así se hace en 1956, en que se vuelve a inaugurar la galera de Alcalá como Prisión Central de Mujeres de la zona de Madrid, conviviendo con la Prisión de Ventas, que era la Prisión Provincial de Madrid. De ello tenemos noticia en la página 35 de la *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias* de ese año 1956 y por el testimonio de varias reclusas(95). Paralelamente, resulta curioso comprobar cómo había establecimientos de internamiento de mujeres deshonestas o inmorales como en la primera etapa religiosa de la reclusión femenina. En la *Memoria de la Dirección General* de 1957 se mencionan como establecimientos especiales para el «destino de mujeres caídas», las prisiones de Segovia y Santander, reflejando que «el número de estas

(91) En esos momentos las plazas penitenciarias disponibles en España sólo cubrían a 20.000 reclusos y las cifras oficiales publicadas por el Ministerio de Justicia mencionaban una población reclusa de 270.719 en 1939 y de 233.373 en 1940, como refleja NÚÑEZ, M., *Los años del terror. La estrategia de dominio y represión del general Franco*, Madrid, La Esfera de los Libros, 2004, p. 239, nota 7.

(92) Vid. VINYES, R., *Irredentas. Las presas políticas y sus hijos en las cárceles franquistas*, Madrid, 2002, p. 31.

(93) Como afirma en su tesis doctoral ARAGUÉS ESTRAGUÉS, R. M. *La cárcel de mujeres. Predicadores: legislación y represión (1939-1955)*, Uned, 2015, p. 142 (disponible en línea), se habilitaron conventos de las Congregaciones religiosas femeninas como las Oblatas, Clarisas y sobre todo Paulas, al servicio del régimen.

(94) Se hace referencia a la prisión de mujeres de Ventas en la *Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias* de 1943, con la instalación de una clínica especial de Obstetricia y Ginecología, bajo la dirección de especialistas, donde refiere también la instalación de una nueva clínica psiquiátrica penitenciaria de mujeres en la antigua prisión de la calle de Quiñones y en la *Memoria* de 1945 en que se instaló en la prisión un taller de aerografía.

(95) Vid. CUEVAS GUTIÉRREZ, T., *Testimonios de mujeres en las cárceles franquistas*, Huesca, 2004, pp. 120 y 647.

mujeres, detenidas por infracciones relacionadas con la prostitución, al finalizar el año 1957 ascendía a 299».

Con el paso de los años, aun con el régimen franquista, la población reclusa femenina descendió. En el Informe General 1983-1984 el Ministerio de Justicia(96) figura una evolución de la población reclusa desde 1966, reflejando el número de mujeres presas entre 560 en 1966 y 715 en 1984, el número más alto, pero sin llegar a los números tan elevados de la época de posguerra. Como afirma Beristain, en los años 60, excepto en Madrid y Alcalá, Valencia y Barcelona, no había cárceles de mujeres, sino que las internas ocupaban un departamento dentro de las prisiones de hombres(97).

Después de cerrarse la prisión de Ventas en 1969 se incrementó la población femenina en la prisión de Alcalá hasta 1978 en que se clausuró definitivamente bajo el mando del Director General de Prisiones, mi maestro D. Carlos García Valdés(98). En esos años, él acudió como abogado a reunirse con sus clientas y, como ha tenido ocasión de recordar, «servida también por religiosas de la Caridad, las internas no tenían más inconveniente que el rigor de los horarios, el tedio y el mismo encierro, más flexible. Con unos y otras, yo comunicaba, como su letrado, en los locutorios adaptados a tal efecto, preparando sus interrogatorios, defensas y recursos o, simplemente, reconfortándoles. Los locales eran clásicos y acondicionados a su nueva función»(99).

A partir de su clausura, las internas fueron trasladadas a la prisión de mujeres de Madrid en Yaserías (hoy actual centro de inserción social Victoria Kent) y a la cárcel ubicada en el complejo de Carabanchel, denominada Herrerita (por la de Herrera de la Mancha), que estuvieron acogiendo reclusas hasta los años 80(100).

En 1984 el edificio fue cedido a la Universidad de Alcalá de Henares, a la que pertenece en la actualidad, y en ese año volvió a instalarse en la localidad una prisión de mujeres, pero ya no en el edificio de la

(96) Informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1985, p. 475.

(97) Vid. BERISTAIN, A., «La mujer víctima y protectora en la cárcel», *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, 1989, p. 163.

(98) Así puede observarse en las diferentes Memorias de la Secretaría (antes Dirección) General de Instituciones Penitenciarias.

(99) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., conferencia «Alcalá de Henares, ciudad penitenciaria. Las huellas de la experiencia personal», *op. cit.*

(100) Como menciona BERISTAIN, A., *op. cit.*, p. 166, el grupo de abogados jóvenes que se creó en 1973 en Madrid señalaba en un informe que «las condiciones generales en Yaserías son mejores que en Carabanchel, aunque el hacinamiento de reclusas, algunas de ellas con sus hijos, ha ido en aumento en estos años. En general no existen quejas de las internas respecto al trato de las funcionarias, pero no acaba de cumplirse la filosofía de que la prisión debe tener una función rehabilitadora».

galera, sino en uno moderno, de nueva construcción, en 1984, hoy Centro Penitenciario Madrid I, mujeres.

En la actualidad, el estado de abandono del edificio hace que se esté reclamando un plan de remodelación por el grupo de defensa del patrimonio de Alcalá. En 1987 la Universidad decidió su restauración y adaptación como sede del futuro colegio mayor María Isidra de Guzmán, lográndose así la salvación de un edificio singular y su consiguiente aprovechamiento dentro de la trama urbana y social de la Alcalá del siglo XXI, pero finalmente se desechó y solamente se concluyó la restauración de la iglesia de San Cirilo que, como he indicado, actualmente es el teatro La Galera(101). Además, ha sido solicitada la declaración de bien de interés cultural, que en 2023 aún se encuentra en trámite.

El edificio de la galera, de momento, no ha corrido la misma suerte que el presidio de hombres, convertido en parador de turismo. Esperemos que en un futuro pueda reconvertirse para que permanezca en la memoria penitenciaria el lugar en el que se instaló la primera Penitenciaría Central de mujeres de nuestro país.

(101) Vid. CANALDA, J. C., «El convento del Carmen Descalzo o de San Cirilo, luego Casa Galera», publicado el 10-10-1987, en el núm. 1.067 de *Puerta de Madrid* (actualizado el 3-11-2006). Disponible en: https://www.jccanalda.es/jccanalda_doc/jccanalda_alcala/artic-alcala/artic-alcalaperdida/galera.htm (última consulta: 18 de junio de 2023).

Una visión de la ejecución penal del presente. Los establecimientos penitenciarios de Alcalá-Meco

JOSÉ COMERÓN BORREGO

Director del Centro Penitenciario Madrid-2

Hablar de Centros Penitenciarios en Alcalá de Henares no resulta difícil. La relación de esta ciudad con el mundo penitenciario ha sido una constante en el tiempo, contribuyendo y ofreciendo lo mejor de ella; bien sea desde un plano material y logístico, como en la cesión y aportación de suelo para la construcción de establecimientos, bien desde el aspecto humanista y personal mediante el compromiso y trabajo de las diferentes instituciones, entidades y asociaciones que configuran la ciudad. En este último caso, resulta imprescindible resaltar el papel de la Universidad de Alcalá, como lugar de debate e inspirador de ideas y doctrina en materia de ejecución de penas y medidas de seguridad, pues no podemos olvidar que ha sido una de las primeras casas de estudio en incorporar el Derecho penitenciario como disciplina propia y autónoma del Derecho penal. Esta inquietud del mundo universitario por la legislación penitenciaria, ha experimentado un incremento muy considerable en los últimos años. Buena prueba de ello, son los planes de estudio que ofrecen actualmente las Universidades públicas y privadas, en las que en sus diferentes grados (Derecho, Criminología) incluyen al Derecho penitenciario como disciplina autónoma o como asignatura de postgrado o máster.

En la actualidad, el denominado complejo de centros penitenciarios de Alcalá de Henares, coloquialmente denominado centros de Alcalá-Meco, por su ubicación geográfica en los límites de ambas poblaciones, viene constituido por tres centros civiles y uno militar. Atendiendo a los civiles, cuya competencia corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, y que son el objeto del presente trabajo, dos son de carácter ordinario y un centro de inser-

ción social (CIS), cuyos nombres oficiales y rasgos principales, son los siguientes:

- Centro Penitenciario Madrid-I. La data de su inauguración, se sitúa en el año 1984 (en fecha de 5 de noviembre), siendo denominado originariamente con el nombre oficial de C.P. de Alcala-II. El mismo, junto a otros 14 centros, nace como consecuencia del plan amplio y ambicioso del gobierno de aquellos momentos, mediante la elaboración de dos programas: Uno relativo a la construcción de centros y medios instrumentales, y el otro de construcción de establecimientos especiales (incluyéndose dos centros de seguridad y dos asistenciales hospitalarios). Como dato significativo del mismo, cabe destacarse su estructura arquitectónica, que supuso una ruptura total con el marco penitenciario que existía hasta ese momento, constituyendo una edificación totalmente diferente y sin que la misma haya tenido réplica posterior. En la actualidad, acoge a internas, habiendo albergado en los inicios del mismo a internos jóvenes (de 18 a 21 años y, excepcionalmente hasta 25, como dispone la LOGP). Su actual nombre oficial (Madrid-I), deviene por herencia. Al cerrarse la antigua prisión de Carabanchel, cuyo nombre oficial era ese mismo, fue traspasado a este establecimiento con la finalidad de no romper el orden que se seguía en la denominación de los centros penitenciarios de Madrid, que se otorgaban y numeraban en función de la fecha de su inauguración. En este caso concreto, el Centro de Carabanchel (oficialmente, Madrid-1), fue clausurado después de inaugurarse el C.P. de Madrid-V (Soto del Real), que fue el momento del cambio de nombre a este centro, pasándose a denominar C.P. de Madrid-I, en sustitución de C.P. de Alcalá-II, nombre asignado en su origen.
- Centro Penitenciario de Madrid-II. Los datos oficiales existentes, nos revelan que su inauguración y apertura se produjo el 11 de agosto de 1982. La construcción del mismo, junto a otros 17 o 18 centros más (Centro de jóvenes de Madrid; Herrera de la Mancha; Murcia; Cuenca; Arrecife de Lanzarote; Ocaña-2; Cáceres-2; Nanclares de la Oca; Lugo Bonxe, etc), devino a consecuencia del primer programa de necesidades en el sistema penitenciario español, aprobado en noviembre de 1975, pues, hasta ese año, el capítulo de construcciones de Centros Penitenciarios constituía un tema olvidado para la Administración, a pesar de las denuncias que los diferentes Directores Generales venían formulando sobre las deficientes instalacio-

nes de las que estaban dotados los existentes. En este sentido y como ejemplo más clarificador, cabe recordar el mensaje transmitido por D. Carlos García Valdés, el día de su toma de posesión (30 de marzo de 1978), calificando de lamentable el estado de las prisiones.

- CIS Melchor Rodríguez. Su inauguración y puesta en marcha, se sitúa en el año 2009. Es el último establecimiento que viene a completar el denominado complejo de Alcalá-Meco. Su nombre, lo debe al que fuera Director General de Prisiones durante un breve periodo de tiempo de la guerra civil (finales del 36 y principios del 37), destacando por su labor humanitaria y evitando represalias hacia los presos, lo cual le valió el apelativo cariñoso del «Ángel Rojo».

EVOLUCIÓN DEL C.P. DE MADRID-II, DENTRO DEL MARCO DE LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA A PARTIR DE LA LOGP.

Si bien es cierto que su nacimiento deriva de un programa de gobierno aprobado en el año 1975, sin embargo, la concepción, construcción e inauguración, se produce con un sistema normativo diferente; el establecido por la ley orgánica general penitenciaria, aprobada el 26 de septiembre de 1979, y que marca dos líneas muy claras de la nueva política penitenciaria en cuanto a la construcción de centros penitenciarios:

- Necesidad imperiosa y urgente de renovación de la red penitenciaria mediante la construcción de los nuevos centros, cuya ubicación quede fuera de los cascos urbanos de las ciudades,
- Abandono de la concepción arquitectónica que existía hasta esos momentos (sistema Radial), apostando por otro sistema arquitectónico totalmente diferente (sistema modular), con una mayor dotación de material y de dependencias que faciliten actividades reinsertadoras, fruto de esa nueva concepción de los fines que deben regir en la ejecución penal, recogidos ampliamente en la LOGP, la cual, al día de la fecha, creemos que aún goza de perfecta salud y ha sido norma referente para varios países.

En el caso del C.P. Madrid-II, el sistema arquitectónico del mismo es el denominado «de peine», conformado por dos zonas simétricas donde se encuentran las diferentes dependencias residenciales que

albergan los internos, así como las asistenciales, separadas por las estancias de uso común y colectivo (Talleres, Salón de Actos, Campo de fútbol y Polideportivo), que permiten una distribución adecuada y correcta que hace posible que las diferentes actividades de intervención y tratamiento puedan desarrollarse y fomentarse, conforme a la clasificación de los internos.

Tal como se ha dicho en el encabezamiento, en agosto/1982, inició su camino el Centro Penitenciario de Madrid-II. Para sus funciones, el personal destinado al mismo estuvo conformado por los procedentes del C.P. de Alcalá; de Soria; por comisiones de servicio del C.P. de Madrid-1 (Carabanchel); funcionarios de primer destino y los trasladados desde otros centros, entre los que me encuentro y que llegamos dos meses más tarde.

En cuanto a los internos, desde su origen, albergó a los procedentes de la extinta prisión de Alcalá de Henares, un número alto de internos de la prisión de Carabanchel –para alivio de la misma–, y los internos de bandas armadas (ETA y GRAPO), que hasta esos momentos se alojaban en la prisión de Soria.

Desde su inicio, coloquialmente, se le comenzó a denominar y etiquetar como «centro de máxima seguridad de Alcalá-Meco», consecuencia, principalmente, de albergar presos de bandas armadas, organizaciones criminales, narcotráfico, desestabilizadores y problemáticos procedentes de otros centros. Es decir, internos con un potencial de peligrosidad elevado que, frecuentemente, realizaban actos graves que generaban inestabilidad e inseguridad en el centro, dificultando enormemente la labor encomendada a la institución penitenciaria, a la vez que en el personal penitenciario causaban desilusión y pesimismo en el desarrollo de su trabajo y en la búsqueda de los objetivos que prevé la Constitución y la LOGP.

Como bien es conocido en el mundo penitenciario, una de las cuestiones que más convulsiona el sistema son las evasiones, pues las mismas difícilmente son entendibles por una sociedad que considera a los centros penitenciarios como establecimientos inexpugnables, al encontrarse dotados de elementos estructurales y técnicos suficientes para garantizar su seguridad.

Es lo que ocurrió al año y medio de su existencia en el C.P. Madrid-II, concretamente en abril del 1984. La fuga de dos peligrosos internos –uno de ellos, nunca volvió a ser hallado–, fue la circunstancia que conllevó a que la etiqueta otorgada de máxima seguridad fuera ampliamente cuestionada por los mismos sectores de la sociedad que anteriormente se la concedieron. Por desgracia, hecho similar ocurrió en diciembre de 1998, fecha en la que tres internos jóvenes, aprovechando

la circunstancia atmosférica de niebla, pudieron saltar y sortear las barreras de que está dotado el centro y consiguieron su evasión. El incidente –acontecido durante la tarde-noche y con pésima visibilidad, debido a la niebla que envolvió al centro en esos momentos–, se produjo el mismo día que durante el turno de mañana se había celebrado una jornada de convivencia con familiares en el recinto del polideportivo, totalmente fructífera y necesaria, y a la que, en aquellos momentos, se designaba como «jornada de puertas abiertas». El infortunado acontecimiento, unido a la denominación del acto celebrado durante la mañana, fue entonces aprovechado por varios medios de comunicación para hacer la gracia sobre el mismo y poner en solfa el trabajo de la institución, tratando de establecer una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos, cuando no existía ninguna relación entre ellos. En definitiva, y con toda la humildad, en opinión del ponente, puede, no obstante, decirse que el mundo penitenciario está preparado suficientemente para desarrollar su trabajo con la mayor ilusión y esfuerzo, evitando que las críticas peyorativas quebranten su ánimo y la consecución de los objetivos marcados. La mejor prueba de lo manifestado, consiste en que no solo no se dejaron de realizar actos de esta índole sino que se incrementaron, pues la relación de los internos con sus familiares y el mundo exterior siempre deben gozar del mayor apoyo y atención. En este sentido, cada año suelen realizarse 4 o 5 jornadas de convivencia, de tal modo que la mayoría de los internos que se albergan en el centro puedan disfrutar de dicha modalidad.

Esta situación de cierta inestabilidad e inseguridad, no fue exclusiva del C.P. de Madrid-II, sino que adquirió tintes de generalidad en un amplio número de los centros penitenciarios durante la década de los años 82 al 92, a la que podríamos denominar como *Primer Periodo del Centro*. El mantenimiento de la misma durante tanto tiempo, se vio favorecida por el elevado número de internos que albergaban los centros penitenciarios, entre otras razones, porque la infraestructura penitenciaria estaba en proceso de ampliación.

En nuestro centro, la consecuencia inmediata de la situación descrita, provocaba la escasa duración de los Equipos Directivos del Centro y la gran movilidad del personal funcionario, conllevando, ineludiblemente, a que faltase programación y continuidad en las tareas y estrategias a seguir para garantizar una convivencia ordenada que contribuyese a la implementación de programas de intervención y tratamiento con los internos. No obstante, a pesar de todas las circunstancias negativas que se dieron en aquellos momentos, en opinión de quién les habla, el personal siempre demostró y dejó constancia de una actitud positiva de responsabilidad y entrega, independientemente

de los aciertos y errores que todos podemos cometer en la vida. Como dato informativo de lo relatado, fueron diez las direcciones que tuvo el Centro desde su apertura hasta el año 91-92. Algunas de ellas, la permanencia no llegó al año. Con posterioridad, los movimientos de personal directivo adquirieron tintes de más normalidad, produciéndose con más prudencia, circunstancia que, como no podía ser de otro modo, conllevó a generar un clima de mayor estabilidad que favoreciese el trabajo encomendado a la Institución Penitenciaria.

Dentro de ese cúmulo de circunstancias negativas que se producen en épocas difíciles y convulsas, se añadieron otras que, además de producir un gran dolor, ocasionaron angustia y desasosiego continuo, tanto en el plano laboral como en el personal y familiar de los profesionales que trabajaban en el centro. Nos referimos al atentado que ocurrió el 8 de mayo de 1989, cuando a las puertas de este centro, sobre las 22:10 horas de la noche, fueron asesinados por ETA dos policías nacionales (D. José Montes Gila y D. Juan Antonio García Andrés) y un funcionario de prisiones (D. José Luis López Montenegro), herido de forma muy grave, al que dieron por muerto.

Dicha situación, que no solamente era predicable de nuestro centro, poco a poco se fue superando a consecuencia de los consiguientes planes y políticas proactivas que las diferentes Administraciones realizaban en materia de construcción e inauguración de nuevos Centros Penitenciarios, para la mejor intervención en aras a conseguir la reinserción de las personas penadas, atendiendo siempre a los principios marcados en la LOGP (principios de ubicación; de capacidad máxima; conformación; celular, habitabilidad; dotación, etc), y que, sistemáticamente, podríamos resumir en los siguientes:

- Periodo del cuatrienio del 1980 al 1983, con la construcción de 14 nuevos centros, además de dos centros de alta seguridad y dos hospitalarios, así como la remodelación de otros.
- Un nuevo periodo significativo, se produjo a partir del año 1987 hasta el año 1994, construyéndose prácticamente 12 centros.
- Un tercer periodo, se produce como consecuencia del Plan de Amortización y Creación de nuevos centros penitenciarios, definiéndose y construyéndose el que sería denominado *Centro Tipo*, cuyo primer establecimiento fue el de Madrid-5 (Soto del Real), que sienta el nuevo modelo arquitectónico de la red penitenciaria, siendo reproducido y replicado por toda la geografía a partir de dicho momento. Como es lógico, las réplicas de los nuevos centros han introducido continuadas mejoras en relación con las deficiencias que han sido advertidas en sus antecedentes.

Dicho impulso de implementación en materia de construcción de nuevos centros penitenciarios que facilitasen la convivencia y separación de los internos, hubiese carecido de relevancia si no hubiera venido acompañado de otras medidas complementarias. Así, a partir del año 1989, la Administración Penitenciaria fue adoptando ciertas decisiones y estrategias que el tiempo ha confirmado en su acierto, independientemente de las críticas, más o menos acertadas, que tales medidas suscitaron en algunos foros políticos, profesionales y sociales. Entre ellas, pueden citarse los programas de dispersión de los presos terroristas y la creación del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), unido, lógicamente, –tal como se ha manifestado *ut supra*–, al esfuerzo económico y personal por la inversión en la construcción de nuevos centros penitenciarios que contribuyesen a permitir mejores separaciones de los internos conforme a sus clasificaciones y, por ende, así favorecer los programas y actuaciones a realizar con los mismos para alcanzar su reinserción.

Esta etapa, con aciertos y fracasos, en lo referente al C.P. de Madrid-II, vendría a conformar un *Segundo Periodo*, que abarcaría desde los años 1992 al 2011. Para nada fue un periodo fácil, pues durante el mismo es cuando el centro tuvo mayor población, sobrepasando, en varias épocas, la cifra de *mil internos*, además de acoger a grupos muy heterogéneos, que no solo no facilitaban el trabajo a desarrollar, sino que lo complicaban. No podemos olvidar que un Centro Penitenciario es como una pequeña ciudad, pues requiere de una verdadera organización que se consigue a través de normativa regimental interna, la cual tiene como finalidad contribuir al éxito del tratamiento penitenciario mediante la intervención y desarrollo de programas con los internos. Así, en esta época, el centro mantenía la siguiente distribución:

- Internos jóvenes (menores de 21 años), los cuales siguen en la actualidad, siendo el C.P. de Madrid-II, el de referencia para todos los ingresos que se producen en la Comunidad de Madrid.
- Internos que habían pertenecido a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, así como de Policías Autonómicas, Locales y ex funcionarios de Instituciones Penitenciarias. El artículo 8 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, prevé la plena separación de los miembros de las mismas con otros internos. La razón, es tan evidente, que no merece mayor comentario.
- Miembros de Organizaciones Terroristas, principalmente de ETA. En aquellos momentos, a pesar de la dispersión, el centro acogía a un considerable número de ellos.

- Internos pertenecientes a grupos y organizaciones criminales relacionadas con el tráfico de drogas y otras. Su número, tampoco era nada desdeñable.
- Y, a partir de finales del año 1994, se produjo el ingreso de personas de las altas esferas de la sociedad; tales como financieros y políticos por presuntos delitos relacionados con dichas actividades, conllevando a que las miradas de los medios de comunicación estuvieran de continuo observando cómo era la vida de ellos dentro del centro.

Como es de suponer, todas estas circunstancias, marcaban la vida del interior del Establecimiento, conllevando, necesariamente, a una correcta separación de los diferentes grupos que conformaban el centro, poniendo el celo adecuado en la no interferencia ni injerencia de unos con otros, en aras de garantizar la seguridad y la integridad de todos ellos, tal y como nos viene exigido en la Ley.

Este periodo, tampoco resultó nada fácil. Sin embargo, sí puede decirse que los resultados obtenidos fueron bastante mejores, debido, especialmente, al trabajo incansable del personal penitenciario, unido a la colaboración de otras instituciones, entidades, fundaciones, asociaciones y ONGs, que siempre se han volcado con este centro.

Como ejemplos de esta época, dignos de mención por su repercusión positiva, resulta imprescindible aludir a dos:

- El primero, el inicio de la colaboración del Colegio de Abogados de Madrid en materia de asesoría jurídica para los internos con los centros penitenciarios de Madrid, mediante la firma de un convenio con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. El nombre otorgado fue y continúa siendo; Servicio de Orientación Jurídica (SOJ). Su importancia, ha sido y es enorme, pues la fase de ejecución de las penas empieza a gozar de la trascendencia que realmente tiene para las personas privadas de libertad, pues, hasta no hacía mucho tiempo, la dedicación de la abogacía se ejercía principalmente en la etapa procesal, descuidándose la etapa de la ejecución de las penas. Este servicio, desde el año 2021, ha pasado a realizarse por el Colegio de Abogados de Alcalá de Henares por pertenecer a su jurisdicción territorial. Del mismo, puede decirse que se ejerce con la misma ilusión y dedicación que lo venía realizando el Colegio de Abogados de Madrid. Tres años antes, es decir, desde el 2018, el Colegio de Procuradores de Madrid, también comenzó su colaboración con este Centro auxiliando a los internos en lo relativo a sus cometidos.

- El segundo, vino constituido por la creación e inscripción de un equipo de fútbol federado de este centro que participó en las competiciones regionales de la Federación de Madrid. Hecho tan relevante, no se hubiera producido sin el incommensurable apoyo de la Federación de Fútbol de Madrid y, especialmente, de su presidente, así como el de Alcalá. Durante años estuvo compitiendo y dejando un nivel de competitividad y, sobre todo, deportividad, gozando del mayor reconocimiento de los responsables de la Federación de Madrid y Alcalá de Henares. Evidentemente, se contaba con cierta ventaja, como era la de jugar siempre en casa, pues los equipos se componían por internos de diferentes situaciones penales, procesales y penitenciarias, que impedía poder ir a jugar en los campos de los equipos contrarios. Esta situación, no hubiera sido posible sin la colaboración excepcional de los responsables federativos reseñados, así como de los equipos contrarios que, agradablemente y con su mejor actitud, cada domingo se acercaban al centro para jugar el partido y, de este modo, traer un poco más de libertad a nuestros internos. Además de lo indicado, su importancia devino en que fue el primer equipo de un centro penitenciario que fue federado dentro de las competiciones establecidas al efecto.

En la actualidad, por circunstancias ajenas al centro, pero comprensibles, no persiste el equipo de fútbol federado, pero sí contamos con las fundaciones del Real Madrid y del Atlético de Madrid que, semanalmente, acuden al centro para fomentar las escuelas de fútbol y, de este modo, participar en los diferentes torneos que se organizan a través de la Secretaría General de II.PP.

El trabajo mencionado y las actuaciones anteriormente descritas vinieron en dar sus frutos, dando comienzo o inicio, a lo que denominamos *Tercer Periodo*.

Así, una vez sentadas las bases que han permitido hacer de los centros penitenciarios los lugares adecuados de habitabilidad, convivencia y seguridad, unido al descenso del número de internos/as (actualmente, cercano a los 700, pues hay dependencias que se encuentran en obras), ineludiblemente, tales números han conllevado a favorecer y potenciar el trabajo de intervención mediante una multiplicidad de programas de todo tipo: formativos, educativos, culturales, laborales, de salud, etc., que, atienden, de una forma integral, las necesidades de las personas que se encuentran privadas de libertad. Un ejemplo claro de lo manifestado, viene constituido por los Módulos de Respeto.

En la misma línea, también ha contribuido favorablemente los nuevos modelos de penalización de las infracciones penales con medidas alternativas a las penas privativas de libertad y una amplia participación de entidades y organizaciones ajenas a la Institución Penitenciaria (ONGs, fundaciones, asociaciones, etc), que, con su trabajo diario, contribuyen muy positivamente para que la Administración Penitenciaria pueda ejercer su trabajo en un marco adecuado y, sobre todo, consiguiendo resultados positivos, además de generar ilusión y expectativas en las personas que cumplen sus condenas.

Continuando con los reconocimientos a Instituciones o personas, públicas o privadas, por la entrega y trabajo en la materia penitenciaria, sin lugar a dudas, resulta imprescindible aludir a la labor de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Dicha jurisdicción que se incorpora en la LOPJ, consecuencia de su institucionalización en la Ley General Penitenciaria, —uno de los grandes avances y aciertos, según toda la doctrina penitenciaria—, ha venido a engrandecer y consolidar, mediante sus resoluciones e inspecciones, la tarea penitenciaria, estando siempre vigilantes de que los derechos de los internos sean respetados y salvaguardados. En opinión de quién les habla, —principalmente por el largo periodo de trabajo desarrollado en este centro, habiendo tenido la oportunidad de conocer a varios/as Jueces de Vigilancia, entre ellos, el actual Secretario General de II.PP.—, cualquier análisis y reflexión que pueda realizarse respecto de la labor realizada por los Juzgados de Vigilancia durante la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad (Permisos, Clasificaciones, Revisión de sanciones, Libertades condicionales, Libertades vigiladas, etc), siempre gozará del máximo respeto y reconocimiento, además de considerarse imprescindible e insustituible.

Un dato a tener en cuenta también, en el caso concreto del C.P. de Madrid-II, consiste en la demanda que del mismo se realiza por parte de los internos para cumplir su condena, constituyendo un número elevado de ingresos voluntarios que se reciben cada año. Posiblemente, uno de los motivos de tal demanda, se deba a que se trata de un centro muy bien situado geográficamente, cercano a la ciudad de Alcalá y de Madrid, y que cuenta con una red de medios de transporte que facilitan considerablemente el acceso de los familiares e internos hasta el centro penitenciario. No menos importante, es el comentario, quizá interesante, que, en muchas ocasiones, realizan los internos y sus letrados/as, aduciendo que a pesar de ser el centro más antiguo de la Comunidad de Madrid y, por tanto, instalaciones arquitectónicas mucho más deficientes que otros centros más modernos (como ejemplo significativo, las celdas no disponen de duchas, carencia trascendente en perio-

dos estivales y durante la pandemia), sin embargo, esa estructura obsoleta, en su opinión, favorece más el acercamiento entre personal funcionario e internos, aspecto que valoran muy positivamente.

Para finalizar y cerrar el círculo de la evolución del C.P. de Madrid-II, resulta imprescindible remitirnos a la organización e intervención que actualmente se desarrolla en todos los ámbitos; tratamental, laboral educativo y sanitario, y, al respecto, podemos enumerar los siguientes programas:

Area de intervención y tratamiento

- *Modulos de Respeto:* (El gran hallazgo del siglo XXI en el ámbito penitenciario, que se inició en el C.P. Mansilla de las Mulas de León, por los profesionales de dicho Centro). En mi opinión, la mejor herramienta que tenemos.

En nuestro Centro, existen *tres módulos*:

- *Dos de mayores*, que acogen a 200 internos y
- *Uno de menores*, que alberga a 40 internos, menores de 21 años.

Las características esenciales de los mismos, tal como han sido recogidas por la Secretaría General de II. PP., de forma resumida, podemos concretarlas en:

- Son unidades de separación interior en donde la inclusión es voluntaria y de aceptación de las normas del módulo.
- Estas normas van a regular las diferentes Áreas en las que va a regir un Módulo de Respeto (MdR).
- El término Área no se refiere a un espacio físico y/o espacial, sino como entidad en la que se recogen unas actividades y hábitos para que perduren y se adquieran como propios, como fin de una convivencia ordenada. Las mismas en encuadrarían en: Área Personal; Área de Cuidado del Entorno; Área de relaciones interpersonales y Área de actividades.
- El objetivo del MdR es: conseguir una *clima de convivencia* homologable en cuanto a normas, valores, hábitos y formas de interacción de cualquier colectivo social normalizado

Otros programas que actualmente se están realizando, sin facilitar cifras, dada la varianza de internos incluidos en los mismos.

- Deshabitación de drogas, en colaboración con área sanitaria y de seguridad y participación de ONGs, tales como «Atenea», «Narcóticos Anónimos», «Alcohólicos Anónimos», etc.
- Programa de preparación de primeros permisos.
- Programa de tratamiento para agresores en el ámbito familiar
- El control de la Agresión Sexual.
- Programa de Intervención para Agresores (PRIA).
- Programa Marco de Atención Integral a Enfermos Mentales en Centros Penitenciarios (PAIEM). 35 internos.
- Programas de Prevención de Suicidios (PPS). En función necesidad.
- Intervención Penitenciaria con Discapacitados Intelectuales (Plena Inclusión).
- Programa de prevención de violencia de género (con bastante demanda).
- Programa para la Igualdad Accesible entre mujeres y hombres
- Programa puente de mediación social en enfermedad mental para centros de Inserción Social.
- Mediación Penitenciaria: «ASEMED» y «AMPC».
- Justicia Restaurativa «CONCAES».

Área de educación y enseñanza

- La unidad docente se denomina CEPA «Jose Hierro».
- El grupo, se compone de ocho profesores.
- Enseñanzas Iniciales de Educación Básica de Personas Adultas:
 - Alfabetización.
 - Analfabetos: 40 (8 jóvenes; 32 adultos).
 - Neolectores: 92 (17 jóvenes; 75 adultos).
 - Español para extranjeros: 46 (23 jóvenes; 23 adultos).
 - Consolidación de conocimientos: 86 (14 jóvenes; 72 adultos).
- Educación Secundaria de Personas Adultas.
 - Presencial.
 - Primer ciclo: 81 (34 jóvenes; 47 adultos).
 - Segundo ciclo: 36 (16 jóvenes; 20 adultos).
- Pruebas libres de Graduado Escolar de Secundaria.
 - 4; todos adultos.

Talleres Productivos

En la actualidad, vienen participando y desarrollando puestos de trabajo productivo, en sus diferentes modalidades, 205 internos.

De ellos, tres se realizan con empresas externas:

- Termoconcept SLU;
- Red de Soluciones Logísticas y
- Molecor Canalizaciones SL.

Area de formación para el empleo y la inserción laboral

A través de la Entidad Estatal de Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, se ponen a disposición de los centros penitenciarios y centros de inserción social los recursos necesarios para incrementar el nivel de empleabilidad de la población penitenciaria y apoyarles en su búsqueda de empleo con el fin de facilitar su incorporación a la actividad laboral tanto en el interior de los centros como en el exterior.

En esta línea y con dicho fin, anualmente se publica el *Plan de Formación para el Empleo y la Inserción Laboral* en el que se especifican las actividades que se programan en los siguientes planes:

- Plan de Formación Profesional para el Empleo en el Centro.
- Plan de Formación y Orientación Laboral.
- Plan de Inserción Laboral.

1. PLAN DE FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO EN EL CENTRO

Consecuencia de ello y contando con la colaboración de tres entidades fundamentales, en nuestro centro actualmente se están realizando las siguientes actuaciones:

- Mediante el Servicio Público de Empleo Estatal en el marco del Convenio de Colaboración que se firma con carácter anual, se imparten en el Centro cuatro cursos:
 - Operaciones Auxiliar de Pintura: 400 horas de duración; 15 alumnos; 13 adultos y 2 jóvenes.

- Operaciones Básicas de Recogida y Tratamiento de Residuos Municipales e Industriales: 15 alumnos; 1 joven y 14 adultos.
- Actividades Auxiliares de Cocina: 325 horas; 15 alumnos. Por determinar asistentes.
- Procedimientos Básicos de Electricidad y Electrónica: Previsto para septiembre. Pendiente determinar horas y alumnos.
- A través del Fondo Social Europeo en el marco del Programa Operativo de Inclusión Social y Economía Social, los siguientes:
 - Dos cursos de Manipulador de Alimentos. Previstos para el segundo semestre. 20 alumnos por curso.
 - Cuatro cursos de Conductor de Carretillas Elevadoras. Dos se han realizado en el primer semestre y otros dos están previstos para el segundo semestre. Cada curso, acoge a 10 alumnos.
- A través del Ministerio de Educación y Formación Profesional:
 - Actividades Auxiliares en Viveros, Jardines y Centros de Jardinería. 330 horas; 15 alumnos; 1 joven y 14 adultos.
 - Operaciones Básicas de *Catering*: 250 horas; 15 alumnos.

2. PLAN DE FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN LABORAL

El plan de Formación y Orientación Laboral está cofinanciado por el Fondo Social Europeo a través del Programa Operativo de Inclusión Social y Economía Social y dirigido a internos que estén próximos a incorporarse al mercado laboral.

Este plan se desarrolla a través de la impartición de Módulos de Formación y Orientación Laboral de 90 horas de duración siguiendo los contenidos establecidos en el Manual de Formación y Orientación Laboral.

3. DE INSERCIÓN LABORAL

El objetivo de este plan es proporcionar apoyo individualizado a los internos que inician su etapa de semilibertad o libertad condicional y facilitar, con este acompañamiento, su inserción laboral.

En nuestro centro, el programa principal que se está llevando en esta área, es el EPYCO, que, de acuerdo a lo establecido por la Entidad Estatal de trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, su

objetivo es generar un equipo multidisciplinar de alto desempeño formado por profesionales penitenciarios y técnicos que diseñen su propio programa de inserción sociolaboral con el fin de conseguir mejorar las competencias para el empleo de los internos y su inserción laboral a corto y medio plazo.

- Dicho programa, incluye a unos 20 internos, número que suele fluctuar en función de su clasificación y destino a los CIS, donde continúan con el desarrollo del mismo hasta su incorporación al mundo laboral.
- Trimestralmente, se da inicio a nuevo curso.
- Los resultados que se están obteniendo son bastante fructíferos, contando con el apoyo inestimable de los internos, así como del personal penitenciario y de la Fundación la Caixa.

Además de todo señalado, diariamente intervienen 21 asociaciones y ONGs, cuyo trabajo, además de merecer el máximo respeto, influye muy positivamente en la vida del Centro Penitenciario y, especialmente, en el apoyo integral a los internos.

Por último, y con el máximo respeto, me queda agradecer la oportunidad a la Universidad de Alcalá, por haberme dado la posibilidad de realizar estas reflexiones en un foro tan especial y, sobre todo, ante personas presentes que tanto significan en el mundo penitenciario, y en el mío personal, como son D. Carlos García Valdés, impulsor y promotor de la LOGP, y D. Angel Luis Ortiz González, quienes, por este orden, han sido mi primer Director General de Prisiones y mi actual Secretario General de II.PP.

Alcalá de Henares, junio de 2023

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada. Profesora contratada doctora de Derecho Penal y coordinadora del Máster en Ciberdelincuencia de UNIR

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

«Este Tribunal ha señalado (por todas, SSTC 115/2006, de 24 de abril, FJ 3, y 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3) [que] para estimar que se ha producido una violación de ese derecho no es suficiente, sin más, que exista una divergencia entre resoluciones judiciales, sino que es necesario que concurren distintos requisitos, particularmente, la acreditación de un *tertium comparationis* adecuado, la identidad del órgano judicial, la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*, singularizada. Lo que negativamente significa –y esto es lo que aquí importa– «que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho

cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso» [STC 120/2019, de 28 de octubre, FJ 3 d)].

Es decir, que, «desde la perspectiva del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, un órgano judicial no se encuentra condicionado necesariamente por un pronunciamiento previo, sino que puede alterarlo, siempre que justifique razonada y razonablemente el cambio de criterio» (STC 80/2020, de 15 de julio, FJ 4).

Por otro lado, «de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial, el derecho a la igualdad solo puede entenderse como igualdad en la legalidad, ámbito dentro del cual siempre ha de operar (SSTC 37/1982, de 16 de junio, FJ 3; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 7; 127/1988, de 24 de junio, FJ 4; 131/1988, de 4 de julio, FJ 4, por todas)» (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 6). En esta línea, «hemos dicho reiteradamente que el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquél a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido» (STC 21/1992, de 14 de febrero, FJ 4)».

(STC Pleno 25/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo 4586-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 25 de marzo de 2022).

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad. Aplicación del régimen penitenciario para compensar la desproporción de la pena impuesta por un Tribunal extranjero

«El régimen penitenciario no puede utilizarse tampoco como criterio para «compensar» las diferencias penológicas existentes entre el Estado de condena y el de cumplimiento. El Convenio de 1983 parte de la base de que, en todo caso, se aplica el régimen penitenciario del Estado de cumplimiento. Así se deduce de lo dispuesto en su artículo 9.3, cuando señala que el «cumplimiento de la condena se regirá por la ley del Estado de cumplimiento y este Estado será el único competente para tomar todas las decisiones convenientes». En la misma línea, el artículo 8.2 establece que el Estado de condena «no podrá hacer que se cumpla la condena cuando el Estado de cumplimiento considere el cumplimiento de la condena como terminado».

Por lo tanto, la mayor o menor compatibilidad de una pena no puede hacerse depender de la eventual aplicación del régimen penitenciario, que presupone una previa delimitación de la pena a cumplir, al margen de su duración, y que responde a principios específicos como los de la «reeducación y reinserción social» recogidos en el artículo 25.2 CE (SSTC 69/2012, de 29 de marzo, FJ 5, y 114/2012, de 24 de mayo, FJ 7, citadas por el Ministerio Fiscal).

Además, como señala la STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 4, con cita y reseña de la STC 114/2021, de 24 de mayo, FJ 7, «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 [la] conducta penitenciaria [de los penados] y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad».

Por lo tanto, la aplicación del régimen penitenciario dependerá, en gran medida, de la propia conducta ulterior de la penada, que no puede determinarse apriorísticamente, por lo que no puede utilizarse como elemento «compensador» previo para resolver sobre las diferencias penológicas existentes».

(STC 81/2022, de 27 de junio. Recurso de amparo 6071-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 29 de julio de 2022).

Derecho a la libertad y dignidad de la madre gestante. Ingreso obligatorio en el hospital para dar a luz

«Este tribunal ha declarado que «nuestra Constitución ha elevado a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, ‘como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes’ y vinculada íntimamente con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE); así, la dignidad ‘es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás’ (STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 3 y 8). La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad ‘suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales’» (por todas, SSTC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8, y más recientemente, la STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 11). Asimismo, ha señalado que «[p]royectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 CE implica que, en cuanto ‘valor espiritual y moral inherente a la persona’ (STC 53/1985, FJ 8), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a); 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7, y 81/2020, de 15 de julio, FJ 11]. En consecuencia, el fundamento sobre el que debe construirse nuestro enjuiciamiento constitucional es el de la dignidad, en cuanto valor espiritual y moral de la persona humana. Más concretamente y de modo principal, el de la dignidad de la mujer gestante que, como sucede en el presente caso, desea realizar un acto, particularmente íntimo de su vida privada, como es el de dar a luz en el hogar familiar.

[.../...]

Este tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11, y 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6) que ««nuestra Constitución no reconoce un ‘derecho a la vida familiar’ en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 CEDH [...], pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 CE» y dijimos en esa misma resolución que el artículo 18 CE «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE implica ‘la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana’ (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). y precisado que el derecho a la intimidad ‘se extiende no solo a los aspectos de la vida propia perso-

nal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio y no ajeno– a la intimidad, constitucionalmente protegido (STC 231/1988)’ (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el artículo 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (STC 186/2013, FJ 6; comillas interiores parcialmente suprimidas).

[.../...]

a) El derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 17.1 CE, garantiza la libertad de «quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4) y solo puede hablarse de su privación en el sentido del artículo 17.1 CE cuando «de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita» (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). «El artículo 17.1 CE establece que «[n]adie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». En la interpretación de este precepto este tribunal ha dicho que «toda restricción a la libertad ha de ser cierta y previsible, pues en otro caso la Ley perdería su función de garantía del propio derecho fundamental al que afecta y sometería el ejercicio del derecho a la voluntad de quien ha de aplicar la Ley» (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 7); asimismo se ha afirmado que «este precepto remite a la Ley, en efecto, la determinación de los ‘casos’ en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. 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. Vale aquí recordar lo que ya dijimos en la STC 178/1985, esto es, que debe exigirse ‘una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la Ley– privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación’ (fundamento jurídico 3)» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5)» [Por todas, la STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 9 b)].

[.../...]

El canon a utilizar para abordar el enjuiciamiento de esta cuestión debe ser el que, de modo reiterado, ha establecido nuestra doctrina para el análisis de los supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales y libertades públicas, cuando se trata de preservar preferentemente bienes o intereses constitucionalmente protegidos, que hayan sido previamente identificados. Este canon pasa por la debida observancia del principio de proporcionalidad, criterio de interpretación que no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada, esto es, sin referencia a otros preceptos constitucionales (SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3 y 5; 160/1987, de 27 de

octubre, FJ 6; 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, y 112/2016, de 20 de junio, FJ 2). El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales, donde constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal. Así, ha venido reconociéndolo este tribunal en reiteradas sentencias en las que 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 [STC 122/2021, de 2 de junio, FJ 10 E)].

Pues bien, la aplicación de este canon supone el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta– (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10)».

(STC 66/2022, de 2 de junio de 2022. Recurso de amparo 6313-2019. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 4 de julio de 2022).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus. Inadmisión por falta de legitimación del abogado designado por la persona privada de libertad para la asistencia letrada

«El Tribunal ha declarado reiteradamente que, aun cuando la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (LOHC) posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, los únicos motivos constitucionalmente legítimos para fundamentar dicha decisión 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, de modo tal que fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC vulnera el artículo 17.4 CE (así, solo entre las últimas, SSTC 72/2019, de 20 de mayo, FJ 2, que hace una completa cita de las resoluciones en esta materia; 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 6, y 73/2021, de 18 de marzo, FJ 4).

El Tribunal tiene declarado que el incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que se refleja en diversos recursos de amparo presentados tiene especial trascendencia constitucional desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y afecta a uno de los fundamentos elementales del Estado de Derecho en su vertiente histórico-constitucional (así, STC 72/2019, FJ 2; cuya doctrina se reitera en las SSTC 181/2020, FJ 6, y 73/2021, FJ 4).

Por su parte, en lo que se refiere a la decisión de inadmisión *a limine* de un procedimiento de *habeas corpus* por falta de legitimación del abogado designado por la persona privada de libertad para la asistencia letrada garantizada por el artículo 17.3 CE, el Tribunal también ha establecido que, si bien el artículo 3.a) LOHC no especi-

fica entre los legitimados para promover este procedimiento al abogado designado para la asistencia letrada del privado de libertad, dicho abogado, en la medida en que comparece en nombre y representación del privado de libertad, actúa tácitamente apoderado al efecto, y que si el juez competente albergase alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido a dicho letrado por el detenido tiene la obligación de disiparla, realizando las comprobaciones oportunas y, como esencial, acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oír la acerca de tal circunstancia (así, SSTC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2; 61/2003, de 24 de marzo, FJ 2, y 37/2008, de 25 de febrero, FJ 2). A estos efectos, el Tribunal ha incidido en que «resulta ínsita al contenido de la asistencia letrada al detenido la facultad del abogado de suscitar, en nombre de aquel, el procedimiento de *habeas corpus*; sustentándose tal habilitación en la relevancia del derecho fundamental a cuya garantía sirve el procedimiento, la perentoriedad de la pretensión, las limitaciones fácticas inherentes a la situación de privación de libertad y el principio antiformalista que la exposición de motivos de la Ley reguladora del *habeas corpus* destaca como inspirador de su regulación» (STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 2).

(STC 22/2022, de 21 de febrero. Recurso de amparo 5673-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 25 de marzo de 2022).

Habeas corpus. *Inadmisión por motivos atinentes al fondo*

«Como afirmamos en la STC 29/2006, de 30 de enero, FJ 2, «en supuestos como el presente, la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego ese derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá solo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino propiamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía (SSTC 94/2003, de 19 de mayo, y 122/2004, de 12 de julio). De este modo, como ya hemos afirmado, la lesión de la tutela judicial efectiva en el marco de la resolución de un procedimiento de *habeas corpus* resulta redundante con la del artículo 17, apartados 1 y 4 CE, pues aquella supondría el incumplimiento por el órgano judicial de lo previsto en el artículo 17.4 CE y, por tanto, la lesión del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE».

[.../...]

En reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre las consecuencias derivadas de la denegación de la incoación procedimiento de *habeas corpus* por razones de fondo, en la consideración de que no concurre ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 1 LOHC. Este tribunal ha desautorizado repetida y categóricamente ese proceder. Concretamente, en la reciente STC 73/2021, de 18 de marzo, FJ 4, recordamos que «aun cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilita denegar la incoación del correspondiente procedimiento, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede ser valorada y enjuiciada después de sustanciado el procedimiento y oído el detenido, con intervención del Ministerio Fiscal. 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 21/2014, 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, entre las más recientes)».

De acuerdo con la doctrina constitucional referida, el motivo que ahora nos compete resolver debe ser estimado. El juzgado dictó un auto por el que inadmitió la solicitud de *habeas corpus* por un motivo de fondo como era la legalidad de la detención, al declarar que, examinada la solicitud formulada y el informe del Ministerio Fiscal, el presente caso no puede encuadrarse en ninguno de los apartados del artículo 1 LOHC. Como se acaba de exponer, una decisión de ese tipo solo puede acordarse tras la incoación del procedimiento (art. 6 LOHC), para tras oír a la persona detenida y al Ministerio Fiscal (art. 7 LOHC), adoptar finalmente, mediante auto, alguna de las decisiones previstas en el artículo 8 LOHC. Por ello, al denegar el juzgado la incoación del procedimiento de *habeas corpus*, so pretexto de que no concurría ninguna de las circunstancias prevenidas en el artículo 1 LOHC, procede declarar que esa resolución vulneró el derecho a la libertad de la demandante, en su vertiente de control judicial de la privación de libertad (art. 17.1 y 4 CE)».

(STC 49/2022, de 4 de abril. Recurso de amparo 3494-2020. Ponente: D. Enrique Arnaldo Alcubilla. *BOE* 12 de mayo de 2022. En el mismo sentido, STC 103/2022, de 12 de septiembre. *BOE* 21 de octubre de 2022).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción

«Debemos recordar nuestra doctrina en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción penal. Dicho derecho se ha configurado en la doctrina de este tribunal como un *ius ut procedatur*, cuyo examen constitucional opera desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, siéndole asimismo aplicables las garantías del artículo 24.2 CE (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5, y 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2). Sus aspectos destacados son los siguientes: 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 acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asienta 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, artículo 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 práctica de diligencias de investigación; 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) 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 diligencias de investigación, 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. Semejante 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). C) Interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y a las libertades suscritos por España. Conforme al artículo 10.2 CE las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ello nos debe llevar a tomar en consideración de modo especial el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), y como hemos adelantado al precisar cuál era la especial trascendencia apreciada, los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los demás convenios internacionales que sobre derechos y libertades fundamentales se hayan suscrito por España. a) Es por tanto obligado referirse a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y particularmente a la reciente STEDH de 9 de marzo de 2021, asunto López Martínez c. España, por plantear un supuesto en el que la deficiente investigación judicial también versa sobre enfrentamientos entre manifestantes y las fuerzas de policía en el curso de concentraciones o manifestaciones.

Considera la STEDH: «Respecto a la adecuación y suficiencia de los recursos internos frente a la violación del derecho garantizado por el Convenio, el Tribunal considera en general que ello depende del conjunto de circunstancias del asunto, teniendo en cuenta en particular la naturaleza de la vulneración del Convenio de que se trate. En el caso de malos tratos deliberados infligidos por agentes del Estado vulnerando el artículo 3, el Tribunal considera de forma reiterada que se requieren dos medidas para que la reparación sea suficiente (Gäffen c. Alemania [GS], núm. 22978/05, § 116-119, TEDH 2010). En primer lugar, las autoridades estatales deben llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz que pueda conducir a identificar y castigar a los responsables. En segundo lugar, el demandante debe, en su

caso, recibir una indemnización o, al menos, tener la oportunidad de solicitar y obtener una indemnización por los daños sufridos a causa de los malos tratos (*ibidem*)» (§ 34). «En este sentido, recuerda que un enfrentamiento a gran escala entre los manifestantes y las fuerzas del orden, con acciones violentas por ambas partes, requiere un examen especialmente riguroso de la actuación no solo de los manifestantes, que actuaron de forma violenta, sino también de la policía. Ya ha tenido ocasión de subrayar la necesidad de llevar a cabo una investigación exhaustiva sobre el origen y circunstancias de dichos enfrentamientos con el fin de reforzar la eficacia de la investigación de cualquier denuncia individual interpuesta por malos tratos y poder así examinar la proporcionalidad del uso de la fuerza por parte de la policía (Muradova c. Azerbaiyán, núm. 22684/05, § 113-114; de 2 de abril de 2009, Hristovi c. Bulgaria, núm. 42697/05, § 81; de 11 de octubre de 2011)» (§ 37).

(STC 53/2022, de 4 de abril. Recurso de amparo 1755-2021. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. BOE 12 de mayo de 2022).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos: traducción de actuaciones esenciales del proceso

«a) Este tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión encuentra una de sus manifestaciones en el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes en todo proceso judicial (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia requiere del órgano jurisdiccional «un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses» (STC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, con remisión a otras anteriores). Corresponde así a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé esa necesaria contradicción con idénticas posibilidades de alegación y prueba; en definitiva, con efectivo ejercicio del derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del proceso (SSTC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 2).

En relación con la existencia de una efectiva contradicción, la garantía de un proceso justo y el ejercicio de la adecuada defensa comporta como premisa necesaria asegurar la comprensión del acusado sobre el sentido y significado de los actos procesales realizados y de las imputaciones efectuadas, lo cual supone la intervención de un intérprete cuando sea necesario para garantizar la efectividad de dichos derechos. Así aparecía, de hecho, consignado en la STC 5/1984, de 24 de enero, donde se explicitaba que «el derecho a la defensa comprende el derecho de toda persona acusada a ser asistida por un intérprete cuando no comprenda o no pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado en el tribunal –tal como resulta de la interpretación del artículo 24 de la Constitución de conformidad con el artículo 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el artículo 6.3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales–; derecho, por otra parte, que ya aparece recogido en los arts. 398, 440, 441 y 785 de la Ley de enjuiciamiento criminal» (FJ 2).

Por ello mismo, este tribunal ha reconocido que el derecho a ser asistido de intérprete, más allá de su reconocimiento legal expreso –en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de enjuiciamiento criminal– deriva directamente de la Constitución; debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 CE en cuanto dispone que en

ningún caso puede producirse indefensión; y se extiende a los españoles que no conozcan suficientemente el castellano –los que no lo comprendan o no lo hablen– y no solo a los extranjeros que se encuentren en ese caso (SSTC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3 y 4; 71/1988, de 19 de abril, FJ 2; 30/1989, de 7 de febrero, FJ 3, y 188/1991, de 3 de octubre, FJ 3). En definitiva, el derecho a la asistencia de un intérprete se incluye en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, aunque no se contemple expresamente en la norma constitucional (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2), se dirige a la «preservación del derecho constitucional a la defensa» (SSTC 5/1984, de 24 de enero, FJ 2, y 60/1988, de 8 de abril, FJ 3), tiene como finalidad «evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua» y se extiende «a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena», es decir, tanto judiciales, al implicar una medida necesaria «para la comunicación entre el tribunal y el inculcado» (STC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 3), como «a las diligencias policiales» (STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3), e incluso «a los alledaños» del proceso penal, esto es, «a la comunicación con su letrado para preparar su defensa en la causa» (STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 1).

En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la STEDH de 19 de diciembre de 1989, asunto *Kamasinski c. Austria*, se afirmó que el derecho establecido en el artículo 6.3 CEDH consistente en la libre asistencia de un intérprete se aplica no solamente a las declaraciones orales realizadas en audiencia sino también a la traducción del material documental y a las fases procedimentales anteriores al juicio. De esta manera, «las previsiones contempladas en el artículo 6.3 CEDH significan que una persona acusada de un delito, y que no pueda entender o hablar el idioma usado en el juicio, tiene derecho a la asistencia de un intérprete para la traducción o interpretación de todos los documentos y las declaraciones en los procesos seguidos contra el mismo, cuando estas sean necesarias para disfrutar de un juicio justo» (§ 74). Sin embargo, remarca el Tribunal de Estrasburgo, el reconocimiento de este derecho no conlleva exigir una traducción escrita de todos los documentos y de todas las pruebas existentes en el procedimiento, sino que dicho derecho a la interpretación «debe ser tal que permita al acusado tener conocimiento del caso seguido contra el mismo y defenderse pudiendo presentar ante el tribunal su versión de los hechos» (§ 74).

[.../...]

En primer lugar, el derecho a la traducción de las actuaciones judiciales, al igual que ocurre con el derecho al intérprete, se enmarca dentro del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), teniendo como finalidad evitar la situación de desventaja en que se encuentra un acusado que no comprende la lengua (STC 71/1988, de 19 de abril, FJ 2) y se extiende «a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena», es decir, tanto judiciales, al implicar una medida necesaria «para la comunicación entre el tribunal y el inculcado» (STC 188/1991, de 3 de octubre, FJ 3), como «a las diligencias policiales» (STC 74/1987, de 25 de mayo, FJ 3).

En segundo lugar, corresponde a los jueces y tribunales velar por la verdadera efectividad de este derecho, procurando de oficio que se dé traslado a todo investigado o acusado que no entienda el idioma español de una traducción a su idioma de los documentos esenciales para garantizar su derecho de defensa y el principio de contradicción. Esta obligación, no obstante, podrá sustituirse excepcionalmente por «un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando de este modo también se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado» (art. 123.3 LECrim).

En tercer lugar, por documentos esenciales debe entenderse no solamente el escrito de acusación –documento que delimita el objeto de las pretensiones acusatorias sostenidas contra el encausado–, sino también todas aquellas resoluciones judiciales que acuerdan medidas cautelares y que ponen fin a las diferentes fases procedimentales.

En cuarto lugar, constituye también facultad del investigado solicitar la traducción de aquellas actuaciones que, sin haber sido catalogadas por el juez o tribunal como esenciales, la defensa considere imprescindibles para el adecuado ejercicio de sus pretensiones. Hay que subrayar que el reconocimiento de dicha facultad no conlleva, sin embargo, la concesión automática de un hipotético derecho a la traducción de todas las actuaciones existentes en el procedimiento, sino solamente de aquellas que afecten materialmente al derecho de defensa, permitiendo al encausado tener conocimiento del caso y defenderse de las imputaciones realizadas (STEDH de 19 de diciembre de 1989, asunto *Kamasinski c. Austria*, § 74). Por lo tanto, deberá ser en estos casos cuando la propia representación procesal del investigado, a iniciativa propia, deba dirigir una solicitud al juzgado o tribunal para que se proceda a la traducción de aquellas actuaciones que, a su juicio, sean esenciales para el ejercicio del derecho de defensa y para contrarrestar las acusaciones o imputaciones vertidas en su contra.

En quinto lugar, para que la omisión de la traducción de los elementos esenciales de las actuaciones pueda suponer una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) es necesario que se haya producido una situación de indefensión material que, a su vez, se haya traducido en un menoscabo real del derecho de defensa y un detrimento en la posibilidad de ejercitar adecuadamente sus pretensiones. Como ya se ha indicado anteriormente, desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) las infracciones de las normas o reglas procesales solo constituirán una lesión constitucionalmente relevante si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa (STC 26/2020, de 24 de febrero, FJ 5) generándose una situación de indefensión material al investigado. Consecuentemente, en aquellos casos en los que el investigado conociera el idioma de las actuaciones cuya traducción se pretende (SSTEDH de 18 de octubre de 2006, asunto *Hermi c. Italia*, y de 10 de junio de 2008, asunto *Galliani c. Rumanía*), hubiera sido asistido en su traducción y entendimiento por un intérprete o por su representación procesal (STEDH de 19 de diciembre de 1989, asunto *Kamasinski c. Austria*) o las mismas no puedan ser catalogadas como esenciales para el ejercicio del derecho de defensa, no se habrá producido una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, no se habrá restringido el derecho de dicha parte a alegar y justificar sus pretensiones y, por lo tanto, no se habrá generado un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado».

(STC 41/2022, de 21 de marzo. Recurso de amparo 3047-2020. Ponente: D^a. María Luisa Balaguer Callejón. *BOE* 30 de abril de 2022).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Auto de archivo de denuncias contra torturas y malos tratos

«El Tribunal ha establecido una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias constitucionales derivadas de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones pena-

les incoadas por denuncia de haber sufrido este tipo de tratos bajo custodia o en el contexto de actuaciones de agentes estatales (entre las más recientes, por ejemplo, SSTC 40/2010, de 19 de julio; 63/2010, de 18 de octubre; 131/2012, de 18 de junio; 182/2012, de 17 de octubre; 12/2013, de 28 de enero; 153/2013, de 9 de septiembre; 130/2016, de 18 de julio; 144/2016, de 19 de septiembre; 39/2017, de 24 de abril, o 166/2021, de 4 de octubre), en línea con muy diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia que afectan a España (así, entre los últimos, SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto *San Argimiro Isasa c. España*; de 8 de marzo de 2011, asunto *Beristain Ukar c. España*; de 24 de julio de 2012, asunto *B.S. c. España*; de 7 de octubre de 2014, asunto *Etxebarria Caballero c. España*; de 7 de octubre de 2014, asunto *Ataun Rojo c. España*; de 5 de mayo de 2015, asunto *Arratibel Garciandia c. España*; de 31 de mayo de 2016, asunto *Beorte-gui Martínez c. España*; de 19 de enero de 2021, asunto *González Etayo c. España*, o de 9 de marzo de 2021, asunto *López Martínez c. España*).

Esta jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido expuesta de forma extensa en las SSTC 130/2016, de 18 de julio, FJ 2, y 166/2021, de 4 de octubre, FFJJ 2 y 3. [.../...]

(i) Las quejas referidas a este tipo de decisiones judiciales tienen su encuadre constitucional más preciso en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pero su relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) impone que la valoración constitucional sobre la suficiencia de la indagación judicial dependa no solo de que las decisiones de sobreseimiento y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino, además, de que sean acordes con la prohibición absoluta de las conductas denunciadas, según un parámetro de control constitucional reforzado. La función del Tribunal Constitucional tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales afectados, sin perjuicio de la calificación jurídico-penal que corresponde realizar a la jurisdicción ordinaria.

(ii) Existe un especial mandato de desarrollar una exhaustiva investigación en relación con las denuncias de este tipo de delitos, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos, ya que es necesario acentuar las garantías por concurrir una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. Este mandato, si bien no comporta la realización de todas las diligencias de investigación posibles, sí impone que no se clausure la instrucción judicial penal cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito denunciado y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas a través de la actividad investigadora.

(iii) La suficiencia y efectividad de esta investigación judicial, así como la necesidad de perseverar en la práctica de nuevas diligencias de investigación, solo pueden evaluarse atendiendo a las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado y a la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad. Estas circunstancias afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el artículo 24.1 CE. En este sentido, es preciso atender, entre otras circunstancias, a la probable escasez de pruebas existente en este tipo de delitos y la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión; a que la cualificación oficial de los denunciados debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia; y a que constituye una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas repare en

que el efecto de la violencia no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y es puesto a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva.

(iv) Una situación singular de especial atención en el contexto de este tipo de denuncias lo representan los supuestos en que el denunciante permanezca en un estado legal de incomunicación. En este caso es exigible un mayor rigor y diligencia en la investigación judicial y es necesario, para dar un exacto cumplimiento al deber de investigación eficaz, que el órgano judicial de instrucción oiga, al menos, a los agentes a cargo de la vigilancia del denunciante durante ese periodo de incomunicación».

(STC 12/2022, de 7 de febrero. Recurso de amparo 4703-2019. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 10 de marzo de 2022. En el mismo sentido y *BOE*, STC 13/2022, de 7 de febrero, y STC 122/2022, de 10 de octubre).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

«(i) La protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes mantiene una vinculación dogmática con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) [por todas, SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2 a), y 55/2002, de 11 de marzo, FJ 2].

(ii) Esa intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica, pues, «de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes, se vaciaría de contenido.

El instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales» (STC 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2).

(iii) El principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se proyecta en una doble vertiente: La primera asegura a quienes han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en su seno no han de ser alteradas o modificadas al margen de los cauces legales establecidos para ello (SSTC 122/1996, de 8 de julio, FJ 4; 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2, y 112/1999, de 14 de junio, FJ 3). La segunda se concreta en la constatación de que si el derecho garantizado por el artículo 24.1 CE comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico e insoslayable ha de ser el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes [entre otras, SSTC 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2 a), y 55/2002, de 11 de marzo, FJ 2].

(iv) Queda vedado a los jueces, «al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia» (STC 231/2006, de 17 de julio, FJ 2).

(v) El principio de intangibilidad no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de las cosas juzgadas formal y material, «sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que una resolución judicial firme ha resuelto, conformado la realidad jurídica en un cierto sentido, realidad que no puede ser ignorada o

contradicha ni por el propio órgano judicial, ni por otros órganos judiciales en procesos conexos». A tal fin, «para perfilar desde la óptica del artículo 24.1 CE el ámbito o contenido de lo verdaderamente resuelto por una resolución judicial “resulta imprescindible un análisis de las premisas fácticas y jurídicas que permitieron obtener una determinada conclusión”, pues lo juzgado viene configurado por el fallo y su fundamento determinante (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 2). Por ello, y como se desprende de la jurisprudencia citada, la intangibilidad de lo decidido en una resolución judicial firme no afecta sólo al contenido del fallo, sino que también se proyecta sobre aquellos pronunciamientos que constituyen *ratio decidendi* de la resolución, aunque no se trasladen al fallo (STC 15/2006, de 16 de enero, FJ 6) o sobre los que, aun no constituyendo el objeto mismo del proceso, resultan determinantes para la decisión adoptada (STC 62/2010, de 18 de octubre, FJ 5)» (STC 69/2012, de 29 de marzo, FJ 6).

(vi) Como excepción, «uno de los supuestos en los que el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos no impide que esta devenga legal o materialmente imposible “es, precisamente, la modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución de que se trate, o, si se quiere, una alteración de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta, ya que, como regla general, una vez firme la sentencia, a su ejecución solo puede oponerse una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el legislador [...]”» [STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4 b)].

Sin embargo, el tribunal «no ha descartado [...] que se pueda infringir el artículo 24.1 CE en aquellos supuestos en los que el efecto directo de una ley o del régimen jurídico de una materia en ella establecido sea, precisamente, el de impedir que un determinado fallo judicial se cumpla. En este sentido ha afirmado que podría producirse una lesión del artículo 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente hacer imposible de forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla [...]. En tales supuestos hemos dicho que corresponde al tribunal determinar, en atención a las circunstancias del caso, si el efecto obstativo de la ley sobre la ejecución de la sentencia puede encontrar o no justificación en una razón atendible, esto es, teniendo en cuenta los valores y bienes constitucionalmente protegidos» [STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4 b)].

Y es que «la exigencia constitucional de la efectividad de las sentencias firmes [...] no cierra al legislador la posibilidad de modificar [el] ordenamiento jurídico, para articular de modo diferente los intereses que considere dignos de protección por la ley, dentro de los límites constitucionales» [STC 312/2006, de 8 de noviembre, FJ 4 b)].

[.../...]

iii) La fase de instrucción penal constituye una singularidad propia del proceso penal, que lo distingue de los procedimientos sustanciados ante otros órdenes jurisdiccionales. En estos últimos, el ejercicio de la acción y de la pretensión se lleva a cabo en un mismo acto, a través de la demanda. No ocurre lo mismo en el procedimiento penal. Como se expuso en la STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5, el «derecho de acción penal» se configura como un «*ius ut procedatur*, es decir, [...] como manifestación específica del derecho a la jurisdicción». De esta forma, la «acción penal se entabla para que el Estado, a través de la jurisdicción, ejerza la potestad punitiva», que es de «titularidad estatal» (FJ 7). La fase de instrucción se define normativamente en el artículo 299 LECrim y tiene una naturaleza esencialmente preparatoria de un eventual juicio oral, mediante una delimitación previa de los elementos relevantes de las pretensiones de las partes, sobre las que se resolverá definitivamente tras la celebración del acto de la vista.

Por ese motivo, la fase de instrucción se caracteriza por su provisionalidad, contingencia o variabilidad, en coherencia con la conformación gradual de su objeto. Como se destacó en la STC 34/2021, de 17 de febrero, FJ 5 a), y teniendo en cuenta la «delimitación progresiva [...] del proceso penal [...], la exigencia de responsabilidad penal a cualquier investigado solo puede venir apoyada en una inicial atribución fáctica y delictiva [...]. Sobre este presupuesto, los hechos atribuidos han de ser investigados, contrastados y, en su caso, declarados probados. [...] Solo después de practicar contradictoriamente la prueba en un juicio público, si se mantiene la acusación, pueden los hechos imputados ser afirmados como delictivos por el órgano de enjuiciamiento, tras subsumirlos en el tipo penal que corresponda».

De lo anterior se deduce que, en la fase de instrucción, las resoluciones que determinan su duración, aunque ganen firmeza, no resuelven sobre la cuestión de fondo, pues es posible una posterior consideración de la cuestión (en el presente caso, la ampliación del plazo de instrucción tras una reforma legal), al no existir una regla de preclusión que lo impida «a futuro».

Por otro lado, las vicisitudes por las que puede atravesar una investigación criminal son numerosas y pueden influir en su vigencia temporal, por lo que la duración de esta fase de investigación es relativamente incierta. La propia delimitación del hecho punible y de sus presuntos autores, que puede irse ampliando o reduciendo a medida que avanza la instrucción; o la obtención sucesiva de fuentes de prueba, con posibles derivaciones que pueden fundamentar otras líneas de investigación, son elementos que contribuyen a generar un espacio de incertidumbre sobre la duración de esta fase procesal. De hecho, incluso después de finalizada formalmente, la propia Ley de enjuiciamiento criminal ha previsto mecanismos de ampliación o depuración investigadora de la instrucción, como los recogidos en el artículo 780.2 (las denominadas diligencias complementarias) o 746.6 (sumaria instrucción suplementaria). Por lo tanto, es la propia naturaleza de la instrucción, tendencialmente orientada a la búsqueda de la verdad material, la que impide determinar con seguridad su vigencia temporal y resolver sobre la cuestión de fondo, porque esta se va conformando de manera paulatina y recibe una adecuada respuesta en fases ulteriores del procedimiento.

En esta línea, se puede concluir que las resoluciones que producen el efecto de cosa juzgada material son las sentencias definitivas, así como aquellas otras resoluciones que puedan entenderse equivalentes, como los autos de sobreseimiento libre (art. 637 LECrim) o los autos de archivo por la causa de inexistencia o falta de tipicidad del hecho (art. 779.1.1 LECrim) [ver, en tal sentido, SSTS 1 de marzo de 1996 (recurso núm. 3444-1995), 22 de enero de 1999 (recurso núm. 2106-1996)]. Las resoluciones impugnadas no pertenecen a esta categoría».

(STC 83/2022, de 27 de junio de 2022. Recurso de amparo 6454-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 29 de julio de 2022).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia omisiva

«Sobre el derecho a una resolución judicial congruente (art. 24.1 CE), y cuándo se está ante su vulneración por haberse incurrido en incongruencia en sus distintas modalidades, sirva como exponente de nuestra doctrina la STC 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3, donde con cita literal de la anterior 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2, hemos recordado:

«La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su *potestas* en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca

respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (STC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3, o 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio, que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*. Son muy numerosas las decisiones en las que este tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. De otro lado, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones [...].

En algunas ocasiones, tiene declarado este tribunal, ambos tipos de incongruencia [omisiva y *extra petita*] pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de

cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4)».

Por lo demás, en la misma sentencia, con cita de la STC 100/2004, de 2 de junio, recordábamos:

“La necesidad de distinguir entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno” (STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2)».

En el mismo sentido, entre otras posteriores, SSTC 128/2017, de 13 de noviembre, FJ 8; 165/2020, de 16 de noviembre, FJ 3, y 59/2022, de 9 de mayo, FJ 4 (así como las otras que en ellas se citan).

Y sobre lo que debe ser el correcto entendimiento de la llamada respuesta tácita o implícita, cuya aplicación por el intérprete no puede vaciar de contenido el deber de congruencia cuantitativo (art. 24.1 CE), enseña la misma STC 25/2012, en el FJ 4, lo que sigue:

«A estos efectos debe recordarse que este tribunal no ha considerado respuesta tácita la que se desprende, sin más, de la estimación de la pretensión del contrario o de la desestimación de la propia; la respuesta tácita constitucionalmente suficiente a una cuestión recae cuando, como ha sido dicho, del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución puede deducirse razonablemente que el órgano judicial la ha valorado y, además, es posible identificar los motivos de la decisión».

Deducción razonable, por cierto, que este tribunal no encontró en las resoluciones impugnadas en el recurso de amparo resuelto por dicha STC 25/2012, estimando la demanda por este motivo».

(STC 104/2022, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 2172-2021. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 21 de noviembre de 2022).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«El derecho al juez imparcial aparece expresamente reconocido en el artículo 6.1 CEDH. Este precepto, bajo el epígrafe «Derecho a un proceso equitativo», garantiza a toda persona el «derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley [...]».

Como es conocido, nuestro texto constitucional no recoge este derecho de forma singularizada. Sin embargo, eso no fue obstáculo para que, inicialmente, se considerara englobado en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (STC

47/1983, de 31 de mayo, FJ 2). A partir de la STC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2, y, sobre todo, de la STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5, el derecho al juez imparcial se reconoce integrado en el derecho a un juicio con todas las garantías, «aunque no se cite en forma expresa» en el artículo 24.2 CE. Se continuaba así con la progresiva confluencia (art. 10.2 CE) entre nuestra doctrina y la desarrollada por el Tribunal Europeo Derechos Humanos en la interpretación del artículo 6.1 CEDH, representada en aquel momento por las SSTEDH de 1 de octubre de 1982, asunto *Piersack c. Bélgica*, y de 26 de octubre de 1984, asunto *De Cubber c. Bélgica*, y plasmada posteriormente –entre otras muchas– en las SSTEDH de 24 de mayo de 1989, asunto *Hauschildt c. Dinamarca*; de 25 de noviembre de 1993, asunto *Holm c. Suecia*; de 28 de octubre de 1998, asunto *Castillo Algar c. España*; de 22 de junio de 1989, asunto *Langborger c. Suecia*, o más recientemente, en las SSTEDH de 6 de enero de 2010, asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España*, o de 6 de noviembre de 2018, asunto *Otegi Mondragón y otros c. España*.

Este tribunal ha conformado un cuerpo doctrinal sobre el derecho al juez imparcial que, de forma sistematizada y, en lo que ahora interesa para la resolución de este recurso, puede exponerse de la siguiente manera:

a) El derecho al juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia.

Este tribunal ha afirmado que el derecho a un juez imparcial «constituye una garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial» (SSTC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 2, y 133/2014, de 22 de julio, FJ 2).

En efecto, «[s]er tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por jueces y magistrados» (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). «Esta sujeción estricta a la ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2)» (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

b) La imparcialidad judicial comprende dos vertientes: subjetiva y objetiva.

En línea con lo anterior, «se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación

con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3, o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)» (STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 2).

En el mismo sentido, se destaca que «[j]unto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, [...] que se dirige a asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso» (STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

c) La imparcialidad objetiva debe ser ponderada en cada caso concreto.

Como «[c]ausas significativas de tal posible inclinación previa objetiva» se han considerado la «realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio que dificulte su correcto enjuiciamiento posterior; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 3; 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 151/2000, de 12 de junio, FJ 3; STEDH de 23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick*, § 48 a 52) o, más en general, el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4, y SSTEDH de 7 de agosto de 1996, caso *Ferrantelli y Santangelo*, y de 26 de agosto de 1997, caso *De Haan*). Debemos subrayar en cualquier caso que ni esta relación de causas de parcialidad objetiva tiene el carácter de cerrada ni la concurrencia de tales supuestos comporta necesariamente tal tacha, cuestión que habrá de analizarse en cada caso a la luz de sus concretas características (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)» (STC 156/2007, de 2 de julio, FJ 6).

«La concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad. [...] “la determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de inculpatión o inculpatión del acusado, aun cuando esta sea solo indiciaria y provisional [...]”. [...] deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto» (STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

d) La imparcialidad judicial se presume.

Según la misma doctrina, «aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes [...], no basta con que tales dudas o sospechas sobre [la] imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso

a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16, y 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas» (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

e) El derecho al juez imparcial debe hacerse valer a través del incidente de recusación.

El instrumento primordial para preservar el derecho al juez imparcial es la recusación, cuya importancia resulta reforzada si se considera que estamos, no solo ante un presupuesto procesal del recurso de amparo por la supuesta vulneración del derecho al juez imparcial, sino que el derecho a recusar se integra, asimismo, en el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 CE (STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por tanto, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación «implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3, y 229/2003, 18 de diciembre, FJ 10)» (STC 116/2008, de 13 de octubre, FJ 2).

f) El incidente de recusación puede ser rechazado *a limine*, incluso por el órgano recusado.

Aunque la «regla general es [...] que el órgano recusado ha de dar curso a la recusación para que sea examinada por un órgano distinto a aquél de quien se sospecha la parcialidad» (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2), eso «no significa [...] que en casos muy excepcionales la recusación no pueda rechazarse de plano por el propio órgano recusado, lo que resulta constitucionalmente admisible, a decir de la STC 47/1982, de 12 de julio, cuando se propone por quien no es parte en el proceso o falta alguno de los presupuestos de admisibilidad, tales como que se incumplan los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento (entre ellos, la extemporaneidad), cuando no se alega la causa en que legítimamente puede fundarse la recusación, o cuando no se establecen los hechos que le sirven de fundamento (FJ 3). [...] En el mismo sentido dijimos en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5, que “la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria” [mientras que] en la ya citada STC 47/1982, de 12 de julio, analizando un supuesto de rechazo *a limine* de la recusación por los propios recusados, ya admitimos que un tal rechazo “puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento” (FJ 3), entre los que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 223.1 LOPJ, ha de incluirse la formulación de la recusación en plazo» (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 3). En esta misma resolución se añadía que el rechazo liminar de la recusación puede acordarse cuando «la improcedencia de la recusación [...] pueda apreciarse *prima facie* de modo manifiesto, claro y terminante y, además, que la tramitación ordinaria del incidente pueda causar perjuicios relevantes al proceso principal» (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

«En consecuencia, la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994, 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 LOPJ), sin formular incidentes dilatorios,

que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 CE) (por todas, STC 234/1994)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 5).

Finalmente, la STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 5, señala que «el derecho a plantear la recusación, inserto, a su vez, en el derecho a la imparcialidad del juzgador, está sujeto a configuración legal (SSTC 32/1994, de 31 de enero, FJ 4, y 137/1994, de 9 de mayo, FJ único) en las normas orgánicas y procesales [...]. Pues bien, [esa] exigencia legal de que la recusación se proponga tan luego o tan pronto como se tenga conocimiento de la existencia de la causa que la funde no carece de toda trascendencia constitucional. [...] Por ello es lícito que el legislador imponga la carga de impugnar esa idoneidad subjetiva con premura y que, en consecuencia, limite o excluya la posibilidad de la invocación tardía de la causa de recusación [...]. Resulta, en consecuencia, constitucionalmente lícita la aplicación de un criterio riguroso a la hora de enjuiciar tanto si la parte obró con diligencia para hacer valer la recusación en un momento anterior a la sentencia, como la realidad de la concurrencia de la causa de recusación que eventualmente se invoque».

Esta doctrina ha sido aplicada también en nuestro reciente ATC 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 4, confirmado en trámite de recurso de súplica por el ATC 17/2022, de 25 de enero, FJ 4 C).

2.1.2 Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ya hemos señalado anteriormente que la doctrina de este tribunal es semejante a la que, desde sus primeras resoluciones, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos, como expresión de una cultura jurídica común a nivel europeo. En efecto, aunque se observa alguna diferencia en los criterios de sistematización, tanto el método de análisis como el contenido de su doctrina son esencialmente coincidentes.

Así, en la STEDH de 6 de noviembre de 2018, asunto *Otegi Mondragón y otros c. España*, con cita de otras anteriores, se realiza una exposición de los principios generales en esta materia».

(STC Pleno 25/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo 4586-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 25 de marzo de 2022. En idéntico sentido, STC Pleno 45, 46 y 47/2022, de 23 de marzo. *BOE* 30 de abril de 2022).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«Procede recordar al respecto que conforme a nuestra doctrina, sistematizada en la STC 78/2013, de 8 de abril, “la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de estos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea” (FJ 3); que “estamos en un supuesto en el que el derecho a la tutela judicial efectiva no actúa en relación con el contenido de ningún otro derecho fundamental sustantivo o procesal” (FJ 4), y que nuestra labor en amparo no consiste en “valorar si ha existido o no una dilación indebida, ni tampoco compete a la jurisdicción de amparo establecer cuál es la correcta interpretación que haya de darse al artículo 21.6 del Código penal, ni a la regla de aplicación de la pena establecida en su artículo 66.2, conforme a la cual la concurrencia de una o varias atenuantes muy cualificadas conllevará la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley: las expuestas son cuestiones que forman parte del proceso aplicativo de la norma penal. Dado que este tribunal no tiene atribuidas funciones de casación penal no es posible –como se pretende– contro-

lar a través de un recurso de amparo los preceptos penales desde la perspectiva de su oportunidad o conveniencia” (FJ 4).

[.../...] Aunque la solución adoptada por la misma Sala en casos anteriores pueda servir de pauta orientadora, no cabe convertirla, como parece pretender el recurrente en la presente demanda de amparo, en una especie de norma vinculante con arreglo a la cual deba concederse por fuerza dicha atenuante si la dilación temporal es igual a la de otro asunto donde se hubiera aplicado, sin consideración a otras circunstancias concurrentes».

(STC 11/2022, de 7 de febrero de 2022. Recurso de amparo 4582-2018. Ponente: D^a. Concepción Espejel Jorquera. *BOE* 10 de marzo de 2022).

«Este tribunal ha declarado con reiteración que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE):

(i) «[E]s una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada, porque no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración [de este] derecho» (por todas, STC 54/2014, de 10 de abril, FJ 4).

(ii) El derecho fundamental referido no puede identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad (STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3). Como hemos subrayado, más recientemente, en las SSTC 89/2014, de 9 de junio, FJ 4; 99/2014, de 23 de junio, FJ 4, y 74/2015, de 27 de abril, FJ 4, con cita de la jurisprudencia precedente, la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a los jueces y tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de los litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso.

(iii) En coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, ha declarado este Tribunal que «el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando. Tales son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades» (por todas, la STC 63/2016, de 11 de abril, FJ 4).

Se trata de una doctrina que, como se indica en esta sentencia, resulta coherente con la emitida por el Tribunal Europeo Derechos Humanos en diversas resoluciones. Entre otras, las sentencias de 12 de octubre de 1992, asunto *Boddaert c. Bélgica*, § 36; 28 de junio de 1978, asunto *König c. Alemania*, § 99; 27 de junio de 1968, asunto *Neumeister c. Austria*, § 21; 16 de julio de 1971, asunto *Ringeisen c. Austria*, § 110; 25 de marzo de 1999, asunto *Pélissier y Sassi c. Francia* [GS], § 67, y 16 de julio de 1971, asunto *Pedersen y Baadsgaard c. Dinamarca*, § 45».

(STC 83/2022, de 27 de junio de 2022. Recurso de amparo 6454-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 29 de julio de 2022).

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«En íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es inseparable, el derecho a la prueba «se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso» (STC 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3, reproducida, entre otras, en las SSTC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3, y 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4).

La doctrina de este tribunal sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), puede sintetizarse, de acuerdo con la STC 106/2021, de 11 de mayo, FJ 7.1, en los siguientes puntos:

a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, FJ 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).

c) Corresponde a los jueces y tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial (SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa” (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). El ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2, y

258/2007, de 18 de diciembre, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2).

e) La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2), ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo (SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2; 45/2000, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 28)».

La misma doctrina es extensible respecto de la regularidad en la práctica de una prueba admitida (STC 212/2013, de 16 de diciembre, FJ 4). En estos casos, cuando la queja verse sobre el modo en que se ha desarrollado una determinada diligencia probatoria, para que este tribunal pueda apreciar una vulneración del derecho a la prueba se exige que el recurrente demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas indebidamente practicadas; y, por otro, que argumente de modo convincente que, si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (STC 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5, con cita de las SSTC 147/1987; 357/1993, de 29 de noviembre; 1/1996; 217/1998, y 219/1998, de 16 de noviembre)».

(*STC Pleno 25/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo 4586-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. BOE 25 de marzo de 2022. En idéntico sentido, STC Pleno 45, 46 y 47/2022, de 23 de marzo. BOE 30 de abril de 2022).*

Derecho de defensa

«a) Como señaló la STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, «entre las garantías que incluye el artículo 24 de la Constitución para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al proceso, los principios de contradicción y de igualdad. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal –entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989–, el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos, fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, 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 (SSTC 44/1985 y 135/1989). Por ello, tan pronto como el juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de esta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su auto-defensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción. En segundo término, exige también la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa. En el proceso penal, además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio –que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso– que, entre otras exigencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones. Del principio de “igualdad de armas”, lógico corolario de la contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación –por todas SSTC 47/1987 y 66/1989–, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en la fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 13/1985, 176/1988 y 66/1989)». En el mismo sentido, entre otras, STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3.

b) En línea con lo anterior hemos declarado que «el derecho constitucional de defensa contradictoria surge desde el momento en que se imputa a una persona un acto punible, pero no es posible trasladar a la fase de investigación las garantías de contradicción exigibles en el acto del juicio oral, pues “si las leyes procesales han reconocido, y este tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es solo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989, 273/1993). Pero la materialidad de esa indefensión [...] exige una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción que desequilibre la posición del imputado” (SSTC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 87/2001, de 1 de mayo, FJ 3)» (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4)

Constituye jurisprudencia reiterada de este tribunal que «el artículo 24 de la Constitución prohíbe que el inculpado no haya podido participar en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se “haya fraguado a sus espaldas”. Reiterando esta doctrina y extractando la anterior, en la STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 (igualmente, SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 3), hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretada por este Tribunal en tres reglas ya clásicas (STC 273/1993, de 20 de septiembre): a) nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado; b) como

consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación, y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario. Ahora bien, si las leyes procesales han reconocido, y este tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es solo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión» (STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 12).

c) La doctrina constitucional ha venido insistiendo en la exclusiva relevancia de la «indefensión material»: «la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de [l]a garantía [de la tutela judicial] y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 24 C.E., ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión “material” y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías “en relación con algún interés” de quien lo invoca (STC 90/1988)» (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2). «Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7)».

(STC Pleno 45/2022, de 23 de marzo. Recurso de amparo 1621-2020. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. *BOE* 30 de abril de 2022).

Presunción de inocencia

«Este tribunal ha declarado que «el derecho a la presunción de inocencia es “uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal” (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre, y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás “la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada” (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3, y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El artículo 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como

delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que “el acusado llega al juicio como inocente y solo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9, y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad “que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria” (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2)» (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3).

Según lo expuesto en las SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3, y 155/2002, de 22 de julio, FJ 7, el bagaje teórico y jurisprudencial necesario para afrontar las quejas atinentes a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, parte de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Tal evaluación no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, pero tampoco el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas.

De forma más limitada, como hemos explicado en ocasiones anteriores, nuestra función de protección del derecho a la presunción de inocencia comporta, en primer lugar, la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa. En segundo lugar, nos corresponde comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada. En tercer y último lugar, desde la perspectiva del resultado de la valoración, nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

Esta doctrina puede resumirse señalando que el Tribunal Constitucional ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se haya obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario.

Sobre la motivación de la concurrencia del dolo, desde los parámetros del derecho a la presunción de inocencia, hemos venido afirmando que «el elemento subjetivo del delito ha de quedar asimismo suficientemente probado, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 11; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). En relación específicamente con los elementos subjetivos debe tenerse presente además que solo pueden considerarse acreditados adecuadamente si el enlace entre los hechos probados de modo directo y la intención perseguida por el acusado con la acción se infiere de un conjunto de datos objetivos

que revelan el elemento subjetivo a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2). Más concretamente, nuestro control de la razonabilidad de la argumentación acerca de la prueba indiciaria puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 5; 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 5)» (STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 5).

En cuanto a la denominada «dimensión extraprocesal» de la presunción de inocencia, debemos recordar que esta vertiente se configura como «el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a estos, sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo» [STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, seguida por SSTC 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3; 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2, y 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4 a)].

Como recordó el Pleno en la citada STC 133/2018, «[e]ste tribunal ha considerado que la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, reconocida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del artículo 6.2 CEDH (SSTEDH, de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*; de 26 de marzo de 2002, asunto *Butkevicius c. Lituania*; de 28 de junio de 2011, asunto *Lizaso Azconobieta c. España*), encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del enjuiciamiento de una posible lesión del derecho al honor (STC 244/2007, FJ 2). [...] “[E]sta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 de la Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos, y señaladamente del artículo 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo, [p]orque [...] la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 CE, alcanza el valor de derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el artículo 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos” (STC 166/1995, FJ 3; doctrina que reitera la STC 244/2007, FJ 2)» [STC 133/2018, FJ 4 a)].

Más recientemente, hemos señalado «que “como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo [...] y que como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se configura como un derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 3; en términos análogos, STC 4/2020, de 15 de enero, FJ 7, [...]). La doctrina del tribunal es, para una y otra de las dimensiones mencionadas, plenamente consecuente con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como impone el artículo 10.2 CE, y así se ha de precisar, en particular, por lo que

hace a la primera vertiente –regla de tratamiento– [...] (sentencia, entre otras, de 15 de octubre de 2013, asunto *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 191 y 192)» (STC 97/2020, de 21 de julio, FJ 5)».

(STC Pleno 25/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo 4586-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 25 de marzo de 2022).

Principio acusatorio. Delitos homogéneos

«Este tribunal ha tenido ocasión de señalar, entre otras en la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3 –con cita de otras anteriores–, que el principio acusatorio es un derecho del artículo 24.2 CE dotado de un «contenido normativo complejo», el cual se desenvuelve en dos principales perspectivas: una primera, que «consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria», esto es, «en sus aspectos fácticos y jurídicos»; y una segunda, que «hace referencia a la necesaria correlación que ha de existir entre la acusación y el fallo, impuesta por el deber de congruencia», y que es justamente la faceta aquí concernida.

Sobre esta segunda perspectiva del principio acusatorio y en lo que importa al presente recurso de amparo, la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 4, ha precisado que «el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, a su vez, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*, el juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad, de manera que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; 123/2005, de 12 de mayo, FJ 5; 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 73/2007, de 16 de abril, FJ 3)». y respecto de la vinculación de la sentencia de condena a la pena solicitada por las acusaciones, aclaramos nuestra doctrina previa en el FJ 6 de la misma STC 155/2009, al declarar que «solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso».

En aplicación de esta doctrina se han dictado, entre otras, las SSTC 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 3; 91/2021, de 22 de abril, FJ 10.4; 106/2021, de 11 de mayo, FJ 5.2.3 c), y 121/2021, de 2 de junio, FJ 6.2.3 c).

Por lo que respecta más en concreto al requisito de la homogeneidad entre delitos (aquel por el que se acusa y aquel otro por el que finalmente se condena). Este tribunal ha puntualizado que si la homogeneidad se entiende como un concepto formal, no es esto sin embargo lo determinante para saber cuándo hay vulneración o no del derecho, sino la circunstancia de que uno o varios elementos del delito calificado en la sentencia no hayan podido ser objeto de debate en el juicio. Así: «Para constatar la correspondiente infracción del artículo 24.2 CE no es lo finalmente decisivo la falta de homogeneidad formal entre objeto de la acusación y objeto de la condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos» (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4). En el mismo sentido, las SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 17; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 2; 145/2005, de 6 de junio, FJ 3; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 3, y 73/2007, de 16 de abril, FJ 3».

(STC 11/2022, de 7 de febrero de 2022. Recurso de amparo 4582-2018. Ponente: D^a. Concepción Espejel Jorquera. *BOE* 10 de marzo de 2022).

ARTÍCULO 25

Derecho a la legalidad penal

«A) Según doctrina de este tribunal, el mandato enunciado contiene un derecho fundamental subjetivo que comprende una garantía formal, anudada al rango exigible a la norma sancionadora, y otra de carácter material, vinculada a la exigencia de certeza y concreción del precepto penal. Esta doctrina aparece sistematizada en la STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2:

«a) El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que solo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, “esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y solo la ejerce en la medida en que está prevista en la ley”.

También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones –STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7– que del artículo 25.1 CE se deriva una “reserva absoluta” de ley en el ámbito penal, y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 CE en relación con el artículo 17.1 CE, esa ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, “la remisión a la ley que lleva a cabo el artículo 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)”.

b) Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado –como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3– “que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la ley ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos; es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)”. Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

c) Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de ley (ley orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran estas quienes definieran de facto lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento –a través de mayorías calificadas, en su caso– quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones».

B) Este tribunal ha resaltado la importancia del mandato de taxatividad que el precepto constitucional objeto de cita contiene. Ejemplo de ello son los argumentos que figuran en la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, que a continuación se transcriben:

«El principio de legalidad penal, en su vertiente material, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8). De esta manera, ese principio, no solo fija el límite interpretativo de los preceptos en la subsunción irrazonable en el tipo que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí, de manera, que de sobrepasarse tal límite, la sanción impuesta resultaría sorpresiva para su destinatario (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5), sino que “impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6)».

Tal garantía de certeza, a que se ha hecho mención, no solo opera respecto de las normas penales o sancionadoras (ámbito normativo), pues también se proyecta a la interpretación y aplicación de estas por los órganos judiciales a los concretos supuestos de hecho (ámbito aplicativo), como así se refleja en la reciente STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2: «La garantía constitucional de *lex certa*, como faceta específica del derecho a la legalidad sancionadora, se desenvuelve, en nuestra doctrina (*vid.*, por todas, las SSTC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2; 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 5, y 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5), en dos ámbitos distintos:

a) Ámbito normativo. De un lado, la garantía de certeza puede resultar vulnerada por la insuficiente determinación *ex ante* de la conducta sancionable, como defecto immanente a la redacción legal del precepto sancionador objeto de escrutinio; vulneración que afectaría a la calidad de la ley, esto es, a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma en el ámbito penal o sancionador (SSTC 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3, y 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 5).

b) Ámbito aplicativo. En cambio, aun cuando la redacción de la norma sancionadora resulta suficientemente precisa, la garantía de *lex certa* puede verse afectada por la aplicación irrazonable de dicha norma, vertiente que se desdobra, a su vez, en dos planos, (i) el de la indebida interpretación *ad casum* del alcance semántico del precepto, más allá de su sentido literal posible (analogía *in malam partem*), y (ii) el de la subsunción irrazonable, en el precepto ya interpretado, de la conducta que ha sido considerada probada. En estos casos, pese a la «calidad» de la ley, su aplicación irrazonable se proyecta sobre la exigencia de previsibilidad del alcance de su aplicación (STC 220/2016, de 19 de diciembre, FJ 5). Así, en efecto, una vez que el autor de la norma, el legislador, ha cumplido suficientemente con el mandato al dar una redacción precisa al precepto sancionador, la garantía de certeza exige igualmente de los órganos sancionadores que están llamados a aplicarlo “no solo la sujeción [...] a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y 146/2015, de 25 de junio, FJ 2). Por tanto, tal y como hemos señalado en nuestra doctrina, el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el artículo 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la sentencia “es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal” (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8, y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5)».

No obstante, el principio de taxatividad no es incompatible, como hemos apuntado, con el empleo de conceptos jurídicos indeterminados o la utilización de una terminología con cierto grado de ambigüedad por parte del legislador, como así queda expuesto, entre otras, en la STC 37/2018, de 23 de abril, FJ 3 a):

«A esa exigencia de *lex certa*, a la que debe responder el legislador al definir los tipos penales, no se opone la utilización en los tipos penales de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución de acuerdo con su artículo 10.2 (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7), como tampoco la utilización de un lenguaje relativamente vago y versátil, pues las “normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3), que en ocasiones presenta aspectos difíciles de prever».

C) La aplicación de la analogía *in malam partem* y también las interpretaciones extensivas de la norma penal, por parte de los órganos judiciales, han sido expresamente

reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del artículo 25.1 CE. Esta censura queda reflejada, entre otras, en la STC 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4.

«A este respecto, hemos destacado que “la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12); es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4)” (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8)».

D) A su vez, este tribunal ha precisado las exigencias a que se deben sujetar los órganos judiciales, al verificar la labor de subsunción de los hechos en la norma penal. Nuestra doctrina sobre ese particular queda recogida con detalle en la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, en los siguientes términos:

«El derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6).

En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, “pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993, de 25 de marzo), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982, de 15 de octubre; [...] STC 53/1994, de 24 de febrero). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983, de 12 de marzo; 75/1984, de 27 de junio; 111/1993, de 25 de marzo),

distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de este y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley [...]. La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica [...]. Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)».

E) Este tribunal también ha declarado que «en materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho penal debe quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como *ultima ratio*, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad» (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 6, con cita de otras anteriores, como la STC 229/2003, de 18 de diciembre).

F) La proporcionalidad de las penas también ha sido objeto de análisis desde el prisma del derecho reconocido en el artículo 25.1 CE. Concretamente, en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, este tribunal delimitó, en los términos que a continuación se exponen, cuál es alcance de la referida cualidad en relación con los derechos fundamentales tutelados en amparo:

«El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de “la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento

de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (STC 55/1996, fundamento jurídico 6)” (STC 161/1997, fundamento jurídico 9)».

En este contexto, «[e]l juicio que procede en esta sede de amparo, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, fundamento jurídico 8) o una “actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (STC 55/1996, fundamento jurídico 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. “Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (SSTC 55/1996, fundamento jurídico 6, y 161/1997, fundamento jurídico 9)».

De esta manera, «cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma, según hemos reiterado en otras resoluciones, especialmente en la STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4 y 5, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (STC 55/1996, fundamento jurídico 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9). En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena».

Así, pues, «[d]esde la perspectiva constitucional solo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, fundamento jurídico 8). y solo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada “cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su

concreción en la propia actividad legislativa” (STC 161/1997, fundamento jurídico 12; en el mismo sentido STC 55/1996, fundamento jurídico 9)».

G) Del mismo modo, procede reflejar el parámetro al que se debe sujetar este tribunal para fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, que aparece recogido, entre otras resoluciones, en la STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8:

«[S]egún reiterada jurisprudencia constitucional, la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, es una función que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, sin que este tribunal pueda sustituirlos en el ejercicio de dicha tarea (SSTC 16/1981, de 18 de mayo, FJ 2; 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 2; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 1; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3, y 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas). Ahora bien, una aplicación defectuosa de la ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa [...], este tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el juez ordinario ha hecho de la norma penal (SSTC 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), sin olvidar que el principio de legalidad, ni puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando en uso de esta no se crean nuevas figuras delictivas o se aplican penas no previstas en el ordenamiento (SSTC 89/1983, de 2 de noviembre, FJ 3; 75/1984, de 27 de junio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 5), ni tampoco pasar por alto que toda norma penal admite varias interpretaciones como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 3)».

De este modo, precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, «cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 8; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12, y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3)».

Y, a tal efecto, en la ya citada STC 129/2008, FJ 3, se acota la fiscalización que corresponde llevar a cabo a este tribunal, en los siguientes términos:

«No compete pues a este tribunal la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales, y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales. Tal sostenibilidad

se refiere, como se señalaba en el fundamento anterior, al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, y se traduce en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma. Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada».

H) En relación con el principio *non bis in idem*, este tribunal debe recordar que «desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

a) La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscribida puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3).

La garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3, y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3, y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

[...]

c) Junto a esta vertiente, este tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio, que, de conformidad con la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal. En efecto, en esta sentencia (FJ 2) declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la administración, sino que la ha admitido en el artículo 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiéndole a “las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de

los ciudadanos”. Entre los límites que la potestad sancionadora de la administración encuentra en el artículo 25.1 CE, en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia: “a) el necesario control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”.

d) El alcance que este tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en *bis in idem*, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP) –hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por España (“Boletín Oficial del Estado” de 30 de abril de 1977)– dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

De otra parte, también el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH), aunque no ha sido ratificado por España –pero sí firmado–, reconoce este derecho con un contenido similar. Lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno. Este artículo establece: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a ; de 6 de junio de 2002, caso la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada”. A los efectos de la aplicación de las garantías del proceso justo (art. 6.1 CEDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción penal también las de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia y no considerando relevante la denominación de la legislación en la que se encuentran (por todas, STEDH de 21 de febrero de 1984, caso *Öztürk c. República Federal de Alemania*); y a los efectos del artículo 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo penal en el seno de un proceso penal con el procedimiento y la sanción administrativos (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*; de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*; de 30 de mayo de 2002, caso *W.F. c. Austria* Sallen c. Austria)» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3).

La «triple identidad [de sujeto, hecho y fundamento] constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea este sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE, ya que estos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si estos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los

misimos hechos y con el mismo fundamento. Ahora bien, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales o el análisis directo de su concurrencia, en caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales a pesar de haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, han de ser realizados por este tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el artículo 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer “de los hechos que dieron lugar al proceso” en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el artículo 117.3 CE atribuye a los jueces y tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a estos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5)».

(STC Pleno 25/2022, de 23 de febrero. Recurso de amparo 4586-2020. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 25 de marzo de 0222. En idéntico sentido, STC Pleno 45, 46 y 47/2022, de 23 de marzo. *BOE* 30 de abril de 2022).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 80.2

Ponderación del criterio de la capacidad económica en la decisión de suspensión condicional de penas privativas de libertad

«Ha de mencionarse que el Pleno de este tribunal ha dictado el ATC 3/2018, de 23 de enero, en el que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo penal en relación con la dicción del artículo 80.2.3 CP (donde se regula como condición para la suspensión de penas de prisión el haber satisfecho las responsabilidades civiles, y en qué términos se puede considerar cumplida mediante un compromiso de pago), tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en cuanto a si dicho precepto generaba una discriminación prohibida por el artículo 14 CE entre quienes pueden asumir el compromiso de satisfacer la responsabilidad civil y ver suspendida con ello su pena, y quienes no pueden hacerlo por carecer del todo de recursos económicos. La cuestión resultó inadmitida a trámite por notoriamente infundada, descartando que la norma produzca dicha discriminación, razonando en el fundamento jurídico 7 el entendimiento que ha de darse al requisito de la capacidad económica del penado, en este ámbito.

Interesa destacar en primer lugar, que el auto declara que las decisiones judiciales sobre suspensión o revocación de la suspensión previa, de penas privativas de libertad, han de venir revestidas de un deber de motivación reforzada (FJ 5):

«Ciertamente, el fin resocializador [de las penas] guía, junto a evidentes razones de gestión económica de la política penitenciaria, la regulación legal del instituto de la suspensión de la ejecución de la pena y así lo hemos señalado reiteradamente en nuestra propia doctrina (SSTC 110/2003, de 16 de junio, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 3). Ahora bien, una vez que la regulación del instituto tiene un

contenido determinado, que el legislador ha decidido en uso de su legitimación democrática, no puede ignorarse que la eficacia del artículo 25.2 CE se proyecta, como ha declarado este tribunal, sobre la interpretación judicial de dicha regulación, exigiéndose al juez el cumplimiento de un deber de motivación reforzada (art. 24.1 CE en conexión con el art. 25.2 CE). Es, pues, en ese estadio de aplicación judicial de la regulación discrecionalmente decidida por el legislador donde el juez ha de proyectar los efectos del principio resocializador, pues este “opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran” (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). El reproche dirigido al legislador en relación con el artículo 25.2 CE carece, pues, de una mínima consistencia suasoria».

Ya en cuanto a la resolución del fondo planteado, tras señalar que el legislador de 2015 ha tenido en cuenta la experiencia anterior que permitía la suspensión con el mero dictado de resoluciones declarando en muchos casos de manera formularia o estereotipada la insolvencia del penado por falta de capacidad económica, ha optado por sustituir el sistema por otro basado en el compromiso del penado, en todo caso no exento de eventual revocación posterior si se descubriera una realidad patrimonial distinta de este (FJ 7):

«Por esta razón, el legislador afirma expresamente que opta por otro régimen distinto, en el que la obligación de pagar la indemnización no desaparezca de antemano, debiendo comprometerse el penado a satisfacer la responsabilidad civil impuesta de acuerdo “con su capacidad económica”, esto es, debiendo asumir que, como condenado que quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena que le ha sido impuesta, tiene la obligación de realizar algún tipo de esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer sus responsabilidades frente a la víctima del delito cometido. Ello no obsta, sin embargo, a que durante la ejecución de la suspensión de la pena se valore si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado, eventualmente acompañado de una ocultación de bienes, quedando claro en la regulación en vigor que, si el penado resulta realmente insolvente, la suspensión de la ejecución de la pena no ha de ser revocada. Así lo señala categóricamente el artículo 86.1, letra d) [...]».

En definitiva, lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto.

La clave del nuevo sistema no es, en cualquier caso, dejar fuera de la suspensión a los que son insolventes en el momento en que se ha de decidir sobre su concesión (privilegiando, en cambio, incomprensiblemente a los que resultan insolventes en el momento posterior del impago). Se trata, antes bien, de vincular la concesión de la suspensión, en todo caso y cualquiera que sea la situación económica por la que circunstancialmente pase el penado, a la asunción por parte del reo de su deber de resarcir a la víctima en la medida de sus posibilidades, de modo que dicho deber no desaparezca ritualmente al inicio de la ejecución de la condena, exigiéndose en todo momento una actitud positiva hacia el cumplimiento de la responsabilidad civil. Las razones por las que la indemnización no resulta, finalmente, satisfecha se valoran, por

ello, como el legislador advierte expresamente en el preámbulo y materializa normativamente en el citado artículo 86.1 d) CP, en el momento en que el plazo conferido expira sin que se haya pagado.

Es fácil concluir, por ello, que la regulación cuestionada se limita a arbitrar un sistema en el que no se exige *ab initio* al penado de la obligación de indemnizar y en el que el condenado debe asumir la obligación de realizar un cierto esfuerzo para resarcir a su víctima, si quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena de prisión impuesta. Si ese resarcimiento no llega a producirse por razón de la precaria situación económica del reo, la suspensión no se verá en ningún caso revocada. Esto evidencia que la diferencia de trato que el órgano judicial echa en falta en la regulación en vigor sigue, en realidad, existiendo, pues el insolvente sigue disponiendo en el régimen legal actual de una norma legal que contempla expresamente su situación, habiéndose limitado el legislador a desplazarla a un momento procesal distinto, más acorde a la nueva estructura del sistema de suspensión de la ejecución de la pena.

Nada se encuentra, en definitiva, en la regulación penal cuestionada que pueda entenderse como una regla impeditiva de la concesión de la suspensión de la ejecución a quien no puede hacer frente a las responsabilidades civiles por falta de capacidad económica, situación que, además, está expresamente prevista en el momento de decidir sobre la revocación del beneficio. La interpretación efectuada por el órgano judicial, que achaca a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, una voluntad implacable de obstaculizar el acceso a la suspensión de los delincuentes en situación de indigencia, no tiene, por tanto, un fundamento jurídico mínimamente sólido, como acredita igualmente la práctica judicial generalizada a la que el propio Auto de planteamiento alude, calificándola de “perversa”».

En aplicación de esta doctrina se ha dictado ya la STC 32/2022, de 7 de marzo, en un caso de revocación de la suspensión condicional de la pena de prisión del recurrente».

(STC 104/2022, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 2172-2021. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 21 de octubre de 2022).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1C)

Denuncia previa de los derechos fundamentales vulnerados

«a) Acerca del alcance del requisito procesal del artículo 44.1 c) LOTC, cuya finalidad es salvaguardar la subsidiariedad del amparo y de esta jurisdicción constitucional, señalamos en la STC 132/2006, de 27 de abril, con cita de resoluciones anteriores, que aquel «incluye una doble exigencia: la invocación formal del derecho constitucional vulnerado; la exigencia temporal de que esa invocación se produzca ‘tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello’. Esta doble exigencia, de forma y tiempo, implica que la inobservancia del requisito puede producirse bien de manera radical, cuando no se ha invocado el derecho constitucional ante los órganos de la jurisdicción ordinaria; bien de forma menos extrema cuando, aun invocada la violación, esa invocación hubiera sido tardía por no realizada ‘tan pronto como hubiera sido conocida’ y hubiere lugar a ello (STC 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 2).

Como sostuvimos en la STC 188/1998, de 28 de septiembre (FJ 2), '[l]a pronta y formal invocación en el proceso ordinario del derecho fundamental que se estima vulnerado hace posible su inmediata e idónea reparación, por el órgano judicial a quien se reprocha la infracción; evita la reprobación constitucional de una actuación judicial sobre cuya irregularidad no había sido advertido su agente; estratifica racionalmente la jurisdicción de amparo y, con ello, posibilita la plena subsidiariedad y 'la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional' (STC 168/1995); y, en fin, preserva el itinerario procesal posible de la cuestión que tiene por centro un derecho fundamental y, por ello, su completo debate y análisis por las partes implicadas en el proceso, por el órgano judicial directamente afectado, y por los demás órganos judiciales con jurisdicción en el mismo'.

En consonancia con la inclusión de la exigencia temporal en el requisito del artículo 44.1 c) LOTC este tribunal ha declarado incumplido dicho requisito debido a la tardía invocación en el proceso judicial en las SSTC 171/1992, de 26 de octubre, 153/1999, de 14 de septiembre, y en el ATC 138/2002, de 23 de julio» [STC 132/2006, FJ 3 b)].

Y continúa declarando esta STC 132/2006, FJ 5, que «el cumplimiento del requisito de invocación formal para la admisión del amparo exige que los tribunales ordinarios en todas sus instancias y desde que fue conocida la supuesta vulneración hayan tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Una invocación tardía posibilita que la instancia ante la que se plantea se pronuncie sobre el particular, pero no puede subsanar el hecho de que instancias inferiores vean sustraída la posibilidad de emitir su propio pronunciamiento sobre la cuestión' (ATC 138/2002, de 23 de julio, FJ 1)».

Aunque en dicha STC 132/2006 se indicaba (FJ 4) que el único trámite idóneo en la vista del proceso penal abreviado para denunciar la lesión de derechos fundamentales era, conforme a lo expresamente previsto en la ley, el de alegaciones previas del actual artículo 786.2 LECrim, cabe aplicar a este proceso la solución de posteriores sentencias de este tribunal que extienden la posibilidad de dicha denuncia en el trámite final de alegaciones en la vista oral, al igual que en el proceso para el enjuiciamiento de delitos graves [SSTC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.7.3 b) (iv), y 121/2021, de 2 de junio, FJ 6.7.3 b) (iv)]. En todo caso, la denuncia de la lesión del derecho ha de formularse en la misma instancia, antes de recaer sentencia y no como motivo de impugnación de esta última en un recurso devolutivo.

Expresivos también de la doctrina de la inadmisibilidad del motivo de amparo por su invocación tardía, con incumplimiento del artículo 44.1 c) LOTC, son las SSTC 171/1992, de 26 de octubre, FJ 4; 190/2006, de 19 de junio, FJ 2, y 95/2018, de 17 de septiembre, FJ 2 c), y el ATC 83/2018, de 25 de julio, FJ 2».

(STC 11/2022, de 7 de febrero. Recurso de amparo 4582-2018. Ponente: D.^a Concepción Espejel Jorquera. BOE 10 de marzo de 2022).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 504.5

Cómputo para la ejecución en España de la prisión provisional cumplida en otro país

«Ha de recordarse que en la STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 4, ya realizábamos una larga exposición sobre la doctrina general de este tribunal en relación con el

derecho fundamental a la libertad y a los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, modificabilidad y limitación temporal de la prisión provisional [letra a)], al presupuesto de la prisión provisional, que es la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo [letra b)], y, finalmente, a la imprescindible presencia de fines constitucionalmente legítimos, como pueden ser los de evitación del riesgo de fuga o sustracción de la acción de la administración de justicia, la prevención del riesgo de obstrucción en la instrucción del proceso y la necesidad de conjurar el peligro de reiteración delictiva [letra c)].

En dicha resolución considerábamos que uno de los principios a tener en cuenta de cara a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional era el principio de legalidad, el cual operaba como elemento habilitante de la privación de libertad y como fuente de limitación del plazo máximo de duración de la medida cautelar, razón por la cual este tribunal ha declarado reiteradamente que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada de aquel derecho y, en consecuencia, su vulneración (entre otras, SSTC 99/2006, de 27 de marzo, y 95/2007, de 7 de mayo). Por lo tanto, «[l]a ley que regule los supuestos en que cabe acordar prisión provisional y su duración máxima ha de adoptar la forma de ley orgánica “ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 CE” [STC 147/2000, de 29 de mayo FJ 4 a)]. Nuestra jurisprudencia ha considerado también que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2)» (STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3).

Este principio de legalidad, además, debe ser interpretado directamente conforme al principio de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis* en virtud del cual la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional «deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad» (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4). Dicho principio, acogido expresamente por el legislador en el artículo 502.2 LECrim, obliga, por lo tanto, al intérprete a realizar un juicio que trasciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, pues aquel también deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede lograrse a través de una medida alternativa.

Por otro lado, la limitación del plazo máximo de duración de la medida de prisión provisional opera como mecanismo de garantía evitando que alcance una duración excesiva, que dependa de causas ajenas e inciertas al juzgado, y con el objetivo de que el sometido a aquella tenga una expectativa concreta sobre su extensión y finalización. La razón de esta última exigencia recuerda la STC 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5, «encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del artículo 17.4 CE. Al mismo tiempo, este precepto pretende evitar la lentitud

de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso» (SSTC 8/1990, de 18 de enero, FJ 4, y 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4).

El respeto a los plazos legales máximos iniciales y de prórroga de la prisión provisional, establecidos en el artículo 504, párrafo cuarto de la Ley de enjuiciamiento criminal, constituye, por lo tanto, un mandato constitucional, de forma que la superación de aquellos conllevaría una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (por todas, SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 72/2000, de 13 de marzo, FJ 6; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 4). Por ello mismo, este tribunal ha censurado en numerosas resoluciones decisiones judiciales consistentes en prorrogar el plazo de prisión provisional (art. 504.2 LECrim) después de que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el extemporáneo acuerdo de prórroga una vez finalizado aquel (en este sentido, SSTC 56/1997, de 17 de marzo; 234/1998, de 1 de diciembre; 305/2000, de 11 de diciembre, y 98/2002, de 29 de abril).

De lo anteriormente expuesto cabe extraer, por lo tanto, tres criterios jurisprudenciales esenciales que deben regir en toda adopción de la medida cautelar de prisión provisional: (i) en primer lugar, que la excepcionalidad de esta medida impone una interpretación restrictiva de las normas reguladoras de aquella y en el sentido más favorable al derecho a la libertad (*favor libertatis*); (ii) en segundo lugar, que del primero de los fundamentos de la exigencia de un plazo máximo de duración de la medida (garantizar la seguridad jurídica) se deriva, a su vez, una exigencia de certeza en el cómputo del mismo, que lleva a la exclusión de los «elementos inciertos», que pueden conducir al «desbordamiento del plazo razonable», conectándose de este modo la exigencia de certeza con la del «plazo razonable»; (iii) en tercer lugar, que del otro criterio en que se fundamenta el establecimiento del plazo máximo (evitar dilaciones indebidas) se deriva la necesidad de valorar, junto a la complejidad de la causa, tanto la actuación de los órganos judiciales como la conducta del recurrente a la hora de determinar si las dilaciones producidas pueden o no excluirse del cómputo del plazo, criterios que coinciden con los empleados para determinar si nos encontramos o no ante un «plazo razonable».

[.../...]

Este tribunal ha tenido la oportunidad también de analizar la naturaleza, régimen y duración de las medidas cautelares privativas de libertad con ocasión de la ejecución de procesos de extradición y de orden europea de detención y entrega. Así, en el ATC 118/2003, de 8 de abril, ya afirmamos que, a diferencia de la prisión provisional ordinaria, en la privación de libertad producida como consecuencia de la ejecución de un proceso extradicional en España no se ventila la existencia de responsabilidad penal, sino el cumplimiento de las garantías previstas en un proceso dirigido exclusivamente a resolver sobre la petición de auxilio internacional en que la extradición consiste, de tal manera que no resultan «aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre prisión provisional previstas en la LECrim, si bien el párrafo final de artículo 10 LEP [Ley de extradición pasiva] remite, con carácter supletorio, en cuanto al límite máximo de la prisión provisional y los derechos que corresponden al detenido, a los preceptos correspondientes de la LECrim» (FJ 2). La aplicación supletoria de las normas sobre determinación del límite máximo de prisión provisional y la exigencia de que aquella se encuentre sujeta «a un plazo razonable», de conformidad con lo pre-

visto en los arts. 5.3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), ha justificado que este tribunal haya estimado vulneradoras del artículo 17.4 CE supuestos de interpretaciones que no solamente se alejaban de estas exigencias sino que, además, hacían depender el referido plazo máximo de elementos inciertos contrarios a la seguridad jurídica del propio privado de libertad.

Es el caso, por ejemplo, de la STC 147/2000, de 29 de mayo, donde concluimos que una argumentación que se fundamentaba en que el mantenimiento de una medida cautelar de prisión provisional, una vez concedida la extradición, no se encontraba sometido a límites temporales sino a los presupuestos de idoneidad, proporcionalidad y adecuación a las circunstancias del caso, resultaba constitucionalmente censurable toda vez que, estando en juego el derecho a la libertad, aquella había de «quedar sometida a la existencia de un plazo máximo de duración, en virtud del artículo 17.4 CE, para cuyo cómputo habrá que incluir el período previo de prisión que el sujeto reclamado haya sufrido como consecuencia de una misma solicitud de extradición» (FJ 10).

Este mismo criterio fue seguido también en las SSTC 71/2000 y 72/2000, ambas de 13 de marzo, donde también consideramos contrario a los principios que regulan la prisión provisional la interpretación efectuada por la Audiencia Nacional de que su cómputo quedaba interrumpido mientras el demandante cumplía condena por otra causa que impedía la entrega ya acordada en el expediente de extradición.

Y también *a sensu contrario* en el ATC 118/2003, de 8 de abril, donde se declaró conforme a los principios de legalidad, previsibilidad y «plazo razonable», un supuesto en que se había prorrogado la prisión provisional del recurrente hasta la mitad de la condena en un procedimiento de extradición pasiva dirigido a la entrega de aquel a Turquía para el cumplimiento de una pena. En este caso, señalaba el Tribunal que dicha decisión aparecía fundamentada no solamente en la finalidad de evitar un evidente riesgo de fuga, sino, también, en una «aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 504.5 LECrim, por remisión de artículo 10 *in fine* LEP, técnica jurídica que no merece reproche de inconstitucionalidad en el ámbito del procedimiento de extradición desde la perspectiva de los arts. 17 y 25.1 CE» y que lleva a calificar el plazo «como cierto, determinado y razonable a los efectos de artículo 17.1 y 4 CE, artículo 5.3 del Convenio europeo de derechos humanos, así como del artículo 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos» (FJ 2).

En relación con supuestos de extradición activa, la polémica doctrinal y jurisprudencial ha orbitado en torno al cómputo del período de privación de libertad sufrida en el extranjero, bien a los efectos de la liquidación definitiva de la condena (art. 58 CP), bien a los efectos del plazo máximo de prisión provisional en España (art. 504.2 LECrim). Sobre esta concreta cuestión, la doctrina de este tribunal en diferentes pronunciamientos ha considerado que la propia previsión de artículo 504.5 LECrim (anteriormente 504.6 LECrim) «para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la administración de justicia» amparaba constitucionalmente interpretaciones judiciales que giraban sobre la idea de que el período de privación de libertad sufrido en el extranjero como consecuencia de un proceso de extradición no computaba a los efectos del plazo del artículo 504.2 LECrim siempre que aquel hubiera sido necesario dada la actuación del propio encausado.

Así, en la STC 8/1990, de 18 de enero, FJ 5, desestimamos el amparo afirmando que «en cuanto al comportamiento del recurrente se puede apreciar que, aun cuando careciese de antecedentes penales en España (no así en Francia) no tenía residencia,

familia, empleo ni en general arraigo alguno en nuestro país y, sobre todo, tal y como certeramente arguye el juez de instrucción en sus resoluciones recurridas, fue el propio demandante quien, al sustraerse de la acción de la justicia mediante su huida a Francia y al provocar su rebeldía, ocasionó también la dilación en su pérdida de libertad al obligar al juzgado a acudir al auxilio judicial internacional y tener que suscitarse un proceso de extradición, en el que, si bien el recurrente tuvo ocasión de ejercitar su legítimo derecho de defensa, tampoco es menos cierto que, tal y como ya adujo el juzgado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 504.6 LECrim, no puede computarse dentro del plazo máximo de duración de la prisión provisional “el tiempo en que la causa sufre dilaciones, no imputables a la administración de justicia”. Desde el punto de vista constitucional nada tenemos que objetar a esta interpretación de la legalidad ordinaria, que es plenamente respetuosa con el derecho consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución, sino, antes al contrario, hemos de subrayar que ni el recurso de amparo protege a los ciudadanos frente a hipotéticas lesiones de derechos fundamentales que pudieran cometer poderes públicos distintos a los del Estado español (art. 41.2 LOTC), ni puede exceder del plazo razonable o merecer el calificativo de “indebidas” aquellas supuestas dilaciones que obedezcan única y exclusivamente, tal y como acontece en el presente caso, a la intencionada conducta de la parte recurrente en amparo (Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión 11022/1984, asunto *Pérez-Mahia*, SSTEDH de 6 de mayo de 1981, asunto *Buchholz*, y de 8 de diciembre de 1983, asunto *Pretto*)».

Esta misma decisión fue alcanzada en el ATC 189/2005, de 9 de mayo, donde la reclamación de extradición tuvo lugar «por las incomparecencias» del demandante y por «su salida de país sin autorización del juzgado». En base a ello, este tribunal afirmó que difícilmente podía negarse fundamentación al auto de la Audiencia Nacional por lo que no cabe calificar de indebidas «aquellas supuestas dilaciones que obedezcan única y exclusivamente, tal como acontece en el presente caso, a la intencionada conducta de la parte recurrente en amparo» (FJ 2).

Y también en el ATC 212/2005, de 12 de mayo, donde «no formó parte de la prisión acordada por la administración española de justicia la privación provisional de libertad que no se debió a esta ni a ninguna otra causa abierta en España, sino solo a procedimientos abiertos por los órganos judiciales mexicanos, por mucho que total o parcialmente dichas causas pudieran estar persiguiendo la responsabilidad penal por los mismos hechos» (FJ 3).

Distinto a los pronunciamientos anteriores es, no obstante, la reciente STC 113/2022, de 26 de septiembre, donde se planteaba la insuficiencia de la indemnización percibida por el que, habiendo sido sometido a una medida de prisión provisional en Reino Unido —en ejecución de una orden europea de detención y entrega, emitida por las autoridades españolas—, su procedimiento fue posteriormente archivado, denegándosele a continuación toda reparación económica correspondiente al tiempo de prisión sufrido en cárceles británicas (arts. 121 CE y 294.1 LOPJ).

Al analizar la posible responsabilidad patrimonial de Estado por el período de privación de libertad sufrido fuera de nuestras fronteras, la referida sentencia estima el amparo y reconoce la obligación del Estado de indemnizar por dicho importe resaltando que «resulta innegable la vinculación del sistema de administración de justicia español con el momento inicial de la emisión de la orden de detención internacional dictada contra el recurrente, en cuanto con ella el Juez Central de Instrucción competente requería la colaboración de las autoridades británicas para poner a su disposición a uno de los investigados [...] No constando en las actuaciones de este caso que el recurrente hubiera sufrido prisión provisional en el Reino Unido en esos años por otras causas judiciales, es claro que todo el tiempo que pasó en prisión desde su

detención [...] lo fue en ejecución de una solicitud de extradición librada por un tribunal español respecto de un procedimiento penal seguido en España. Fue a requerimiento de la justicia española que los tribunales de Reino Unido abrieron y sustanciaron los trámites para ejecutar la orden recibida, procediendo a detener al recurrente a fin de que no se frustrara el objetivo de la solicitud de extradición». En base a ello consideramos que «el tribunal emisor no puede desligarse de la propia realidad de la situación de prisión hecha efectiva en el otro Estado pero creada causalmente por él, como aquí ha sucedido con la orden de detención y entrega [...] la cual mantuvo en vigor hasta el final, cuando acabó de ejecutarse su entrega» (STC 113/2022, de 26 de septiembre, FJ 3)».

(STC 143/2022, de 14 de noviembre. Recurso de amparo 3630-2022. Ponente: D.^a María Luisa Balaguer Callejón. *BOE* 24 de diciembre de 2022).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor contratado doctor de Derecho Penal y Criminología
UNED

ARTÍCULO 2.2 CP

Principio de legalidad. Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años: aplicación retroactiva de la LO 10/2022, aplicación de la pena en su mínima extensión, que ahora pasa de 12 años a 10

La entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II CP, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resultara más beneficiosa al condenado, pues de ser así, por aplicación del artículo 2.2 CP habrá de serle retroactivamente aplicable.

1. Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo, «No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad». O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio, «En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal». Ahora bien, la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación.

De otro lado, la comparación hemos de abordarla a partir de la penalidad impuesta, pues no nos corresponde ahora como Sala de casación efectuar una nueva determinación de la pena emitiendo un juicio de proporcionalidad en atención a la gravedad de la culpabilidad y la ponderación de las circunstancias que permitan detectar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en relación a los factores expuestos y que éste no ha sido arbitrario.

2. En este caso el Tribunal de instancia determinó la pena privativa de libertad que impuso en el mínimo legal, y lo hizo sin mayor argumentación que su vinculación con la petición Fiscal.

En general la opción por el umbral de la pena desvanece cualquier efecto que pudiera entenderse anudado a un supuesto déficit motivador sobre la materia, pues si bien hemos señalado que es imprescindible expresar en la sentencia las razones individualizadoras, ese esfuerzo argumentativo es proporcional al grado de discrecionalidad, y más exigente a medida que la opción del Tribunal se aleje del mínimo legal.

Buena muestra de que la defensa del acusado no vio cercenada la garantía de tutela judicial efectiva en este aspecto, la encontramos en el contenido del recurso planteado. Aunque el mismo denunció déficit de motivación tanto en la apelación como en el segundo de los motivos del de casación que ahora resolvemos, en ningún caso proyectó el mismo sobre la cantidad de pena, simplemente porque a partir de la tipicidad aplicada, aquella no podía modularse a la baja.

De otro lado, tampoco era imprescindible un especial esfuerzo argumentativo, toda vez que el Tribunal sentenciador se encontraba con el techo que impone el principio acusatorio, y el Fiscal, única acusación interviniente en el proceso, se decantó en sus conclusiones por solicitar la pena mínima.

Partiendo de tales premisas, queda claro que una vez sentada la tipicidad aplicable, todos los intervinientes en el proceso, desde sus respectivas ópticas, descartaron razones que justificaran una penalidad que rebasara el mínimo legal, y esa conclusión nos obliga ahora a efectuar esa comparación normativa, precisamente a partir de ese límite mínimo de la pena privativa de libertad.

3. Los hechos declarados probados encajan ahora sin margen de discusión en el nuevo artículo 181.1, 2 y 3 segundo inciso CP, con una penalidad que oscila entre los 10 y los 15 años de prisión. Tal y como ha argumentado el Fiscal en el traslado que se le ha conferido al efecto, la pena de 12 años es también ahora imponible, lo que abocaría a su inmodificabilidad en el caso de que el Tribunal de instancia hubiera ejercido su arbitrio elevando la pena por encima de su umbral. Pero no fue así, por lo que la disminución en el límite mínimo por el que en su momento se decantaron, no solo la acusación, sino también el Tribunal sin objetar razones que según su criterio justificaran un mayor reproche traducido en cantidad de pena, determinan, como ha solicitado la parte recurrente, la aplicación retroactiva de la nueva norma fijando ahora la pena en 10 años de prisión. El resultado de la confrontación normativa se perfila con nitidez, toda vez que el relato de hechos probados no describe lesiones que pudieran determinar su punición independiente ex actual artículo 194 bis, por más que esta sea una cuestión no exenta de matices que no es el momento de abordar.

No procede variar la pena de inhabilitación impuesta, pues en los términos en que aparece fijada se corresponde con el mínimo imponible con la actual redacción del artículo 192.3 CP. Ni tampoco la libertad vigilada impuesta en aplicación del artículo 192.1 CP cuya redacción no ha variado.

(STS 987/2022, de 21 diciembre)

ARTÍCULO 48 CP

Prohibición de que el reo vuelva al lugar del delito: la consideración de lugar de comisión del delito a los efectos del artículo 48 CP, no solo se refiere a los lugares o espacios físicos, sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en Internet; la pena accesoria de prohibición de acudir al lugar del delito

relativa al cierre del canal de YouTube donde se cometió el atentado a la integridad moral de la víctima y la prohibición de crear otros durante cinco años, no es una pena desproporcionada o extensiva de la prevista en el artículo 48.1 CP.

[...] La anulación por la Audiencia Provincial de la pena impuesta por el Juzgado de lo Penal –prohibición al acusado de acudir al lugar del delito, esto es, la red social de YouTube por 5 años, lo que implica el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante este tiempo– se justifica en la sentencia recurrida con el argumento de que el artículo 48.1 CP no ampara la pena impuesta. Esa pena, si bien se mira, no recoge una pena distinta de la prohibición de residencia o aproximación a un lugar concreto y este precepto –razona la Audiencia Provincial– no puede interpretarse extensiva ni analógicamente en contra del reo para sustentar la prohibición de la acceder a la red social YouTube.

En su recurso contra la anulación de esa pena el Fiscal hace valer la idea de que la exclusión de la pena accesoria pretendida sólo puede responder a la consideración de que la privación del derecho a acudir a determinados lugares en que se haya cometido el delito, plasmada en el artículo 48.1 únicamente comprende lugares físicos, no espacios digitales o virtuales.

La cuestión, por tanto, se debe reconducir a si puede tener la consideración de «lugar de comisión del delito», a los efectos del artículo 48 CP, no sólo los lugares o espacios físicos sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en Internet.

El Fiscal descarta esa interpretación extensiva a partir de una interpretación gramatical que la Sala tiene que hacer necesariamente suya.

En efecto, partiendo de la definición ofrecida por la Real Academia de la Lengua para el término «lugar», la primera acepción que se recoge es la de «espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera». Dado que la propia Academia define «cuerpo» como «aquello que tiene extensión limitada perceptible por los sentidos», habrá que concluir indefectiblemente que como lugar cabría entender cualquier espacio susceptible de ser ocupado por algo de extensión limitada y perceptible con los sentidos. Así pues, un espacio de reunión como puede ser un foro, chat o red social puede tener cabida en la primera de las acepciones gramaticales del vocablo «lugar», en tanto que la participación de individuos y la aportación de sus contenidos ocupa el espacio limitado de que tal foro o red dispone, limitando a su vez la disponibilidad del mismo para que pueda ser ocupado por otros individuos y sus respectivos contenidos, de tal manera que el compendio de la participación de cada uno de los sujetos constituye el «cuerpo» perceptible evidentemente por todos los demás que participan en el mismo espacio, cumplimentando con ello la definición académica.

Esta primera aproximación al significado gramatical de lo que por lugar del delito debe entenderse, ve reforzado su valor interpretativo por lo dispuesto por el artículo 214 CP que, al regular los efectos de la retractación del acusado en los delitos de injuria y calumnia, se refiere a «espacios» de difusión, no a espacios geográficos excluyentes.

Tiene también razón el Fiscal cuando apunta que, en términos estrictamente gramaticales, aun acudiendo a la segunda acepción del vocablo «lugar», sigue sin existir esa vinculación geográfica que ha llevado a la Audiencia a anular la pena impuesta. Conforme a esta segunda acepción se define el «lugar» como «sitio o paraje». Nótese que el vocablo «sitio» es de uso generalizado para referirse a ubicaciones de contenidos en Internet. Por si fuera poco, la propia definición de la RAE de la voz «sitio» vuelve a remitir a lo antes dicho, esto es, «espacio que es ocupado o puede serlo por algo», añadiendo en su segunda acepción «lugar o terreno determinado que es a propósito para algo».

No es hasta la tercera y cuarta acepción de «lugar» cuando nos encontramos con la necesidad de vincular material y geográficamente el concepto, en tanto se nos define como «ciudad, villa o aldea» «población pequeña, menor que villa y mayor que aldea», definiciones de carácter tan limitado que no pueden tener cabida como referente en el concepto jurídico del lugar que emplea el artículo 48.1 CP puesto que, conforme a ellos no podría entenderse como «lugar», por ejemplo, cualquier extensión territorial de ámbito mayor al de una ciudad.

En definitiva, descartadas por su restrictivo significado estas dos últimas definiciones, debemos concluir que la interpretación del «lugar» que delimita un espacio de ejecución no la ofrecen las dos primeras acepciones académicas, las cuales, con arreglo a lo expuesto, no excluyen espacios o ubicaciones sin vinculación territorial o geográfica en tanto sean susceptibles de ser ocupados por contenidos de extensión limitada.

3. La Sala no puede identificarse con una concepción histórica del lugar de ejecución del delito que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible.

El ciberespacio ofrece un marco digital diferenciado de la realidad puramente física como espacio del delito. La experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de sólo algunos de los elementos del tipo.

Esta idea aparece recogida en algunas de los textos legislativos que han tenido que hacer frente a este fenómeno que aspira a desbordar los esquemas analíticos más convencionales. Es el caso, por ejemplo, de la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2015 de 5 de octubre. En su artículo 588 ter, al regular los presupuestos que han de concurrir para la autorización judicial de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se refiere a «los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicios de comunicación».

También hemos aludido en la STS 4/2017, 18 de enero –citada por el Fiscal– a la necesidad de tener en cuenta que «...la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal».

En definitiva, la Sala no detecta una interpretación contra reo del artículo 48 CP cuando la primera sentencia de instancia considera que un delito como el reflejado en el relato de hechos probados puede entenderse cometido en Internet y es susceptible de generar la prohibición de volver a acceder a la red social en la que ese delito se ideó, se desarrolló y se divulgó.

4. Con el fin de respaldar la viabilidad de su recurso y excluir cualquier atisbo de quiebra del principio de proporcionalidad en la respuesta inicial del Juzgado de lo

penal, el Fiscal recuerda –con razón– que la finalidad de las penas accesorias a que se refiere el artículo 48 CP no responde a una pretensión del legislador de incrementar la gravosidad de la situación del condenado ni menos aún su control social o inocuización. Al contrario, y como es manifiesto de la propia lectura del precepto y de su exacta ubicación sistemática –junto con las privaciones del derecho a residir o acudir al lugar en que resida la víctima o su familia (art. 48.1 CP) y las prohibiciones de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas (art. 48.2 y 48.3 CP)– la finalidad de la privación es la de proteger a las víctimas directas del delito de la victimización secundaria derivada del posible encuentro con el autor del delito y, fundamentalmente, excluir el riesgo de que se puedan llegar a verificar nuevas lesiones en los bienes jurídicos protegidos de éstas o de terceros. Siendo ésta la finalidad atribuida por el legislador a la privación del derecho a acudir a determinados lugares, la consideración de que tales lugares dan cabida a los espacios virtuales en que el delito haya sido cometido en modo alguno implica separarse de la finalidad prevista: tal privación impide la reiteración de la conducta lesiva para el bien jurídico en cada caso protegido, ya sean bienes jurídicos personalísimos –como puede suceder en los delitos contra el honor, la intimidad o la integridad moral cometidos en redes, foros o páginas de Internet– o bienes jurídicos colectivos como puede suceder en los delitos de terrorismo en relación al adoctrinamiento o captación, enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o delitos relacionados con la distribución de pornografía infantil–.

En el caso presente, además, la privación de derechos se ha impuesto de forma limitada y ceñida al lugar de comisión del delito, esto es, la red, foro o plataforma concreta en la que se habría producido la distribución del material. Hablamos de la red social YouTube. La limitación a su acceso no supone una afectación desproporcionada a las facultades del individuo, como podría resultar de la imposición general de una pena que consista en la prohibición de acceso a internet, bien de forma genérica o bien en forma de prohibición de contratar con empresas proveedoras de acceso a internet.

Esta obligada referencia al principio de proporcionalidad permite a la Sala dejar constancia de que la prohibición de acudir al lugar del delito, impuesta al amparo del artículo 48 CP, representa una de las distintas posibilidades que ofrece nuestro sistema para excluir el riesgo de nuevas ofensas, en el presente caso, a la dignidad de terceros. Pero no es, desde luego, la única. Podría incluso decirse que existen fórmulas alternativas que aliviarían el esfuerzo de interpretación desplegado por el Fiscal en su recurso para demostrar que el lugar del delito no tiene que identificarse con un espacio necesariamente ubicable en una realidad física. De hecho, entre las penas accesorias que autoriza el artículo 56 CP, se prevé la posibilidad de imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión y oficio, facultando al Tribunal a «...restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio» (art. 45 CP). Se da la circunstancia de que el relato de hechos probados proclama que Cirilo «...se convirtió en un conocido “Youtuber”, nombre con el que coloquialmente se designa a personas que comparten vídeos en su canal de la red social y hacen del mismo un medio de vida con la obtención de cuantiosos ingresos derivados de la publicidad que se inserta en el mismo por la empresa que administra la red social y que se calculan en función del número de seguidores y del número de visualizaciones que tienen los contenidos audiovisuales difundidos».

Tampoco es descartable, una vez verificado el oportuno juicio de proporcionalidad, considerar que el canal de YouTube, mediante el que se hacía posible la difusión de las lacerantes imágenes captadas por el acusado, pueda ser considerado como un instrumento del delito y, por tanto, sometido al decomiso previsto en el artículo 127.1 CP.

(STS 547/2022, de 2 junio)

ARTÍCULO 89.1 CP

Expulsión de extranjero: la audiencia del condenado, parte del derecho de defensa, es preciso que tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, le permitan de manera adecuada exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión en sustitución de la pena, pudiéndose hacer en sentencia o una vez declarada su firmeza con audiencia del Fiscal y de las demás partes

La posibilidad de sustitución de la pena por expulsión del territorio español está contemplada en el artículo 89 CP comprendido como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad dentro del Capítulo III del Título III CP. No es propiamente una pena impuesta sino una conmutación en su forma de ejecución.

El artículo 89.3 CP dispone que «El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena». De esta forma establece la posibilidad de que la cuestión sea resuelta en sentencia tras la celebración del juicio, en el que lógicamente habrá sido oído sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas por las acusaciones y habrá podido aportar las pruebas y efectuar las alegaciones en su descargo que haya estimado oportunas. Ello no obstante, el citado precepto admite la posibilidad de ejecutar este trámite tras la firmeza de la sentencia, en ejecución de la misma si no fuera posible resolver sobre la sustitución en la propia sentencia, en cuyo caso es preceptiva la previa audiencia del Fiscal y de las demás partes.

En todo caso, cualquiera que sea el momento en que se decida sobre la sustitución, la audiencia del acusado no es un trámite meramente formal. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 242/1994, de 20 de julio, «es preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del artículo 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto). Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 PIDCP)».

En el mismo sentido nos pronunciábamos en la sentencia núm. 6/2018, de 10 de enero, en la que con remisión a reiteradas resoluciones de esta Sala (SSTS de 8 de Julio de 2004, 24 de Octubre de 2005, 24 de Julio de 2006, 25 de enero y 18 de Julio de 2007; 531/2010, de 04/06, entre otras) recordábamos que «no resulta posible una aplicación mecánica del mencionado precepto, en lo que supone de automatismo contrario a los principios constitucionales rectores de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el acusatorio o el de contradicción, y derechos también esenciales cuales los de audiencia, defensa o motivación de las decisiones judiciales, de modo que la medida sustitutiva, prevista en el artículo 89.1 CP, sólo puede ser aplicada, previa solicitud de la Acusación, tras el oportuno debate, posibilitando las alegaciones de la Defensa y con una fundamentación adecuada a las circunstancias concretas del caso».

El apartado 1 del artículo 89 CP en su redacción actual, conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, dispone que «Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español».

El precepto impone por tanto al Juez, con carácter general, la obligación de sustituir la pena de prisión impuesta superior al año e inferior a cinco años por la expulsión del territorio español.

Sin embargo, a continuación, en los apartados siguientes recoge una serie de supuestos que suponen una excepción a la regla general.

Así, en el mismo apartado prevé de forma excepcional la posibilidad de acordar la ejecución de una parte de la pena, que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

El apartado 2 exige la ejecución de todo o parte de la pena para penas superiores a cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, en la medida que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, disponiendo la sustitución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

El apartado 4 excluye la sustitución de la pena por expulsión cuando esta aparezca desproporcionada. Se prevé también la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea y de extranjeros residentes en España durante los diez años anteriores únicamente cuando concurren determinadas circunstancias.

Igualmente, como hemos visto, el precepto comentado exige que la resolución se adopte, bien en sentencia tras la celebración del juicio, bien en un trámite posterior, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes del proceso.

Tal previsión es acorde con los requisitos que esta Sala ha venido estableciendo, atendiendo a su vez a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, matizando el pretendido automatismo del legislador, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los derechos fundamentales del condenado. Ello exige que, para resolver sobre la sustitución, se cumplan los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación (STC 203/97, de 25 de noviembre y SSTs 588/2012, de 29 de junio; 1027/2009, de 22 de octubre; 165/09, de 19 de febrero; 35/07, de 25 de enero; 832/06, de 24 de julio; 274/06, de 3 de marzo; 710/2005, de 7 de junio; 514/05, de 22 de abril; y 901/04, de 8 de julio).

Cuarto. Como ya hemos expresado en el anterior fundamento, el derecho de audiencia o derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas. Íntimamente ligado al mismo, el principio de contradicción implica que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

La audiencia al penado y el respeto al principio de contradicción en la decisión sobre expulsión del territorio nacional, ya se considere ésta como consecuencia jurídica del delito o como forma de ejecución de la pena, forman parte del derecho de defensa del penado.

Señala el Tribunal Constitucional (STC 242/1994, de 20 de julio) que, para lograr la adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental. Sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita.

La proporcionalidad de la medida es exigida en el apartado 4 del artículo 89 CP. Como antes se expresaba, el mismo establece la necesidad de que el juez realice un juicio de proporcionalidad, disponiendo que no procederá la expulsión cuando resulte desproporcionada.

Prevé también los criterios de valoración de la proporcionalidad de la medida, debiéndose estar a las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular a su arraigo en España.

Ello coincide con los factores que venían siendo exigidos por la jurisprudencia de esta Sala para resolver sobre la procedencia de la sustitución. Entre estos factores resulta esencial el arraigo del penado. Para que pueda ser sustituida la pena de prisión por la expulsión, el ciudadano extranjero debe de carecer de arraigo en España. Junto a él deben ser contemplados otros factores tales como las circunstancias personales, familiares y laborales del penado, la duración de la pena y tipo de delito por el que ha sido condenado, necesidad de cumplimiento para impedir generar situaciones de impunidad, la posibilidad de reinserción del penado mediante la suspensión con imposición de obligaciones o prestaciones comunitarias en el caso de delitos menos graves o penas de corta duración, y la situación político/social del país de origen del penado y posibles riesgos para su persona en caso de regreso al mismo.

Por último, en relación a la motivación de la resolución sobre expulsión, el Tribunal Constitucional destaca (STC 29/2017, de 27 de febrero) que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en Derecho que no esté incurso en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, alcanza también a la eficacia probatoria que los medios de prueba, de modo tal que es necesario que los órganos judiciales especifiquen el discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante y que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión (así, STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3).

Por otra parte, también el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso «al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (artículo 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39 CE) en relación al mandato del artículo 10.2 de la Constitución Española, así como el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño».

Quinto. En el caso de autos, la cuestión que se suscita es, si no habiendo comparecido el acusado al acto del Juicio Oral de forma voluntaria, y habiéndose celebrado el juicio en su ausencia, podía el Tribunal decidir sobre la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio español, dando por precluido el trámite de audiencia.

Examinando las actuaciones *ex* artículo 899 de la LECrim, podemos comprobar que nos encontramos ante un juicio rápido que fue incoado el mismo día en el que el acusado, entonces detenido, pasó a disposición judicial, siendo informado de sus derechos y acogiéndose a su derecho a no declarar. El mismo día se dictó auto de apertura de juicio oral en el que, además de decretarse la libertad del acusado, se requería al Ministerio Fiscal la presentación inmediata de su escrito de acusación del que se acordaba dar traslado a la defensa para que formulara también sus conclusiones y se fijaba el señalamiento para la celebración del juicio. El Ministerio Fiscal presentó ese mismo día escrito de conclusiones provisionales en el que solicitaba expresamente que le fuera impuesta una pena de prisión en extensión de un año y seis meses y que la misma fuera sustituida por la expulsión del acusado del territorio espa-

ñol y prohibición de entrada en España durante cinco años conforme a lo previsto en el artículo 89 CP. Finalmente, también ese mismo día el acusado quedó citado personalmente para el acto del juicio oral y se le notificó, también personalmente, el auto de apertura de juicio oral del que se le entregó copia, confiriéndole asimismo traslado de la calificación del Ministerio Fiscal. Por último, se le hizo saber que su ausencia injustificada en el acto del juicio no impediría su celebración.

Consta también en las actuaciones que el acusado estuvo asistido de intérprete de urdú.

El juicio oral se celebró en el día y hora señalados. Al mismo no compareció el acusado, haciéndolo su defensa y practicándose en el mismo las pruebas propuestas por las partes. No se ha manifestado ni por el acusado ni por su defensa la existencia de impedimento alguno por el que se hubiese visto imposibilitado contra su voluntad de acudir a juicio.

Por tanto, no se ha vulnerado el derecho de audiencia del acusado. Se le ha posibilitado en todo momento que alegara lo que tuviera por conveniente oponiéndose a la pretensión del Ministerio Fiscal y aportando los medios de prueba que estimara oportunos. El acusado, asistido de Letrado desde el inicio de las actuaciones, ha tenido así posibilidad de expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto del Juicio Oral. Igualmente ha sido respetado el principio de contradicción, habiendo tenido su Defensa la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba.

Podemos por ello concluir afirmando que si el acusado no ha sido oído personalmente ello ha sido motivado por causas exclusivamente a él imputables.

(STS 644/2022, de 27 junio)

ARTÍCULO 140.1 CP

Asesinato, alevosía: en la alevosía doméstica o convivencial no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima; es compatible la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima por desvalimiento con la hipercualificación de ser la víctima menor de 16 años, al tener un fundamento jurídico distinto, lo que no implica un mecanismo duplicativo de non bis in idem: aplicación de prisión permanente revisable

En los dos primeros motivos del recurso, amparados en el artículo 849.1 LECrim, se denuncia haberse infringido por la sentencia de instancia el artículo 139 en relación con el 140.1 CP, por inaplicación de este último, en base a dos consideraciones: la primera, que según se desprende de los hechos probados en el supuesto no solo existe alevosía por indefensión del menor, si no también alevosía derivada de la relación convivencial, por lo que concurren dos tipos de alevosía, lo que implica que los acusados deben ser condenados a prisión permanente revisable; y, la segunda, basada en que el legislador ha querido diferenciar entre calificación del tipo, en aras a distinguir el homicidio del asesinato, caracterizado por la alevosía, la indefensión, el prevalimiento de una situación de vulnerabilidad, mientras que la circunstancia prevista el 140.1.1, es un precepto que se limita, a una forma de aplicación de la pena. El 138 y el 139 CP tratan la tipicidad mientras que el 140.1.1 establecen una forma de puni-

ción, que responde a criterios de política criminal y en ningún caso, debe apreciarse un quebrantamiento del principio *non bis in idem*, al apreciar la alevosía por vulnerabilidad y tener en cuenta la edad de la víctima.

[...] Se viene distinguiendo entre la alevosía por emboscada o acechanza, la súbita o sorpresiva y la alevosía por desvalimiento, pero, al margen de calificaciones y según se recuerda extensamente en la STS 299/2018, de 19 de junio, la circunstancia agravante de alevosía se aplica a todos aquellos supuestos 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, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada, por más que pueda ser compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS 13 de marzo de 2000).

Para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima (STS 750/2016, de 11 de octubre), como ocurre, por ejemplo cuando el autor pretende atacar a la mujer con la que convive, aprovechando la despreocupación de la víctima, cuando se encuentra en su propio domicilio y no espera un ataque de la persona con la que vive a diario, lo que ha venido a denominarse «alevosía doméstica» (STS 39/2017, de 31 de enero y 527/2012, de 29 de junio).

La jurisprudencia también ha reconocido la alevosía no sólo en los casos anteriores sino cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo, se produce una alteración en la dinámica del hecho de forma que la víctima no pueda esperar un resultado letal (SSTS. 53/2009 de 22 de octubre, 147/2007 de 19 de febrero, 640/2008 de 8 de octubre, 243/2004 de 24 de febrero), situación que viene denominándose como alevosía sobrevenida. Pero cuando el ataque a la persona se produce desarrollándose en varios actos ejecutados sin solución de continuidad, si en el inicio de la agresión no es posible apreciar la alevosía a causa de la ausencia de sus elementos característicos, tampoco podrá estimarse su concurrencia valorando el eventual desvalimiento o situación de inferioridad en la que se encuentra la víctima en los momentos finales de la acción, pues ésta sería una consecuencia natural de los primeros actos de agresión.

Como destaca la reciente STS 629/2018, de 12 de diciembre, «la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor». y según se recuerda en la STS 104/2014, de 14 de febrero, «para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción».

2.2. La reciente sentencia 720/2020, de 30 de diciembre también hace referencia a la invocada por el recurrente alevosía doméstica o convivencial haciendo referencia a que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima (STS 750/2016, de 11 de octubre), como ocurre, por ejemplo cuando el

autor pretende atacar a la mujer con la que convive, aprovechando la despreocupación de la víctima, cuando se encuentra en su propio domicilio y no espera un ataque de la persona con la vive a diario, lo que ha venido a denominarse «alevosía doméstica» (STS 39/2017, de 31 de enero y 527/2012, de 29 de junio).

Sostiene el recurrente que, no solo concurre la alevosía por indefensión derivada de la corta edad del menor, sino la alevosía derivada de una relación convivencial. Esta última es la que impidió actuar a los vecinos o a otros familiares, quienes se vieron sorprendidos por lo acontecido, y ante los llores del menor, no pensaron que se tratara en ningún caso de la causación de palizas ni de un estrangulamiento que produjera su fallecimiento.

Estaríamos no solo ante una modalidad de alevosía de prevalimiento, que podría discutirse si atrae el *bis in idem* entre los artículos 139 y 140, sino ante una añadida alevosía súbita o sorpresiva derivada de una relación de confianza, de una relación convivencial y familiar.

La citada denuncia no puede prosperar. Como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal, lo cierto es que el concepto de ataque súbito e inesperado que se esconde detrás de la novedosa noción de alevosía convivencial o doméstica debe ser predicado en este caso solo respecto del menor. No es posible orientar el concepto de ataque súbito e inesperado respecto de la madre, en la medida en que ella ha sido condenada y lo ha sido en tanto que ha contemplado ese ataque, repetido y prolongado en el tiempo, en absoluto súbito o inesperado para ella, de modo complaciente o pasivo. Respecto de otros posibles sujetos en defensa del menor (padre biológico, vecinos, etc.), tampoco es dable conducir el concepto de alevosía convivencial respecto de la invalidación de la defensa que de ellos pudiera provenir. No lo es, dado que los estrechos límites del hogar en el que se produjo la reiteración de ataques al menor hacían por su naturaleza imposible una defensa eficaz de aquellos, impedida por el carácter de intimidad del hogar y la dificultad inherente a discernir las verdaderas razones de los llores lejanos del menor.

3. En cuanto al segundo aspecto de la queja planteada por infracción de ley, hay que tener en cuenta que la doctrina de esta Sala no ha variado el concepto de alevosía, pero sí el criterio sobre la compatibilidad entre la alevosía por desvalimiento sobre menor de edad y la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP.

Sobre esa compatibilidad se advierten dos posiciones distintas en la doctrina de este Tribunal, que se decanta, sin duda, recientemente por la segunda de ellas.

3.1. Una primera, que vendría representada por la STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018, proclama que en los supuestos en que la edad de la víctima (niños de escasa edad o ancianos) o la enfermedad o discapacidad física o mental, determinan por sí solas la alevosía, nos encontramos ante el tipo básico de asesinato (art. 139.1.1.ª), lo que impedirá además apreciar el asesinato agravado del artículo 140.1.1.ª, pues las condiciones de la víctima ya habrían sido tomadas en consideración para calificar el hecho como asesinato y, de apreciarse de nuevo, se produciría una violación del principio non bis in idem.

Sentencia que también apunta que la muerte de un ser desvalido que suponga por sí sola alevosía, habrá de resolverse a través de la herramienta del concurso de normas otorgando preferencia al asesinato alevoso (139.1.1.ª CP con prisión de 15 a 25 años) frente al homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4 CP).

Apunta la misma tesis la sentencia 716/2018, de 16 de enero de 2019, en la que tras llevar a cabo un pormenorizado estudio de la prisión permanente revisable, indica que «en el caso de autos, dada la inescindibilidad descrita del ataque sorpresivo con el

desvalimiento o vulnerabilidad de la víctima en la causación de la indefensión, al haber sido buscada por el autor para asegurar la ejecución del delito sin riesgo propio, tanto si la indefensión que genera la especial vulnerabilidad de la víctima, autónomamente considerada, resulta subsumible en abuso de superioridad, como en alevosía, una vez apreciada la alevosía que cualifica el asesinato, no puede volver a ponderarse esa vulnerabilidad en evitación de doble ponderación de la situación de indefensión, con quiebra del principio *non bis in idem*».

3.2. Una segunda línea jurisprudencial compatibiliza la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hipercualificación del artículo 140.1.1 CP, ya que la agravación de la víctima menor de 16 años supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*) que impida la calificación en el artículo 140.1.1.º CP.

Así en la sentencia 701/2020, de 16 de diciembre se destaca el distinto fundamento de la alevosía, para cualificar el delito de asesinato, y la mayor protección que la ley concede a los menores, al establecer la hiper-agravación correspondiente a la prisión permanente revisable, con cita de la sentencia 367/2019, de 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del artículo 140.1 CP 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 concorra 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.

Sigue diciendo la citada sentencia que «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*».

Posteriormente, se ha seguido la misma línea en la sentencia 814/2020, de 5 de mayo, en la que se razona al respecto que «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 acuerdo con esta idea, el artículo 140.1.1 CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el artículo 139.1, esto es, la muerte de una 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. Con-

forme 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 CP [...]».

En igual línea las SSTS 367/2021, de 30 de abril, y 704/2021, de 19(sic) de septiembre y 719/2021, de 23 de septiembre.

3.3. Sostiene el recurrente, con cita de aquellas sentencias que consideran aplicable, que el artículo 140.1.1 cuando la alevosía del artículo 139.1.1 recae sobre niños de corta edad, que no existe *bis in idem*, y que procede imponer la pena de prisión permanente revisable. Invoca las SSTS 520/2018, 31 de octubre; 5 de mayo de 2020; 701/2020, de 15(sic) de diciembre; y 678/2020, de 11 de diciembre. Sostiene que la reforma operada por la LO 1/2015 prevé la posibilidad de comisión de un homicidio del artículo 138 respecto las personas previstas en el 140.1, aplicando a este supuesto un mayor reproche penal, siendo sancionada esta conducta con la pena superior en grado.

En el caso actual, como resulta del relato fáctico antes transcrito, la sentencia ha estimado que concurre la modalidad de alevosía por desvalimiento al recaer la acción homicida sobre un niño de dos años y seis meses de edad, siendo por tanto, plenamente aplicable la doctrina actual y mayoritaria de esta Sala, recogida en la sentencia dictada por la Magistrada Presidenta del Tribunal del Jurado, en la que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del artículo 140.1 CP, tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato, y ello por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, pues en definitiva nos encontramos con una regla de punición especial.

La reforma que incorpora la prisión permanente revisable es consecuencia de una decisión de política criminal, así como, está basada en principios de oportunidad, siendo la principal razón de la introducción de esta pena de considerable gravedad, la percepción social de la existencia de una delincuencia especialmente grave por razón de las víctimas del delito, personas desvalidas, como son los niños y los ancianos, lo que sin duda implica un mayor desvalor de la acción, un plus de antijuridicidad en la misma. El legislador penal, en distintos supuestos, ha ideado diversas fórmulas de agravación para la parte especial CP fundadas en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales, expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales –vida, salud, libertad, dignidad, integridad corporal– siendo los niños, ancianos y demás personas vulnerables por razón de enfermedad o discapacidad, ese tipo de víctimas que justifican esa punición especialmente grave acordada por el legislador.

Además, se ha buscado una finalidad de prevención especial positiva, como decía el Anteproyecto de 2012 de reforma CP, que justificaba la revisión de las penas en que la «necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas».

No obstante, esta Sala ha discrepado sobre la necesidad, pertinencia y legalidad de la regla de punición especial analizada, en las sentencias 716/2018, de 16 de enero de 2019, FD 4.1, y 678/2020, de 11 de diciembre, FD 4.2, pero lo cierto es que, actualmente, la misma ha sido declarada constitucional –STC de 6 de octubre de 2021, Número Recurso: 3866/2015–, reforma del artículo 140.1 que ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá, entre otros supuestos, por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años, sin que ello

implique infracción del *bis in idem*, ya que la prisión permanente revisable tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato.

En definitiva, la declaración de principios efectuada en el Preámbulo de la LO 1/2015, a la que hace expresa referencia la sentencia del Tribunal Constitucional citada, y también las sentencias de esta Sala que acogen la tesis que mantenemos, apela a la necesidad de proporcionar una respuesta extraordinaria a delitos extraordinarios, con el elemento compensatorio de la posible revisión de la pena en principio indeterminada, lo que se trasluce una voluntad del legislador de intensificar la reacción penal frente a unos delitos que tenían asignada hasta entonces una pena de prisión de duración no superior a los 25 años, que el legislador de 2015 consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social, así en palabras del TC «La LO 1/2015 introduce la pena de prisión permanente revisable en determinadas tipologías de asesinato y de homicidio cualificado por la calidad del sujeto pasivo (víctima) ... que contaban en la regulación anterior con límites penológicos de 20, 25 y 30 años».

(STS 585/2022, de 14 junio)

ARTÍCULO 153 CP

Violencia doméstica, maltrato en el ámbito familiar. Derecho de corrección a los hijos: los comportamientos violentos que ocasionen lesiones que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito, no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección y otras conductas deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles

La Ley 54/2007, manifiesta en su Exposición de Motivos, que corrige la redacción del artículo 154 CC (donde se leía que los padres podían corregir moderada y razonablemente a los hijos, se establece ahora la obligación de los progenitores de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad) para dar respuesta a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

En directa alusión pues, a las consideraciones de la Observación General núm. 8. (2006) del Comité de los Derechos del Niño:

El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, donde entre otras consideraciones refiriéndose a los Estados, se indica: es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, «abofetear» o «pegar» a un niño como lo es dar ese trato a un adulto, y que el Derecho penal sobre la agresión se aplica por igual a esa violencia, independientemente de que se la denomine «disciplina» o «corrección razonable».

Una vez que el Derecho penal se aplique íntegramente a las agresiones a los niños, éstos estarán protegidos contra los castigos corporales en cualquier lugar se produzcan y sea cual fuere su autor. Sin embargo, el Comité opina que, habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable –por ejemplo, el derecho de familia, la ley de educación, la

legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo— prohíba claramente su utilización en los entornos pertinentes.

En paralelo y concreción del amplio ámbito típico del artículo 153 CP y específicamente en relación a cuando los destinatarios de la violencia son menores, por parte de sus progenitores, que invocan como causa justificativa de esa violencia, el derecho de corrección, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Sala Segunda; y así la sentencia núm. 47/2020 de 11 de febrero, con cita extensa de la núm. 654/2019, de 8 de enero de 2020:

El legislador ha tipificado en el artículo 153 CP el delito de violencia doméstica de forma que en el mismo se castiga con las penas que contiene en los distintos apartados 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 (esto es, lesiones que no requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión», redacción dada por LO 1/2015, de 30 de marzo de 2015, en vigencia desde el 1 de julio de 2015.

Por tanto, debemos indicar que de entrada y desde una perspectiva general el simple hecho de golpear a un menor ya incardina la conducta del acusado en el tipo penal contenido en el apartado segundo del precepto en el que se contempla el supuesto en el que el agredido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 CP.

Posteriormente, tras reconocer la existencia de un moderado y proporcional derecho de corrección, ultima:

En conclusión, debe considerarse que el derecho de corrección, tras la reforma del artículo 154.2 *in fine* C. Civil, sigue existiendo como necesario para la condición de la función de educar inherente a la patria potestad, contemplada en el artículo 39 CE y como contrapartida al deber de obediencia de los hijos hacia sus padres, previsto en el artículo 155 C. Civil, únicamente de este modo, los padres pueden, dentro de unos límites, actuar para corregir las conductas inadecuadas de sus hijos. Si consideráramos suprimido el derecho de corrección y bajo su amparo determinadas actuaciones de los padres tales como dar un leve cachete o castigar a los hijos sin salir un fin de semana, estos actos podrían integrar tipos penales tales como el maltrato o la detención ilegal.

Por lo tanto, tras la reforma del artículo 154.2 C. Civil, el derecho de corrección es una facultad inherente a la patria potestad y no depende su existencia del reconocimiento legal expreso, sino de su carácter de derecho autónomo, por lo que sigue teniendo plena vigencia. Cosa distinta es la determinación de su contenido y de sus límites tras la supresión formal del mismo.

Es por ello y por la progresiva dulcificación de la patria potestad que viene siendo una constante en los últimos tiempos que cada caso concreto debe ponerse en consonancia con la evolución y la interpretación de las leyes con atención a la realidad social del tiempo en que apliquen a tenor de lo establecido por el artículo 3.1 del C. Civil.

En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones —entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito— no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles.

Esta Sala Segunda por su parte se ha pronunciado en STS 578/2014, de 10 de julio, y estableció que en los supuestos de delito leve de lesiones causadas por un padre a una hija: «el Código Civil desde la reforma que operó en el mismo por Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que el reconocimiento del mismo, tal y como estaba planteado, sus-

citaba la duda respecto a su colisión con el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño. En su redacción anterior el artículo 154 Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto de los hijos sometidos a su patria potestad debía ser ejercida de forma moderada y razonable. La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral, tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La reprensión ante una eventual desobediencia del menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio».

Por su parte, la STS 666/2015, de 8 de noviembre, en un caso de padrastrado que convivía en su domicilio con una hija de su esposa y que se encontraba bajo su protección, analiza la acción de propinar una bofetada a esa menor, y considera que «integra un comportamiento de maltrato doméstico que consolida un patrón de dominación violenta y de afectación a la integridad y dignidad de la menor que excede de la conducta que en la época actual, podemos considerar socialmente adecuada».

En autos, la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor; pero en modo alguno puede considerarse atípica, cuando se contempla desprovista de cualquier necesidad, justificación ni resquicio de proporcionalidad; sino como mera reacción ante un comentario que no fue del agrado del recurrente. Deviene cuestionable, el derecho de corrección que comporta violencia sobre el menor por mínima que sea; y aún cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal, si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor; en modo alguno escapa a su condición típica acreedora de reproche penal.

(STS 770/2022, de 15 septiembre)

ARTÍCULO 183 BIS CP

Consentimiento libre del menor y autor próximo al menor en edad y madurez: es necesario acreditar la madurez del menor y la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente, siempre existiendo consentimiento libre del menor, aplicando al efecto un doble criterio cronológico y biopsicosocial, como es el análisis de las características individuales de desarrollo; inexistencia: acusados de 24 y 22 años que tienen relaciones sexuales con menor de 15 años sin intimidación, con madurez psicológica superior a ésta y falta de simetría entre respectivos grados de desarrollo y madurez. Perspectiva de género: debe tener un marco de aplicación práctica en supuestos de delitos contra la libertad sexual para verificar que la capacidad de oposición por parte de la víctima o mujer se encuentra en muchas ocasiones vencida por las circunstancias particulares del agresor o agresores y la dificultad o imposibilidad de la víctima de oponerse a la conducta ilícita: perspectiva de género que no implica en ningún caso que se alteren las reglas de la valoración de la prueba y deba tener que probar su inocencia el acusado

Solicita el recurrente aplicar el artículo 183 *quater* CP no como una atenuante cualificada, sino como una eximente. Apunta que el TSJ aplica indebidamente el artículo 183 *quater* CP, porque en vez de hacerlo en su vertiente de eximente, lo hace en forma de atenuante.

[...] en la medida que el precepto introduce un concepto jurídico indeterminado (la proximidad en el grado de desarrollo y maduración), cabe considerar su aplicación como atenuante analógica en armonía con el criterio mantenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017 (Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de construir una atenuante analógica con relación al artículo 183 *quater* cuando solo parcialmente concurren sus presupuestos exoneradores. Incluso será admisible apreciarla como muy cualificada para los supuestos en los que, sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez).

En el presente caso, las edades de Severiano y José Manuel –24 y 22 años en el momento de los hechos– podrían considerarse como «relativamente próximas», en palabras de la STS núm. 946/2016, de 15 de diciembre citada en la Circular 1/2017, teniendo en cuenta que los 15 años de la menor entrarían dentro de la franja de la pubertad en la que la protección que ofrece el precepto es susceptible de ser modulada atendiendo a las edades cronológicas y grados de desarrollo y madurez respectivos.

El informe psicológico médico-forense, relativo a la menor al que la sentencia ofrece mayor credibilidad, recoge que la menor había tenido anteriormente una relación afectiva con una primera relación sexual. A su vez en el informe sobre madurez se subraya que su estilo de acercamiento al sexo opuesto es poco adaptativo y sexualizado, caracterizándose por la superficialidad en las relaciones, el distanciamiento emocional y la proyección social, todo ello le sitúa en una posición de vulnerabilidad al exhibir una «carta de presentación» de sí misma ficticia, mostrando una mayor madurez sexual de la que le corresponde por su momento evolutivo y experiencia real.

Este mismo informe se muestra particularmente cauto a la hora de evaluar el grado de madurez de José Manuel y Severiano, pues, si bien los considera dentro de la normalidad en todas sus capacidades, cognitivas, sociales y personales, advierte que no existe ninguna técnica específica por parte de la psicología forense para llevar a cabo una evaluación de la madurez en la toma de decisiones.

[...] Por su parte, examinando el medio social en el que se desenvuelven tanto la menor como los recurrentes se comprueba, vistas las comunicaciones cruzadas entre ambos y con amigos de edades similares, las declaraciones de todos ellos y el lenguaje soez que emplean al tratar temas de contenido sexual, que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos.

Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en José Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7.º CP con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 *quater* CP.

Es decir, que en modo alguno se considera por el TSJ una relevancia que conlleve una proximidad en el grado de desarrollo o madurez física y psicológica que le haga merecedor al recurrente de una exención de responsabilidad como se aplicó en uno de los acusados de 19 años de edad, pero no en los otros dos en donde la simetría de edad y grado de desarrollo de madurez física y psicológica no concurre en la medida tan relevante que por la acumulación de aproximación de conceptos que exige el artículo 183 *quater* CP lleve a una exención que reclama el recurrente. Por ello, pese a que las acusaciones inciden en la condena de éste último es inviable, ya que desaparecida la intimi-

dación en los hechos la concurrencia de los elementos acumulativos en Gerardo con Hortensia es evidente, tal cual determina la absolución por el TSJ de este último.

Cuestiona, además, en su defecto, que se le imponga la pena de 4 años de prisión y postula la de dos años y seis meses.

Pues bien, con respecto a la aplicación del artículo 183 *quater* decir que la doctrina señala sobre este precepto que el artículo 183 *quater*, incorporado al CP por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, la de 2012.

Se incorporó en la segunda y definitiva versión, la de 2013, de donde pasó literalmente al Proyecto y, por último, a la nueva Ley Orgánica. Se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 *quater* atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez.

Y se justificó la adición señalando que, en este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir «la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores». En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza. Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola.

[...] Pues bien, el objetivo en la aplicación del artículo 183 *quater* CP es la de que el texto penal no puede prohibir el sexo entre jóvenes. No puede el legislador introducirse en la cotidianidad de las relaciones humanas y criminalizar en pleno siglo XXI cuestiones que pertenecen a la esfera propia de las decisiones privadas de menores. En donde sí interviene el Derecho penal, y debe hacerlo, es cuando la relación sexual se produce entre mayor y menor de edad, y aquí es donde se introducen los matices respecto a la edad del «mayor de edad» y la del menor, y la posibilidad de esa aproximación en edades o madurez física y psicológica que haga desaparecer esa especie de «aprovechamiento» que sanciona el texto penal cuando la relación sexual lo es entre mayor y menor. Todo ello, para proteger al menor de que su inferioridad en su edad sea aprovechada por el mayor. Sin embargo, esta presunción del «aprovechamiento» puede decaer cuando ambos se encuentran en un mismo plano, que es lo que da a la aplicación del artículo 183 *quater* CP para operar como eximente. Pero nótese que debe exigirse ese «mismo plano» para que opere la exención de responsabilidad que sí se dio en el caso de Gerardo, que contaba 19 años de edad frente a los 15 de Hortensia.

Este tipo de normas, en el Derecho Comparado, se conoce como «cláusulas Romeo y Julieta». En la tragedia de Shakespeare, Julieta Capuleto no había cumplido aún los 14 años. Y, así, lo que pretenden estas disposiciones es evitar que la ley, al establecer límites de edad, conlleve interpretaciones estrictas, que impidan contactos de naturaleza sexual consentidas entre personas jóvenes, semejantes en edad y madurez. Es decir, con conceptos acumulativos. Pero ello no se aplica cuando esa «semejanza» no concurre y en estos casos no puede aplicarse la exención, que es lo que en este motivo propugna el recurrente, aunque sí la atenuación analógica muy cualificada que ha admitido el TSJ en su sentencia de apelación.

Respecto de Gerardo se ha reflejado en la sentencia del TSJ que: «En el caso de Gerardo, la cuestión ha sido resuelta en la sentencia apelada, en relación con un delito

de la misma naturaleza cometido con la misma persona, apreciando la exención de responsabilidad, en su FJ 4.º»: «Por ello se considera que la versión de la denunciante relativa a que fue penetrada en contra de su voluntad por Gerardo, no resulta debidamente corroborada, y en consecuencia procederá la aplicación del artículo 183 *quater* CP, que constituye una causa de exención de la responsabilidad criminal en los supuestos de proximidad al menor por edad y grado de madurez. Por el equipo psico-social, se expuso que la madurez de Gerardo y Hortensia era similar, y la diferencia de edad, 15 y 19 años no es importante», estimación que, al no haber sido impugnada, hacemos extensiva al delito de abuso sexual integrado por los hechos ocurridos en el salón y que motivaron su condena en la instancia por un delito de agresión sexual».

Se refiere, además, en el relato de hechos probados que «no consta plenamente acreditado que Hortensia mostrase su oposición, expresa o tácita a dicha relación. Que conforme al informe psicológico la madurez de Gerardo era similar a la de Hortensia».

Pero, sin embargo, tal extensión en el caso del recurrente de 24 años de edad, frente a los 15 de Hortensia no puede conllevar a admitir la existencia de la exención de responsabilidad que se postula, ya que aunque se aprecia una cierta disminución de madurez en el recurrente [...], ello no puede conllevar la postulada aplicación del artículo 183 *quater* CP.

Interesante resulta a estos efectos la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 828/2021 de 29 Oct. 2021, Rec. 4991/2019, que, sistematizando sus apreciaciones, señala que: «1. Las circunstancias que han de concurrir para que el consentimiento libre del menor de dieciséis años sea eficaz para excluir la responsabilidad penal del autor, es que éste sea persona próxima a él por edad y grado de desarrollo o madurez, parámetros abiertos, que dejan un amplio margen de apreciación para el que, atender a las circunstancias de cada caso, es determinante.

2. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, en el apartado que dedica al grado de desarrollo o madurez, dice lo siguiente: «Como se ha expuesto, nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima».

3. Y en la STS 1001/2016, de 18 de enero de 2017, se puede leer lo siguiente: «[...], aunque el nuevo artículo no establece mínimo alguno en orden a la prestación de un consentimiento libre. Sin embargo, sí se fijan dos premisas o circunstancias que deben concurrir conjuntamente como son la proximidad de la edad entre ambos sujetos y de su grado de desarrollo o madurez, calidad de próximo aplicable a ambos criterios».

4. Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso.

Pues bien, cierto y verdad que nos encontramos con un precepto que permite la exención cuando se den circunstancias concretas, y, —no lo olvidemos— concurrente en torno a próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica.

Así, señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 949/2021 de 2 Dic. 2021, Rec. 10292/2021 que:

«El artículo 183 *quater* obliga a los Jueces y Tribunales a un ejercicio valorativo del grado de desarrollo y madurez del menor que no siempre resulta bien entendido. Es comprensible que la sensibilidad social por la protección de la indemnidad sexual de la infancia genere reacciones frente a decisiones jurisdiccionales que, sin ser leídas

en su integridad, son presentadas como alentadoras de la impunidad de cualquier contacto sexual de un adolescente que ya ha cumplido 13 años con un mayor de edad. Sin embargo, esta Sala ha desarrollado un marco de doctrina jurisprudencial encaminado a buscar ese delicado punto de equilibrio entre la protección integral del menor de edad frente a cualquier abuso y el reconocimiento de su capacidad de determinación en la esfera sexual, siempre que su grado de desarrollo y madurez y, sobre todo, las circunstancias personales del autor permitan concluir que el contacto sexual estuvo despojado de cualquier significación delictiva.

[...] la STS 699/2020, 16 de diciembre, recordaba que «...la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez».

La eficacia del consentimiento del menor de edad que acepta la práctica de actos de significación sexual, fue subrayada por la STS 294/2021, 8 de abril: «...partiéndose de que el consentimiento de la menor (de 13 o 16 años) resulta a todos los efectos inválido para justificar la conducta del adulto con quien mantiene relaciones de naturaleza sexual, por vía de excepción se recupera la virtualidad de ese consentimiento para aquellos supuestos en los cuales, por tratarse el autor de una persona próxima en edad y grado de desarrollo o madurez a su víctima, el contexto relacional en el que las conductas se producen aconseja excluirlas de la represión penal».

En cualquier caso, dado que el recurrente contaba con 24 años al momento de los hechos y la víctima con 15 no es posible la extensión que se propugna de la vía del artículo 183 *quater* CP a la vía de la exención plena de responsabilidad, pese al dictado de los hechos probados en cuanto se desprende de la prueba pericial practicada, ya que no se llega a una disminución tal que permita deducir una aproximación entre recurrente y víctima en edad real y en grado de desarrollo de madurez física y psicológica que haga merecedor al recurrente de una exención como la que propugna ex artículo 183 *quater* CP.

Con respecto a la rebaja de la pena que propugna en su defecto de los cuatro años de prisión a los dos años y seis meses, decir que el TSJ señala en su FD núm. 14.º que: «... Estimando proporcionada la pena de cuatro años de prisión para Severiano, por su mayor edad y por haber ejercido una suerte de liderazgo sobre los demás manifestado en las especiales relaciones mantenidas a través de las redes sociales con la menor...».

Además, se apunta por el recurrente una desproporción de la pena de cuatro años de privación de libertad. Pero ello no puede admitirse, aunque más tarde se tratará sobre la pena a imponer. Sobre todo, en torno a la exigencia de valorar «la gravedad del hecho», y en cuya gravedad habrá que analizar, en efecto, la proximidad en la edad, aunque no absoluta, y la pericial en torno al grado de madurez física y psicológica, pero sin introducir en ello juicios de moralidad o inmoralidad, corrección o incorrección física de las conductas llevadas a cabo desde el punto de vista personal por ser cuestiones ajenas al Derecho penal, ya que el prisma desde el que se pueden enfocar este tipo de hechos puede ser distinto, según se perciban desde un adulto o desde una persona joven, y ello queda al margen de valoración del Derecho penal. No se trata, pues, de analizar la moralidad de las conductas, sino su ilicitud.

[...] La perspectiva de género debe ser observada en los delitos sexuales y de violencia de género. Además, no hay que olvidar que hemos analizado en diversas ocasiones que este tipo de hechos tiene que contemplarse con perspectiva de género, porque en los casos de violencia de género y sexual nos movemos en parámetros distintos al resto de modalidades delictivas, y no se trata de realizar valoraciones probatorias en compartimentos estancos distintos cuando se trata de estos delitos y otros

distintos, sino de contemplar que la perspectiva de género debe tener un marco de aplicación práctica en estos supuestos para verificarse desde un punto de vista en el que la capacidad de oposición por parte de la víctima o mujer se encuentra en muchas ocasiones vencida por las circunstancias particulares del agresor o agresores y la dificultad o imposibilidad de la víctima de oponerse a la conducta ilícita.

Por ello, este tipo de supuestos deben analizarse con «miras de género», lo que no implica en ningún caso que se alteren, por ello, las reglas de la valoración de la prueba y deba tener que probar su inocencia el acusado y/o que no concurre la intimidación. En modo alguno.

Sin embargo, contando también con el enfoque de esta perspectiva de género, es cierto que los parámetros de la valoración de la prueba en el proceso penal deben hacerse respetando siempre la presunción de inocencia y una valoración probatoria racional coherente y lógica que mantenga siempre la perspectiva de que las dudas deben siempre favorecer al reo, y aquí una cosa es que se contemple la perspectiva de género en el marco de la justicia penal y otra que el análisis de la valoración probatoria tenga que llevarse a cabo bajo la preeminencia de las reglas de la presunción de inocencia y que en el marco de la duda el beneficio es del reo. Todo ello, aun contemplando la perspectiva de género en la reacción de la víctima ante hechos en los que su capacidad opositora quedan muchas veces reducida, o anulada, precisamente, por su condición de mujer ante el ataque del agresor o agresores.

Sin embargo, dicho esto la realidad aplicable al caso concreto nos lleva a entender que la interpretación del TSJ es correcta, como ya hemos puntualizado, ya que la propia versión de la víctima en una de sus modalidades lleva implícito la exposición pública inmediata a los hechos contada de la propia víctima de que el acto fue voluntario y consentido, y no bajo la perspectiva de una intimidación ejercida por la concurrencia de los tres acusados en la realización de los actos sexuales, lo que aleja la existencia de la intimidación ambiental o persuasión coercitiva.

«[...] Una valoración conjunta de estas circunstancias, la relativa proximidad de las edades cronológicas, y la proximidad en el grado de desarrollo y madurez, en lo que a relaciones sexuales se refiere, permite otorgarles una consideración particularmente relevante, por la indudable influencia que han desempeñado en el desarrollo de los hechos, que conduce a apreciar, tanto en Severiano como en José Manuel, una atenuante analógica del artículo 21.7.º CP con el carácter de muy cualificada en relación con el tantas veces citado artículo 183 *quater* CP».

[...] Admite la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del artículo 183 *quater* CP que: «8.º. Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación».

Pero la pregunta que nos hacemos es si puede construirse una atenuante *ex novo*, porque así lo sería, bajo el apoyo de la citada Circular, pero sin cobertura legal habilitante que permita a los jueces aplicarla en los casos del nuevo artículo 183 bis CP.

5. Nuestra legislación ha optado por un criterio mixto que comporta tanto el análisis de la franja de edad (criterio cronológico) como el análisis de las características individuales de desarrollo y madurez (criterio biopsicosocial). Así, constituirán factores diferenciales, tanto la acusada diferencia de edad (particularmente cuando se trata de adultos jóvenes) como los concretos factores singulares que concurren entre autor y víctima.

Pero, al mismo tiempo, no ha construido un «espacio intermedio» entre la total responsabilidad y la total irresponsabilidad.

6. En la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 828/2021 de 29 Oct. 2021, Rec. 4991/2019 señalamos que: «no ha optado nuestro legislador por un criterio cronológico puro, sino que ha combinado la relación de proximidad entre la edad del mayor y el menor, y la de simetría de madurez entre ambos, factores no sujetos a reglas fijas, en que la formación y condicionantes culturales de cada cual juega un papel importante, lo que no significa que no podamos encontrarnos casos claros en que ni uno ni otro, o bien que uno u otro, se presenten sin duda, porque, si esto es así, cae por su base la aplicación de la referida cláusula de exoneración».

Pero esta aplicación de la exención o de la atenuante analógica muy cualificada solo puede ir en el actual estado de la cuestión en favor o de la exención absoluta cuando concurren todos los factores, y si no concurren con la absoluta responsabilidad. El texto penal no permite una opción intermedia.

El artículo 21.7 CP hace referencia para aplicar atenuantes analógicas a: 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores. Pero solo dice «las anteriores», no cualquier causa de exención de responsabilidad penal en el CP. (Y entre ellas la del artículo 183 bis CP.)

[...] Así, la cuestión es si cabrían en este caso atenuantes analógicas cuando el legislador ha fijado de forma expresa en el artículo 21.7 CP que solo lo son respecto a las circunstancias anteriores, y este precepto (art. 21.7 CP) no se refiere en nada al artículo 31 *quater* CP, (Y podría haberlo hecho y al artículo 183 bis CP; pero no fue decisión del legislador) y, además, hace mención a la expresión Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, la cual no es baladí, y que, aunque se comparta o no, es disposición legal que no admite interpretación en contrario. Pues lo mismo ocurre en este caso con el artículo 183 bis CP, el cual solo avala la exclusión de responsabilidad penal en los casos que cita, pero no una atenuación. Ni simple ni muy cualificada.

7. Señala también la doctrina especializada que con relación a las expresiones «desarrollo», separado de «madurez», apunta a que la primera mención venga referida al aspecto puramente físico, mientras que la segunda se refiera al «estado en que se encuentre su proceso de progreso cognitivo y emocional». Debe considerarse, no solo las distintas diferencias de edad entre los involucrados en la actividad sexual de los menores, sino, también la proximidad y equilibrio (de desarrollo y madurez) que debe predicarse de los que realizan actos sexuales en dichas franjas de edad. El denominado «consentimiento libre» del menor no bastará para no castigar la conducta; por cuanto, debe darse esa «proximidad» entre el/la menor y el sujeto activo que exige la participación de periciales psicológicas y médicas que determinen dicho extremo. En el presente caso todo ello ha sido analizado debidamente, y se ha concluido que no exime de responsabilidad lo acontecido entre víctima y condenados.

8. Es cierto, de todos modos, que, como consta en el estudio «Who's to blame? Perceptions of adolescents' maturity and responsibility in sexual relationships with an older partner», en *Psychology, public policy and Law*, número 22, existen notabilísimas diferencias entre la percepción que los jóvenes (en concreto, personas de 18 a 24 años) tienen sobre la madurez de los adolescentes para consentir relaciones sexuales con personas mayores que ellos y la percepción que sobre ello tienen los adultos con hijos adolescentes.

Así, con ello, el problema con el que nos encontramos en este caso es que no es posible una creación jurisprudencial *ex novo* de una atenuante analógica que no permite «anclarla» en otra precedente sobre la que construir la «analogía», ya que en el

artículo 21.7 CP se permite una construcción referida a las precedentes cuando se de Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Con ello, en el presente caso no existe un «previo» soporte donde poder situarnos para permitir esa atenuación. y no es posible construir «edificios atenuatorios» de responsabilidad sin una base estructural que permita llevarlo a cabo, por cuanto no es válido el argumento de que, si admitimos la exención del artículo 183 *quater* en la inexistencia de culpabilidad, pero tampoco de antijuridicidad y, por ello, punibilidad, se puedan construir una especie de «espacios intermedios» sin soporte legal por atentar al principio de legalidad. Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya construido en ocasiones opciones que, más tarde, ha recogido el legislador, pero con una mínima base legal en la que «anclar» esta opción, que en este caso no existe.

Por ello, en la actualidad, a falta de una mención legal en el artículo 183 bis CP resulta imposible aplicar la atenuante ni como simple ni como muy cualificada por no ser la citada Circular, pese a su correcta explicación, un marco legal que sirva de soporte para aplicar una atenuante donde ésta no se puede aplicar *ex lege*.

Además, el acceso sexual con menores de edad es hecho sancionado en el CP en la protección de los menores frente a actos sexuales sobre ellos realizados por mayores de edad y que se contempla, precisamente, en la propia garantía y protección de los menores como víctimas frente a los ataques frente a ellos realizados como reflejó claramente la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia.

También hay que destacar que, en su caso, esa atenuante analógica, no podría aplicarse tampoco a un escenario como el que se describe en los hechos probados de acceso carnal sexual entre los jóvenes y la menor en un marco de una orgía sexual. Podría llegar a plantearse en otros escenarios como relaciones entre jóvenes concretas en edades límites, y/o fruto de una relación de pareja, pero no en un escenario cercano a una relación sexual grupal como fue este supuesto ajeno a una situación de aplicación de circunstancias modificativas de responsabilidad penal.

Ello llevaría a que se suprimiría la atenuante muy cualificada aplicada en la sentencia del TSJ y la imposición de la pena sería la correspondiente al delito objeto de condena, que lo es del artículo 183.1.3 y 4 b) CP, que si bien es cierto que antes de la reforma reciente CP fijaba la pena en el arco entre los 10 y 12 años de prisión es preciso, en beneficio del reo, aplicar la ley penal más favorable, a raíz de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre que ahora sitúa el arco de base entre los 6 y los 12 años de prisión en estos casos (art. 181.3 CP) en relación con el artículo 181.4 a) CP en su mitad superior, lo que lleva a la pena de entre 9 años y un día y 12 años de prisión frente a los 10 años y un día a 12 años de la regulación anterior.

(STS 930/2022, de 30 noviembre)

ARTÍCULO 203 CP

Allanamiento de despacho de abogados: el despacho personal de abogado donde se custodian expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confiere «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso

Examinando pues el segundo motivo del recurso que formula D. Luciano, éste se articula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por indebida aplicación de los artículos 203.2 y 3 CP. En desarrollo de este motivo se limita el recurrente a señalar que los hechos probados de la sentencia de instancia expresan que

no concurre en la actuación del acusado el elemento objetivo del tipo consistente en que la entrada en el despacho se realizara fuera de las horas de apertura dado que los hechos enjuiciados tuvieron lugar en horario de atención al público, por lo que quedaría excluido el tipo contemplado en el artículo 203.2 CP.

En relación al delito contemplado en el artículo 203.3 CP indica que el tipo exige la utilización de violencia o intimidación para la entrada o el mantenimiento en el despacho profesional, lo que ha sido excluido por la sentencia de instancia.

Ello ya de por sí debería llevar a la desestimación del motivo, ya que la Audiencia ha condenado al recurrente como autor del delito contemplado en el artículo 203.1 CP, sin referencia alguna a los otros dos apartados de este precepto.

[...] La entrada inicial del acusado en el piso en la zona de acceso al público no ha sido objeto de reproche penal, y así expresamente se explica en la sentencia objeto de recurso. El recurrente ha sido condenado por introducirse en la zona privada de despachos. En concreto en el despacho personal de la abogada, lo que hizo con pleno conocimiento y voluntad, puesto que previamente fue apercebido por la secretaria Sra. Sofía de que no podía acceder al mismo.

1. El tipo contemplado en el artículo 203 CP se encuentra ubicado en el capítulo II «del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público», del Título X del Libro II «delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio». El citado capítulo comprende tres preceptos (arts. 202, 203 y 204 CP) que se refieren al allanamiento pacífico de morada de persona física (art. 202.1 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona física (art. 202.2 CP), al allanamiento pacífico de morada de persona jurídica y establecimientos abiertos al público (art. 203.1 y 2 CP), al allanamiento con violencia o intimidación de morada de persona jurídica (art. 203.3 CP), y al allanamiento de morada por autoridad o funcionario (art. 204 CP).

Frente al CP de 1973, en el que el delito de allanamiento de morada se encontraba incluido dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad, el legislador de 1995 decidió ubicarlo entre los delitos contra la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Junto a él introdujo el allanamiento de persona jurídica, despacho profesional u oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público, cuya conducta típica, «entrar», es idéntica a la del allanamiento de morada, variando sólo la clase de local en que se introduce el sujeto activo contra la voluntad de su dueño.

El bien jurídico protegido es la intimidad de las personas, derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE.

Es obvio que en principio, un despacho profesional, como en nuestro caso ocurre, no constituye la morada de su titular. Ello no obstante, en el mismo puede desarrollarse determinada actividad relacionada con la intimidad personal de su titular, y como tal debe ser objeto de protección frente a intromisiones ajenas. Se trata de un espacio físico cerrado, por propia voluntad del interesado, indispensable para que el profesional pueda realizar su actividad y terceras personas no autorizadas no gozan del derecho a invadir ese espacio privado, aun en horas de atención al público.

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 10/2002, de 17 de enero, «la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos,

distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el artículo 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH; STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Si, como hemos declarado de forma reiterada, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5), el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado, el «domicilio», por ser aquél 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 (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5, de 31 de mayo, FJ 5; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Igualmente, como expresa la sentencia núm. 69/1999, de 26 de abril, «cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocurre en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros», y conforme explican las SSTC 206/2007, de 24 de septiembre y 70/2009, de 23 de marzo, la afectación del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), «en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 27/2003, de 30 de junio, FJ 7; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, entre otras). El artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 y las allí citadas).

Debe recordarse que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes siempre que, en palabras de la STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, el recorte que aquél haya de experimentar esté fundado «en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC 44/1999, de 5 de abril, FJ 4; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5). El artículo 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales». De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración

en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aún autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida».

2. Examinando el supuesto de autos, a la vista de la doctrina constitucional expuesta, nos encontramos, como se ha indicado, con que el recurrente accedió a la zona de despachos privados, en concreto al despacho privado de la Sra. Nuria contra la voluntad de ésta. Esta circunstancia era conocida por el mismo pues así se lo indicó la secretaria del Despacho Sra. Sofía.

Es indiferente que el despacho de abogados se encontrara o no abierto al público, pues en todo caso esa apertura no se hacía extensiva a las zonas privadas donde se ubicaba el despacho personal de la Sra. Nuria.

Es evidente que tal despacho personal ni constituía ni podía ser equiparado al domicilio de una persona física, que es el lugar cerrado donde la misma desenvuelve su vida íntima y satisface su derecho a disponer de un ámbito en el que su privacidad no sea invadida ni perturbada por persona alguna.

Ahora bien, se trataba de un recinto cerrado en el que la perjudicada y otros compañeros desarrollaban su actividad profesional. El despacho personal era de acceso claramente restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados. El derecho fundamental a la intimidad del que era acreedora la Sra. Nuria y el hecho de que el despacho personal lógicamente servía a la custodia de los expedientes de clientes que contienen datos sensibles que deben ser preservados, confería a aquella «el poder jurídico» de imponer a terceros el deber de abstenerse de entrar en su interior sin su permiso. En nuestro caso, tal derecho le facultaba a excluir la entrada en su despacho del Sr. Luciano, como así se lo hizo saber a través de su secretaria. Por ello la invasión injustificada de tal espacio por parte de aquel, entrando en dependencias de acceso restringido, puso en riesgo efectivo el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 203.1 CP, esto es la intimidad de la Sra. Nuria. Consecuentemente con ello debe considerarse su conducta penalmente relevante.

(STS 89/2022, de 4 febrero)

ARTÍCULO 263.2.4.º CP

Daños, afectar a bienes de dominio o uso público o comunal: se fundamenta en el menoscabo de la utilidad pública prestada por los bienes o en los perjuicios que ocasiona en el funcionamiento del servicio público a que los bienes se encuentran afectos, no siendo necesario que los bienes dañados sean de propiedad pública, pudiendo ser de propiedad privada afectos a un servicio público

La impugnación se plantea desde un doble argumento. En primer lugar, sostiene el recurrente que el tribunal de la apelación se ha excedido en su función al declarar la subsunción en el tipo agravado, por la naturaleza pública o comunal del bien sobre el que se realiza la acción típica, para lo que realiza una revaloración de la prueba, algo que excede de su función revisora. Expone que la sentencia de la primera instancia, al valorar la prueba dice, fundamento primero, «en nuestro caso apuntamos que no se ha practicado prueba sobre la titularidad de nuestro contenedor». Sin embargo, el tribunal de la apelación, partiendo de la consideración del bien como de propiedad privada de la empresa concesionaria, hecho admitido, afirma la condición de bien de uso

público o comunal por la afectación a un servicio público, como lo es la recogida de residuos urbanos que es competencia de la administración local, la cual puede desarrollarla por sí o por la vía de la concesión administrativa, como es el supuesto de esta casación en el que el contenedor era propiedad de la empresa concesionaria de la recogida de residuos, siendo suficiente para la aplicación del tipo agravado la consideración de la afectación a un servicio público.

En concreto, el Juzgado de lo Penal, afirma la titularidad privada de los contenedores y que «es un hecho notorio que dicha empresa es la encargada de la limpieza viaria y recogida de residuos en el Ayuntamiento de Barcelona en régimen de concesión administrativa», negando, no obstante, la cualificación de los bienes, como de dominio o uso público o comunal, al entender que es un concepto normativo y no hay disposición legal que disponga el carácter público del contenedor y no se ha «acreditado un acto normativo de afectación que le atribuya tal carácter», y esa atribución supondría una interpretación extensiva contra reo. La Audiencia, por el contrario, estima el recurso de la acusación pública y revoca la sentencia al considerar que el tipo agravado hace referencia a «bienes de dominio o uso público o comunal», señalando una alternativa, dominio o uso, que permite, desde una interpretación lógica, considerar que un contenedor afectado a la prestación de un servicio público, aunque no sea un bien de dominio público, es un bien de uso público o comunal, como lo entiende la generalidad de la ciudadanía, por la afectación a la prestación de un servicio público, como es la recogida de residuos urbanos, competencia de los entes locales que lo gestionan por sí o por el sistema de concesión administrativa.

Desarrolla un segundo argumento, propiamente por error de derecho, en el que destaca que la condición de bien público o comunal, es un elemento normativo cuyo contenido lo proporciona el Código civil, artículos 338 y 344, la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, artículos 4, 5 y 7 y el Reglamento de bienes de las entidades locales, artículo 2.3, de los que no resulta «que el bien del que hablamos entre dentro de los bienes de titularidad pública o de uso público». A juicio del recurrente, la interpretación realizada por el tribunal en la sentencia de la apelación, además de extravasar su fusión, revalorando la prueba, vulnera el principio de legalidad al realizar una interpretación analógica en perjuicio del reo de forma extensiva, contraria a las exigencias derivadas del principio de legalidad.

[...] El fundamento de la agravación, dijimos en la STS 983/2016, de 11 de enero de 2017, 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. Sobre este punto nuestro Código acoge la idea de que el bien dañado esté afecto a un servicio público, destacando que la afectación o vinculación a dicho servicio lo es sin exigencia añadida de que tal destino o aplicación lo sea en función a su especial naturaleza o por haber sido objeto de algún tipo de acondicionamiento.

En el caso de la casación no se discute la titularidad privada de los contenedores. Los bienes no son de dominio público y tampoco aparecen expresamente afectados al dominio público a través de un acto administrativo que así lo exprese. De conformidad con la legislación específica, Ley de Bases del Régimen Local, artículos 79 y siguientes, y la ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones públicas, los contenedores ni son de dominio público ni aparecen afectados a la administración pública. Sin embargo, el presupuesto típico de la agravación no solo es el dominio público, también el uso público o comunal del bien sobre el que recae la acción.

La Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados establece como competencia municipal la recogida, el transporte y la gestión de residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios. Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda, dispone la obligación a los Ayuntamientos para que aprueben

ordenanzas antes del 31 de julio de 2013, en las que deben regular la gestión de este servicio en función de las características del mismo en cada municipio y de lo previsto en la Ley. Por último, el artículo 12 prevé que la prestación del servicio de gestión pueda ser realizada directamente o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local. Estas actividades podrán llevarse a cabo por cada entidad local de forma independiente o mediante asociación de varias Entidades Locales. Consecuentemente, el ordenamiento jurídico señala el carácter público de la gestión de residuos, que podrá prestarse directa, o indirectamente a partir del régimen de concesión administrativa, de manera que la prestación de ese servicio es competencia de la administración local, siendo indiferente que lo haga por sí o a través de una empresa concesionaria. Se trata de una modalidad de gestión de un servicio público esencial cuya prestación es competencia del Estado, concretamente, de la administración local.

El legislador penal al señalar la agravación no la refiere exclusivamente a la titularidad pública, por título dominical o por afectación, de un concreto bien, sino que lo referencia, como alternativa al dominio, al uso público o comunal. Esa alternativa permite ampliar la protección a los bienes que son destinados al cumplimiento de las competencias públicas, siendo indiferente que ese desarrollo de una competencia esencial la realice la Entidad Local o una empresa concesionaria, pues se trata de una opción de gestión de una competencia pública. Lo relevante es el destino del bien, el uso público o comunal, sobre el que recae la acción dirigida por la causación de daños. La elección del contenedor no es casual, sino elegida para perjudicar el servicio público que desarrolla.

La previsión normativa es clara, en orden a la naturaleza pública del servicio que el objeto incendiado presta. Lo relevante de cara a la concurrencia del tipo agravado no es tanto la titularidad, pública o privada del contenedor, que la sentencia considera de titularidad privada de la empresa concesionaria, sino la afectación a la prestación al servicio público de la recogida de residuos cumpliendo así una previsión legal que califica de competencia esencial de la Administración Local.

Desde la perspectiva expuesta, el contenedor sobre el que se realiza una acción de destrucción, que aparece dispuesto para la recogida de residuos, en el desarrollo de una competencia que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración tiene la consideración de bien de uso público o comunal y rellena la tipicidad del artículo 263.2.4 CP.

(STS 92/2022, de 7 febrero)

ARTÍCULO 264 CP

Delito de daños informáticos: borrar, la acusada, en el momento de ser despedida de la empresa, todos los archivos relacionados con la actividad que había desempeñado en relación a la zona comercial de Portugal, de la que en dichos momentos era la única comercial encargada: sustancial gravedad de la acción realizada por la acusada, no sólo por la definitiva eliminación digital de los datos informáticos, sino porque su pérdida no fue susceptible de recuperación y hubo de reiterarse la actuación mercantil y administrativa que permitió su acumulación durante meses, y no puede eludirse que la recuperación suponía un esfuerzo de revisión de la facturación suficientemente intenso, ni puede ocultarse que el esfuerzo resulta en parte infructuoso a la vista del propio relato fáctico

5.1. El desarrollo de las nuevas tecnologías, basadas no sólo en la utilización de un conjunto de componentes que integran la parte material y la operatividad física de una computadora (*hardware*), sino en la utilización de datos y bases de datos que se

someten a los componentes lógicos (*software*) necesarios para posibilitar o facilitar el desarrollo de determinadas tareas, ha supuesto una revolución en el funcionamiento de las sociedades modernas, particularmente de las sociedades más desarrolladas y no sólo respecto de actividades complejas sino, incluso, de las más frecuentes y cotidianas. El dato informático, los documentos electrónicos y los programas informáticos, configuran un sustrato físico intangible en torno al cual gira, en mayor o menor medida, la práctica totalidad de la actividad comercial, científica, sanitaria o administrativa actual, así como una parte muy significativa de los derechos individuales de los ciudadanos o de su actividad diaria, como la intimidad, las comunicaciones, la propiedad o su ideología y creencias. Cualquier faceta personal o colectiva en un mundo interconectado descansa hoy en la utilización de los datos digitales, de sus colecciones o de los programas informáticos que, sobre su base, operan en la gestión de cualquier interés o actividad. Lo que ha supuesto, con esta evolución y creciente relevancia, que hayan encontrado espacio nuevos fenómenos delictivos que son el resultado de un uso indebido de la tecnología y que se manifiestan, entre otras formas, mediante la realización de acciones exclusivamente dirigidas a impedir que el tenedor del elemento inmaterial que permite cada proceso digital pueda servirse de él y sufra con ello un perjuicio en cualquiera de sus intereses.

La importante difusión de los delitos informáticos ha conducido a una regulación nacional y supra estatal que tiene sus orígenes en el Convenio sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (*BOE* núm. 226, de 17 de noviembre de 2010), con el que se pretendió establecer una armonización entre las regulaciones penales de los Estados firmantes, reflejando su preámbulo que el Convenio «resulta necesario para prevenir los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, mediante la tipificación de esos actos, tal y como se definen en el presente Convenio, y la asunción de poderes suficientes para luchar de forma efectiva contra dichos delitos, facilitando su detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones que permitan una cooperación internacional rápida y fiable».

El Convenio, ratificado por España el 3 de junio de 2010, contempló los daños informáticos en el artículo 1.b y en su artículo 4. El primer precepto fijaba el contenido semántico del término datos informáticos, entendiendo por tales como «cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función», estableciendo su artículo 4.1 que cada Estado parte adoptaría las medidas legislativas para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de actos que dañen, borren, deterioren, alteren o supriman datos informáticos, añadiendo el número 4.2 que «Cualquier parte podrá reservarse el derecho a exigir que los actos definidos en el apartado 1 provoquen daños graves».

Las previsiones del Convenio, suscrito por los Estados miembros de la Unión Europea además de otros países como Canadá, Sudáfrica, Japón o los Estados Unidos de América, fue recogido con posterioridad por la Decisión Marco 2005-222-JAI del Consejo de Europa de 24 de febrero de 2005, que consideró la necesidad de llegar a un enfoque común respecto de los elementos constitutivos de las infracciones penales, así como prever sanciones para reprimir de manera disuasoria y proporcional los ataques contra los sistemas de información, estableciendo en su artículo 4 que «Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que el acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad».

En igual sentido, la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituyó la Decisión Marco anteriormente referenciada, insistió en proclamar datos informáticos, toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función (art. 2.a), recogiendo en su artículo 5 la obligación de los Estados miembros de adoptar «... las medidas necesarias para que borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información, intencionalmente y sin autorización, sea sancionable como infracción penal, al menos en los casos que no sean de menor gravedad».

5.2. Nuestro CP, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el delito de daños informáticos, al sancionar «al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos». Tipificación que fue modificada por la LO 5/2010 que, haciéndose eco de la posibilidad recogida en los instrumentos internacionales anteriormente expuestos, introdujeron la exigencia de una gravedad en la acción y en el resultado que, tras la reforma operada por LO 1/2015, el legislador aún mantiene con una redacción idéntica del tipo básico. Se sanciona así al que «por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave».

Como ya indicamos en nuestra Sentencia 220/2020, de 22 de mayo, no es fácil modular la gravedad de la acción cuando el tipo penal exige, además, de un resultado también grave. La taxatividad de la norma penal no sólo se resiente por la exigencia de que el comportamiento sea grave, sino por el requerimiento de que también se aprecie una gravedad en el resultado de la acción delictiva. Si la gravedad de una actuación delictiva es una conclusión que sólo puede alcanzarse a partir de la valoración que los jueces hagan de aspectos a veces singulares e irrepetibles del comportamiento, su definición es aún más compleja cuando la punibilidad de los hechos se hace depender de una doble gravedad, esto es, de una acción grave y de un resultado también grave, de suerte que resulta dificultoso delimitar donde termina la primera y empieza a medirse la segunda, o determinar la gravedad de una conducta sin introducir la dimensión del menoscabo que genera. y lo es más aún cuando la imprecisa dimensión de la antijuridicidad de los hechos puede conducir a la apreciación de un subtipo agravado o de otro hiperagravado, pues el primero se hace depender que la conducta «haya ocasionado daños de especial gravedad» (art. 264.2.2.ª) y el segundo de que los hechos «hubieran resultado de extrema gravedad» (último párrafo del art. 264.2).

Pese a estas dificultades, concluimos que la gravedad de la acción no debe observarse a partir del mecanismo que se emplee para llevar a término la acción típica, pues el propio legislador plasma la punición de la conducta con independencia de cuál sea el medio que se emplee para borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los datos informáticos, los programas informáticos o los documentos electrónicos ajenos, habiendo previsto como una agravación específica cuando el autor actúe por medio de programas informáticos concebidos o adaptados principalmente para cometer la acción, o cuando emplee para ello una contraseña, un código o un dato de acceso al sistema de información para cuyo uso no estuviera el sujeto activo legítimamente autorizado (art. 264.2.5.ª, en relación con el art. 264 ter CP).

La gravedad de la acción viene determinada por el daño funcional que el comportamiento genere, resultando atípicas todas aquellas actuaciones que, pese a satisfacer

objetivamente alguna de las modalidades de obrar previstas en el tipo penal, resulten cualitativa o cuantitativamente irrelevantes para que el servicio o el sistema operen de manera rigurosa. Solo si la función digital deviene imposible o si se trastoca de manera relevante la utilidad o facilitación que introduce, la actuación dolosa de pervertir el sistema puede llegar a merecer el reproche penal.

En todo caso, la tipicidad exige además que la disfunción electrónica genere un resultado realmente gravoso para el titular de los instrumentos digitales. Nuestra sentencia anteriormente citada, atendiendo a que el supuesto que resolvíamos consistió en la eliminación de unos datos después recuperados de la «papelera de reciclaje» y compartiendo la posición sustentada en la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017, proclamaba que la gravedad típica se alcanza cuando es imposible recuperar la operatividad del sistema o cuando su recomposición es difícilmente reversible sin notables esfuerzos de dedicación técnica y económica. Debe observarse que las unidades o procesos informáticos que aquí se protegen, son elementos intangibles que no siempre presentan un valor económico intrínseco, ni siquiera lo tienen por el valor estimado de una recuperación incierta. El borrado del histórico fotográfico digital que una persona acopia durante toda su vida o la pérdida de las pruebas de diagnóstico y evolución que conforman su largo historial médico, ni son susceptibles de valoración intrínseca, ni existe la posibilidad de cuantificar el coste del trabajo preciso para una recuperación imposible, lo que no impide apreciar la trascendencia del perjuicio y lo dañino del resultado.

5.3. Esta configuración del tipo penal analizado, conduce a la estimación del recurso de casación interpuesto, por contrariar la sentencia impugnada la doctrina de esta Sala.

El relato de hechos probados describe la sustancial gravedad de la acción realizada por la acusada, no sólo por la definitiva eliminación digital de los datos informáticos, sino porque su pérdida no fue susceptible de recuperación y hubo de reiterarse la actuación mercantil y administrativa que permitió su acumulación durante meses. y aun cuando la sentencia impugnada objeta que los datos que se borraron fueron los correspondientes a los clientes que la empresa tenía en Portugal y que esos datos estaban replicados en el departamento de administración para suministrar y facturar los pedidos, ni puede eludirse que la recuperación suponía un esfuerzo de revisión de la facturación suficientemente intenso, ni puede ocultarse que el esfuerzo resulta en parte infructuoso a la vista del propio relato fáctico. Aun cuando la empresa pudiera rescatar y recomponer con esfuerzo la identidad, la dirección y los pedidos de los clientes de Portugal que contrataron durante el tiempo que la acusada trabajó en la empresa e incluso anteriormente, el relato fáctico describe una pérdida de información de mayor extensión. La sentencia observa que la acusada llevaba esa zona comercial de manera exclusiva, aun cuando subraya que en el pasado la había trabajado con otra empleada ya despedida. En todo caso, el relato histórico recoge que se borraron todos los contactos mantenidos vía *email* con los clientes de esa zona, así como un archivo Excel que recogía, además de la relación de todos clientes, el tipo de empresa que era, la clase y la marca de consumibles que más comercializaba cada uno, su volumen de compra, los proveedores con los que trabajaban, el descuento que se aplicaba a cada uno de ellos o las condiciones de los portes y de las formas de pago que tenían definidos. De ese modo, se describe que se borraron los correos electrónicos intercambiados con potenciales clientes que habían rechazado contratar, siendo que tales documentos permitían evaluar si persistía o no el interés comercial de insistir en otro momento o con otras condiciones. y respecto de los clientes que habían materializado sus compras se perdieron definitivamente aspectos de relevante interés comercial, como los productos que más compraban, el tipo de descuento que se les

aplicaba o las condiciones de pago que a cada uno se ofrecía. En concreto, se deja constancia de que estos archivos pasaron de ocupar 778 Mb a 78 Mb, esto es, sopor-taron un denso borrado de 700 Mb de información, que no pudo ser recuperada pese a los esfuerzos que se emplearon en ello.

De otro lado, también se describe la realidad de un grave resultado. El relato de hechos probados proclama que la actividad comercial de la entidad recurrente consiste en las ventas mayoristas a distribuidores del mercado nacional e internacional de artículos informáticos y proclama que la mercantil contrató a la acusada como teleoperadora para la zona de Portugal. Afirma que la acusada trabajó en esa actividad durante cuatro meses y que al momento de su despido no había otra empleada que se ocupara de esa zona territorial, perfilando la fundamentación que la actividad la había compartido durante tres meses con Caridad. Aun cuando la destrucción se hubiera limitado a los datos comerciales de este periodo (lo que debe presumirse en la medida en que la sentencia de instancia no aclara si los archivos borrados incluían la actividad comercial de anteriores empleadas), el Juzgador concluye que se causaron unos indudables perjuicios económicos, organizativos y reputacionales. Económicos, por declararse probado que se perdió el resultado del esfuerzo laboral retribuido de dos empleadas que trabajaron durante tres y cuatro meses respectivamente para ese mercado. Organizativos, por declararse también probado que la actuación destructiva de la acusada dificultó el seguimiento y la comunicación con los clientes del área de Portugal, por más que los listados de clientes pudieran recomponerse, no sin un inde-bido esfuerzo, inventariando la facturación de diario de todo ese periodo de tiempo. Reputacional, por estar probada la demora en la tramitación de las ventas ya efectua-das que proclama el Tribunal de instancia. Se plasma así la entidad de los perjuicios derivados de la acción delictiva, perfectamente adecuados a la intención de perjudicar que impulsó a la acusada y claramente acompasados con unos trastornos importantes en el devenir de una actividad empresarial que giraba en torno al contacto telefónico, por más que no exista una cuantificación económica del daño emergente o del lucro cesante que generaron.

(STS 91/2022, de 7 febrero)

ARTÍCULOS 379.2 Y 384 CP

Delitos contra la seguridad vial: los delitos de conducción en estado de embria-guez y conducción habiendo sido privado del permiso correspondiente son delitos de peligro abstracto, en los que el comportamiento del conductor no llega a poner en riesgo la vida o la integridad de alguna o algunas personas en particular, bastando con la probabilidad de que así hubiera sido. Concurso ideal de delitos: constituye una sola acción en concurso ideal de delitos la conducción de un vehículo de motor bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas y a la vez quebrantando la resolución judicial por la que había sido privado del permiso

1. El presente recurso de casación se construye sobre la base de un solo motivo de impugnación. A partir del relato de hechos probados que, en su lugar, se consignó, el Juzgado de lo Penal número 2 de San Sebastián resolvió condenar al acusado como autor de sendos delitos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas (pre-visto en el art. 379.2 CP) y de conducción, tras haber sido privado del permiso o licencia por decisión judicial (art. 384 del mismo texto legal), en relación de concurso

real entre ambos, por lo que, en consecuencia, impuso las penas correspondientes a cada uno de ellos.

Considera el recurrente, sin embargo, que la relación concursal entre ambos ilícitos penales debe ser reputada como ideal y, por eso, que resultarían de aplicación las prevenciones contenidas en el artículo 77.1 y 2 CP (que se tiene así por indebidamente inaplicable) y no las que preceptúa el artículo 73 del mismo texto legal (que se tiene, en cambio, por aplicado indebidamente). Esta fue, en realidad, la pretensión que ya mantuvo previamente al interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, solicitando, como lo hace también ahora, que se impusiera al condenado la pena de multa, sin concretar su extensión, en lugar de la de prisión; y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo de un año. El Ministerio Fiscal apoya el motivo de impugnación por lo que respecta a la relación de concurso ideal que también considera concurre.

2. Los razonamientos del recurrente, sin embargo, no encontraron acogida en la Audiencia Provincial de Guipúzcoa que, en línea con semejantes precedentes de otros Tribunales provinciales y, frente a lo mantenido en otros, entendió, en sustancia, que: «En el caso concreto, la declaración probatoria traslada que el Sr. José Antonio conducía un vehículo a motor careciendo de permiso que le habilitaba para conducir vehículos a motor y, además, lo hacía bajo la influencia del consumo abusivo de bebidas alcohólicas.

Conforme a lo anterior, se ejecutan dos hechos o acciones típicas desde la perspectiva de la unidad natural de acción: una, conducir con la capacidad de conducción menoscabada por el consumo excesivo de alcohol y, otra, hacerlo sin encontrarse legalmente habilitado para ello. Consecuentemente, se trata de hechos distintos que afectan al mismo bien jurídico –la seguridad vial– pero de forma distinta, sin que, además, una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Por ello, estamos, tal y como la sentencia recurrida describe, ante un concurso real de delitos, que se sanciona conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1 CP».

Segundo. 1. Participa este Tribunal Supremo, en buena parte al menos, del punto de vista expresado por el recurrente, con cita de los argumentos que se contienen en la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, en particular en su parágrafo XV.1.c).

Ambas figuras delictivas en concurso, artículos 379.2 y 384 CP, presentan elementos comunes en cuanto las dos tienen a la seguridad vial como bien jurídico protegido y también en tanto que ambas pertenecen a la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto. Tanto la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, como la que se realiza sin haber obtenido el correspondiente permiso –o habiendo decaído la vigencia de éste por pérdida de los puntos asignados legalmente o tras haber sido privado, cautelar o definitivamente, del mismo por resolución administrativa o judicial–, incorporan en sí mismas a la seguridad vial un riesgo cierto (abstracto), sin necesidad, en consecuencia, de que llegue a materializarse ninguna situación concreta de peligro. No por nada se agrupan ambos sistemáticamente en el capítulo IV, «de los delitos contra la seguridad vial», del título XVII, «de los delitos contra la seguridad colectiva», del libro II CP.

2. Si en ambos casos se trata de delitos de peligro abstracto que inciden, incrementándolo, en un mismo marco de actividad, la seguridad vial, bien podría considerarse la hipótesis de que la relación entre ambos hubiera de ser regida por el llamado concurso de normas (art. 8 CP). Importa no perder de vista, antes de continuar el discurso, que los denominados delitos de peligro abstracto se construyen sobre la base de un razonamiento, naturalmente implícito, que toma como referencia criterios de probabilidad estadística. El tráfico rodado se presenta hoy como una actividad irrenun-

cialable en el marco de las sociedades modernas o en proceso de modernización. Junto a los incontables beneficios que comporta, nadie desconoce que en su desarrollo se producen también muy numerosas tragedias, sesgando numerosas vidas, provocando lesiones —gravísimas, graves y leves—, y daños materiales significativos. Las sociedades modernas, sin embargo, y la nuestra entre ellas, operando con un cálculo de coste/beneficio, ha resuelto no renunciar al ejercicio de dichas actividades, aunque sometiendo su desarrollo a rígidos controles administrativos y procediendo a socializar la carga de los daños que ineffectiblemente habrán de producirse a través, fundamentalmente, de la figura del seguro obligatorio.

Por lo que al Derecho penal respecta, es claro que los comportamientos de los conductores que determinan la producción de resultados lesivos como los descritos, podrán resultar constitutivos de delito, ya en aquellos supuestos, menos frecuentes, en los que merezcan calificarse como dolosos (bien sea por dolo directo o por dolo eventual); bien, en aquellos otros, más habituales, en los que el reproche se construya sobre la base de la imprudencia grave o menos grave. Desde antiguo, sin embargo, ha sentido el legislador penal la necesidad de dispensar esta clase de sanciones también para aquellos comportamientos en los que el conductor introduce en este ámbito de actividad, ya objetivamente peligrosa, un inaceptable incremento del riesgo, que le resulta personalmente imputable, aun sin materializarse en resultado dañoso alguno, pero poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de una o varias personas (art. 380.1 del Código, por ejemplo). Dichas conductas, en la terminología más generalizada, suelen encuadrarse en la categoría de los delitos de peligro concreto. Se decide de este modo anticipar la barrera de protección penal, sin necesidad de esperar, para que proceda la represión penal de la conducta, a la efectiva producción del daño que quiere evitarse. En tales casos, el comportamiento protagonizado por el conductor, censurable ya considerado *ex ante*, llega a producir un riesgo, cierto y concreto, que finalmente, y por diversas razones, no llega a materializarse en la existencia de un daño. Dicha conducta no es solo hipotética o abstractamente peligrosa si no que, también considerada *ex post*, evidencia su concreta aptitud para lesionar los bienes jurídicos que se tratan de proteger aquí, aun cuando, en el caso y tantas veces por razones ajenas al control del propio conductor, no lleguen a producirse los daños.

Todas estas prevenciones, sin embargo, se han considerado insuficientes, optándose por desplazar la «barrera de protección penal» a un estadio anterior. Se trata de ilícitos, como los que aquí importan, que se enmarcan en la categoría de los conocidos como delitos de peligro abstracto (de peligro abstracto/concreto o peligro hipotético). En tales casos, no es solo que el comportamiento del conductor no llegue a producir ningún resultado lesivo, sino que se prescinde también de que, por diferentes razones, tampoco la censurable conducción hubiera llegado a poner siquiera en riesgo la vida o la integridad de alguna o algunas personas en particular. Basta con la probabilidad de que así hubiera sido, sirve el riesgo hipotético, el que pudo haber tenido lugar. y es en este sentido que decíamos que la justificación de la represión penal de estas conductas descansa, en último término, en criterios de probabilidad estadística. Resulta, por ejemplo, estadísticamente tan frecuente que la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y, en consecuencia, con merma de las ordinarias aptitudes psicofísicas del piloto, resulte ser la causa de trágicos resultados, que aquella se alcanza ya para colmar las exigencias típicas del artículo 379.2, por más que dicho resultado no llegara a producirse e, incluso, cuando, en realidad, y también por el motivo que fuese, no llegara a ponerse siquiera en concreto peligro la vida o la integridad de ninguna persona en particular. Existió un riesgo potencial, hipotético, abstracto, que se considera ya bastante por el legislador para justificar la represión penal de dichas conductas.

A nadie escapan, empero, los «riesgos» que comporta también el adelantamiento continuo de la barrera de protección penal, cuyo ordenamiento, como de sobra resulta conocido, descansa en los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad. Esos riesgos de hipertrofia punitiva ni han escapado al legislador ni han dejado de advertirse tampoco por la jurisprudencia.

Sirven, respecto a lo segundo, de botón de muestra, las reflexiones contenidas en nuestra reciente sentencia, también de Pleno, número 48/2020, de 27 de mayo, cuando observa: El delito previsto en el artículo 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad *ex ante* de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto...En lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar...

Para la resolución de la cuestión planteada debemos partir de que en el delito del artículo 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 llevarla 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...

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 artículo 379 CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derecho 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.

También el legislador es consciente de que la regulación de esta clase de infracciones limita con un espacio delicado, «sensible». Por eso, no cualquier conducta descuidada que pudiera protagonizar un conductor (pongamos, la consulta rápida de unas notas, la utilización breve de un teléfono móvil, una velocidad superior a la reglamentariamente permitida...), cuando no llega a producir daño alguno, ni provoca tampoco la producción de un peligro concreto, aunque potencial, estadísticamente, peligrosa, con resultar administrativamente censurable, traspassa esos límites para

ingresar en el ámbito de la represión penal. El Derecho penal se reserva en este ámbito a un tipo de negligencias o conductas concretamente delimitadas, seleccionadas, por el precepto penal, por considerarlas el legislador estadísticamente más arriesgadas, en las que dicha situación de riesgo potencial o abstracto tiene lugar, aunque después no llegue a concretarse ni en un resultado lesivo ni siquiera en un riesgo concreto. Tal calificación merecen, por ejemplo, la conducción a una velocidad sensiblemente superior a la permitida (art. 379.1); la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 379.2); la realizada con manifiesto desprecio por la vida de los demás, sin haber puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (art. 381.2); y la que se efectúe sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción o la realizada tras su pérdida de vigencia, no por cualquier motivo, si no como consecuencia de la pérdida total de los puntos asignados legalmente (art. 384, párrafo segundo).

En presencia de cualquiera de estas conductas, se advierte la existencia de un peligro abstracto, hipotético, estadístico, que incrementa por sí mismo y de una forma inadmisiblemente el riesgo de que los daños que estos preceptos tratan de evitar lleguen a producirse. Es altamente probable que el conductor ebrio, el que circula a una velocidad singularmente elevada, o el que de ningún modo ha acreditado su aptitud para conducir en aceptables condiciones de seguridad (ausencia de permiso) o, incluso, ha demostrado ya su inidoneidad (pérdida de puntos) produzca al pilotar un vehículo de motor o ciclomotor, graves daños. Sin necesidad de esperar a que estos se produzcan, ni aun de que el riesgo se ponga concretamente de manifiesto, el legislador ha decidido sancionarlos con el empleo de su instrumento pretendidamente más contundente (el Derecho penal).

En esta lógica cabría considerar que si la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, por ejemplo, incrementa inadmisiblemente el comentado riesgo y si, en semejante medida (idéntica pena) lo incrementa también quien conduce a una velocidad superior a los límites previstos en el artículo 379.1, la concurrencia de ambos comportamientos en un mismo conductor, en un mismo momento (velocidad muy excesiva y conducción bajo ingesta alcohólica) elevan el peligro casi en términos de progresión geométrica, justificando así la decisión adoptada en la sentencia que se recurre (bien es verdad, como veremos, que en un supuesto distinto), de reprimir la conducta por la vía del concurso real de delitos. Además, en tal caso, podría decirse que, antes de alcanzar los límites de velocidad prohibida, cierto tramo de la conducción habría tenido lugar hallándose el conductor bajo los efectos de bebidas alcohólicas. El autor crea primero un peligro (art. 379.2) y después otro, alcanzada la velocidad prohibida (art. 379.1) que, interactuando con el primero, es aún mayor. De igual modo, por ejemplo: si es peligrosa, hasta el punto de censurarse penalmente, la conducción de quien no ha justificado la aptitud necesaria para pilotar un vehículo de motor (nunca obtuvo el permiso o licencia), aunque no haya producido ningún daño ni haya llegado a crear ninguna situación concreta de riesgo, más lo será todavía si aquél se halla bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas.

Sin embargo, esta clase de razonamiento, que arranca de la mayor intensidad, del incremento, del riesgo (abstracto), tropieza con algunas consistentes objeciones. Primero, desde criterios estrictamente sistemáticos, porque vendría a crear una suerte de *tertium genus* entre los clásicamente conocidos como delitos de peligro abstracto y los de peligro concreto. En los primeros, se requiere la creación de un peligro hipotético para la seguridad vial que se anuda por el legislador a la realización de ciertos ítems por él seleccionados (se escogen así y definen las causas que pueden provocar este riesgo penalmente reprochable, sin necesidad de que el riesgo llegue a concretarse y, desde luego, sin que se precise la efectiva producción de un resultado lesivo).

Inversamente, otras conductas que también incrementan estadísticamente el riesgo para la seguridad vial, generadas por otras causas (rápida ojeada al móvil, por ejemplo), son ignoradas, en esas mismas circunstancias, por el legislador penal. Los últimos, delitos de peligro concreto, vendrían representados por aquellas conductas en las que su sanción penal, más grave *ceteris paribus*, no se conforma con la creación de un riesgo hipotético, sino que precisa la producción de un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas. Y, entre ambas categorías (riesgo abstracto/riesgo concreto), se abriría un espacio enderezado a sancionar conductas en las que el riesgo creado, hipotético, sin llegar a concretarse, sí presentara una mayor entidad, como consecuencia de su multiplicidad de causas (siempre de entre las previamente escogidas por el legislador para conformar los delitos de peligro abstracto). Si no fuera así, es decir, si se impugnara, la existencia de un espacio para esta categoría dogmática, resultaría obligado convenir en que quien conduce, por ejemplo, sin haber obtenido nunca un permiso que le habilite para ello y lo hace, además, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, debería ser sancionado conforme a las reglas del concurso de normas, siendo que la completa dimensión antijurídica de su conducta (por lo que respecta a la creación de un peligro abstracto penalmente relevante para la seguridad vial) estaría ya contemplada íntegramente por el precepto que determina la imposición de una pena más grave.

Pero las objeciones no se agotan en el terreno taxonómico si no que proceden también de razonamientos teleológicos. Si lo que el legislador sanciona en los delitos de peligro abstracto es la creación de un riesgo, producido como consecuencia de determinados comportamientos seleccionados (con exclusión, por tanto, de otros, censurables en el plano estrictamente administrativo), riesgo que, ha de ser existente, aunque solo en un plano ideal o abstracto (hipotético), sin necesidad de que llegue a materializarse en una concreta situación de peligro (ni, por descontado, en un resultado dañoso); aquel riesgo hipotético podrá, desde luego, existir o no, pero, existiendo, difícilmente podría modularse o cuantificarse (más/menos riesgo hipotético). Sí lo que sabemos del suceso es que dio lugar a la creación de un riesgo meramente potencial, (no quiere decirse insignificante), que no se concretó después en situación de peligro alguna, la valoración relativa a las mayores o menores posibilidades de que aquel riesgo concreto hubiera podido presentarse, dependerá de factores que, a menudo, no solo van a escapar a las facultades del autor sino también a las del intérprete de la norma, al permanecer en un plano, el de la mera hipótesis (¿qué hubiera pasado si...?), particularmente evanescente. Del mismo modo que en el caso de los delitos de peligro concreto, una vez determinada su existencia, no es fácil graduar las probabilidades de que aquél hubiera podido llegar a causar una lesión efectiva en la vida o integridad de las personas; no lo es tampoco determinar, en el plano del peligro abstracto, cuantas probabilidades habría, más o menos, de que aquel riesgo hipotético hubiera producido, aunque sabemos que no llegó a causarlo, un riesgo concreto.

Podrá decirse que la dificultad de la encomienda no excusa de la necesidad de abordarla. Mas, aunque tratásemos de hacerlo, aun habríamos de enfrentarnos a una nueva paradoja. Si se acepta que el peligro abstracto provocado por un conductor que no ha justificado su habilidad (sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción) es mayor (o menor) que el que causa un conductor habilitado que pilota bajo los efectos de bebidas alcohólicas. Y si se parte también de que ese peligro, no obstante, es inferior al que provocaría ese mismo conductor no habilitado si condujera, además, bajo los efectos de bebidas alcohólicas (y al extremo, aún sería mayor si lo hiciera también a velocidad acusadamente inadecuada por excesiva), todo ello por más que en ninguno de los casos llegó a producirse, no ya una lesión de vida o integridad, sino ni siquiera un peligro concreto de que ésta tuviera lugar, habría también

de responderse a la pregunta relativa a por qué entonces el peligro abstracto es el mismo, a los efectos de la calificación jurídico penal de los hechos, cuando el conductor se encuentra completamente ebrio que cuándo sobrepasa en poco las típicas magnitudes de alcohol en el metabolismo, o por qué es también igual el peligro abstracto generado por un conductor que circula a doscientos kilómetros por hora en una auto-vía que el que provocaría quien lo hiciese a doscientos sesenta kilómetros por hora.

Resultaría así plausible que, justificada la creación de un riesgo abstracto para la seguridad vial, consecuencia de la realización por el sujeto activo del delito de alguna de las conductas descritas en los diferentes tipos penales que sancionan esta clase de ilícitos, el bien jurídico protegido en ellos (inmediatamente la seguridad del tráfico y, a través suyo, la vida e integridad de las personas) resulta lesionado en la misma medida, con independencia de la causa o causas concretas que lo produjeron, sin que el eventual concurso de varias de ellas incremente de forma sustancial la antijuridicidad de la conducta. Quien conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas genera un riesgo abstracto para la seguridad vial, disponga o no de permiso o licencia para conducir, circule o no a velocidad exageradamente excesiva; y ese mismo peligro (abstracto) lo genera también quien conduce a velocidad extraordinariamente excesiva, disponga o no de permiso para conducir, haya ingerido o no una cantidad significativa de bebidas alcohólicas. Cuando son varias las causas concurrentes, la creación de un riesgo abstracto, que no llegó a generar ningún peligro concreto, no varía sustancialmente a los efectos de su calificación jurídico penal. La cuestión, en esta línea de razonamiento, debería ser resuelta con aplicación de las reglas del concurso de normas, sin perjuicio, como es lógico, de que haya de ponderarse la gravedad del hecho (o las circunstancias personales del delincuente) a la hora de proceder a la individualización de la pena.

Tercero. El supuesto que se somete ahora a nuestra consideración presenta, sin embargo, particularidades no despreciables, debidamente ponderadas en su informe por el Ministerio Público. El acusado no solo conducía un vehículo de motor bajo los relevantes efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas (art. 379.2) sino que, además, lo hacía quebrantando la resolución judicial por la que había sido privado del permiso o licencia (art. 384, párrafo segundo). Si este último precepto no existiera, es claro que su comportamiento sería reconducible, por lo que a la vulneración de la pena que le fue impuesta respecta, a las previsiones contenidas en el artículo 468 CP (quebrantamiento de condena, castigado, en el caso, con una pena de multa). Ello permite comprender que esta modalidad delictiva, contemplada en el artículo 384, –la conducción, tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia–, presenta una naturaleza pluriofensiva. De una parte, la conducta se reputa bastante para la creación de un riesgo abstracto en la seguridad del tráfico, habida cuenta de que su conductor incurrió ya en un motivo serio para desconfiar de su habilidad para hacerlo; y, de otra, se lesiona también el bien jurídico relativo a la protección del cumplimiento de las resoluciones judiciales, en tanto se desatiende lo definitiva o cautelarmente ordenado por la autoridad judicial. En estos casos, la antijuridicidad de la conducta no se agota, por eso, en la creación de un riesgo abstracto para la seguridad del tráfico, contemplado en exclusiva en el artículo 379.2, sino que lesiona también un bien jurídico diverso: «un solo hecho constituye dos o más delitos», por emplear la terminología utilizada en el artículo 77.1 CP, cuando regula el llamado concurso ideal propio.

No se trata aquí, a nuestro juicio, frente a lo asegurado en la resolución impugnada, de dos hechos diferentes. La Audiencia Provincial despeja la cuestión señalando que: «se ejecutan dos hechos o acciones típicas desde la perspectiva de la unidad natural de acción: una, conducir con la capacidad de conducción menoscabada por el consumo excesivo de alcohol y, otra, hacerlo sin encontrarse legalmente habili-

tado para ello. Consecuente, se trata de hechos distintos que afectan al mismo bien jurídico, –la seguridad vial–, pero de forma distinta, sin que además ninguna de ellas sea medio necesario para cometer la otra. Por ello, estamos, tal y como la sentencia recurrida describe, ante un concurso real de delitos, que se sanciona conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1 CP».

Este razonamiento, ciertamente, no termina de comprenderse con claridad, habida cuenta de que, si se apela a la «perspectiva de la unidad natural de acción», más parece que habría de llegarse a la solución contraria: un solo hecho y no dos. Pero es que, además, resulta claro que, aunque la valoración jurídica de la conducta pueda efectuarse desde diferentes ángulos, lo cierto es que quien, privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia para conducir, vulnera esa prohibición tras haber ingerido una determinada cantidad de alcohol, protagoniza un solo hecho, una sola acción, por más que la misma pueda resultar censurable desde diferentes normas jurídicas. Como plásticamente observa el Ministerio Fiscal al tiempo de apoyar este motivo del recurso: «Es una sola acción con un supuesto fáctico incardinable en dos tipos legales».

2. Partiendo de este mismo criterio (una sola acción) y de la naturaleza pluriofensiva del delito previsto en el artículo 384 CP, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011, de 17 de noviembre, concluye que, a su parecer, «entre los delitos del artículo 384 y los de los artículos 379, 380 y 381: concurso ideal». En efecto, en la misma se explica, con relación a los diferentes supuestos contemplados en el artículo 384, en su articulación con el artículo 379, que: «No parece procedente aplicar el concurso de normas. Los delitos del artículo 384 incisos 1, 2 y 3 ofrecen perspectivas de tutela diferenciadas como son el respeto a la Administración de Justicia y al principio de autoridad ínsito en el ejercicio de las potestades administrativas de vigilancia, control y sanción en el tráfico viario». Es decir, quien, pilotando un vehículo sin haber obtenido nunca el correspondiente permiso (sin vigencia por pérdida de puntos, o tras su retirada, cautelar o definitiva, por disposición judicial), conduce, además bajo los efectos de una previa ingesta de bebidas alcohólicas, no solamente pone en peligro la seguridad vial, desbordando el reproche ya contenido en el artículo 379, sino que enfrenta el principio de autoridad ínsito en el ejercicio de las potestades administrativas (conduce sin licencia o con ella caducada por la pérdida de todos los puntos) o contraviene el cumplimiento de las órdenes judiciales (privación, cautelar o definitiva, del derecho a conducir). Así pues, el reproche que se contiene en el artículo 379, precepto más grave por lo que se explicará, no contempla la totalidad del injusto efectivamente producido, lo que justifica la necesidad de acudir al concurso ideal de delitos. Una sola acción que lesiona varios bienes jurídicos de tal modo que ninguno de los preceptos concurrentes abarca en su totalidad el reproche que merece la conducta.

Resulta obligado aún profundizar en el problema, no sencillo, que se somete aquí a nuestra consideración. La aplicación de las reglas previstas para el concurso ideal (art. 77.1 y 2), determina la necesidad de imponer en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave. El artículo 379 CP, tanto en su número primero como en el segundo, sanciona la conducta de quien conduce un vehículo de motor o un ciclomotor a una velocidad superior a determinados parámetros o bajo los efectos de bebidas alcohólicas, con las penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, con la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a un año e inferior a cuatro. Por su parte, el artículo 384 sanciona a quienes condujeran esas mismas máquinas tras haber perdido la vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos, sin haber obtenido nunca dicho permiso o licencia, o tras haber sido privado, cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial,

también con una pena alternativa (prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad), en todos los casos con la misma extensión que el artículo 379 (prisión de tres a seis meses; trabajos en beneficio de la comunidad entre 31 y 90 días), salvo por lo que respecta a la pena de multa (cuyo suelo se sitúa aquí en doce meses, –no en seis– y su límite máximo en veinticuatro, –no en doce–). Sin embargo, el artículo 379, añade, en todo caso (pena conjunta), la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores; previsión que no se contempla en el artículo 384.

Dicho panorama obliga a determinar cuál de los preceptos concurrentes resulta ser el más grave. Ciertamente que las penas alternativas contempladas en ambos preceptos (prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad) resultan ser las mismas, por más que una de ellas, la multa, resulte ligeramente superior en el caso del artículo 384. Sin embargo, ha de reputarse más grave el delito contenido en el artículo 379.2 en la medida en que éste añade la imposición de una pena conjunta (privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores), que el otro precepto omite. Por eso, con la aplicación del precepto más grave, artículo 379.2, no puede considerarse colmada la totalidad del injusto que la conducta protagonizada por el acusado comporta, en tanto aquél no contempla la desobediencia o el quebrantamiento que la conducción sin licencia representa.

Por lo hasta aquí explicado consideramos que la cuestión debe resolverse con aplicación de las reglas relativas al concurso ideal de delitos y no con las regulan el concurso real.

(STS 105/2022, de 9 febrero)

ARTÍCULO 384.2 CP

Conducción sin haber obtenido permiso o licencia. Vehículos de movilidad personal (ciclomotores eléctricos): no cabe su consideración automática como ciclomotores a los efectos del tipo penal. Necesidad de realizar un informe pericial para fijar las características de cada uno de ellos, sin que los datos dados por el fabricante puedan servir por sí solos para ello

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el instrumento de movilidad conducido por la acusada, y que es objeto de análisis en la resolución judicial recurrida, que por cierto no lo clasifica, en sus hechos probados, como ciclomotor, tanto podría ser un VMP, como no responder a esta categoría, y tratarse de facto en un ciclomotor, sustancialmente porque faltan datos, como es si contaba o no, con sistema de auto-equilibrado, y tampoco se expresa si el motor eléctrico con el que está dotado puede proporcionar al vehículo una velocidad máxima por diseño comprendida entre 6 y 25 km/h, y sobre ambos aspectos, los hechos probados guardan silencio, y ambos son datos sustanciales, una vez que el vehículo ha sido clasificado por la Audiencia como un VMP.

En suma, no todo vehículo de dos ruedas que no alcance la potencia en motor señalada en la descripción europea o nacional, puede ser considerado, sin más, un ciclomotor.

Así lo expresa, con todo acierto, el Dictamen 2/2021, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial: «desde un examen superficial, una interpretación laxa y automática de las citadas disposiciones de la LSV, que no tenían presentes las nuevas formas de movilidad en el momento de su promulgación, podría erróneamente conducir a entender, de forma indiscriminada, que cualquier artefacto de dos, tres o cuatro

ruedas dotado de motor que no alcanzase potencias superiores a las citadas ni velocidades por encima de 45 km/h tendría la consideración de ciclomotor, de suerte que, bajo este prisma, la práctica totalidad de los aparatos que actualmente se comercializan como VMP (o cualquier otro imaginable por debajo de esos niveles de potencia o velocidad) entraría en el concepto legal, aserto muy alejado de la realidad concreta de la mayoría de estos vehículos. Por su parte, la nueva definición citada de los VMP como categoría autónoma (e independiente de otras, como las de vehículos a motor y ciclomotores) introducida, como se dijo, en el RGV por el citado RD 970/2020, permitirá categorizarlos técnicamente y, por ello, diferenciarlos de otro tipo de vehículos, entre ellos los ciclomotores».

De manera que los VMP y los ciclomotores son vehículos con concepciones normativas diferentes en nuestra legislación interna.

Por ello, los VMP constituyen una categoría nueva de vehículos, y desde esta perspectiva, debe ser enjuiciado este recurso de casación. En esencia, conforme al Dictamen citado, destacan los siguientes criterios definitorios: 1. Los VMP son una categoría de vehículos. 2. No pertenecen a ella los incluidos en el ámbito de aplicación de la norma reglamentaria europea, entre los que se encuentran los ciclomotores, como tampoco los vehículos sin sistema de autoequilibrado y con sillín (sujetos al ámbito del Reglamento UE en virtud de su artículo 2). 3. Los VMP son una categoría autónoma, definida de forma independiente en el Anexo II RGV y separada de los vehículos a motor (la nueva definición de éstos dada por el RD 970/2020 excluye expresamente del concepto a los VMP como se dijo), ciclomotores, ciclos de motor y bicicletas de pedales con pedaleo asistido, por lo que carecen de consideración penal (otra cosa ocurrirá, como decíamos, con los vehículos mal llamados VMP que, en realidad, no lo son, y que, por tanto, podrían alcanzar la estimación hipotética «mínima» de ciclomotor, al amparo del Reglamento UE en relación con la LSV y RGV).

Por ello, no es posible, hoy por hoy, inculpar la conducción de los VMP en las infracciones penales del Capítulo IV del Título XVII CP, pues no están incluidos en las correlativas fórmulas típicas. Todo ello salvo que se haga un uso fraudulento de estas categorías para camuflar, tras una aparente clasificación VMP, lo que es auténticamente, cuanto menos, un ciclomotor (incluso una motocicleta), intentando burlar de esa forma la reglamentación referida a la exigencia de licencia, que daría lugar al delito objeto de este recurso, y otras normas, como la obligatoriedad del casco o del seguro, de ámbito administrativo, incidiendo –y eso es lo peor– en la seguridad vial, al poner en peligro real la seguridad personal de los demás usuarios de la vía.

Por todo ello, en el caso enjuiciado, si en los hechos probados constara que el vehículo conducido por la acusada, carece de sistema de autoequilibrado y cuenta con sillín, no podría en ningún caso conceptuarse como VMP en la definición del RGV y estaría sujeto como ciclomotor al encaje penal pretendido. Pero no lo dicen los hechos probados; tampoco la velocidad máxima de instrumento intervenido.

Hemos de tomar en consideración igualmente que quedan fuera de la categoría de VMP –por debajo– y del ámbito de aplicación del citado Reglamento (art.2.2.a), los vehículos cuya velocidad máxima por construcción no supere los 6 km/h (en realidad, juguetes), por lo que, conforme a la citada normativa y desde el prisma de su nula potencialidad lesiva, quedarían claramente fuera del concepto jurídico-penal que estamos examinando. De no ser así, tales aparatos tendrían dos ruedas, un sillín y un motor eléctrico, y a nadie se le ocurriría conceptuarles como ciclomotores. De ahí la importancia de la velocidad que puedan desarrollar, que es un dato esencial para incidir en el bien jurídico protegido: la seguridad vial.

Igual ocurre con los vehículos para personas de movilidad reducida, de acuerdo con el punto 12 del Anexo I LSV y el Anexo II RGV, que los excluye del concepto de

vehículo a motor, estando igualmente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento europeo (art. 2.2.b referido a los vehículos destinados exclusivamente a ser utilizados por personas con discapacidad física).

En consecuencia, con los hechos probados, tal y como están reflejados, no es posible revocar la sentencia recurrida.

Finalmente anotamos que el enjuiciamiento de una conducción sin licencia ha de exigir la concurrencia en el *factum* de todos y cada uno de los elementos que configuran la conceptualización administrativa como ciclomotor, lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 LSV, la conducción tanto de vehículos a motor como de ciclomotores exigirá haber obtenido previamente el preceptivo permiso o licencia de conducción dirigido a verificar que el conductor tenga los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo, en los términos que se determine reglamentariamente. Ambos elementos son exigencias normativas del delito descrito en el artículo 384.2 CP.

En consecuencia, deben constar en los hechos probados de la Sentencia aquellos elementos configurativos del vehículo con el que circulaba la acusada, como lo es su potencia (tanto sea de motor de explosión como eléctrico), su velocidad máxima, si cuenta o no con sillín (y sus características), si tiene o no, sistema de autoequilibrado, y cuantas características sean necesarias para su clasificación, lo que llevará a exigir que, para su uso, sea necesario obtener el oportuno permiso o licencia de conducción, y, en suma, a falta de los elementos documentales que consten en autos, sea precisa su categorización mediante el oportuno dictamen pericial que sea necesario para su determinación.

En este caso, al no constar tales características, debemos desestimar el motivo, sin que sea necesario ya acometer el estudio del segundo, que se enmarca en consideraciones sobre la culpabilidad de la acusada. De cualquier modo, y como cláusula de cierre de esta resolución judicial, creemos que la nueva realidad social que nos muestra la multitud de aparatos de las características de los VMP, debería llevar a una clasificación administrativa más clara, dada la diversidad de aparatos con capacidad de circulación, o bien la pronta exigencia de una certificación administrativa, que acredite su configuración técnica, necesaria para su circulación, en los términos que, ciertamente, ya se van legislando en esta materia. Lo propio respecto a la necesidad, o no, de precisar de algún tipo de licencia, conocimientos o capacidad de habilidad técnica para circular con estos nuevos vehículos, y los demás aspectos que se consideren de interés, dada la incidencia en la seguridad vial que a todos nos ha de preocupar.

(STS 120/2022, de 10 febrero)

ARTÍCULO 390.1.2.º CP

Falsedades: simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: existe simulación de documento total o parcial cuando el documento se crea expreso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia

14. Al parecer del recurrente, el juicio de tipicidad resulta inconsistente en la medida en que la sentencia no despeja la cuestión nuclear relativa a la propia simulación contractual que se afirma. A lo sumo, se afirma, el hecho probado identifica mutaciones de algunos contenidos contractuales, no la creación ni la simulación del contrato-documento, que resultarían atípicas por su carácter meramente ideológico. Los documentos

identifican un sustrato contractual real tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. La antedatación y la inclusión de cláusulas contractuales no pactadas verbalmente no supone, se insiste, creación documental a los efectos del artículo 390.1.2.º CP. Sobre todo, si la propia sentencia no descarta que los documentos fueran otorgados por el recurrente antes de que cesara en su puesto de gerente de la Cooperativa.

15. El motivo tampoco puede prosperar con el alcance pretendido. Es cierto, no obstante, que en esta Sala Segunda se produjo una intensa polémica sobre cuál era el espacio de protección o de tipicidad del ordinal segundo del artículo 390.1 CP. En particular, si la falsedad solo podía ser relevante en cuanto supusiera una alteración, mediante su total o parcial simulación, del elemento de la autenticidad.

Así, para la primera de las líneas jurisprudenciales aun cuando el contenido documentado no se ajustara a la verdad si el documento –el continente– es confeccionado por aquel que realmente lo otorga, ya sea por disposición legal, negocial o voluntaria, no se compromete la autenticidad documental en sentido estricto. De ahí que solo quepa el reproche como falsedad ideológica si el otorgante reúne, además, la condición de funcionario público.

Por contra, la segunda línea, la que finalmente se ha impuesto, considera que se produce total o parcial simulación cuando el documento se crea exprofeso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia –*vid.* Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999–.

Y entendemos que este es, con claridad, el caso que nos ocupa. La falsedad no se proyecta exclusivamente en alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en los documentos, sino que estos se confeccionaron deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico, con una específica finalidad probatoria en el proceso civil, una relación negocial con contenidos inexistentes. No es una simple cuestión de antedatación de lo auténtico, lo que sería, *prima facie*, irrelevante penalmente *ex* artículo 390.1.4.º CP –*vid.* STS 277/2018, de 8 de junio–, sino de la creación de un documento con evidente relevancia jurídica por su potencial capacidad para inducir error sobre su autenticidad, en un sentido amplio. Como se precisa en la STS 1954/2002 de 29 de enero de 2003, núm., «en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento «genuino» con el documento «auténtico», pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como «auténtico» por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material. Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que «genuino» significa «puro, propio, natural, legítimo», sin especial vinculación con la veracidad y si con la procedencia («propio» de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad. En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma, así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría».

Interpretación del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental que ha sido expresamente validada como conforme con las exigencias derivadas del principio de *lex stricta* por la STC 123/2001, de 4 de junio.

16. Es cierto, como se afirma por el recurrente, que los documentos contienen menciones contractuales que corresponden a la realidad material de la regla negocial, pero en el caso no pueden compensar el componente simulado que pretende «pre-constituir» con una finalidad probatoria determinada elementos esenciales de dicha regla negocial absolutamente inexistentes. Siendo dicha finalidad de preconstitución de contenidos negociales esenciales pero inexistentes lo que dota a la mutación falsaria del grado de lesividad necesario para considerarla típica ex artículo 390.1.2.º CP cuando sea realizada por particulares –*vid.* STS 309/2012, de 12 de abril–.

17. Ahora bien, aprovechando la voluntad impugnativa y al hilo, también, de la pretensión revocatoria formulada por el otro recurrente, cabe cuestionarse la naturaleza del objeto típico sobre el que recae la conducta falsaria.

El tribunal de instancia la califica de falsedad en documento mercantil pues lo que se documenta son contratos de agencia de naturaleza mercantil sometidos en su regulación a la Ley 12/1992, de 27 de mayo.

La cuestión, no cabe duda, es compleja y delicada, pero, en el caso, ya adelantamos, ese origen mercantil no incorpora el particular desvalor que debe justificar la pluspunición respecto al delito de falsedad de cualquier otro documento privado.

18. El notable mayor castigo del delito de falsedad en documento mercantil respecto a otros comportamientos falsarios –sin perjuicio, además, de su relevancia concursal con los delitos defraudatorios con importantes implicaciones en términos de pluspunición– obliga a identificar la razón que, a la postre, lo justifica.

Ante la ausencia de una definición legal precisa, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado, tradicionalmente, como documento mercantil a aquel que acredita, manifiesta y proyecta las actividades que se producen en el círculo o ámbito propio de una empresa mercantil –*vid.* STS 8 de mayo de 1992–. Una categorización amplia que ha incluido a: «los que dotados de *nomen iuris* se encuentran regulados en el Código de Comercio o en leyes especiales; las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, y su papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en derecho; los que se refieren a la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas, o recibos o libros de contabilidad; así como libros u hojas auxiliares que sirven para proporcionar los datos que han de pasar a los libros oficiales» –*vid.* STS de 6 de marzo de 2001–.

19. Pero tampoco cabe obviar que otros pronunciamientos, también sincrónicos, han mantenido la necesidad de una interpretación restrictiva. Así, con referencia a la regulación CP de 1973, se afirmaba en la STS de 31 de mayo de 1991, de la que se hacía eco la STS 786/2006 [sic], de 22 de junio, que «el artículo 392 CP se refiere sólo a aquellos documentos mercantiles merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la «ratio legis» de la asimilación. De modo que ‘no es suficiente con que se trate de un documento utilizado en el tráfico mercantil’, sino que se requiere una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual».

Línea jurisprudencial restrictiva que ha mantenido su proyección más o menos matizada en resoluciones actuales. De tal modo, se ha insistido en que, sin perjuicio de que puedan considerarse mercantiles los documentos explícitamente contemplados en

la legislación mercantil, su punición ex artículo 392 CP exige «que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique precisamente la agravación de su falsedad respecto a la de aquel» –*vid.* STS 695/2019, de 19 de mayo de 2020, 755/2018, de 12 de marzo de 2019, 159/2018, de 5 de abril, 571/2005, de 4 de mayo–. Lo que algunos autores han identificado con el valor ejecutivo del documento mercantil y otros con las exigencias de ciertas formalidades para su otorgamiento.

20. La observable coexistencia de una interpretación amplia y otra estricta del concepto normativo de documento mercantil a los efectos del artículo 392 CP, justifica retomar la cuestión de su alcance.

Y para ello resulta imprescindible situarse en el análisis del bien jurídico, objeto de tutela en el artículo 392 CP, pues solo desde necesidades específicas de mayor protección puede justificarse tan desaventajado tratamiento penal respecto a otras conductas falsarias como, por ejemplo, la del artículo 395 CP –*vid.* STS 715/2020, de 21 de diciembre en la que se descarta la falsedad mercantil recaída sobre un contrato de préstamo porque, en una interpretación estricta del artículo 311 Cod. de Com, no se acredita que el dinero recibido fuera destinado a la financiación de actividades mercantiles–.

21. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala de lo Penal es constante en afirmar, ya sea desde posiciones extensivas o restrictivas del espacio de protección del artículo 392 CP, que lo que se pretende proteger con dicho tipo es la seguridad del tráfico mercantil.

Lo que sugiere con claridad que el bien jurídico protegido no es solo individual, sino que adquiere una proyección colectiva y social mucho más acentuada que con relación al protegido mediante el delito de falsedad en documento privado. Residiendo aquí, precisamente, la razón que justifica las necesidades de protección penal intensificada, anudando a su lesión un mayor reproche punitivo.

La anterior conclusión se refuerza si atendemos a un argumento sistemático. La conducta falsaria sobre el documento mercantil aparece mencionada en el artículo 392 CP junto a los comportamientos falsarios que recaen sobre documentos públicos y oficiales, equiparándose en sus consecuencias penológicas. Lo que sugiere, también con claridad, que las tres conductas comparten bien jurídico público y colectivo. No parece discutible que mediante la sanción de la falsedad de documentos públicos u oficiales se pretende proteger el interés general, la confianza de la ciudadanía, en el buen uso de las facultades o potestades reconocidas a determinadas autoridades o funcionarios para confeccionar documentos. Condiciones de confección presuntivas que son las que otorgan al documento falseado público u oficial la idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido y afectar a las funciones documentales con mayor intensidad.

Dicha equiparación acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore también una especial intensidad lesiva de dichas funciones documentales, equiparable a la de los documentos públicos u oficiales. Nivel especial de lesividad que cabe predicar de aquellos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, gocen de una proyección cualificada en el tráfico jurídico.

Como argumento de interpretación histórica que refuerza dicha conclusión cabe referirse a la anterior redacción del artículo 303 CP, texto de 1973, precedente del actual artículo 392, en la que se precisaban las clases de documentos mercantiles en relación de analogía o similitud con las letras de cambio. Dicha referencia patentizaba, de forma concluyente, la ratio protectora en cuanto tales documentos por su potencialidad fijadora del crédito y su intrínseca operatividad abstracta, sí incorporan evidentes marcadores de lesividad del bien jurídico de la seguridad del tráfico en su dimensión colectiva o general. El hecho de que la nueva definición típica no incorpore dicha precisa referencia no permite interpretar de contrario la ruptura contextual de

significados, pues sigue situándose al documento mercantil en una posición de aventajada protección punitiva que continúa reclamando explicación sistemática.

22. Reiteramos. La consideración del bien jurídico, como elemento rector tanto para la interpretación de los elementos del tipo como para la medición de la antijuricidad exigida, justifica reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP. Limitando su aplicación a aquellas conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles que, por el grado de confianza que generan para terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil.

De tal modo, resultará suficiente la protección penal mediante el tipo del artículo 395 CP frente a la falsedad de otros tipos de documentos que, si bien plasman operaciones mercantiles o han sido confeccionados por empresarios o comerciantes, carecen de dicha especial idoneidad lesiva colectiva –por ejemplo, contratos, presupuestos, tickets, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros–.

23. Por su parte, entre los documentos cuya falseamiento sí podría comprometer el bien jurídico protegido por el artículo 392 CP cabe encontrar, con fines meramente enunciativos, los que tienen el carácter legal de título-valor; los que obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación mercantil que funcionalmente les acerca a los documentos emitidos por ciertos funcionarios con capacidad documentadora –por ejemplo, libros y documentos contables, actas de juntas de sociedades de capital, certificaciones con potencial acceso al Registro Mercantil, etc.–; los que documentan contratos-tipo, clausulados generales o particulares en relaciones de consumo –por ejemplo, contratos de seguro, bancarios, de financiación, transporte etc.–; aquellos contratos sometidos a condiciones normativas de forma o de supervisión o a algún tipo de intervención pública –por ejemplo, contratos de gestión financiera, de correduría de seguros, de inversión, etc.– y documentos que, bajo la apariencia de corresponder al giro mercantil de una empresa, tengan como finalidad la comisión de delitos contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social, fraude de subvenciones o la obtención de financiación por entidades bancarias o de crédito, etc.

24. Partiendo de lo anterior, surge, irremediablemente, una cuestión ¿Puede afirmarse que la falsificación de un documento en el ámbito de una relación contractual privada en la que una de las partes es un comerciante es susceptible, en todo caso y por sí, de afectar a la seguridad del tráfico mercantil? ¿El contrato de agencia simulado es documento mercantil a los efectos típicos del artículo 392 CP?

La repuesta, en el caso que nos ocupa, ha de ser negativa. La simulación del clausulado de un contrato otorgado entre particulares, aunque estos puedan ostentar la condición de comerciantes y fijen una regla negocial de naturaleza mercantil, carece de eficacia más allá de la relación negocial entre aquellos y de potencialidad significativa para lesionar la seguridad del tráfico mercantil en un sentido colectivo.

Por ello, la simulación habida debe reputarse recaída sobre documento privado a los efectos típicos del artículo 395 CP, cuyo elemento subjetivo, la intención de causar perjuicio a tercero, concurre.

25. La consecuencia no solo supone la modificación del título de condena, lo que en nada compromete los derechos del recurrente a la defensa y a conocer la acusación, sino también de la pena impuesta que utilizando la misma escala individualizadora del tribunal de instancia fijamos en la mitad de la imponible, esto es en un año y tres meses de prisión.

(STS 232/2022, de 14 marzo)

ARTÍCULO 399 CP

Falsedad en documento oficial por particular: uso y exhibición a policías nacionales de tarjeta de identidad que era original y donde constaba sus datos y su fotografía, que permite identificar a una persona como titular de los derechos y obligaciones que se derivan de la condición de controlador de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas en Comunidad Autónoma expedida y regulada por la Comunidad: no se trata de un certificado de haber superado unas pruebas, sino que se simula tener las condiciones legales para realizar esa actividad oficial; el certificado se limita a acreditar una realidad existente en otro documento o expediente, que se encuentra bajo la autoridad o el control de quien emite la certificación y el documento oficial tiene mayor transcendencia al afectar bienes jurídicos de particular relevancia

1. El artículo 399 CP castiga al particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores, y con la misma pena prevista al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo.

Cuando se trata de certificaciones emitidas por funcionario público o autoridad, se plantea la necesidad de distinguir los certificados de los documentos oficiales, cuya falsificación se sanciona con mayor pena.

El certificado es un documento que acredita algún extremo de interés extraído de un expediente o documentación que obra a cargo de quien emite la certificación. Dicho de otra forma, el certificado se limita a acreditar una realidad existente en otro documento o expediente, que se encuentra bajo la autoridad o el control de quien emite la certificación. No tiene otra finalidad.

Aunque en la STS 432/2013, de 20 de mayo, decíamos que «No está de más añadir que el criterio diferenciador entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante y «sólo la gravedad y transcendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados» (STS 27 de diciembre de 2000)», la Jurisprudencia de esta Sala ha concretado su criterio y «(SSTS 2001/2000, de 27 de diciembre o 1/2004, de 12 de enero, entre muchas otras), ha establecido como criterio de diferenciación entre el delito de falsedad en documento oficial y los de certificación falsa de los artículos 397 y ss. que, en los últimos, la información mendaz documentada solo cumple la función de advenir o acreditar hechos sin otras finalidades. Por el contrario, en el delito de falsedad en documento oficial, la alteración se muestra de especial gravedad, al poder constatare una transcendencia en la alteración del instrumento documental por llegar a afectar bienes jurídicos de particular relevancia». (STS núm. 343/2020, de 25 de junio).

2. El Juzgado de lo Penal declaró probado, en lo que al recurrente se refiere, que «el día 17 de Marzo de 2019, aproximadamente sobre las 4,45 horas, Dionisio, nacido el NUM000-76 en Bolivia, con DNI NUM001, mayor de y con antecedentes penales no computables para esta causa, exhibió ante agentes de la policía nacional una tarjeta de autorización de control de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid expedidos por esta Comunidad Autónoma con número NUM002 que no era original y donde constaba sus datos y su fotografía». Añadiendo más adelante que el recurrente carece «de autorización para ser controladores de acceso a locales, establecimientos y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid».

En realidad, el documento falsificado es una tarjeta de identidad que permite identificar a una persona como titular de los derechos y obligaciones que se derivan

de la condición de controlador de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas en la Comunidad de Madrid.

[...] Para el ejercicio de esa concreta actividad es preciso cumplir una serie de condiciones, y, además, obtener un certificado de haber superado unas determinadas pruebas que llevaba a cabo, hasta su desaparición (Ley 6/2013), la Academia de Policía Local de la Comunidad de Madrid.

En la regulación se distingue, pues, de un lado, el certificado, expedido por la Academia de Policía Local, que acredita haber superado las pruebas; y, de otro lado, la obligación que se impone al personal de control de acceso, según dispone el artículo 8 del Decreto, de llevar de forma visible y permanente un distintivo que le identifique y le acredite como tal.

No fue el primero de los documentos el que se falsificó, sino el segundo, que, como se ha dicho, no es propiamente un certificado, sino un documento de identificación de la persona que puede operar como personal de control de acceso.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el certificado de superación de las pruebas, por sí mismo, no da lugar a la emisión del documento de identidad, pues en todo caso es necesario cumplir una serie de condiciones. Así, el citado Real Decreto, dispone que para desempeñar las funciones de personal de control de acceso será necesario reunir los siguientes requisitos: a) Ser mayor de edad. b) Tener la nacionalidad española o de alguno de los países que integran la Unión Europea o estar en posesión del permiso de residencia y trabajo correspondientes. c) Carecer de antecedentes penales. d) Haber superado en la Academia de Policía Local de la Comunidad de Madrid las pruebas consistentes en la realización de un test psicológico y un test de conocimiento en materia de derechos fundamentales, derecho de admisión, medidas de seguridad en los establecimientos, horarios de cierre y régimen jurídico de los menores de edad.

No es inhabitual que la Administración opere de esta forma. Para adquirir la condición que permite el ejercicio de determinadas funciones, se exige la superación de unas pruebas, y una vez superadas, se emite un documento que permite acreditar la identidad del portador como quien las ha superado. La falsificación de este último documento no puede confundirse con la falsificación de un certificado, y no es equiparable a la misma. En el caso, el certificado, cuya falsificación nadie afirma, como se ha dicho, solo acreditaba la superación de las pruebas, pero no el cumplimiento de las demás condiciones exigidas.

(STS 554/2022, de 6 junio)

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos: sustraer o consentir que otro sustraiga: el delito de malversación con anterioridad a la LO 1/2015 castigaba tanto la sustracción, apropiación de los bienes, como la distracción de caudales públicos que supone la acción de disponer de los bienes de forma definitiva sin apropiación. Ánimo de lucro: el ánimo de lucro no exige el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos, pudiendo ser el beneficio de un tercero

Esta Sala tiene un cuerpo de doctrina muy consolidado a cerca de la interpretación del artículo 432 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos (SSTS 507/2020, de 14 de octubre, 214/2018, de 8 de mayo y 1051(sic)/2013, de 26 septiem-

bre, entre otras muchas). El tipo de malversación de caudales públicos del derogado artículo 432 CP está integrado por los siguientes elementos típicos:

(i) El sujeto activo ha de ostentar la cualidad de autoridad o funcionario público, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Para la determinación del sujeto activo resulta de aplicación el artículo 24 CP que establece un concepto de autoridad y de funcionario específico y más amplio que el administrativo. Autoridad es quien por sí solo o como miembro de una corporación tribunal y órgano colegido tenga mando o ejerza jurisdicción propia y funcionario es todo aquel que en función de su nombramiento participe del ejercicio de funciones públicas.

(ii) Se precisa una facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata.

Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31 de enero de 1996 y 24 de febrero de 1995). Ahora bien, esa afirmación inicial ha sido objeto de matizaciones.

Así, no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Hemos declarado que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS, 30 de enero de 1994 y 1840/2001 de 19 de septiembre), y también que «tener a su cargo» significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones.

En efecto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se decanta por una concepción amplia, interpretando el requisito «de tener a su cargo por razón de sus funciones» de modo flexible por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico. Afirmación que lleva a abarcar tanto aquellos supuestos en los que el funcionario se está atribuyendo la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposiciones sobre los mismos. Significa, por tanto, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario.

Se recuerda en las SSTS 779/98, de 5 de junio y 1368/99, de 5 de octubre, sobre un caso de vicepresidente de Diputación Provincial que hace suyos fondos públicos por un sofisticado sistema, que no necesario que tenga la disponibilidad material de ellos y sí su capacidad de disposición.

La sentencia llama la atención sobre el hecho de que los sistemas de caja de la Administración Pública moderna han prescindido de los ancestrales métodos y lo fundamental, respecto de los caudales y fondos públicos, es la facultad o poder de disposición de las diferentes partidas de que se compone el presupuesto de una Corporación pública. Resultaría absurdo, desproporcionado y aberrante, desde el punto de vista de una política criminal coherente y desde la perspectiva del bien jurídico protegido (el ordenado, leal y normal funcionamiento de la Administración

Pública) que resultaran beneficiados los rectores y dirigentes políticos de la Administración Pública frente a los funcionarios de rango inferior que desempeñan funciones secundarias y subordinadas.

Por tanto, la exigencia de tener los bienes a su disposición no sólo es tenerlo bajo su estricta custodia material, sino capacidad de disposición de manera que los caudales a los que se refiere la tipicidad de la malversación están residenciados en la persona que tiene capacidad de gasto o de control.

(iii) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y

(iv) La acción típica es «sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga» lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se condensa la interpretación de esta Sala sobre la acción típica del precepto. Dice la sentencia que «el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 y STS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga».

En la STS 310/2003, de 7 de marzo, se declara que «es claro que el texto legal utiliza el verbo «sustraer», que genera, en una primera lectura, la idea de una malversación de cosas. Sin embargo, el tipo penal no solo se refiere a «efectos», sino también a caudales y respecto de estos se debe entender que la infracción del deber del funcionario que se exterioriza en la sustracción se consuma ya cuando se dispone de los fondos públicos. Es preciso tener presente que la acción de sustraer, también característica del delito de hurto, admite diversos sentidos y que uno de ellos es el de la «remotio» o sea la simple remoción de la cosa del lugar que ocupa, lo que trasladado al manejo de dineros públicos es equivalente a la disposición (en sentido similar la STS núm. 1160/1998 de 8 de octubre, 747/02 de 23 de abril, 1569/03 de 24 de noviembre, 986/05 de 21 de julio, 228/13 de 22 de marzo y la STS 277/2015, de 3 de junio, que cita a todas las anteriores y que hace suya la doctrina expuesta)».

El tipo se realiza, por tanto, cuando el caudal público aparta definitivamente del patrimonio público desviándolos de las necesidades del servicio. Sobre esta idea nos extenderemos más adelante.

(v) La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implica apropiación con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivos, en idéntico sentido al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

(vi) Se precisa ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013).

Se trata, en definitiva, de conductas de las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las presuntas actuaciones públicas, los separa de las mismas y extrayéndolas al control público, con ánimo de lucro, las incorpora a su patrimonio haciéndolos propios o consiente que otro lo haga. No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio).

(vii) El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado.

En la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita de la STS 310/2003, de 7 de marzo y en relación con una malversación producida en la concesión de subvenciones se declara que «la acción de malversar se consuma cuando se realiza el acto de disposición que genera la disposición de los fondos públicos para una determinada operación...Es la obtención material de los fondos, la posibilidad de disposición sobre los mismos, la que marca el momento consumativo del delito de malversación, al igual que otros delitos de enriquecimiento como el hurto, la estafa o el robo».

Ese ha sido el criterio constante de la Sala. Por citar algunos ejemplos más remotos, en la 117/1996, de 25 de marzo se dijo que el delito se consuma con la sola realidad dispositiva sin que precisa ineludiblemente de la extensión, redacción o plasmación de documento alguno, público u oficial. En la STS de 07/05/1990 se declaró que el delito se consuma tan pronto como ocurre la disposición del objeto embargado, aunque no conste lesión patrimonial ni lucro económico.

En materia de contratación, sin embargo, dada la relación sinalagmática que la caracteriza, se ha considerado que el momento de consumación del delito se produce con el reconocimiento de la obligación, ya que desde ese momento nace la obligación de exigibilidad, siendo irrelevante el pago ulterior (STS 459/2019, de 14 de octubre).

(viii) En cuanto al tipo subjetivo el delito de malversación en sus dos modalidades es doloso. Precisa el dolo genérico, que requiere el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de actuar. En concreto, el dolo comprende el conocimiento de que los objetos o caudales sustraídos pertenecen a las administraciones públicas y, por tanto, son públicos (STS 545/1999[sic], de 26 de marzo y 132/2010, de 18 de febrero, entre otras muchas). La doctrina de esta Sala ha admitido que para la existencia del delito en su modalidad activa basta el dolo eventual (STS 277/2015, de 3 de junio, 914/2012, de 29 de noviembre y 310/2003, de 7 de marzo). En cuanto al tipo de omisión impropia también se admite el dolo eventual, en general para esta clase de delitos, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y aun así no actúe (ATS 18/20[sic]/2020 - Recurso 20542/2020).

[...] 33.1 Según hemos precisado en anteriores pasajes de esta sentencia, la actividad prevaricadora se concretó en la aprobación de diferentes modificaciones presupuestarias, anteproyectos y proyectos de presupuestos, en el otorgamiento del Convenio Marco y de los innumerables convenios particulares suscritos, en el fraccionamiento de cantidades en el sentido que ya ha sido indicado y en la propia concesión de subvenciones excepcionales a trabajadores y empresas por parte de la Dirección General de Trabajo.

El criterio de presupuestación utilizado era palmariamente ilegal y la injusticia y arbitrariedad de ese criterio se evidencia por la finalidad ilegal perseguida. Se utiliza-

ron las transferencias de financiación como artificio contable para eludir la normativa de subvenciones.

Pero los hechos no se limitaron a esa actuación. Se dispuso de los fondos públicos presupuestados al margen de todo control y de forma libérrima y arbitraria.

El manejo de esos caudales se realizó como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones. Sin bases de convocatoria, sin publicidad, en ocasiones sin precisar el objeto de la ayuda, y sin el cumplimiento de todo el amplio sistema de controles y garantías establecidos en la ley.

Por tanto, la desviación de los caudales públicos en sus dos modalidades no quedó abrazada por las conductas prevaricadoras, sino que requirió de comportamientos posteriores que han constituido la fase o tramo final del sistema implementado.

Esa dualidad justifica que la antijuridicidad de la conducta desplegada no se agote en la prevaricación, sino que constituya también un delito de malversación, en relación de concurso medial.

Como proclamamos en la STS 277/2015, de 3 de junio, «el concurso entre prevaricación y malversación está contemplado en la STS 18/2014, de 23 de enero. Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (*vid.* STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo)».

33.2 La sentencia precisa que las personas condenadas por el delito de malversación tenían la condición de funcionarios públicos o autoridad, incluidos por tanto en el concepto jurídico-penal establecido en el artículo 24 CP.

Todos ellos también tenían una facultad decisoria sobre los caudales públicos de los que se dispuso ilícitamente, bien por tenerlos materialmente a su cargo, bien por tener funcionalmente la capacidad de decidir sobre su destino, en función de una posición jerárquica superior, y no ofrece duda alguna y nadie cuestiona que los caudales sobre los que se dispuso, que formaban parte del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, eran de naturaleza inequívocamente pública.

Por último, los actos realizados sobre esos caudales han de incluirse en el amplio concepto de «sustracción», porque los condenados, que tenían a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separaron de las mismas, y extrayéndolos del control público y con ánimo de lucro, los entregaron a terceros, en forma de ayudas o subvenciones concedidas ilegalmente.

Los hechos aquí enjuiciados son excepcionales y (s.e.u.o.) no existen precedentes de unos hechos como los que aquí se enjuician.

Se articuló un sistema para dotar de fondos a la Dirección General de Trabajo de la Junta de Andalucía para que ésta dispusiera de ellos libremente. No puede afirmarse siquiera que las ayudas concedidas cumplieran un fin público porque se concedieron, no ya al margen de todo control, sino al margen de cualquier criterio mínimamente objetivo y reglado y de forma absolutamente arbitraria.

(STS 749/2022, de 13 septiembre)

Acuerdos plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado Of Counsel. Doctor en Derecho.

Magistrado en excedencia

Ex coordinador del Gabinete Técnico de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

En el año 2022, conforme a lo que viene sucediendo en los últimos años, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios, haciendo uso del artículo 264 LOPJ.

Por el contrario, siguiendo la fórmula que se implantó en 2019, se resuelven cuestiones dudosas, por su novedad o contradicción entre distintos Tribunales, mediante «sentencias de pleno» de las que forman parte todos los miembros de la Sala, y que, por tanto, no acaban con un acuerdo como tal sino con un fallo, en el que se explica con cierta extensión, la decisión que resulta directamente aplicable al caso, al tiempo que se señala la doctrina cara al futuro, al venir avaladas dichas sentencia por todos los componentes de la Sala.

No resulta extraño, sin embargo, que en algunos casos se contengan algunos votos particulares, que por su interés jurídico recogemos.

Seguidamente damos cuenta de las sentencias de pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictadas en el pasado año 2022, invitando a su lectura directa a quien interese conocer *in extenso* su fundamentación.

STS 89/2022, DE 4 DE FEBRERO (ROJ: 441-2022)

Cuestión: Allanamiento de morada de despacho profesional

Respuesta: La invasión injustificada de un despacho profesional por parte de un tercero, entrando en dependencias de acceso restringido, solo accesible obviamente a compañeros o empleados con los que se mantuviese una relación de confianza o terceros previamente autorizados, supone un riesgo efectivo para el bien jurídico protegido por el tipo penal previsto en el artículo 203.1 CP, siendo indiferente que ello ocurriera en horas de apertura al público.

STS 90/2022, DE 7 DE FEBRERO (ROJ:406-2022)

Cuestión: Apoderamiento de los efectos depositados en un «punto limpio»

Respuesta: Los efectos depositados en un punto limpio no quedan a la libre disposición de los ciudadanos pues no están físicamente abandonados en un lugar de libre acceso, sino en un espacio cerrado, de acceso prohibido y protegido, por lo que se trata de una conducta que se integra en el artículo 237 del CP, que contempla el delito de robo, en este caso al concurrir la nota de «escalamiento» para acceder a dicho lugar, ya que el precepto nos habla de quien se apodera de las cosas muebles ajenas, por lo que conforme a lo expuesto, resulta obvio que las cosas depositadas en los «Puntos Limpios», tienen la ajenidad que es exigible en el tipo penal.

STS 91/2022, DE 7 DE FEBRERO (ROJ:528-2022)

Cuestión: Interpretación del delito de daños informáticos del artículo 264.1.º CP. Conceptuación de la «gravedad»

Respuesta: La gravedad de la acción no debe observarse a partir del mecanismo que se emplee para llevar a término la acción típica, pues el propio legislador plasma la punición de la conducta con independencia de cuál sea el medio que se utilice.

En el caso, la conducta de una trabajadora despedida de una empresa, consistió en eliminar las hojas Excel, dos archivos Outlook, que contenían contactos vía *email* de clientes de la zona comercial y los datos almacenados en las cuentas de correo electrónico comercial y un archivo Excel, en el que se indicaba los datos de clientes y marcas de consumibles que más comercializan, tipo de empresa, volumen y compra, marcas, proveedores con los que trabajan, descuentos, condiciones de portes y formas de pago.

El barrido casi total de la información correspondiente a las ventas y clientes de la zona de Portugal, y la deliberada intencionalidad de la acusada en la producción de dichos daños, determinan la calificación de su acción como grave, máxime no habiéndose podido recuperar los datos borrados y no existiendo copia de seguridad de los mismos.

STS 92/2022, DE 7 DE FEBRERO (ROJ: 459-2022)

Cuestión: Interpretación del delito de daños agravado previsto en el artículo 263.2.4 CP

Respuesta: El tipo agravado del delito de daños por afectarse a bienes de dominio o uso público comunal es aplicable no por la titularidad de los bienes sino por el tipo de actividad sobre la que recae. En concreto, el incendio de contenedores recae sobre el servicio público de recogida de residuos, con independencia de que los contenedores sean de una empresa privada o no, y afecta a un servicio público, cuya competencia el ordenamiento jurídico la atribuye a la Administración por lo que tienen la consideración de bien de uso público o comunal.

STS 105/2022, DE 9 DE FEBRERO (ROJ:440-2022)

Cuestión: Concurso de delitos en el ámbito de la seguridad vial

Respuesta: El delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y el delito de conducción tras haber sido privado judicialmente del permiso o licencia, están en relación de concurso ideal de delitos, penándose separadamente ambas infracciones penales.

STS 120/2022, DE 10 DE FEBRERO (ROJ: 572-2022)

Cuestión: Encaje de los VMP en la conducta del artículo 384 CP

Respuesta: No es posible, hoy día, incriminar la conducción de los VMP (vehículos de movilidad personal) en las infracciones penales del Capítulo IV del Título XVII del Código Penal, pues no están incluidos en las correlativas fórmulas típicas.

Los VMP son vehículos de dos ruedas con motor eléctrico, pero no pueden equipararse a los ciclomotores pues son vehículos con conceptualizaciones normativas diferentes en nuestra legislación interna.

STS 126/2022, DE 14 DE FEBRERO (ROJ: 633-2022)

Cuestión: Cálculo de la responsabilidad civil a favor de la víctima de un siniestro de tráfico, la cual era la cuidadora de una persona necesitada de atención y cuidados permanentes

Respuesta: Se tiene en cuenta la necesidad de contratar a varias personas para proveer a los cuidados que precisa la hija que padece la discapacidad. El Tribunal se apoya en los artículos 113 y siguientes y 142.2 de la Ley 35/2015, que modifica el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el importe de los ingresos (a que se refiere aquel precepto), resulta equivalente al de los gastos necesarios para seguir prestando los mismos servicios.

Todo ello a consecuencia de un atropello –tipificado como delito de lesiones graves por imprudencia– que ocasionó a la víctima múltiples lesiones, originando diversas secuelas y que fue indemnizado con 364.028,39 euros, en total.

STS 232/2022, DE 14 DE MARZO (ROJ: 965-2022)

Cuestión: Interpretación del concepto «falsedad en documento mercantil»

Respuesta: El artículo 392 CP debe interpretarse, respecto a los documentos mercantiles, como aquellos merecedores de una especial protección, porque su materialidad incorpora una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a un documento público, lo que es la «ratio legis» de la asimilación. En esa consideración entran los que se utilizan en el tráfico mercantil, que gozan de una especial fuerza probatoria, como ocurre con las letras de cambio, que sin una protección especial difícilmente podrían ser transmisibles por endoso en la forma habitual.

Pero, aunque sean mercantiles los documentos contemplados en la legislación mercantil, su punición ex artículo 392 CP exige que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado que justifique precisamente la agravación de su falsedad.

STS 467/2022, DE 15 DE MAYO (ROJ: 2007-2022)

Cuestión: Aplicación de la pena de prisión permanente revisable

Respuesta: Validar constitucionalmente la pena de prisión permanente revisable exige comprobar los siguientes puntos: i) la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; (ii) debe ofrecer al interno una expectativa realista de alcanzar algún día la libertad; (iii) el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predefinido, claro y cognoscible; (iv) la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena; y (v) el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus circunstancias y necesidades para favorecer dicha evolución.

STS 546/2022, DE 2 DE JUNIO (ROJ: 2315-2022)

Cuestión: Si las emisiones deportivas sin abonar los derechos que autorizan su exhibición constituyen un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP

Respuesta: La retransmisión de encuentros deportivos –fútbol, baloncesto, carreras de automóviles, boxeo, etc.– no forman parte del objeto del delito contra la propiedad intelectual.

El artículo 270.1 del CP define como objeto del delito, en todo o en parte, «una obra o prestación literaria, artística o científica». Por lo que quien permite en un establecimiento público el visionado de esos encuentros deportivos, sin haber abonado los derechos que autorizan su exhibición, no comete tal delito.

STS 553/2022, DE 2 DE JUNIO (ROJ: 2329-2022)

Cuestión: Si el uso compartido de una red social puede constituir un delito de quebrantamiento de medida cautelar

Respuesta: Dirigirse a la ex pareja, a través de una red social, cuando tal comunicación está prohibida por una medida cautelar, constituye un delito del artículo 468.2 CP pues para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario.

La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de bloquear, desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

STS 547/2022, DE 2 DE JUNIO (ROJ: 2356-2022)

Cuestión: Las redes sociales como posible lugar de ejecución del delito

Respuesta: El art.48 CP, aplicado en el caso a un «youtuber», condenado a cancelar su cuenta y a no acceder a esa plataforma durante 5 años, determina la necesidad de interpretar la expresión «lugar de ejecución del delito».

Y se dice, «La Sala no puede identificarse con una concepción histórica del *lugar de ejecución del delito* que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible.

El ciberespacio ofrece un marco digital diferenciado de la realidad puramente física como espacio del delito. La experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de sólo algunos de los elementos del tipo».

Y se recuerda la STS 4/2017, 18 de enero en la que se decía que «Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal».

En definitiva, se considera correcto interpretar el artículo 48 del CP en el sentido de estimar *Internet* como lugar de comisión de un delito y, por ello, susceptible de generar la prohibición de volver a acceder a la red social en la que el delito se desarrolló y se divulgó.

Se produjo un «voto particular» que consideraba que se ha traspasado el principio de legalidad de las penas porque cuando el precepto habla de *no acudir a un lugar*, está pensando en lo que piensa cualquier persona: en un espacio geográfico. Solo así se explica esa especialidad cuando acompaña a una pena de prisión.

STS 554/2022, DE 6 DE JUNIO (ROJ: 2295-2022)

Cuestión: Calificación de la falsedad del distintivo que acredita como titular de la tarjeta de autorización de control de acceso a locales, establecimientos y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad de Madrid

Respuesta: Para el ejercicio de la función de controlador de acceso a locales y recintos de espectáculos públicos y actividades recreativas en la Comunidad de Madrid, actividad regulada por la Comunidad de Madrid mediante el Real Decreto 163/2008, de 29 de diciembre, se exige obtener un certificado de haber superado unas determinadas pruebas.

Cuando de lo que se trata, simplemente, es de que el distintivo que permite el acceso y que hay que llevar de forma visible y permanente, es falso, no es posible equiparar tal documento con la falsificación de un certificado previsto en el artículo 399 CP.

STS 582/2022, DE 13 DE JUNIO (ROJ: 2349-2022)

Cuestión: Alcance penal de los excesos del derecho de corrección

Respuesta: Los comportamientos violentos, que ocasionen lesiones en términos jurídicos penales, no están amparados en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deben ser objeto de análisis según las circunstancias de cada caso y si no exceden los límites que supone el derecho de corrección, la actuación no tendría repercusiones penales ni civiles.

Al respecto, la sentencia cita los artículos 3.1 y 154.2 del Código Civil, pero ni la realidad social del tiempo ni el derecho de corrección de los padres que emana del derecho-deber de la patria potestad autoriza conductas como la del caso, sancionada como delito de maltrato familiar, en la que se declaró probado que el progenitor, que estaba separado de la madre de la menor Lina de 4 años de edad, encontrándose con sus hijos, en un momento dado y como quiera que la niña no quería dormir y no paraba de llorar, su padre le propinó un fuerte azote en las nalgas a consecuencia de lo cual Lina presentaba en la nalga izquierda un área equimótica en evolución de 7 por 4 cm y en la nalga derecha otra área más tenue de 3 por 2 cm, que no precisaron asistencia médica para su sanidad y que curaron en 4 días de perjuicio básico.

De interés, señalar que se emitió un voto particular en el que se consideró que dentro de la normalidad del contexto de convivencia paterno-filial, unido a que los hechos fueron aislados y a que la menor se había desviado de un comportamiento impuesto por su padre, junto a la circunstancia de que el correctivo físico consistiera en infligir unos azotes en el culo, impedía apreciar la antijuridicidad de la acción que se enjuiciaba y, por tanto, el acusado debió ser absuelto.

STS 585/2022, DE 14 DE JUNIO (ROJ: 2351-2022)

Cuestión: Compatibilidad de la alevosía basada exclusivamente en la edad de la víctima con la hiper cualificación del artículo 140.1.1 CP

Respuesta: Se considera compatible, ya que la agravación por el hecho de ser la víctima menor de 16 años supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*), al existir un legítimo *bis in altera*.

Tal respuesta supone que la pena a imponer sea la de prisión permanente revisable, tanto para el autor de la agresión mortal a un menor de 2 años de edad que convivía con la madre del mismo, como a esta misma, igualmente condenada por comisión por omisión dado que conociendo que su pareja en distintos días ejerció fuerza física sobre el menor, lo consentía, no haciendo nada para evitarlo, a pesar de que el menor, dada su corta edad, no tenía capacidad para defenderse.

STS 612/2022, DE 22 DE JUNIO (ROJ: 2626-2022)

Cuestión: Aplicación del artículo 335.2 CP, sobre los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos

Respuesta: Al tratarse de una norma penal en blanco y dado que el art.148.1. 11.^a CE atribuye a las Comunidades Autónomas, la competencia en las materias de pesca en

aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial, hay que atender, en el caso de la caza en Extremadura, a la Ley 14/2010 de 9 de diciembre de Caza.

Con esa norma hay que proceder a distinguir las infracciones administrativas del delito tipificado en el Código Penal, examinando si la conducta infractora está incluida en uno de los supuestos de los artículos 86 para las infracciones graves y 87 para las muy graves.

En el caso, se trataba de unas personas que fueron a cazar en terreno cinegético, que era coto privado de caza mayor, considerado cinegético de protección especial, careciendo de autorización alguna de su titular.

Dicha conducta sanciona la actividad, no la consecución de piezas de caza, y dicha actividad quedó suficientemente probada ya que: se encontraban practicando caza, provistos de escopetas, acompañados de perros y en un lugar que estaba inscrito como «coto privado de caza mayor», cuyos derechos de explotación cinegética correspondían a una concreta entidad. y tal actividad se considera encaja en el artículo 335.2 CP.

STS 617/2022, DE 22 DE JUNIO (ROJ: 2686-2022)

Cuestión: Recurribilidad del pronunciamiento de la AP que acuerda diferir a ejecución la decisión de expulsión prevista en el artículo 89 CP

Respuesta: La decisión objeto de la presente sentencia de pleno, se acordó por el Juzgado de lo Penal, sobre la base de que, en el caso, no podía acordarse en sentencia por su dictado en ausencia de la acusada, lo que, a su entender, suponía que el trámite de audiencia del artículo 89 CP no tuvo lugar en «condiciones de audiencia efectiva». Para el TS, sin embargo, no hay razón normativa para diferir la decisión sobre la expulsión al trámite de ejecución previsto en el artículo 89.3 CP, porque se han satisfecho todas las condiciones de audiencia exigidas por la norma. La decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia.

Resulta factible, y aun frecuente, sin embargo, que el acusado, con el diseño de evidenciar su arraigo en nuestro país, aduzca en el juicio la existencia de arraigo. En tales casos, careciéndose de elementos bastantes para adoptar la decisión en sentencia, aquélla deberá ser pospuesta al período de ejecución en el que, siempre con intervención de las partes, y a partir de los elementos probatorios que pudieran ser aportados, deberá ser adoptada. Caso distinto es cuando se deja de comparecer voluntariamente a juicio, donde el acusado conoció de la solicitud de expulsión y no compareció, alegó, ni acreditó nada al respecto, con lo que debe estimarse cumplido el trámite de audiencia legalmente exigido.

El voto particular defiende la inadmisión del recurso, señalando que diferir la decisión de expulsión a un momento posterior es una cuestión estrictamente procesal. Además, se pretende revisar una decisión que no se ha adoptado: ha quedado diferida. No se discute si es procedente o no la expulsión, sino si debe acordarse ya o es legítimo diferir la decisión a un momento posterior haciendo uso del artículo 89.3.

Por otro lado, no se está examinando una decisión material de fondo. La Audiencia, con acierto o sin él —eso no nos correspondería decidirlo si el motivo no es admisible—, no ha tomado el acuerdo de no aplicar el sustitutivo penal. Sencillamente ha privado de eficacia provisionalmente a ese concreto pronunciamiento del Juzgado unipersonal, trasladando a un momento posterior la decisión. y cuando se decida sobre ello de forma definitiva cabrá el mismo recurso que contra la sentencia. No antes.

En cuanto al fondo, no hay razones para dudar que la recurrida, Sra. Marí Juana, fue informada de las condiciones del juicio en ausencia previstas en el *artículo 786.1 LECrim*, no hay rastro alguno de que se le informara específicamente que, además, podría decidirse la expulsión de España en su ausencia por un periodo de cinco años. Pero dicha posibilidad no se contempla en el *artículo 786.1 LECrim*. Solo se hace referencia a los límites punitivos que permiten el enjuiciamiento en ausencia. No hay referencia alguna a la medida de expulsión. Omisión que puede explicarse, precisamente, porque el legislador, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, prevé la necesidad de audiencia personal previa a tomar la decisión de expulsión. Lo que justifica también la fórmula de la audiencia posterior del *artículo 89.3 CP* que se introdujo en la reforma de 2015.

En resumen, en un caso como el que nos ocupa, en el que en la propia sentencia de primera instancia se reconoce que la acusada nunca ha sido escuchada sobre sus circunstancias de arraigo y pese a ello se descarta por la situación de irregularidad, su ausencia en el juicio y la constancia de un solo antecedente penal por delito leve de hurto de 2019 –sic. folio 10 párrafo segundo de la sentencia del Juzgado de lo Penal– que la Audiencia Provincial considere «que no es posible» decidir en sentencia sobre la expulsión y posponga la decisión a que se celebre la audiencia del *artículo 89. 3 CP* con presencia de la persona acusada, resulta, a nuestro parecer, procesal y constitucionalmente irreproachable.

STS 645/2022, DE 27 DE JUNIO (ROJ: 2679-2022)

Cuestión: Posibilidad de sustituir una pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional cuando medió un «juicio en ausencia»

Respuesta: Sentencia complementaria a la STS 617/2022, en la que se dio la razón al Ministerio fiscal que recurrió la decisión de la Audiencia de denegar la expulsión de un condenado al haberse celebrado un juicio en ausencia y por tanto, sin haber oído al interesado lo que supuso que no existieron «*condiciones de audiencia efectiva*».

Sin embargo, para el Tribunal Supremo no hay razón normativa para diferir la decisión sobre la expulsión al trámite de ejecución previsto en el *artículo 89.3 CP*, porque se han satisfecho todas las condiciones de audiencia exigidas por la norma y la decisión relativa a la procedencia de la expulsión debe ser adoptada, preferiblemente, en la propia sentencia.

En autos, la petición de expulsión obraba en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, por ende, medió la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación de manera eficaz; tuvo la oportunidad de alegar y proponer prueba que justificara la evitación de la expulsión. El trámite de audiencia, rectamente entendido, como posibilidad ofertada para alegar y proponer prueba sobre el extremo invocado, fue cumplimentado; otra cuestión es que se optara por no alegar nada sobre la procedencia o improcedencia de la expulsión.

Indudablemente, pues, el acusado tuvo la oportunidad de aducir cuanto hubiera tenido por conveniente. Pudo hacerlo en su escrito de defensa y proponer al respecto las pruebas que juzgase oportunas. Pudo comparecer personalmente al juicio, al que resultó debidamente citado con expreso apercibimiento de que el mismo podría celebrarse en su ausencia, y exponer entonces cuanto le conviniese. Y pudo hacerlo también a través de su abogado, aportando al Tribunal cuantos elementos le pareciesen

oportunos al respecto. Pudo, incluso, invocarlas al tiempo de recurrir en apelación la sentencia dictada en primera instancia. Resolvió no hacerlo.

Hubo un «voto particular», en el que se destacó que si bien no hay razones para dudar que el acusado fue informado de las condiciones del juicio en ausencia previstas en el artículo 786.1 LECrim, no hay rastro alguno de que se le informara específicamente que, además, podría decidirse la expulsión de España en su ausencia por un periodo de cinco años.

Dicha posibilidad no se contempla en el artículo 786.1 LECrim. Solo se hace referencia a los límites punitivos que permiten el enjuiciamiento en ausencia. No hay referencia alguna a la medida de expulsión.

Y tal omisión que puede explicarse, precisamente, porque el legislador, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, prevé la necesidad de audiencia personal previa a tomar la decisión de expulsión, justifica también la fórmula de la audiencia posterior del artículo 89.3 CP que se introdujo en la reforma de 2015.

STS 770/2022, DE 15 DE SEPTIEMBRE (ROJ: 3373-2022)

Cuestión: Punición del delito de traficar con géneros corrompidos cuando no se han llegado a introducir en el mercado

Respuesta: Sobre el tipo previsto en el artículo 363.3 del Código Penal por el que se condenó, existen posiciones contrapuestas entre las distintas Audiencias y la Sala Segunda de nuestro Tribunal Supremo, desde la entrada en vigor del CP de 1995, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta figura.

Y se dice en la presente sentencia de pleno que tratándose de un delito de peligro es posible su consumación sin la directa involucración del consumidor pues la cadena de tráfico se puede poner en marcha a través de distintos eslabones generando peligro, antes de llegar a trabar contacto con el destinatario final del género corrompido.

De acuerdo con ello, para la consumación de este delito no basta el simple acopio, sino que requiere un acto de comercialización, dispensación, o cuanto menos de ofrecimiento a tales fines. Por esta última opción se decantó la STS de 10 de marzo de 1992, que entendió consumado el delito del 346 CP de 1973 (precedente del que ahora nos ocupa), cuando el género corrompido (en aquella ocasión jamones) estaba dispuesto para la venta. Un acto que no tiene por qué involucrar directamente al consumidor, destinatario final de la sustancia, pero que implica la puesta en circulación del producto, con el consiguiente peligro.

Este delito, es un delito de peligro abstracto potencial, que no impide adelantar las barreras de la punición a la culminación de la acción típica dando lugar a formas imperfectas de ejecución. La simple posesión del material corrompido con propósito de comercializar con él, integra un comienzo de ejecución propia de la tentativa.

En el caso se trataba de un grupo de personas que fueron interceptados por los Agentes del Servicio de Guardacostas cuando descargaban 15 kilogramos de vieiras de una embarcación, con la finalidad de destinarlas a su comercialización o venta a terceros, resultando que en el correspondiente análisis se detectó la presencia de 155,7 microgramos de ácido domoico por cada gramo, cuando el límite máximo permitido para el consumo humano por la normativa no ha de exceder de 20 microgramos por cada gramo, estando establecido que el consumo de ácido domoico por encima de tales límites puede causar mareos, vómitos, necesidad de entubación, provocar el coma y, en casos severos, la muerte.

Por eso, en el caso, el delito no llegó a consumarse. Ciertamente los acusados dieron comienzo a la ejecución con la obtención del género peligroso que se proponían distribuir, si bien, habida cuenta de que los mismos fueron sorprendidos en el momento en el que iniciaban su descarga al vehículo que había de proporcionar su distribución, no llegaron no ya a comercializarlo sino ni siquiera a tenerlo almacenado en condiciones de poder llegar a serlo.

Hubo un voto particular, en el que se recoge que, el propósito de destinar los géneros corrompidos a su futura comercialización o venta pertenece al ámbito de lo estrictamente subjetivo, a la voluntad o intención del autor. Lo relevante es determinar si la mera captura de las vieiras, unida a aquella intención, constituía ya un intento de traficar con ellas y no un mero acto preparatorio. Y se considera que la disponibilidad del género corrompido constituye, ciertamente, presupuesto necesario, a los efectos que aquí importan, para la comisión del delito previsto en el *artículo 363.3 CP*, en la medida en que, en principio, no es posible traficar, en términos penalmente censurables, con una sustancia de la que no se dispone.

Pero la mera posesión material del género corrompido, aun con la intención de destinarlo al tráfico, cuando, como aquí, aparece desvinculada de cualquier conducta ejecutiva tendente a favorecer su consumo por terceros, no debería traspasar la frontera de los meros actos preparatorios impunes porque no se recoge su punibilidad de modo expreso, como sí sucede en otros delitos. En consecuencia, este voto particular sostiene que los acusados debieron ser absueltos, sin perjuicio de la activación de otros mecanismos sancionadores.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO(1)

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora doctora adjunta de Derecho Penal y Derecho Penitenciario
Universidad CEU San Pablo

CIRCULAR 1/2022, DE 12 DE DICIEMBRE, SOBRE LA REFORMA DEL DELITO DE HURTO OPERADA EN VIRTUD DE LA LEY ORGÁNICA 9/2022, DE 28 DE JULIO

ÍNDICE: 1. Consideraciones preliminares.–2. Antecedentes legislativos.–3. La nueva modalidad agravada del delito de hurto introducida por la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio.–4. Cuestiones específicas. 4.1 La relación entre la modalidad agravada del inciso segundo del artículo 234.2 CP y la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP. 4.2 La coexistencia con la figura del delito continuado. 4.3 Consideraciones en materia de autoría y participación. 4.4 Cuestiones de régimen transitorio. 4.5 Criterios de actuación.–5. Conclusiones

CONCLUSIONES

Primera. La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, ha operado una importante reforma del delito de hurto mediante la introducción de un nuevo subtipo agravado en cuya virtud se eleva a la categoría de delito menos grave la ejecución de hurtos leves siempre que concurran determinadas circunstancias: i) que al momento de ejecutarse el delito el autor haya sido ejecutoriamente condenado por al menos tres delitos, con independencia de si se trata de delitos graves, menos graves o leves; ii) que los delitos por los que el sujeto hubiera resultado previamente condenado se hallen comprendidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal y sean de la

(1) Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentación>.

misma naturaleza que el hurto; iii) que el montante acumulado entre el delito leve de hurto ejecutado y los resultantes de las condenas anteriores supere la cantidad de 400 euros; iv) que los antecedentes penales resultantes de las condenas sobre las que se asienta la acumulación jurídica que permite la conversión en delito menos grave no hayan sido cancelados o deban serlo con arreglo al ordenamiento jurídico.

Segunda. Cuando alguna de las condenas previas sea por el tipo básico de hurto del artículo 234.1 CP bastará para tener por acreditado que el montante total supera la cantidad de 400 euros con que la hoja histórico-penal aparezca debidamente incorporada al procedimiento penal.

Cuando las condenas previas lo fueran por delitos leves de hurto y/o por alguna de las modalidades hiperagravadas de hurto del artículo 235 CP, de suerte que la hoja histórico-penal no permita conocer si el montante acumulado por los distintos delitos supera los 400 euros, será necesario recabar testimonio íntegro de cada una de las sentencias condenatorias.

Tercera. El escrito de acusación deberá reflejar con precisión los antecedentes penales que fundamentan la aplicación del subtipo agravado de hurto del inciso segundo del artículo 234.2 CP y, en concreto: i) la fecha de las sentencias condenatorias; ii) los delitos por los que se dictaron las condenas; iii) las penas impuestas; v) las fechas en las que fueron definitivamente extinguidas; vi) el importe sustraído en cada caso, según resulte del relato de hechos probados.

Cuando del contenido de la hoja histórico-penal se infiera de forma objetiva que la condena hubo de ser necesariamente por importe superior a 400 euros, bastará con especificarlo así en la conclusión primera del escrito de acusación sin necesidad de concretar la cuantía.

Cuarta. La reforma del delito de hurto operada por la LO 9/2022 se limita a modificar el artículo 234.2 CP sin alterar la configuración típica del artículo 235.1.7.º CP.

Tras la reforma operada por la LO 9/2022, de 28 de julio, algunas acciones pueden resultar simultáneamente subsumibles en el inciso segundo del artículo 234.2 CP y en el artículo 235.1.7.º CP. En tales casos, deberá apreciarse un concurso de normas entre ambas figuras delictivas que se resolverá en favor de la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP, conforme al artículo 8.2.ª CP (principio de subsidiariedad). Las/los fiscales harán constar expresamente esta circunstancia en los escritos de acusación.

Quinta. Al margen de aquellos casos en los que resulte de aplicación el artículo 235 CP, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1.º) Responsable de un delito leve de hurto que carezca de antecedentes penales.

Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del artículo 234.2 CP.

2.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por uno o dos delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, con independencia de que el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea o no superior a 400 euros.

Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del artículo 234.2 CP. A la hora de valorar la reincidencia, se estará a lo dispuesto en el artículo 66.2 CP.

3.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por tres o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, cuando el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea igual o inferior a 400 euros.

Calificación jurídica: delito leve de hurto del inciso primero del artículo 234.2 CP. A la hora de valorar la reincidencia, se estará a lo dispuesto en el artículo 66.2 CP.

4.º) Responsable de un delito leve de hurto previamente condenado en sentencia firme por tres o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, cuando el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea superior a 400 euros.

Calificación jurídica: delito menos grave de hurto del inciso segundo del artículo 234.2 CP.

5.º) Responsable de un delito menos grave de hurto del artículo 234.1 CP, con independencia de que haya sido o no condenado previamente por uno o más delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza.

Calificación jurídica: delito menos grave de hurto del artículo 234.1 CP. La circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8.ª CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.

6.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros y aquel carezca de antecedentes penales.

Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los artículos 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).

7.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros y aquel haya sido ejecutoriamente condenado como responsable de uno o dos delitos comprendidos en el Título XIII del Libro II CP de la misma naturaleza, con independencia de que el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas supere el importe de 400 euros.

Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los artículos 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).

8.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído sea igual o inferior a 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 234.2 CP y el montante acumulado de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas no sea superior a 400 euros.

Calificación jurídica: delito continuado leve de hurto de los artículos 234.2, inciso primero, y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).

9.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído no supere el importe de 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 234.2 CP y el montante acumulado resultante de sumar una o algunas –pero no todas– de las infracciones enjuiciadas y no enjuiciadas sea superior a 400 euros.

Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los artículos 234.2, inciso segundo, 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).

10.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído no supere el importe de 400 euros, aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 234.2 CP y el montante acumulado resultante solo supere los 400 euros para el caso de sumarse todas las infracciones no enjuiciadas y enjuiciadas conjuntamente.

Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los artículos 234.2, inciso segundo, y 74.2 CP (imposición de la pena en atención al perjuicio total causado).

11.º) Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído supere el importe de 400 euros y aquel no haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 234.2 CP.

Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los artículos 234.1 y 74.2 CP. La circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8.º CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.

12.º Responsable de varios delitos leves de hurto en relación de continuidad delictiva cuando el montante acumulado de lo sustraído supere el importe de 400 euros y aquel haya sido ejecutoriamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 234.2 CP.

Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los artículos 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior).

13.º) Responsable de uno o más delitos menos graves de hurto del artículo 234.1 CP y de uno o más delitos leves de hurto del inciso primero del artículo 234.2 CP, todos ellos en relación de continuidad delictiva.

Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los artículos 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior). La circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8.º CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.

14.º) Responsable de uno o más delitos menos graves de hurto del artículo 234.1 CP y de uno o más delitos leves de hurto cuando aquel hubiera sido previamente condenado en los términos previstos en el inciso segundo del artículo 234.2 CP, todos ellos en relación de continuidad delictiva.

Calificación jurídica: delito continuado menos grave de hurto de los artículos 234.1 y 74.1 y 2 CP (preceptiva imposición de la pena en su mitad superior). La circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8.º CP podrá ser de aplicación, además, cuando concurrieran los presupuestos para ello.

Sexta. Con arreglo al artículo 65.1 CP, atendida la naturaleza estrictamente personal de la circunstancia agravante de reincidencia y del fundamento que subyace tras la cualificación del delito leve de hurto introducida por la LO 9/2022, de 28 de julio, debe rechazarse la comunicabilidad de la agravación a los coautores o partícipes en quienes no concurren los presupuestos exigidos por el inciso segundo del artículo 234.2 CP.

Séptima. Cuando el órgano judicial acuerde la incoación de juicio sobre delito leve de hurto, las/los fiscales, tras ser notificados de la resolución que así lo acuerde, verificarán con celeridad que la hoja histórico-penal de la persona encausada se encuentre debidamente incorporada al proceso y, acto seguido, constatarán si concurren los presupuestos del subtipo agravado castigado por el inciso segundo del artículo 234.2 CP o, en su caso, de la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP.

i) En el caso de concluir que la modalidad agravada o hiperagravada resulta de aplicación, siendo incorrecta la calificación jurídica practicada por el órgano judicial, las/los fiscales interpondrán los recursos que procedan a fin de que quede sin efecto aquella resolución y de que, en su lugar, se dicte el correspondiente auto de incoación de diligencias previas o, para el supuesto de resultar procedente, el auto de incoación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Idéntica actuación procederá practicar cuando los hechos resulten constitutivos de un delito continuado de hurto con arreglo a los artículos 234.1 y 74.1 y 2 CP.

ii) En el caso de que la hoja histórico-penal no permita determinar si resulta de aplicación el inciso segundo del artículo 234.2 CP o la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP, siendo preciso, a tal fin, recabar testimonios de resoluciones judiciales ante otros órganos judiciales, las/los fiscales interpondrán los recursos que procedan a fin de que quede sin efecto la resolución acordando la incoación del procedimiento para el juicio sobre delitos leves y que, en su lugar, se dicte el correspondiente auto de incoación de diligencias previas o, excepcionalmente, de procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en el que se acuerde recabar los citados testimonios.

Dicho testimonio deberá recabarse tanto para determinar si el montante acumulado por los delitos ya sentenciados junto con el que ahora se enjuicia supera la cantidad de 400 euros, como para verificar si los antecedentes penales de la persona investigada que justifican la conversión de delito leve en menos grave siguen vigentes con arreglo a los artículos 136 y 137 CP.

iii) En el caso de verificar que los hechos no resultan susceptibles de ser incardinados en el subtipo agravado del inciso segundo del artículo 234.2 CP o en la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP, las/los fiscales expresarán su conformidad con el auto de incoación de juicio sobre delitos leves a través del oportuno visto.

iv) En el caso de que la hoja histórico-penal de la persona investigada no se hallase incorporada a las actuaciones, los/las fiscales la recabarán e instarán su incorporación al procedimiento. Una vez analizada, procederán de alguna de las tres formas anteriormente señaladas.

Octava. Cuando el órgano judicial solicite el parecer del Ministerio Fiscal antes de acordar la incoación del procedimiento penal los/las fiscales analizarán la hoja histórico-penal de la persona investigada, recabándola a través de las aplicaciones informáticas de la Fiscalía, si fuera preciso.

i) En el caso de concluir que la modalidad agravada por razón de multirreincidencia resulta de aplicación, bien con arreglo al inciso segundo del artículo 234.2 CP, bien conforme al artículo 235.1.7.º CP, las/los fiscales instarán la incoación del oportuno procedimiento de diligencias previas o, cuando resulte procedente, del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Idéntica actuación procederá practicar en el caso de considerarse que los hechos sean constitutivos de delito continuado de hurto de los artículos 234.1 y 74.1 y 2 CP.

ii) En el caso de que la hoja histórico-penal no permita determinar si resulta de aplicación el inciso segundo del artículo 234.2 CP o la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP, siendo preciso, a tal fin, recabar testimonios de resoluciones judiciales ante otros órganos judiciales, las/los fiscales instarán la incoación de diligencias previas, interesando asimismo que sean recabados dichos testimonios por el órgano judicial.

iii) En el caso de verificar que los hechos no resultan tan siquiera indiciariamente susceptibles de ser incardinados en el subtipo agravado del inciso segundo del artículo 234.2 CP o en la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP, siendo evidente que son constitutivos de un delito leve de hurto, las/los fiscales instarán la incoación del oportuno procedimiento para el juicio sobre delitos leves.

Novena. Cuando tras la incoación de diligencias previas o de juicio rápido por el subtipo agravado de hurto del inciso segundo del artículo 234.2 CP o de la modalidad hiperagravada del artículo 235.1.7.º CP se constate que los hechos únicamente resultan constitutivos de un delito leve de hurto, las/los fiscales

promoverán la conversión en juicio sobre delitos leves tan pronto como resulte posible.

Décima. Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de los menores y en lo concerniente a la cancelación de los antecedentes, las/los fiscales se atenderán a las reglas del artículo 137 CP y a las pautas ofrecidas en la Circular de la FGE núm. 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la interpretación del delito de hurto tras la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, las/los fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente circular.

CIRCULAR 2/2022, DE 20 DE DICIEMBRE, SOBRE LA ACTIVIDAD EXTRAPROCESAL DEL MINISTERIO FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

ÍNDICE: 1. Introducción.–2. Dirección de la Policía Judicial. 2.1 Dirección de la Policía Judicial durante la investigación policial preprocesal. 2.2 Dirección de la Policía Judicial en el curso del proceso judicial.–3. Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. 3.1 Denominación. 3.2 Prohibición de investigaciones prospectivas y generales.–4. Diligencias de investigación preprocesal 4.1 Objeto y finalidad. 4.2 Incoación. 4.2.1 Registro y reparto de la denuncia. 4.2.2 Identidad objetiva de una investigación judicial. 4.2.3 Denuncias anónimas. 4.2.4 Autoinculpaciones masivas. 4.2.5 Decreto de incoación. 4.3 Competencia objetiva. 4.3.1 Criterios generales. 4.3.1.1 Reglas generales. 4.3.1.2 Fiscalías Especiales y de la Audiencia Nacional. 4.3.1.3 Personas aforadas. 4.3.2 Secciones especializadas. 4.3.3 Competencia de los fiscales superiores. 4.4 Competencia territorial. 4.5 Relaciones con la Fiscalía Europea. 4.6 Garantías extraprocesales. 4.7 Conclusión. 4.7.1 Principio general. 4.7.2 Archivo de plano. 4.7.3 Reenvío al órgano judicial. 4.7.4 Conclusión con interposición de denuncia, querrela o remisión de decreto de propuesta de imposición de pena. 4.7.5 Conclusión y archivo. 4.7.6 Naturaleza provisional del archivo. 4.8 Consecuencias derivadas del incumplimiento de la obligación de cesar en el curso de las diligencias. 4.9 Delitos semipúblicos y privados.–5. Prácticas de diligencias de investigación. 5.1 Declaración de la persona sospechosa. 5.2 Reconocimientos fotográficos. 5.3 Reconocimientos en rueda. 5.4 Inspecciones oculares. 5.5 Vigilancia y seguimientos policiales. 5.6 Requerimiento de documentación e información. 5.7 Acceso a los portales de transparencia. 5.8 Acceso a fuentes digitales abiertas. 5.9 Fuentes de prueba obtenidas por particulares. 5.10 Informaciones periodísticas. 5.11 Declaraciones testificales. 5.12 Diligencias periciales. 5.13 Agente encubierto y entrega vigilada. 5.14 Exhumación de cadáveres.–6. Cooperación judicial internacional.–7. Medidas cautelares. 7.1 Criterio general. 7.2 Medidas de aseguramiento de datos o informaciones incluidas en sistemas informáticos de almacenamiento.–8. Diligencias de investigación auxiliar. 8.1 Incoación. 8.2 Objeto y finalidad. 8.3 Conclusión.–9. Diligencias de investigación posprocesal. 9.1 Incoación. 9.2 Objeto y finalidad. 9.3 Conclusión.–10. Garantías extraprocesales: diligencias de investigación auxiliar y posprocesal.–11. Duración de las diligencias de investigación.–12. Forma de los actos del Ministerio Fiscal.–13. Remisión de testimonio a las autoridades administrativas.–14. Valor de las diligencias de investigación.–15. Recursos

contra las resoluciones del Ministerio Fiscal.–16. Personación, comunicaciones y acceso a las actuaciones. 16.1 Personación. 16.2 Comunicaciones a terceros. 16.3 Acceso de terceros a las actuaciones. 16.4 Tratamiento de datos de víctimas, personas sospechosas, testigos y peritos.–17. Derecho a la protección de datos personales.–18. Auxilios fiscales.–19. Personal auxiliar de Fiscalía.–20. Cláusula transitoria.–21. Cláusula derogatoria.–22. Conclusiones.

CONCLUSIONES

A. Principios rectores

1.ª) Precisiones conceptuales

La actividad extraprocésal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal no se reduce a la que se practica antes de la incoación del proceso judicial. Las/los fiscales se encuentran plenamente facultados para desarrollar actividad extraprocésal durante la tramitación del procedimiento judicial y tras su sobreseimiento provisional.

Se denominan «diligencias de investigación preprocesal» las incoadas antes del inicio del proceso penal por un órgano judicial; «diligencias de investigación auxiliar» las incoadas durante la tramitación del proceso judicial; y «diligencias de investigación posprocesal» las incoadas tras el sobreseimiento provisional del proceso judicial.

2.ª) El sujeto pasivo de las diligencias de investigación

Las/los fiscales emplearán el término «persona sospechosa» para referirse al sujeto pasivo de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

3.ª) Marco procedimental de la investigación extraprocésal

La actividad extraprocésal desarrollada por el Ministerio Fiscal al objeto de investigar la comisión de los delitos y la identidad de sus responsables habrá de practicarse, sin excepción, en el seno del oportuno procedimiento de diligencias de investigación (preprocesal, auxiliar o posprocesal).

4.ª) Prohibición de investigaciones prospectivas y genéricas

Las/los fiscales rechazarán la incoación de diligencias de investigación cuando resulte notoria la falta de seriedad de la noticia criminal recibida, cuando se funde en meras hipótesis carentes de todo sustento objetivo y cuando aquella tenga por objeto hechos no constitutivos de delito.

B. Dirección de la Policía Judicial durante la investigación policial preprocesal

5.ª) Durante la investigación policial anterior a la incoación de diligencias de investigación, y previa autorización del/de la Fiscal General del Estado vehiculada a través de la Secretaría Técnica, los fiscales jefes podrán impartir instrucciones genera-

les a las unidades de Policía Judicial sobre criterios de investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos.

Cuando las instrucciones generales afecten a unidades policiales de varias provincias de una misma comunidad autónoma serán impartidas por los/las fiscales superiores.

De conformidad con los artículos 20 y 22 EOMF, los fiscales de sala coordinadores y delegados podrán, en el marco de su respectiva especialidad, proponer al Fiscal General del Estado la aprobación de circulares e instrucciones generales dirigidas a las unidades de Policía Judicial. Cuando estas sean aprobadas serán impartidas directamente por el respectivo fiscal de sala o, en su defecto, por los delegados territoriales de las secciones especializadas. No obstante, estos últimos se limitarán a trasladar estas instrucciones a las unidades policiales comprendidas en su respectivo ámbito territorial de actuación.

6.ª) Las/los fiscales no podrán formular instrucciones particulares en relación con las investigaciones policiales en curso que precedan al procedimiento de diligencias de investigación. Sin embargo, estarán plenamente facultados para asumir la dirección de la investigación policial, cualquiera que sea el estado en el que se encuentre, incoando al efecto las oportunas diligencias de investigación preprocesal para las que podrán auxiliarse de la Policía Judicial, dictando desde ese momento las instrucciones u órdenes particulares que estimen precisas.

7.ª) Corresponderá a las/los fiscales jefas/es provinciales y de área articular los mecanismos que permitan, atendidas las singulares circunstancias de sus respectivas fiscalías, concretar los términos en los que deba hacerse efectiva la dación de cuenta a que la Policía Judicial viene obligada con arreglo al artículo 20 RD 769/1987.

Los fiscales jefes provinciales y de área procurarán que les sean periódicamente comunicadas las investigaciones que presenten especial trascendencia al objeto de permitir que el Ministerio Fiscal pueda asumir su dirección mediante la incoación de diligencias de investigación preprocesal con anterioridad al cierre de las pesquisas policiales y, en su caso, de la presentación del atestado ante los órganos judiciales.

La especial trascendencia de la investigación vendrá determinada por diversos parámetros y, en concreto, por los siguientes: i) la gravedad, alarma social y/o relevancia pública de los hechos investigados; ii) la notoriedad pública de la persona sospechosa y/o de la víctima; iii) la condición de aforada de la persona sospechosa; iv) el carácter novedoso o singular del hecho investigado; v) el elevado número de víctimas existentes. En todo caso, se reputarán de especial relevancia aquellas investigaciones que tengan por objeto delitos presuntamente cometidos en el ejercicio del cargo por las autoridades o los funcionarios públicos comprendidos en los artículos 24 y 427 CP.

C. Diligencias de investigación preprocesal

8.ª) Objeto de las diligencias de investigación preprocesal

Frente a la investigación judicial propia de la fase de instrucción, las diligencias de investigación preprocesal tienen por objeto la práctica de las pesquisas necesarias para que el Ministerio Fiscal adopte una decisión fundada acerca del ejercicio de la acción penal. Por ello, desde el momento en que las/los fiscales constaten la existencia de indicios racionales de criminalidad que justifiquen el ejercicio de la acción penal cesarán en el curso de sus diligencias de investigación preprocesal, teniéndolas por concluidas.

Para determinar en qué momento deben dar por finalizadas sus diligencias de investigación las/los fiscales valorarán las siguientes circunstancias: i) la oportunidad de promover la interrupción de los plazos de prescripción mediante el ejercicio de la acción penal; ii) la conveniencia de que la investigación se desarrolle en secreto; iii) la necesidad de instar la adopción de medidas cautelares de naturaleza personal o real; y iv) la necesidad de practicar diligencias que precisen autorización judicial.

9.ª) Registro y reparto de la denuncia o atestado

Una vez recibida la denuncia o atestado policial en la oficina fiscal, se procederá a su registro mediante la asignación de un número independiente y correlativo. Acto seguido, la jefatura comprobará –haciendo uso de las plataformas y aplicaciones informáticas a disposición de las fiscalías– la existencia de procedimientos judiciales en curso o archivados que versen sobre los mismos hechos. Verificado lo anterior, el/la fiscal jefe/a analizará el objeto de la denuncia o atestado, procediendo a continuación del siguiente modo:

A) En caso de que la denuncia o atestado no verse sobre una materia propia de una sección especializada, la jefatura procederá a examinar la competencia tanto objetiva como territorial.

Cuando la competencia para conocer de los hechos pudiera corresponder a la Fiscalía de la Audiencia Nacional, a la Fiscalía Especial Antidroga o a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada se conferirá traslado a sus jefaturas a los efectos oportunos. De estimarse que corresponde a la Fiscalía Europea con arreglo a la LO 9/2021, de 1 de julio, se estará a lo dispuesto en el epígrafe 4.5 de la presente circular.

Cuando el/la fiscal jefe/a estime que la fiscalía bajo su dirección no resulta competente territorialmente para conocer de la denuncia o atestado, los remitirá a la fiscalía que estime competente a través de su jefatura.

No será necesario incoar diligencias de investigación en los supuestos en los que la/el fiscal se limite a acordar la inhibición del asunto en favor de otra fiscalía sin acordar la práctica de diligencia alguna.

En caso de tratarse de un asunto competencia de su fiscalía, la jefatura directamente o el/la fiscal que corresponda con arreglo al sistema de reparto establecido, tras un riguroso examen de la denuncia o atestado, procederá a dictar bien un decreto de incoación y archivo de plano de las diligencias; bien un decreto de incoación y práctica de diligencias de investigación; bien un decreto de incoación seguido de la interposición de denuncia o querella o, en su caso, acordando el traslado de la denuncia recibida al órgano judicial competente, previa incoación de diligencias de investigación y acuerdo motivado de reenvío directo.

B) En caso de que la denuncia o atestado verse sobre una materia propia de una sección especializada, la jefatura procederá a turnarlos a la sección a la que corresponda su conocimiento.

Las denuncias o atestados presentados directamente ante las secciones territoriales de la fiscalía o ante las secciones especializadas deberán remitirse a la jefatura a los efectos de proceder a su registro y reparto. Quedan, sin embargo, excepcionados los supuestos de denuncias o atestados ampliatorios que tengan por objeto hechos respecto de los que ya hubieran sido incoadas diligencias de investigación, en cuyo caso podrán ser incorporados a continuación al procedimiento.

10.ª) Competencia simultánea de distintas secciones especializadas

En aquellos supuestos en los que la competencia para conocer de los hechos, por su complejidad o por su naturaleza, pudiera corresponder a dos o más secciones especializadas la jefatura adoptará alguna de las siguientes decisiones:

i) Si los hechos no fueran materialmente conexos con arreglo al artículo 17.1 y 2 LECrim y no se apreciaran razones que lo desaconsejen, la jefatura podrá asignar su despacho a las distintas secciones especializadas concernidas respecto a los hechos propios de su ámbito de especialidad, informando a todas ellas de dicha circunstancia. En tales casos, sin perjuicio de la conveniente comunicación y coordinación entre las secciones, la incoación y/o archivo se resolverá de forma independiente por cada una de ellas y, en su caso, las investigaciones se desarrollarán por separado.

ii) Si los hechos fueran materialmente conexos con arreglo al artículo 17.1 y 2 LECrim o si por cualquier otro motivo se estimare conveniente su investigación conjunta, la jefatura acordará la creación de un equipo de trabajo integrado por los fiscales delegados concernidos. Para ello dictará un decreto acordando la creación de un equipo conjunto en el que fijará los criterios de actuación que regirán la intervención de los fiscales integrantes del mismo.

11.ª) Incoación de las diligencias de investigación preprocesal

La incoación de las diligencias de investigación preprocesal puede traer causa de una denuncia, de la remisión de un atestado policial, de la información obrante en una orden europea de investigación o en una comisión rogatoria, de las deducciones de testimonio acordadas por los órganos judiciales o administrativos o por el propio Ministerio Fiscal o, en definitiva, de la transmisión por cualquier vía de informaciones que permitan tomar conocimiento de la presunta comisión de un hecho delictivo. Incluso, puede producirse de oficio como consecuencia del conocimiento directo de los hechos por el/la fiscal.

Las confidencias, denuncias anónimas, sospechas o rumores solo constituirán fundamento suficiente para iniciar investigaciones de carácter preprocesal cuando cuenten con un mínimo sustento objetivo o material.

12.ª) Contenido del decreto de incoación

La incoación de las diligencias de investigación se realizará mediante decreto que, en todo caso, contendrá: i) una sucinta relación de los hechos investigados; ii) la identidad de la persona considerada sospechosa, si la hubiere; iii) la calificación provisional de los hechos investigados; iv) las diligencias que se considere necesario practicar; v) la comprobación de que no existen actuaciones judiciales sobre los mismos hechos; y vi) la identidad del/de la fiscal responsable de la investigación.

Una vez dictado el decreto de incoación, se procederá a su anotación. Las diligencias de investigación preprocesal seguirán una numeración correlativa e independiente de la que corresponda a las diligencias de investigación auxiliares y posprocesales.

13.ª) Competencia objetiva

Aunque todos los fiscales pueden ser considerados plenamente competentes para incoar y tramitar diligencias de investigación, razones de orden organizativo determinan la necesidad de atribuir la competencia para decretar su incoación a las jefaturas de cada órgano fiscal, con la salvedad de aquellos supuestos concretos por razón de la materia en los que dicha tarea corresponda a los fiscales delegados de las secciones especializadas, quienes deberán someter los proyectos de incoación al visado de sus respectivos fiscales jefes.

Nada impide que los fiscales jefes y los fiscales delegados de las secciones especializadas, en ejecución de sus funciones de distribución y reparto de trabajo (art. 22.5

EOMF), puedan asignar la incoación y/o tramitación de las diligencias de investigación a otros integrantes de la plantilla o, en su caso, de la sección especializada que dirigen, cuando así lo estimen conveniente.

14.ª) Competencia objetiva de las secciones especializadas

Sin perjuicio de las facultades autoorganizativas de cada fiscalía, cuando la notitia criminis tenga por objeto hechos cuyo conocimiento corresponda a una sección especializada la incoación y tramitación de diligencias de investigación incumbirá a su fiscal delegado o, en su caso, al integrante de la sección a quien atribuya dicha tarea.

No obstante, dadas las peculiaridades de cada uno de los órganos del Ministerio Fiscal derivadas de la dimensión de la propia plantilla, la distribución de los medios personales o el volumen de procedimientos competencia del área de especialidad, la jefatura, previa petición del fiscal delegado de la sección especializada, podrá asumir la incoación y el despacho de las diligencias de investigación o, en su caso, designar para ello a un fiscal que no se halle integrado en dicha sección.

15.ª) Competencia objetiva de las Fiscalías Especiales y de la Audiencia Nacional

En la Fiscalía de la Audiencia Nacional, la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, cuya competencia viene determinada por razón de la materia con arreglo a los criterios fijados en el artículo 19 EOMF, corresponde en todo caso a sus jefaturas la incoación de diligencias de investigación.

Las jefaturas de estos órganos fiscales podrán distribuir el despacho de las diligencias de investigación entre algunos o todos los miembros de la plantilla con arreglo a un turno preestablecido o, en su defecto, motivando individualmente su elección.

16.ª) Competencia territorial

La competencia territorial para la tramitación de las diligencias de investigación corresponde, como regla general, a la fiscalía del territorio en el que radican los órganos jurisdiccionales competentes ante los que dicha fiscalía está legitimada para actuar.

De constatare la existencia de varias investigaciones en curso con idéntico objeto como consecuencia de que los hechos se hubieran cometido en diversos territorios, y varias fiscalías resultasen objetiva y territorialmente competentes, su conocimiento corresponderá a la fiscalía que primero hubiera tenido noticia de los mismos. En tales casos, las restantes fiscalías se inhibirán inmediatamente en favor de aquella, remitiendo la totalidad de las diligencias practicadas hasta entonces. Cuando diversas fiscalías hubieran recibido la noticia del hecho criminal al mismo tiempo se considerará competente la fiscalía que tenga mayor plantilla. En el supuesto excepcional de contar con el mismo número de fiscales la competencia corresponderá a la que cuente con la/el fiscal de mayor escalafón.

17.ª) Criterios para resolver las controversias sobre competencia territorial

Las inhibiciones y/o peticiones de inhibición en favor de una determinada fiscalía solo podrán realizarse por los fiscales jefes, quienes las dirigirán a sus homólogos.

En caso de suscitarse controversia sobre la competencia territorial, el/la fiscal jefe/a que la plantee remitirá informe motivado a su homólogo, instándole a que se inhiba total o parcialmente en su favor —o en favor de un tercero— o, en su caso, a que acepte la inhibición promovida. De no alcanzarse un acuerdo en sus comunicaciones, quien discrepe podrá reiterar su petición ante el superior jerárquico común, quien resolverá lo procedente tras recabar el parecer de los fiscales jefes concernidos y, en su caso, del/de la fiscal de sala especialista. Cuando la controversia se suscite entre fiscalías territoriales de distintas comunidades autónomas, la discrepancia se planteará al/a la Fiscal General del Estado, quien resolverá previa audiencia de los fiscales jefes

concernidos y, en su caso, del/de la fiscal de sala especialista que corresponda. Mientras no se resuelva la controversia, la/el fiscal responsable de la investigación seguirá practicando las diligencias que estime oportunas para el buen fin de la misma.

18.ª) Investigaciones contra personas aforadas

Cuando las diligencias de investigación únicamente se sigan contra persona/s aforada/s la competencia vendrá atribuida a la fiscalía a la que corresponda conocer de los procedimientos seguidos ante el tribunal competente por razón del aforamiento.

Si la investigación se sigue contra varias personas de las que solo una o algunas ostentan fuero especial, la competencia corresponderá a la fiscalía del lugar en el que se hayan cometido los hechos investigados. En este caso, cuando tras la práctica de las oportunas diligencias las/los fiscales no aprecien indicios de responsabilidad criminal respecto a la persona aforada, esta fiscalía acordará el archivo de las actuaciones respecto de esta, sin perjuicio de la posibilidad de proseguir la investigación frente a las personas no aforadas.

Caso de existir algún indicio que pueda constituir una base razonable para la imputación de la persona aforada, la fiscalía que esté realizando la investigación se abstendrá de citarla a declarar y se limitará a poner en su conocimiento la existencia de la investigación a fin de que pueda ejercitar su derecho de defensa mediante su personación, acceso e intervención en las diligencias y, en su caso, prestar declaración voluntaria. En todo caso, la fiscalía investigadora remitirá las actuaciones al órgano fiscal que resulte competente a tenor del aforamiento para que practique la declaración de la persona aforada o, en su caso, proceda al ejercicio de las acciones pertinentes o al archivo de las diligencias. La investigación de los hechos atribuidos a personas aforadas y no aforadas se desarrollará conjuntamente por la fiscalía competente como consecuencia del aforamiento en los casos previstos en el epígrafe 4.3.1.3 de la presente circular.

19.ª) Facultades de las/los fiscales de sala especialistas

De conformidad con el artículo 20 EOMF, las/los fiscales de sala especialistas únicamente podrán practicar diligencias de investigación previa autorización del/de la Fiscal General del Estado por motivos de especial trascendencia. Fuera de estos supuestos, las/los fiscales de sala especialistas no se hallarán facultados para desarrollar investigación alguna.

Excepcionalmente, razones operativas y la especial singularidad de la materia motivan que se permita a la Unidad Especializada de Criminalidad Informática de la Fiscalía General del Estado valerse de las unidades policiales adscritas a los solos efectos de concretar el *forum delicti commissi*, previa incoación de las correspondientes diligencias de investigación, cuando sea indispensable la práctica de diligencias de índole tecnológica que puedan determinar la identificación del presunto responsable. Igualmente, cuando sea necesaria la adopción de medidas de aseguramiento o conservación de datos previstas en el artículo 588 octies LECrim. Estas diligencias de investigación serán tramitadas con la máxima celeridad al objeto de no agotar el plazo del artículo 5 EOMF.

20.ª) Comunicaciones a las/los fiscales de sala especialistas

Los fiscales delegados territoriales de cada una de las especialidades comunicarán, por conducto de su jefatura, a los fiscales de sala especialistas las diligencias de investigación incoadas en sus respectivos ámbitos de competencia. Cuando así proceda con arreglo a los criterios formulados por el respectivo fiscal de sala especialista o a los fijados por la doctrina de la Fiscalía General del Estado, los fiscales delegados territoriales informarán a cada unidad especializada de la FGE de los siguientes extremos: i) diligencias de investigación incoadas, aportando copia

de los decretos de incoación; ii) decretos que rechacen la incoación de diligencias de investigación, aportando copia de los mismos; iii) decretos que acuerden el archivo de las diligencias de investigación, aportando copia de los mismos; y iv) denuncias o querellas interpuestas por el Ministerio Fiscal en el seno de las diligencias de investigación incoadas.

Sin perjuicio de las facultades estatutariamente encomendadas a los fiscales jefes de cada órgano en la dirección y control de las fiscalías, la función de supervisión conferida por el artículo 20 EOMF debe permitir que los fiscales de sala especialistas puedan formular observaciones en relación con la incoación, tramitación y resolución de las diligencias de investigación en aquellas materias de su competencia y, muy especialmente, en los asuntos considerados de especial relevancia por su trascendencia social y/o jurídica. No obstante, conforme a la doctrina de la Fiscalía General del Estado, dichas observaciones o sugerencias carecen de carácter vinculante.

21.ª) Facultades de las/los fiscales superiores

Sin perjuicio de que las/los fiscales superiores puedan incoar y tramitar diligencias de investigación por cualquier hecho delictivo cometido en el territorio de su competencia, harán un uso ponderado de esta facultad, limitándose a asumir las investigaciones que a priori fueran competencia de la Fiscalía Provincial o de Área cuando concurren razones excepcionales que lo justifiquen.

22.ª) Relaciones con la Fiscalía Europea

En el ejercicio de sus funciones los fiscales europeos delegados podrán interesar la colaboración de los miembros del Ministerio Fiscal para la práctica de actuaciones concretas, dirigiéndose a tal efecto a la Fiscalía General del Estado (art. 5.3 de la LO 9/2021, de 1 de julio).

Las/los fiscales nacionales que recibieran de forma directa cualquier petición de colaboración para la práctica de una o varias diligencias concretas se limitarán a comunicar a la Fiscalía Europea la necesidad de canalizar sus solicitudes por conducto de la Fiscalía General del Estado (art. 22 de la LO 9/2021, de 1 de julio).

23.ª) Inhibiciones en favor de la Fiscalía Europea

Cuando las/los fiscales consideren que la competencia para conocer de un asunto que está siendo investigado en el marco de unas diligencias de investigación del Ministerio Fiscal corresponde a la Fiscalía Europea lo pondrán inmediatamente en conocimiento –por conducto de su respectiva jefatura– del Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, quien a su vez lo comunicará a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. En caso de concluir que la competencia pudiere corresponder a la Fiscalía Europea, la persona titular de la Fiscalía General del Estado o quien esta designe lo pondrá en conocimiento de los fiscales europeos delegados a los efectos de permitir el ejercicio del derecho de avocación (art. 19.1 de la LO 9/2021, de 1 de julio).

En el caso de que, tras aquella comunicación, la Fiscalía Europea resuelva no avocar para sí la competencia del asunto, corresponderá al/a la Fiscal General del Estado resolver la discrepancia con arreglo al artículo 9.1 de la Ley 9/2021, de 1 de julio, para lo cual convocará previamente a la Junta de Fiscales de Sala (art. 21 bis EOMF).

24.ª) Planteamiento de la declinatoria ante la Fiscalía Europea

Cuando las/los fiscales consideren que un asunto del que se encuentra conociendo la Fiscalía Europea es de su competencia lo pondrán inmediatamente en conocimiento, a través de su jefatura, del Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía Especial contra

la Corrupción y la Criminalidad Organizada, quien a su vez lo comunicará a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. De resultar procedente, la persona titular de la Fiscalía General del Estado o quien esta designe instará a la Fiscalía Europea a declararse incompetente. En caso de discrepancia, decidirá definitivamente la persona titular de la Fiscalía General del Estado tras oír a la Junta de Fiscales de Sala (art. 9.1 de la Ley 9/2021, de 1 de julio).

25.ª) Garantías extraprocesales de la persona sospechosa

Las/los fiscales reconocerán formalmente la condición de persona sospechosa al sujeto sometido a investigación desde el momento en el que concurra un presupuesto material de imputación que razonablemente justifique la atribución de un hecho delictivo. Desde ese instante le permitirán tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas, que desde entonces deberán realizarse con contradicción y, por lo tanto, con intervención de su representación letrada, en los términos previstos en los artículos 118 y 119 LECrim.

Cuando sea necesario instar el secreto de las actuaciones o cualesquiera medidas cautelares cuya adopción pudiera verse frustrada como consecuencia de la formalización de la atribución de la condición de sospechoso, las/los fiscales cesarán en su investigación e interpondrán denuncia o querella, instando la declaración de secreto o la adopción de las oportunas medidas cautelares sin informar en momento alguno a la persona sospechosa acerca de la investigación.

26.ª) Conclusión de las diligencias de investigación: pautas generales

La conclusión de las diligencias de investigación preprocesal se acordará mediante decreto motivado. Las/los fiscales cuidarán de emplear un lenguaje claro e inteligible que permita la fácil comprensión de sus argumentos, así como el hecho de que su decisión no impida la ulterior incoación de un procedimiento judicial que pudiera versar sobre los mismos hechos.

Salvo cuando su tramitación hubiera correspondido al fiscal jefe, antes de dictarse el decreto por el que se acuerde la conclusión de las diligencias de investigación el fiscal actuante deberá elevar un proyecto de decreto para su oportuno visado por la jefatura o por el fiscal a quien se hubiere designado a tal efecto. A continuación, tras acomodar en su caso el proyecto de decreto a las observaciones efectuadas en el trámite de visado, el/la fiscal lo suscribirá y, de no acordarse el archivo, presentará ante el órgano judicial competente la denuncia o querella correspondiente.

27.ª) Archivo de plano

Las/los fiscales podrán acordar el archivo de plano de las diligencias de investigación mediante decreto motivado solo en aquellos supuestos en los que los hechos relatados en la denuncia o atestado policial resulten objetiva e indudablemente atípicos o manifiestamente inverosímiles.

28.ª) Reenvío directo de la denuncia o del atestado al órgano judicial

Las jefaturas trasladarán directamente al órgano judicial competente la denuncia o atestado policial recibido, previa incoación de diligencias de investigación y acuerdo motivado de reenvío directo, cuando al momento de la incoación ya se conociera la existencia de un procedimiento judicial en curso sobre los mismos hechos. En tales casos, el decreto de incoación de diligencias de investigación constituirá el acuerdo motivado de reenvío directo.

Cuando el conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial en curso sobre los mismos hechos sobrevenga durante la tramitación de unas diligencias de investigación el/la fiscal responsable acordará con carácter inmediato su conclusión y reenvío al órgano judicial, dictando a tal efecto decreto motivado que deberá someter

previamente al visado de la jefatura o del fiscal delegado de la especialidad que, según el caso, corresponda. En estos casos, incumbirá al fiscal responsable de la investigación conferir traslado de todo el expediente de las diligencias de investigación al órgano judicial competente.

29.ª) Conclusión con interposición de denuncia, querella o remisión de decreto de propuesta de imposición de pena

Cuando aparezcan indicios de criminalidad que justifiquen el ejercicio de la acción penal las/los fiscales acordarán la conclusión de las diligencias de investigación en virtud de decreto motivado y promoverán la incoación de un procedimiento judicial mediante la interposición de denuncia, querella o, en su caso, la remisión de un decreto de propuesta de imposición de pena con arreglo al artículo 803 bis d) LECrim.

El decreto que acuerde la conclusión de las diligencias de investigación se limitará a señalar que el resultado de las diligencias practicadas ha determinado la necesidad de ejercer la acción penal mediante la interposición denuncia, querella o, en su caso, la remisión de un decreto de propuesta de imposición de pena con arreglo al artículo 803 bis d) LECrim.

Los proyectos de decreto de conclusión y de denuncia, querella o propuesta de imposición de pena serán elevados simultáneamente a la jefatura o al delegado de la especialidad a quienes corresponda el visado, o al fiscal designado para ejercer esa tarea.

Las/los fiscales notificarán a la persona sospechosa la finalización de las diligencias de investigación y la interposición de la denuncia o querella, con el oportuno traslado de la misma, salvo en aquellos casos en los que se interese la declaración del secreto de sumario. También notificarán la remisión del decreto de propuesta de imposición de pena al juzgado de instrucción.

Cuando la importancia o trascendencia de los hechos exija su comunicación al/la la Fiscal General del Estado con arreglo al artículo 25 EOMF, la presentación de la denuncia o querella, o la remisión del decreto de propuesta de imposición de pena, no se realizará en tanto no se reciba su autorización a través de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

30.ª) Documentación que deberá remitirse al órgano judicial junto con la denuncia o querella

Las/los fiscales remitirán al órgano judicial junto con la denuncia o querella, o el decreto de propuesta de imposición de pena, la totalidad del expediente de diligencias de investigación que, desde luego, incluirá el decreto de incoación, los decretos que acuerden la práctica de diligencias, las actas en las que se documente su práctica y el resultado de las diligencias, el decreto por el que se autorice la prórroga de las mismas, así como el decreto de conclusión. No obstante, las/los fiscales cuidarán de advertir al órgano judicial de la necesidad de adoptar las medidas oportunas a fin de impedir el acceso de las partes a aquella información que, no resultando relevante para el curso del procedimiento, tenga carácter íntimo o por cualquier otro motivo pueda perjudicar al honor o la dignidad de la persona concernida.

Las órdenes de servicio, incluidas las notas de visado, que pudieran haber sido dictadas por las respectivas jefaturas en relación con las investigaciones incoadas, las comunicaciones realizadas al amparo del artículo 25 EOMF, así como las posibles discrepancias que pudieran suscitarse durante el curso de las mismas (fueran o no formalizadas por la vía del artículo 27 EOMF) o que se plantearan en relación con la avocación de un asunto (art. 23 EOMF) nunca serán incorporadas al procedimiento de diligencias de investigación por no formar parte de estas. Las comunicaciones realizadas al amparo del artículo 25 EOMF, así como la tramitación de las discrepancias y

avocaciones deberá realizarse mediante el oportuno expediente gubernativo incoado al efecto.

Este expediente gubernativo será siempre tramitado de forma simultánea y paralela al procedimiento de diligencias de investigación, y su incoación y resultado tendrán carácter reservado, al igual que las órdenes de servicio e instrucciones particulares. Por ello, ni se dará cuenta al órgano judicial ni se dejará constancia alguna en el procedimiento en cuestión, tenga esta naturaleza judicial o extrajudicial.

31.ª) Conclusión y archivo sin remisión al órgano judicial

Las/los fiscales acordarán la conclusión y archivo de las actuaciones, sin remisión al órgano judicial, en los siguientes casos: i) cuando entiendan que los hechos investigados no resultan penalmente típicos; ii) cuando aprecien la concurrencia de una excusa absolutoria; iii) cuando consideren que no ha resultado mínimamente corroborada la realidad de los hechos denunciados; iv) cuando aprecien la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130 CP); v) cuando concurren los supuestos de exención de responsabilidad de las personas jurídicas previstos en los apartados segundo y cuarto del artículo 31 bis CP.

En el caso de que los sujetos criminalmente responsables no hayan sido identificados, las/los fiscales remitirán las actuaciones al órgano judicial competente con simultánea petición de incoación de diligencias y sobreseimiento provisional. Solo acordarán el archivo de las actuaciones por motivos de oportunidad en los supuestos expresamente regulados en los artículos 171.3 y 191.1 CP y en el artículo 963 LECrim.

El acuerdo de conclusión y archivo de la investigación revestirá la forma de decreto, que será motivado y deberá someterse a visado con carácter previo a su notificación. En aquellos supuestos en los que los hechos investigados revistan especial importancia o trascendencia (art. 25 EOMF), la notificación al denunciante y/o a la persona sospechosa del decreto de conclusión y archivo estará supeditada a la previa comunicación al/a la Fiscal General del Estado a través de la Secretaría Técnica.

Con carácter previo a su notificación, el decreto de conclusión y archivo deberá someterse al oportuno visado de la respectiva jefatura, del fiscal delegado especialista o del fiscal en quien estos deleguen.

El decreto de conclusión y archivo será notificado al denunciante, al ofendido, al perjudicado y a la persona sospechosa, si la hubiera. Por tanto, solo procederá la notificación a esta última cuando hubiera llegado a tener conocimiento de la investigación.

32.ª) Diligencias extemporáneas

Las diligencias de investigación preprocesal realizadas tras la incoación de un procedimiento judicial que verse sobre los mismos hechos serán plenamente válidas y eficaces siempre que hayan sido practicadas con pleno respeto a las garantías de la persona sospechosa y que no generen en ella indefensión material.

33.ª) Delitos semipúblicos y semiprivados

En los delitos semiprivados y semipúblicos las/los fiscales podrán incoar diligencias de investigación preprocesal aunque el ofendido o perjudicado no haya interpuesto denuncia o querrela.

En los delitos de agresión y acoso sexual las diligencias de investigación serán el vehículo adecuado para ponderar los legítimos intereses en presencia a que alude el artículo 191 CP al objeto de decidir sobre la interposición de la preceptiva querrela. En el mismo sentido, serán el cauce necesario para decidir sobre la presentación de denuncia en aquellos delitos en los que por ser la víctima menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección su interposición opere a modo de condición objetiva de procedibilidad.

En los demás supuestos, si la víctima o perjudicado por el delito expresaran su voluntad de no interponer denuncia o querrela, las/los fiscales procederán al inmediato archivo de las diligencias de investigación incoadas, sin perjuicio de la posibilidad de recabar los vestigios cuya pérdida por el transcurso del tiempo fuera previsible, garantizando su adecuada conservación entre tanto no transcurrieran los plazos de prescripción del delito.

34.ª) Delitos privados

Los delitos privados de calumnias e injurias contra particulares no podrán ser objeto de investigación extraprocesal por el Ministerio Fiscal.

35.ª) Facultades de investigación del Ministerio Fiscal

Las/los fiscales podrán practicar cuantas diligencias consideren pertinentes y útiles para esclarecer los hechos investigados e identificar a sus responsables, con la única salvedad de aquellas que precisen autorización judicial.

36.ª) Prohibición de delegaciones genéricas a la Policía Judicial

Una vez incoadas las diligencias de investigación, corresponde a las/los fiscales decidir las concretas pesquisas a practicar, no pudiendo delegar dicha facultad de forma genérica en la Policía Judicial, sin perjuicio de la posibilidad de recabar su auxilio para su práctica.

37.ª) Declaración de la persona sospechosa

En el caso de que se acuerde recibir declaración a la persona sospechosa, las/los fiscales le informarán, en un lenguaje sencillo y accesible y en un idioma que comprenda, de los siguientes extremos: i) los hechos que se le atribuyen; ii) la calificación jurídica provisional de los mismos; iii) la posibilidad de acceder al contenido de las diligencias a través de su procurador o de su representación letrada; iv) su derecho a intervenir contradictoriamente en las diligencias que se practiquen a partir de entonces.

La declaración de la persona sospechosa en el ámbito de las diligencias de investigación tendrá las mismas garantías que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé para las prestadas por la persona investigada ante el órgano judicial.

38.ª) Cooperación jurídica internacional

A través de los instrumentos de cooperación judicial internacional, las/los fiscales podrán solicitar a las autoridades extranjeras cualquier diligencia de investigación que no contenga medida alguna limitativa de derechos fundamentales, de conformidad con la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, y los convenios internacionales vigentes.

Los fiscales jefes, conforme a lo dispuesto en la Instrucción de la FGE núm. 1/2011, comunicarán al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a de Cooperación Penal Internacional cualquier actividad internacional que se desarrolle en sus respectivas fiscalías, a fin de facilitar la asistencia necesaria, incluyendo la integración de fiscales especialistas en cooperación internacional en el equipo de trabajo conjunto que pudiera constituirse cuando en una investigación se requiera o pueda necesitarse de la cooperación judicial internacional.

Las órdenes europeas de investigación (OEI) y las comisiones rogatorias (CR) emitidas por los fiscales en el seno de sus diligencias de investigación serán registradas como expediente activo en el sistema de gestión informático de cooperación penal internacional CRIS.

39.ª) Medidas cautelares

Con la única salvedad de la detención preventiva, las/los fiscales no podrán adoptar medidas cautelares o limitativas de derechos durante el curso de sus diligencias de investigación, seas estas de naturaleza personal o real.

La medida cautelar de detención preventiva solo podrá ser acordada mientras no exista un procedimiento judicial en curso. Las/los fiscales se abstendrán de acordar la detención de persona alguna en el marco de unas diligencias de investigación auxiliar.

D. Diligencias de investigación auxiliar**40.ª) Incoación**

Las/los fiscales podrán incoar «diligencias de investigación auxiliar» en aquellos casos en los que estimen necesario practicar diligencias concretas referidas a aspectos puntuales al objeto de completar la investigación judicial en curso, cualquiera que sea la fase procesal en que esta se encuentre (instrucción, intermedia o juicio oral). Deberá hacerse un uso ponderado de esta facultad, priorizando –particularmente durante la fase de instrucción– la práctica de las diligencias por el órgano judicial.

41.ª) Competencia

La incoación y tramitación de las diligencias de investigación auxiliar corresponderá al/a la fiscal que tenga atribuido el conocimiento del procedimiento judicial, sin perjuicio de las facultades conferidas por el artículo 22 EOMF a las respectivas jefaturas, así como de lo previsto en el artículo 26 EOMF.

El decreto de incoación de las diligencias de investigación auxiliar deberá ser comunicado a la jefatura respectiva al objeto de efectuar un control y análisis cuantitativo de este tipo de procedimientos que se incoen en cada órgano fiscal.

En el caso de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y de las Fiscalías Especiales la competencia para su incoación corresponderá en todo caso a las respectivas jefaturas, sin perjuicio de que su tramitación se atribuya como regla general al fiscal que conozca del proceso judicial.

42.ª) Excepción a la incoación de diligencias de investigación auxiliar

No resultará preciso incoar diligencias de investigación auxiliar para ordenar la citación de uno o varios testigos o peritos al acto de juicio oral, pues en tales casos no se desarrolla actividad investigadora alguna. Tampoco en aquellos supuestos en los que la/el fiscal se limite a recabar la hoja histórico-penal de la persona encausada o a acceder al punto neutro judicial para la ulterior aportación de documentación ante el órgano judicial, atendida la escasa entidad investigadora de dicha clase de diligencias. En tales casos, los derechos del encausado se verán plenamente garantizados desde el mismo instante en que se confiera traslado de aquella documentación y se permita desplegar en relación con la misma las facultades inherentes al derecho de defensa.

43.ª) Conclusión de las diligencias de investigación auxiliar

La conclusión de las diligencias de investigación auxiliar del Ministerio Fiscal deberá acordarse mediante decreto motivado una vez que hayan sido cumplimentadas las diligencias investigadoras que justificaron su incoación. El decreto de conclusión que se dicte será inmediatamente comunicado a la respectiva jefatura.

Finalizadas las diligencias de investigación auxiliar, las/los fiscales conferirán íntegro traslado de las mismas al órgano judicial y a la representación letrada de la persona encausada cuando el procedimiento ya se dirija contra un sujeto identificado,

con independencia del resultado de las pesquisas practicadas y de la mayor o menor trascendencia que pueda tener en el devenir del procedimiento judicial.

E. Diligencias de investigación posprocesal

44.ª) Objeto y finalidad

Con el fin de obtener nuevas fuentes de prueba que permitan la reapertura del procedimiento judicial, las/los fiscales podrán incoar diligencias de investigación posprocesal tras el sobreseimiento provisional de las actuaciones conforme al artículo 641 LECrim.

La posibilidad de practicar actividad extraprocésal tras el sobreseimiento provisional resulta inherente al instituto regulado por el artículo 641 LECrim, puesto que solo en el caso de admitirse la actividad extraprocésal de las partes y de la Policía Judicial resultará imaginable la obtención de nuevas fuentes de prueba que permitan la reapertura de un procedimiento penal.

45.ª) Incoación

El acuerdo de incoación adoptará la forma de decreto en el que se precisarán las diligencias a practicar y se expondrán las razones por las que se considera que estas pudieran ser idóneas para lograr la reapertura del proceso judicial archivado. Una vez elaborado el decreto, se procederá a su inmediata notificación a la respectiva jefatura para su oportuno visado, sin perjuicio de los supuestos de especial importancia o trascendencia (art. 25 EOMF) en los que por la jefatura se dará cuenta con carácter previo a la/al Fiscal General del Estado a través de la Secretaría Técnica.

46.ª) Competencia

Se considerará competente para la incoación y tramitación de las diligencias de investigación posprocesal al/a la fiscal a quien previamente hubiera correspondido el conocimiento del procedimiento judicial sobreseído, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 26 EOMF y de las facultades conferidas por el artículo 22 EOMF a las respectivas jefaturas, que podrán asumir su incoación y posterior asignación al fiscal correspondiente.

En el caso de la Fiscalía de la Audiencia Nacional y de las Fiscalías Especiales la competencia para su incoación corresponderá en todo caso a las respectivas jefaturas, sin perjuicio de que su tramitación se atribuya como regla general al fiscal que haya conocido del proceso judicial.

47.ª) Conclusión de las diligencias de investigación posprocesal

Las diligencias de investigación posprocesal concluirán mediante decreto motivado. Tras su oportuno visado, las/los fiscales conferirán íntegro traslado de las mismas al órgano judicial solo cuando lo practicado resulte relevante para la investigación o para la persona investigada, sea favorable o adverso, solicitando al órgano judicial la reapertura del procedimiento y la adopción de la resolución que a su juicio proceda.

En el supuesto de que el resultado de las diligencias practicadas no resulte relevante, las/los fiscales comunicarán a la representación letrada de la persona sospechosa el resultado de la actividad desarrollada y el decreto de conclusión de las diligencias de investigación posprocesal.

48.ª) Garantías extraprocésales: diligencias de investigación auxiliar y posprocesal

Las/los fiscales notificarán a la persona investigada o acusada en el procedimiento judicial la existencia de la investigación auxiliar y/o posprocesal, recono-

ciendo y permitiendo en toda su extensión el ejercicio de su derecho de defensa en los términos previstos en los artículos 118 y 119 LECrim.

Durante el curso de estas diligencias de investigación los fiscales cuidarán de apreciar y consignar tanto las circunstancias adversas como las favorables al sujeto pasivo del procedimiento.

F. Duración de las diligencias de investigación

49.º) Principios rectores

El plazo ordinario de duración de las diligencias de investigación preprocesal es de seis meses (art. 5 EOMF). Las diligencias de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada tienen un plazo ordinario de doce meses (arts. 5 y 19.4 EOMF).

50.º) Cómputo de los plazos

El cómputo del plazo deberá iniciarse desde la fecha en la que fuera dictado el decreto de incoación. En cuanto al dies ad quem debe estarse a lo dispuesto en el artículo 5.1 CC.

El plazo del artículo 5 EOMF solo resulta de aplicación a la actividad investigadora y no a otro tipo de actuaciones, tales como el visado de las diligencias o la presentación de denuncia o querella, que podrán realizarse una vez agotado aquel con la debida diligencia y celeridad que incumbe a todos los fiscales.

51.º) Especificidades en caso de inhibición

En las inhibiciones por cuestiones de competencia la fecha a tener en cuenta será la del primer decreto de incoación dictado. Por el contrario, cuando se trate de acumulaciones de diferentes investigaciones en un solo procedimiento será la de incoación de las últimas diligencias iniciadas.

52.º) Especificidades en caso de reapertura

En el supuesto de reapertura de unas diligencias de investigación previamente archivadas, el plazo no se reinicia, sino que se reanuda.

53.º) Prórroga de la investigación

Cuando las/los fiscales no puedan concluir su investigación en los plazos regulados en el artículo 5 EOMF deberán solicitar su prórroga por conducto de su respectiva jefatura con una antelación mínima de quince días naturales previos al vencimiento del plazo. Una vez otorgada la prórroga, el nuevo plazo se computará desde la finalización del período cuya prórroga se solicitó.

54.º) Vulneración del plazo

La vulneración de los plazos regulados por el artículo 5 EOMF no determinará automáticamente la nulidad de la diligencia practicada; su validez vendrá conectada al concepto de indefensión material.

G. Forma de los actos del Ministerio Fiscal

55.º) Supuestos en los que procede resolver mediante decreto

La interpretación sistemática de los artículos 10 RMF, 141 y 144 bis LECrim permite entender que las resoluciones de las/los fiscales revestirán la forma de decreto

siempre que versen sobre puntos esenciales o relevantes del procedimiento de investigación.

En todo caso, y a los solos efectos enunciativos, revestirán la forma de decreto:

i) las resoluciones por las que se acuerde incoar diligencias de investigación preprocesal, auxiliar o posprocesal; ii) las resoluciones que acuerden la práctica de diligencias; iii) las resoluciones por las que se determine la conclusión de las diligencias de investigación; iv) las resoluciones que acuerden el archivo de las diligencias de investigación sin interposición de denuncia o querrela; v) las resoluciones por las que se acuerde el reenvío al órgano judicial; vi) las resoluciones que estimen o desestimen la petición de archivo formulada por la persona sospechosa; vii) las resoluciones por las que se estime o desestime la solicitud de diligencias formulada por la persona sospechosa; viii) las resoluciones que estimen o desestimen la petición de acceso a las actuaciones y la entrega de copias de las mismas; ix) las resoluciones que decidan sobre la competencia y aquellas por las que se acuerde la inhibición; x) las resoluciones por las que se disponga o se desestime acordar la abstención del fiscal responsable de la investigación; xi) cualesquiera actos que impliquen reconocer o negar un derecho; xii) las instrucciones particulares a la Policía Judicial; xiii) las resoluciones que acuerden la remisión de testimonio; xiiii) la propuesta de imposición de pena (art. 803 bis c LECrim).

56.ª) Supuestos en los que procede dictar diligencia de ordenación

Revestirán la forma de «diligencia de ordenación» las resoluciones que, no debiendo reunir la forma de decreto, se limiten a ordenar e impulsar el procedimiento. Así, por ejemplo: i) las resoluciones por las que se acuerde conferir traslado de los decretos, documentos o informes dictados en el seno de las diligencias de investigación, o de las denuncias o atestados recibidos; ii) las resoluciones por las que se acuerde unir a las actuaciones cualesquiera documentos o fuentes de prueba; iii) las resoluciones por las que se acuerde comunicar las resoluciones dictadas por el fiscal responsable de la investigación en el curso del procedimiento; iv) las resoluciones que acuerden turnar las actuaciones al fiscal responsable de la investigación tras su registro; v) las resoluciones por las que se acuerde remitir la denuncia o querrela al órgano judicial competente y, en su caso, el expediente de las diligencias de investigación.

57.ª) Supuestos en los que procede dictar diligencia de constancia

Revestirán la forma de «diligencia de constancia» las resoluciones que se limiten a reflejar hechos o, en su caso, actos con trascendencia meramente procedimental. Así, por ejemplo: i) las resoluciones que expresen la fecha y hora en que se permite el acceso a la persona sospechosa o a la víctima al expediente, con indicación de su identidad; ii) las resoluciones que expresen la fecha y hora en que se hace entrega de una copia de las diligencias de investigación, con expresión de la identidad de la persona a la que se entregan y de los concretos documentos; iii) las resoluciones en las que se plasme la fecha y hora en que se accedió a los portales de transparencia u otras fuentes abiertas; iv) las resoluciones en las que se exprese la fecha y hora de recepción de una denuncia o de un atestado, o en general de cualquier otro documento o fuente de prueba; v) las resoluciones en las que se exprese la fecha y hora en la que se remiten cualesquiera documentos o expedientes a otros fiscales, órganos judiciales o terceros.

En concreto, siempre que se reciba un documento, expediente, vestigio o, en general, cualquier objeto que deba incorporarse al procedimiento de investigación, las/los fiscales documentarán mediante diligencia de constancia la fecha de su recepción, con expresión del remitente y de la fecha y hora de su unión al expediente. También

documentarán mediante diligencia de constancia la fecha y hora en que proceden a la remisión de los documentos, vestigios o cualesquiera otros objetos que se hallen unidos al expediente o, incluso, del propio expediente o de una copia del mismo.

H. Remisión de testimonio a las autoridades administrativas

58.ª) Pautas de actuación

Las/los fiscales comunicarán a la Administración competente para la incoación y tramitación del procedimiento administrativo sancionador los hechos indiciariamente constitutivos de infracción administrativa en el instante mismo en el que tuvieran noticia de ellos, remitiendo a tal efecto el oportuno testimonio. Esta comunicación solo podrá diferirse de apreciarse que pudiera comprometer el curso de la investigación fiscal.

Los fiscales también procederán de aquel modo cuando la ejecución de la infracción administrativa se atribuya a la persona sospechosa identificada en las diligencias de investigación. En este caso, las/los fiscales requerirán a la Administración información acerca de la decisión adoptada en relación con la incoación del procedimiento administrativo sancionador, así como respecto a la suspensión del mismo a expensas del resultado del procedimiento penal en el caso de actuaciones ya judicializadas (art. 10.2 LOPJ). A tal efecto, solicitarán que se les confiera traslado de testimonio de la resolución administrativa por la que se acuerde o rechace la incoación de aquel procedimiento, así como por la que se decrete su suspensión en tanto se resuelva la cuestión prejudicial penal.

Los fiscales cuidarán de que la resolución poniendo fin a la investigación sea comunicada con celeridad a la Administración competente. Por ello, una vez firme la resolución por la que se acuerde la finalización del procedimiento penal, promoverán su inmediata comunicación.

I. Valor de las diligencias del Ministerio Fiscal

59.ª) Criterios generales

Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozan de presunción de autenticidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 EOMF.

Excepcionalmente, las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, al igual que las practicadas por la Policía Judicial de manera extraprocesal, podrán acceder al plenario y tener valor probatorio cuando resulten de imposible repetición en el juicio oral por razón de su intrínseca naturaleza, siendo su práctica forzosamente única e irrepetible.

J. Recursos contra las resoluciones del Ministerio Fiscal

60.ª) Irrecurribilidad de las resoluciones del Ministerio Fiscal

Las resoluciones dictadas por el/la fiscal durante la tramitación de sus diligencias de investigación son irrecurribles. Este carácter no genera indefensión, pues quien considere lesionados sus derechos podrá reproducir sus pretensiones ante los órganos judiciales.

K. Personación, comunicaciones, acceso a las actuaciones y protección de datos

61.ª) Prohibición de personación de denunciantes, ofendidos y perjudicados

En el seno de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no cabe la personación de denunciantes, ofendidos, perjudicados o cualesquiera otras personas aun cuando cuenten con un interés legítimo.

62.ª) Información a denunciantes, ofendidos y perjudicados

Finalizadas las diligencias de investigación, las/los fiscales informarán al denunciante, al ofendido y al perjudicado de la interposición de denuncia o querrela, de la remisión de la propuesta de imposición de pena del artículo 803 bis d) LECrim o del archivo de las diligencias con entrega de una copia del decreto y con la expresa indicación de que pueden reproducir su denuncia ante los órganos jurisdiccionales.

63.ª) Información a la persona sospechosa

En el caso de que la investigación hubiera llegado a dirigirse formalmente contra una persona sospechosa, el/la fiscal le comunicará la decisión que adopte tras la conclusión de las diligencias de investigación, bien sea su archivo, bien la interposición de denuncia o querrela, con entrega de copia del documento respectivo, salvo que en este último caso se haya decretado el secreto de las actuaciones.

64.ª) Especificidades de las comunicaciones a personas con discapacidad

Cuando haya de practicarse una notificación, declaración o diligencia de cualquier clase con una persona con discapacidad que precise medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se realizarán los ajustes que sean necesarios, proporcionándole la información de forma clara, suficiente y accesible, adaptada a sus características personales y necesidades, de forma que le permita conocer el objeto y consecuencias asociadas a cada decisión. Si fuera preciso, se hará uso de medios de lectura fácil y de los apoyos a la comunicación que procedan en los términos previstos en el artículo 7 bis LEC (conforme a la redacción introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio). La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

65.ª) Información a las víctimas

El/la fiscal informará a las víctimas, cuando así lo soliciten, del estado en el que se encuentra el procedimiento de diligencias de investigación. Esta información se ofrecerá, verbalmente o por escrito, mediante un sucinto extracto que exprese la fecha de incoación de las diligencias de investigación, los presuntos delitos investigados, las diligencias practicadas hasta el momento y la fecha previsible de conclusión de la investigación. En ningún caso, se ofrecerán datos que permitan la identificación de los testigos y/o peritos. Sin embargo, el/la fiscal sí podrá revelar la identidad de la persona sospechosa cuando la víctima lo solicite de forma expresa y se considere justificada su petición.

Los/las fiscales podrán oponerse a informar a la víctima cuando consideren que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo del procedimiento, en cuyo caso se limitarán a rechazar la solicitud mediante decreto motivado. También podrán omitir aquellas informaciones que a su juicio deban permanecer reservadas por idénticos motivos. En este último supuesto, el/la fiscal dictará un decreto en el que expondrá las razones por las que acuerde vedar dicha información, resolución a la que la víctima tampoco tendrá acceso en tanto no desaparezcan las razones que justificaron la adopción de esa decisión.

66.ª) Acceso de las víctimas a las actuaciones

Las víctimas podrán acceder al contenido de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. El acceso a las actuaciones solo se permitirá previa solicitud escrita efectuada una vez concluida la investigación, es decir, tras dictarse el decreto de conclusión y, en su caso, el de archivo o reenvío al órgano judicial competente, interpuesta la denuncia o querella o remitida la propuesta de imposición de pena del artículo 803 bis d) LECrim. No obstante, incluso una vez concluida la investigación, el acceso al expediente deberá rechazarse cuando pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa.

Las víctimas podrán obtener copias simples de las actuaciones o testimonio de las mismas. La expedición de las copias o de los testimonios deberá documentarse mediante diligencia de constancia que exprese la fecha en la que se entregan y la identidad de la persona que los recibe y del funcionario que los facilita. Estas copias podrán ser realizadas, a elección del fiscal, en formato digital o físico.

Una vez incoado un procedimiento judicial, las/los fiscales denegarán las peticiones de acceso a las diligencias de investigación remitiendo al solicitante al órgano judicial que conozca del correspondiente procedimiento.

67.ª) Acceso de terceros a las actuaciones

Al margen de la persona sospechosa y de la víctima, no se permitirá el acceso a las actuaciones a quienes manifiesten, o incluso acrediten, tener un interés legítimo. Nada impide, no obstante, que quien invoca un interés legítimo para acceder a los datos que se contienen en las diligencias de investigación, a fin de ejercitar los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce, pueda solicitar a los órganos judiciales o administrativos -encargados de conocer de las respectivas demandas o reclamaciones- que recaben del Ministerio Fiscal los oportunos testimonios de sus diligencias de investigación.

68.ª) Tratamiento de datos personales: instrucciones a la Policía Judicial

Las/los fiscales superiores y fiscales jefas/es impartirán las instrucciones oportunas a la Policía Judicial a fin de que se omita incorporar a las diligencias policiales el domicilio de las víctimas, sospechosos, testigos y peritos, su número de teléfono, dirección de correo electrónico, documento de identidad, domicilio profesional o cualesquiera otros datos personales de carácter análogo.

En la medida de lo posible, estos datos de naturaleza personal deberán ser recogidos en documento o archivo aparte en el que se relacionarán las víctimas, encausados, testigos y peritos a los que se aluda en las diligencias policiales a fin de permitir su citación para el caso de considerarse necesario. Esta relación deberá adjuntarse al atestado policial en sobre cerrado, o en archivo aparte en el caso de remitirse digitalmente, y a ella únicamente tendrá acceso el Ministerio Fiscal. Los/las fiscales cuidarán de preservar adecuadamente esos datos impidiendo el acceso a los mismos por parte de la persona sospechosa y/o de su representación letrada, así como de cualesquiera otras personas aun cuando pudieran acreditar un interés legítimo en el procedimiento.

Cuando razones de índole técnica impidan a las unidades de Policía Judicial cumplimentar las anteriores medidas de forma inmediata se procurará su implementación de un modo gradual.

En caso de advertirse la conveniencia de permitir el acceso a algún dato personal a fin de garantizar el derecho de defensa de la persona sospechosa, la Policía Judicial elevará una diligencia de constancia en la que expresará el concreto dato puesto en conocimiento de aquella y las razones que justifiquen su entrega. La necesidad de permitir el conocimiento de uno o varios datos concretos no justificará el acceso al

resto de datos personales cuyo conocimiento no resulte necesario para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa de la persona sospechosa.

69.ª) Tratamiento de datos personales: criterios de actuación en el curso de las diligencias de investigación

En la tramitación de las diligencias de investigación las/los fiscales cuidarán de no incorporar los datos personales de las víctimas, encausados, testigos y peritos. Estos datos deberán ser recogidos en documento anexo que se adjuntará a las diligencias en sobre cerrado o archivo aparte en el caso de expediente digital, y al que las partes no tendrán acceso. En caso de interponerse denuncia o querella, o de efectuarse una propuesta de imposición de pena en los términos previstos en el artículo 803 bis d) LECrim, esta documentación deberá ser remitida al órgano judicial en condiciones que garanticen que las partes no puedan acceder a su contenido en tanto el órgano judicial no disponga lo contrario. Conforme al apartado segundo del artículo 236 quinquies LOPJ, al formular la denuncia o la querella, los fiscales solicitarán al órgano judicial al que la dirijan que mantenga el carácter reservado de los datos personales impidiendo su acceso a las partes.

De advertirse la conveniencia de que la persona sospechosa acceda a alguno de los datos personales para garantizar su derecho de defensa, el/la fiscal responsable de la investigación dictará un decreto motivado exponiendo las razones que lo justifiquen.

70.ª) Protección de datos

En los decretos que se dicten durante la tramitación de las diligencias de investigación se procurará limitar, en la medida de lo posible, la consignación de aquellos datos personales que no sean precisos para pronunciarse o resolver sobre la cuestión planteada. Igualmente, se evitará el traslado de copia íntegra de los escritos de denuncia cuando contengan datos personales que no precisen ser conocidos por el resto de las partes o por otros intervinientes en las mismas.

L. Auxilios fiscales

71.ª) Pautas de actuación

Durante la tramitación de las diligencias de investigación las/los fiscales podrán reclamar el auxilio de otra fiscalía en cuyo territorio deba practicarse una determinada diligencia u ordenar su práctica directamente a las unidades policiales del territorio en el que aquellas deban realizarse.

La fiscalía que preste el auxilio practicará las actuaciones por delegación del fiscal que dirige la investigación. Por ello, no será precisa la incoación de unas nuevas diligencias de investigación por su parte, sino que en las actas que documenten la concreta actuación desarrollada bastará con expresar el número de referencia de las diligencias de investigación atribuido por la fiscalía investigadora y dejar constancia de que las actuaciones se realizan en virtud del auxilio fiscal recabado por aquella.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en el ejercicio de la actividad extraprocesal y la tramitación de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, las/los fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente circular.

**CIRCULAR 1/2023, DE 29 DE MARZO, SOBRE CRITERIOS DE
ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL TRAS LA REFORMA
DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL
OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE
SEPTIEMBRE**

ÍNDICE: 1. Consideraciones preliminares.–2. La perspectiva de género como principio normativo vinculante.–3. Modificación de la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código Penal.–4. Delito de agresión sexual: aspectos introductorios.–5. La nueva regulación del consentimiento.–6. Subtipo atenuado por razón de la menor entidad.–7. Agresiones sexuales sobre personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.–8. Subtipo agravado de agresión sexual.–9. Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años.–10. Modalidades agravadas de agresión sexual a menores de dieciséis años.–11. Subtipo atenuado de agresión sexual a menores de dieciséis años.–12. La cláusula de exclusión de la responsabilidad penal CP.–13. La ejecución de los hechos por autoridad o funcionario público.–14. Corrupción de menores.–15. Acoso sexual.–16. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.–17. Disposiciones comunes.–18. Competencia objetiva en los delitos contra la libertad sexual.–19. La regla concursal del artículo 194 bis CP.–20. Aplicación retroactiva de las normas favorables y revisión de condenas. 20.1 Aspectos comunes a la revisión de sentencias firmes y definitivas 20.2 Revisión de sentencias firmes. 20.3 Revisión sentencias definitivas.–21. Conclusiones

CONCLUSIONES

1.^a) El enfoque de género como principio normativo vinculante

El enfoque de género, íntimamente conectado con los principios constitucionales de dignidad e igualdad, constituye un principio rector del ordenamiento jurídico de carácter normativo y, por ello, de obligado cumplimiento, que informa la interpretación y aplicación del derecho y la valoración de la prueba.

2.ª) Supresión de la distinción entre abusos y agresiones sexuales

La reforma del Título VIII del Libro II del Código Penal operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, suprime la figura del abuso sexual y, en consecuencia, la distinción entre agresión y abuso sexual que establecía el Código Penal de 1995.

Las conductas anteriormente consideradas «abuso sexual» pasan ahora a integrarse en la categoría «agresión sexual» que regula el Capítulo I del Título VIII, figura que aglutina las distintas modalidades de ejecución no consentida de actos de carácter sexual sobre una persona, con independencia del método empleado por el autor para doblegar su voluntad.

3.ª) El delito de agresión sexual del artículo 178 CP

Constituye agresión sexual todo acto que atente contra la libertad sexual de otra persona siempre que se lleve a cabo sin su consentimiento. A diferencia de la regulación derogada, esta calificación jurídica no se condiciona al uso de violencia o intimidación, que actualmente son algunas de las modalidades de comisión a través de las que puede ejecutarse la conducta típica.

La nueva regulación del delito de agresión sexual, lejos de gravitar en torno a los conceptos de violencia, intimidación o abuso de superioridad, se construye sobre el concepto de consentimiento, que aparece como la auténtica piedra de toque del sistema. La existencia o no de consentimiento en la realización de actos con significación sexual constituye el elemento nuclear a fin de valorar la posible subsunción de la conducta en el artículo 178 CP.

4.ª) El tipo subjetivo del delito de agresión sexual

El tipo de agresión sexual no contiene ningún elemento subjetivo del injusto, por lo que para su apreciación basta con el dolo del sujeto activo del delito consistente en el conocimiento y voluntad de atentar contra la libertad sexual de la víctima mediante la realización de actos con significación sexual, con independencia del ánimo que le mueva y de la concurrencia de móviles lascivos.

5.ª) La nueva regulación del consentimiento

La ausencia de consentimiento constituye un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y principios constitucionales inherentes a todo proceso penal.

La cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP incorpora una inferencia lógica: si el consentimiento no se manifiesta de forma inequívoca, mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió, deducción que puede ser desvirtuada.

Para valorar la concurrencia del consentimiento del sujeto pasivo de la acción la cláusula del inciso segundo del artículo 178.1 CP demanda verificar que el responsable del delito no ha explorado la voluntad de aquel previamente y de un modo diligente. Por tanto, se considerarán no consentidos aquellos actos de carácter sexual realizados por quien, a pesar de no obtener previamente indicios objetivamente razonables del consentimiento de la otra persona, actúa de todos modos, pretendiendo comprobar a través de la reacción suscitada de contrario (de la conformidad u oposición que despierta) si existe o no el consentimiento.

6.ª) Subtipo atenuado de agresión sexual del artículo 178.3 CP

Las/los fiscales apreciarán el subtipo atenuado por razón de la menor entidad del artículo 178.3 CP en aquellos casos excepcionales en los que, no concurriendo ninguna de las circunstancias del artículo 180 CP, el desvalor de acción y resultado de la conducta enjuiciada sea de escasa entidad y las concretas circunstancias del culpable no lo impidan.

En ningún caso será de aplicación esta modalidad atenuada a los supuestos de violación del artículo 179 CP.

7.ª) Agresiones sexuales sobre personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años

La realización de actos de carácter sexual con una persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años mediante el abuso de una posición de reconocida confianza, autoridad o influencia –que castigaba el derogado artículo 182 CP– se considerará subsumible ahora en el delito de agresión sexual del artículo 178 CP o, en su caso, en las respectivas modalidades agravadas de los artículos 179 y 180 CP.

Tras la reforma del Código Penal operada por la LO 10/2022, los supuestos de abuso fraudulento o mediante engaño pueden integrarse en el delito de agresión sexual del artículo 178.1 CP o, en su caso, en las modalidades de los artículos 179 o 180 CP, siempre que el error ocasionado a la víctima sea de tal magnitud que, de facto, pueda concluirse que la concreta acción ejecutada por el responsable del delito nunca fue consentida por aquella.

8.ª) Subtipo agravado de agresión sexual del artículo 180 CP

El nuevo artículo 180.1 CP mantiene las modalidades agravadas del derogado artículo 180.1 CP e introduce otras nuevas, en concreto: que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad (art. 180.1.2.ª CP); que la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 180.1.4.ª CP); que el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química (art. 180.1.7.ª CP).

9.ª) Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años

El apartado primero del artículo 181 CP castiga la realización de actos de carácter sexual sobre menores de dieciséis años cuando la víctima presta su consentimiento, aunque este sea considerado un consentimiento inválido o carente de relevancia jurídica.

El apartado segundo del artículo 181 CP regula un subtipo agravado de agresión sexual sobre menores de dieciséis años. Se trata de casos en los que la/el menor no hubiera obrado de forma voluntaria, viéndose compelida/o a someterse al acto de carácter sexual, fuera cual fuese el medio comisivo empleado.

10.ª) Modalidades agravadas de agresión sexual sobre menores de dieciséis años

El apartado cuarto del artículo 181 CP mantiene las modalidades agravadas reguladas en el derogado artículo 183.4 CP e introduce algunas nuevas, en concreto: que la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad [art. 181.4.b) CP]; que la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia [art. 181.4.d) CP]; que el responsable haga uso de armas u otros instrumentos peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 CP [art. 181.4.f) CP].

11.ª) Subtipo atenuado de agresión sexual sobre menores de dieciséis años por razón de la menor entidad

Las/los fiscales aplicarán esta modalidad privilegiada de agresión sexual a las conductas descritas en los apartados primero y segundo del artículo 181 CP siempre que no medie violencia o intimidación ni concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 181.4 CP.

Además de la menor entidad del hecho y de las circunstancias del culpable, el artículo 181.2.II CP exige valorar «todas las circunstancias concurrentes».

12.^a) La exclusión de la responsabilidad penal del artículo 183 bis CP

Esta cláusula circunscribe su ámbito de aplicación a los delitos comprendidos en el Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal («De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años»).

La exclusión de la tipicidad no operará cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178.

El similar grado de desarrollo o madurez que determina la atipicidad debe darse tanto a nivel físico como psicológico, circunstancia que no modifica los criterios sentados en la Circular de la FGE núm. 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 *quater* del Código Penal.

13.^a) Agresión sexual cometida por autoridad o funcionario público

Cuando el sujeto activo de los delitos comprendidos en los Capítulos I y II del Título VIII se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público se le impondrá, además de la pena que corresponda, la de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Esta circunstancia se apreciará cuando el responsable del delito ponga la condición de autoridad o funcionario público al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y/o menor riesgo.

14.^a) Corrupción de menores

El artículo 182.1 CP castiga al que haga presenciar actos de carácter sexual a un menor de dieciséis años, aunque el autor no participe en ellos.

El artículo 182.2 CP prevé un subtipo agravado de corrupción de menores cuando los actos presenciados sean constitutivos de agresión sexual. Aunque no se especifique expresamente, la agravación se aplicará aun cuando el autor no hubiera participado en los actos de carácter sexual.

La conducta consistente en determinar a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual queda subsumida actualmente en el artículo 181.1 CP.

15.^a) Acoso sexual

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ha ampliado las situaciones típicas en las que puede enmarcarse la solicitud de favores sexuales. En concreto, amplía su radio de acción a las peticiones sexuales efectuadas en el contexto de una relación análoga a la laboral, docente o de prestación de servicios.

La modificación legislativa también alcanza al subtipo agravado de acoso sexual del artículo 184.2 CP. Se adiciona como circunstancia que cualifica la infracción, junto al abuso de una «situación de superioridad laboral, docente o jerárquica», el abuso de superioridad que se ejerza sobre las personas sujetas a la guarda o custodia del autor del delito.

La LO 10/2022 añade un subtipo agravado de nuevo cuño, regulado en el artículo 184.3 CP, que será de aplicación cuando la conducta típica hubiera sido ejecutada en centros de protección o reforma de menores, centros de internamiento de personas extranjeras o cualesquiera centros de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal.

Se ofrece una nueva configuración a la modalidad agravada de acoso sexual por razón de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima (art. 184.4 CP), introduciendo algunas mejoras técnicas respecto a la regulación anterior.

16.ª) Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El artículo 184.5 CP regula de forma expresa la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer el delito de acoso sexual.

Asimismo, se añade un apartado d) al artículo 189 ter CP que prevé la disolución de la persona jurídica conforme a lo dispuesto en el artículo 33.7.b) CP.

17.ª) Disposiciones comunes

La nueva redacción del artículo 190 CP amplía los supuestos en los que resulta posible la aplicación de la reincidencia internacional a la totalidad de los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, es decir, a todos los delitos contra la libertad sexual.

La reforma del artículo 194 CP modifica el carácter facultativo de la pena de clausura de los locales o establecimientos en los que se hubieran ejecutado cualquiera de los delitos comprendidos en el Título VIII, que ahora pasa a ser una sanción de obligada imposición. No obstante, se mantiene el carácter facultativo de su adopción como medida cautelar.

18.ª) Competencia objetiva

Al margen de los casos en los que la competencia corresponda al Tribunal del Jurado, a la Audiencia Nacional, a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o al Tribunal Supremo, las/los fiscales sostendrán que la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal corresponde a las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.4 LECrim.

19.ª) La cláusula concursal del artículo 194 bis

El artículo 194 bis CP introduce una nueva regla concursal en cuya virtud los delitos contra la libertad sexual serán castigados sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los concretos actos de violencia física o psíquica cometidos en su ejecución.

Como regla general, cuando se produzca un resultado lesivo, las/los fiscales calificarán de forma autónoma las lesiones físicas y/o psíquicas aunque se encuentren instrumentalmente conectadas con el delito contra la libertad sexual cometido. Por el contrario, los posibles maltratos de obra se entenderán absorbidos en el delito contra la libertad sexual por formar parte de la dinámica comisiva inherente a los supuestos de ejecución violenta de la agresión sexual.

Como consecuencia de la entidad autónoma del delito de lesiones psíquicas ex artículo 194 bis CP, las/los fiscales extremarán la cautela a fin de hacer aflorar esas lesiones durante la fase de instrucción, recabando aquellas fuentes de prueba que sean precisas para acreditar la concurrencia de los elementos típicos de este delito.

Las/los fiscales solo interesarán que las amenazas y coacciones se castiguen de forma autónoma cuando su ejecución se sitúe claramente fuera de la estructura del tipo de agresión sexual.

20.ª) Aspectos comunes a la revisión de sentencias firmes y definitivas

En la revisión de sentencias firmes y de asuntos en tramitación afectados por la reforma operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, las/los fiscales seguirán las siguientes pautas:

i) A fin de valorar qué ley resulta más beneficiosa, las/los fiscales tomarán en consideración la totalidad de las normas aplicables con arreglo a la actual y a la anterior redacción del Código Penal. Por lo tanto, se aplicará aquella versión que sea en su conjunto más favorable al reo, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito, rechazando los que le perjudiquen.

ii) En los supuestos de concurso ideal o medial de delitos, las/los fiscales realizarán una comparación global a fin de determinar qué pena corresponde a ese concurso de acuerdo con la regulación derogada y la vigente tras la reforma operada por la LO 10/2022. No será admisible calificar alguno o algunos de los delitos que conforman el concurso con arreglo a los preceptos que se derogan y otros conforme a los derivados de la reforma. A tal efecto, las/los fiscales prestarán especial atención a la nueva regla concursal del artículo 194 bis.

iii) Las/los fiscales priorizarán el examen de los procedimientos que con motivo de la revisión efectiva de la pena pueda dar lugar a la excarcelación de la persona condenada.

iv) Cuando deba practicarse la revisión y así se inste ante los órganos judiciales, los/los fiscales cuidarán de expresar la concreta pena que consideran procedente imponer en atención a las características y circunstancias del caso concreto, tal y como aparecen recogidas en los hechos probados de la sentencia firme. También tomarán en consideración las valoraciones que en materia de individualización de la pena se contengan en la sentencia objeto de revisión.

v) En caso de reducción de la pena de prisión por efecto de la revisión, procederá valorar la imposición de la pena de libertad vigilada (art. 192.1 CP), de la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad sobre los hijos presentes y futuros, tutela, curatela, guarda o acogimiento, así como para empleo o cargo público (art. 192.3.I CP) y de la pena de inhabilitación especial (art. 192.3.II CP).

vi) En cuanto a la posibilidad de otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad revisada, se atenderá a las pautas sentadas en la Circular de la FGE núm. 3/2015, en la que se especifica que «si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución (Circulares 1/1996 y 1/2004)».

Similar criterio se seguirá en relación con la expulsión sustitutiva del artículo 89 CP, de modo que también procederá su revisión cuando la pena finalmente impuesta no sea superior a un año de prisión. En tales casos, las/los fiscales optarán por la ejecución en territorio español de la pena impuesta, salvo que el penado solicite que se mantenga el pronunciamiento sobre la expulsión.

vii) Conocerá de la revisión de la sentencia firme el juez o tribunal competente para conocer de la ejecución.

21.ª) Revisión de sentencias firmes

i) Cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Como regla general, no procederá la revisión de las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia también sea susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal.

Excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta regla provoque resultados manifiestamente desproporcionados, sí cabrá promover la revisión de las sentencias firmes. Dicha posibilidad deberá reservarse para los supuestos en los que resulte notorio que de haber sido enjuiciados los hechos bajo la vigencia de la nueva regulación la pena de prisión que hubiera correspondido imponer sería, indudablemente, de una duración muy inferior.

En estos casos, los fiscales serán especialmente cautelosos a la hora de realizar la correcta equivalencia entre el tipo penal derogado y el vigente, debiendo tener en cuenta la introducción de las nuevas circunstancias agravatorias que puedan ser de aplicación conforme a la modificación introducida por la LO 10/2022.

ii) Se admitirá la revisión de sentencias firmes cuando, por resultar imperativa la aplicación de la pena superior o inferior en grado o la imposición de la pena en su mitad superior o inferior, la concreta pena a que el reo fue condenado no fuera imponible con arreglo a la nueva regulación. Todo ello, obviamente, siempre que la pena que proceda imponer en virtud de la reforma operada por la LO 10/2022 sea considerada más beneficiosa.

En estos supuestos, cuando la pena a la que fue condenado el responsable del delito no fuese susceptible de ser impuesta con arreglo a la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, deberá admitirse su revisión cuando la nueva ley sea considerada más beneficiosa de conformidad con el artículo 2.2 CP.

iii) Con carácter general, siempre que concurren los presupuestos para ello, es decir, cuando el hecho por el que el responsable del delito fue condenado se encuentre en los límites de la tipicidad atendida la escasa ofensividad de la conducta, no existen razones que impidan la revisión de las sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de los artículos 178.3 y 181.2, párrafo segundo, CP, y ello sin perjuicio de la necesidad de atender a las restantes pautas ofrecidas en la presente Circular.

No obstante, en todo caso se rechazará la revisión de las sentencias firmes con arreglo al subtipo atenuado del artículo 178.3 CP en los supuestos de condenas impuestas con arreglo al derogado artículo 181.1 CP, conforme a las consideraciones efectuadas en el epígrafe 6 de esta Circular.

iv) Contra las resoluciones resolviendo la revisión de las sentencias condenatorias firmes podrán interponerse los mismos recursos que, en su caso, cabrían contra la sentencia condenatoria.

22.ª) Revisión de sentencias definitivas

i) Cuando la sentencia condenatoria no hubiera adquirido firmeza se entenderá que las partes pueden invocar y el órgano judicial aplicar los preceptos de la nueva ley cuando sean más beneficiosos para el reo, sin otra limitación que la necesaria vinculación, en su caso, a los hechos declarados probados en sentencia.

En los procedimientos por hechos no enjuiciados que hubieran sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma. Por consiguiente, en estos casos la determinación de la norma penal más favorable deberá hacerse caso por caso, sin que sea posible seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito.

ii) Con carácter general, siempre que concurren los presupuestos para ello, es decir, cuando el hecho por el que el responsable del delito fue condenado se encuentre en los límites de la tipicidad atendida la escasa ofensividad de la conducta, no existen razones que impidan la revisión de las sentencias condenatorias en aplicación de las nuevas modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de los artículos 178.3 y 181.2, párrafo segundo, CP, y ello sin perjuicio de la necesidad de atender a las restantes pautas ofrecidas en la presente Circular.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la interpretación de los delitos contra la libertad sexual tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, las/los Sras./es. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

CÁMARA ARROYO, Sergio; DELGADO CARRILLO, Laura; FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel; MACULAN, Elena: *Derecho Penitenciario*. Dykinson/UNED. Madrid, 2023, 686 pp.

I

Los autores, profesores de la UNED, nos presentan en este texto un auténtico Tratado de Derecho Penitenciario pues su contenido supera ampliamente los márgenes de un Manual o un Compendio. Nuestra ya gran bibliografía al respecto se nutre, principalmente, de los mencionados libros de estudio o comentarios de la normativa carcelaria, pero se echaba en falta un libro como el presente, en verdad el más completo editado nunca en nuestro país. Quienes lo firman son especialistas en la materia, notoriamente Sergio Cámara y Daniel Fernández Bermejo. Los otros dos firmantes no tienen la experiencia ni las importantes publicaciones de los mencionados en su itinerario científico penitenciario, aunque no dudo en decir que están a la altura de los mismos en esta aportación de conjunto.

Aunque es una monografía colectiva, cada uno de los autores firma el correspondiente apartado, responsabilizándose así del mismo. No hay pues una dirección ni una coordinación que se detecte, aunque lo escrito en su totalidad se asume por todos solidariamente, pues de esta manera se acepta al firmar conjuntamente la presentación (p. 25). La ordenación de los originales responde por un lado, al listado alfabético de quienes escriben –otra enumeración posible podría haber sido la de categoría académica– y por el otro, a la sistemática propia de las instituciones que se analizan en el texto.

Catorce capítulos componen la magnífica obra, eminentemente descriptiva sin ausentarse los aspectos más valorativos. Puede decirse que prácticamente está todo lo referente a nuestra legislación penitenciaria, pues todos los responsables de la misma parten esencialmente del estudio y análisis de la Ley Orgánica del ramo, así como del concordante Reglamento Penitenciario. Todas las instituciones contenidas en las citadas normas se recogen con rigor en la presente aportación, a lo que se añaden las referencias necesarias a los

Acuerdos de los Jueces de Vigilancia, precisas y abundantes sentencias de los tribunales Constitucional y Supremo, en unificación de doctrina; así como Instrucciones, Circulares y otros instrumentos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. La doctrina pertinente también se recopila de forma muy conveniente. Al final de cada capítulo, que explica con autoridad la legalidad vigente, se añaden unas denominadas «preguntas de autoevaluación», compendio de lo explicado (con el correspondiente solucionario, pp. 685 y 686), pues no debe olvidarse que, entre otros objetivos, el alumnado del Grado de Criminología de la UNED es el destinatario de lo expuesto (p. 24). Ahora bien, visto el libro, hay que decir que a todos los especialistas científicos y a los profesionales de Instituciones Penitenciarias nos interesa sobremanera. No en balde se trata de una superior investigación de la que podemos disfrutar y aprender todos.

La obra se nos presenta como una exposición sistemática de la materia. Por ello comienza por el concepto, principios y fuentes del Derecho Penitenciario, (Elena Maculan, pp. 27 ss.).

En mi lejana memoria de cátedra (UAH, 1986) definí este sector del ordenamiento jurídico como el conjunto de normas que regían el cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad, estudiándose así su historia y el sistema y también signifiqué, a partir de la Ley Penitenciaria, su autonomía por las tres razones fundamentales que definen la misma en cualquier ciencia jurídica: por sus fuentes, es decir por la existencia de una normativa concreta y excluyente que regule la privación de libertad (una Ley), por su objeto concreto de estudio (el régimen y el tratamiento carcelario) y por una jurisdicción especializada que de la misma se ocupe (el juez de vigilancia penitenciaria). Hasta ese momento, no existía Ley reguladora, únicamente Reglamentos, ni jurisdicción competente, tan solo y de vez en cuando la actuación de los tribunales contenciosos, aunque sí había un contenido único que, en muchas ocasiones, se mezclaba con el Derecho administrativo. Así se viene a reflejar esta autonomía dentro del conjunto de las ciencias penales, desde entonces, en la doctrina y así se recoge en estas primeras páginas del libro, añadiéndose a las fuentes, lógicamente, la Constitución Española, el Código Penal y la Ley procesal, y del mismo modo, los instrumentos internacionales y supranacionales. Y también, desde mi bastante anterior tesis doctoral (publicada un año después de leída por el IC/UAM, 1975) la contraprestación de derechos y deberes entre el interno y la Administración del ramo se ratifica y se confirma, doctrinal y jurisprudencialmente, en denominarla relación especial de sujeción (así, por ej. el desaparecido Gallego Anabitarte, Ponencia Munich, 1960 y RAP, núm. 34, 1960 *et al.* Y Borja Mapelli, 1993). Será el Título Preliminar de la Ley quien resuma y plasme la misma, desarrollándose con amplitud en el resto de su articulado y en el concordante Reglamento de 1996.

En cuanto a los principios informadores del Derecho Penitenciario, Elena Maculan los resume en los más trascendentes, destacándose entre la amplia enumeración que efectúa el de humanidad, resocialización, individualización

científica o control judicial. Los mismos son extensamente desenvueltos en los posteriores capítulos de la presente obra.

Los siguientes apartados se dedican al estudio de la Administración penitenciaria y a los establecimientos (Elena Maculan, pp. 74 ss.). De interés especial es la referencia al previamente enunciado acerca de las dos posibilidades o formas de la citada Administración: la central y la autonómica. Yo lo promoví en su momento, recogiendo en la Ley Orgánica la realidad de la concesión, solicitada por los parlamentarios, a la vista de los Estatutos de Autonomía de aquellas fechas (art. 79 y Disposición Transitoria 2.ª LOGP). Cataluña, desde tiempo temprano (1983) y País Vasco, reciente e interesadamente (2021), han asumido sus competencias. Las dos Comunidades han derivado en un contenido estrictamente político: los presos que interesan a los respectivos gobiernos son los separatistas o los terroristas, el resto no les preocupó en decenas de años ni les ocupa hoy. Aunque no fuera más que para disimular deberían, al menos, expresarlo.

La relación de clases de centros o establecimientos penitenciarios es completa, reflejada en un cuadro sinóptico (p. 83) y sus funciones o actividades muy bien reflejada. Por lo que hace a los mismos, se menciona la totalidad de sus categorías, adaptados al grado de cumplimiento penitenciario y se recopilan las más recientes modalidades, algunas no contempladas expresamente en la Ley Penitenciaria: departamentos de madres, CIS (que el de Córdoba lleve mi nombre, desde 2004, me enorgullece) o mixtos, ya apuntados en el artículo 16 a) LOGP, en el que me anticipé al tiempo, al indicar que podían darse en su momento, como nos viene a recordar más adelante, en esta misma obra, Sergio Cámara (p. 205).

El principio celular (Maculan, p. 79) y el establecimiento modular definen hoy los centros. No son los de mi época. Prisiones enormes, radiales; o de menor entidad, de poste telegráfico o cruciformes, con celdas sombrías y angostas, en ocasiones hacinadas, en cuyas paredes, parafraseando a Machado, había signos que eran nombres y cifras que son fechas, se mantuvieron hasta las nuevas edificaciones que emprendí, siguiendo los dictados legales, entendiendo así la «unidad» de la que habla el artículo 12. 2 LOGP, por módulos separados e independientes.

Adelantándome a cuanto expresaré más adelante, pues metodológicamente es el siguiente apartado el que corresponde abordar, el Profesor Fernández Bermejo, especialista en el tratamiento penitenciario y en la individualización científica, escribe sobre la organización administrativa de los centros, es decir acerca de los órganos unipersonales y colegiados que llevan el mando de los mismos (pp. 95 ss.). Sin adentrarse en la historia de los mismos, la referencia es completa y las funciones y actividades de aquéllos está perfectamente recopilada.

El profesor Sergio Cámara aborda uno de los temas más importantes de todo sistema penitenciario que tiene sus orígenes en los primeros ordenamientos carcelarios: el régimen (pp. 131 ss.). Se trata de un apartado, en unión del siguiente dedicado al disciplinario, que se nota claramente escrito por un gran penitenciarista. Partiendo de la enumeración de los principios

inspiradores, entre los que destaca el de subordinación y prioridad del fin de reinserción, continúa el autor con la referencia a lo que califica, dentro de las condiciones regiminales de los internos, como sus «prestaciones» o condiciones elementales de vida de los internos dentro de los centros (principio celular, uniformidad, condiciones de habitabilidad, alimentación, etc.).

La siguiente descripción que hace el autor, extensa donde las haya, es la relativa a los regímenes cerrado, ordinario y abierto, entre los que distingue el «general o propio» y el restringido (pp. 173 ss.), así como a los especiales, clasificación legal también de nuestros establecimientos (arts. 7 ss. LOGP). Por lo que se refiere al cerrado, no creo que su aplicación «mire a ningún abismo», como escriben en 2002 Ríos Martín y Cabrera Cabrera. Su necesidad excepcional, como dice el propio artículo 10.1 LOGP, indica por un lado, la no excesiva utilización del mismo y por el otro, el condicionante de emplearlo en supuestos concretos y precisos, cosa que, efectivamente, se lleva a cabo en la práctica penitenciaria. No olvidemos que el encierro no es un internado ni los reclusos simples residentes.

Cuanto se relaciona con la estancia en prisión se menciona de seguido por Cámara; ya sea el ingreso, con la modalidad de la presentación voluntaria, y la excarcelación, la separación entre las categorías internos o los traslados y conducciones, entre otras materias, se describen con rotunda precisión. De especial interés es la consideración que el autor otorga a los FIES. Previamente a la clasificación de los citados ficheros, Sergio Cámara nos habla de su naturaleza jurídica que, aunque se inserta en el régimen, matiza con pleno acierto: «no como modalidad de vida, sino dentro de la esfera de las medidas de seguridad» (p. 232).

Como he adelantado, Sergio Cámara también se ocupa del régimen disciplinario (pp. 249 ss.), otra de las partes fundamentales del sistema. El garantismo inunda el mismo en todos sus aspectos lo que no deja de ser significado por el autor, así como el deber inexcusable de ser «interpretado restrictivamente» (p. 253). El Reglamento Penitenciario vigente es la fuente esencial de todo lo que concierne al mencionado régimen y cuanto se recoge en el texto del profesor de la UNED, certifica un modelo francamente pensado en la defensa razonable del recluso, no obstante la necesidad de la imposición de las sanciones correspondientes. Su clasificación, los principios informadores de tal régimen y el procedimiento completan el necesario apartado, que finaliza con la mención de las recompensas que pueden obtener los reclusos, clara reciprocidad en todo sistema carcelario y máxime del español desde sus antecedentes más significativos.

El último capítulo del libro (el 14) también tiene como autor al Profesor Cámara. Se dedica a la Criminología penitenciaria (pp. 635 ss.) y, entre sus epígrafes, escribe unos atinados renglones acerca del fenómeno de la prisionización y de la desaparecida figura, creada en 1970, del jurista-criminólogo, sustituido hoy por el jurista del Cuerpo Técnico, que personalmente echo en falta. En los renglones finales del apartado resume el autor el contenido de los distintos informes criminológicos que han de figurar en el expediente de los reclusos (pp. 676 ss.).

II

Laura Delgado Carrillo, autora de una muy buena tesis doctoral acerca de la libertad condicional, escribe en la obra sobre cuatro asuntos realmente importantes: las relaciones con el exterior de los presos (pp. 339 ss.), la libertad y otras formas del excarcelación (pp. 481 ss.), el cumplimiento de la condena, en especial la prisión permanente revisable (pp. 527 ss.) y el control judicial de la ejecución penitenciaria (pp. 567 ss.). Los apartados citados son estudiados con rigor y el segundo de ellos, mencionando la libertad condicional, con una base crítica sensata pero que juzgo inevitable pues, como bien dice, de ser «el cuarto grado de nuestro sistema de clasificación» o sea una forma de ejecución de la condena, pasa a constituir «una forma de suspensión de la pena» (p. 507) por mor de la reforma del CP por LO 1/2015. Las comunicaciones y visitas se entienden como un derecho, que viene de lejos, de los internos, especificándose las distintas modalidades posibles. De interés especial se recogen en correspondientes cuadros el peso máximo exigido en las cartas (p. 346) y el precio a pagar por las llamadas telefónicas a móviles y por videollamadas (p. 350). Con el mismo rigor se separan las dos maneras referidas a la suspensión de la ejecución de la pena y a la sustitución de la misma y se narran las vicisitudes de las mismas.

Dentro del cumplimiento sancionador, destacan las páginas dedicadas por la autora a los beneficios penitenciarios (pp. 543 ss.). Recompensas y castigos han conformado, como ya he dicho, el sistema penitenciario, tanto la generosidad en la ejecución cuando era factible, cuanto la relativa dureza en la disciplina sancionadora, son el equilibrio necesario de la ordenada vida en el establecimiento. Ahora bien, la recompensa ha marcado nuestra legislación más longeva. Cuando no existía legalmente la posibilidad de rebajas de condena, pues era ignorada por las leyes originarias sustantivas y adjetivas, las disposiciones penitenciarias contemplaban tal generoso acortamiento, que pasó a toda norma posterior. El paralelo castigo nunca tuvo equivalencia, sin perjuicio de figurar en los textos legales y aplicarse cuando procedía, pero el principio de humanidad ha prevalecido siempre, como regla general, en la teoría y en la práctica.

La prisión permanente revisable es una modalidad disparatada de cumplimiento. Los plazos generales fijados en el Código Penal y la Ley Penitenciaria para el cumplimiento y su posible acortamiento, se amplían desmesuradamente y ponen en serio peligro la reeducación y reinserción social exigidas como fundamento de la pena privativa de libertad por las normas constitucional y orgánica. Unas tablas explicativas de los límites de estancia en prisión de esta sanción (pp. 560 y 563) muestran, de manera diáfana, lo exagerado del mismo. Es verdad, siempre lo dije, que la voz «revisión» esquiva la inconstitucionalidad de plano de la nueva sanción introducida por LO 1/2015, pero los periodos mínimos de encarcelamiento señalados me parecen rotundamente contraproducentes para la reinserción, objetivo constitucional y legal de las penas privativas de libertad, sin perjuicio de los graves crímenes por lo que es aplicada.

La figura del juez de vigilancia penitenciaria es uno de los grandes logros de la Ley Penitenciaria. No comparto la calificación que hace la autora de su «origen tormentoso» (p. 570), pues no recuerdo que encontrara dificultad alguna en sede parlamentaria su incorporación a la norma; es más, fue recibida con enorme satisfacción por doctrina y legislador, como expresé en la primera edición de mis «Comentarios» de un año posterior. Ciertamente es que tardó un tiempo en ponerse en funcionamiento por su intrínseca dificultad, hasta los primeros Acuerdos del CGPJ y consiguientes Autos de los propios jueces en ejercicio, pero ello no obsta a que no existiera inconveniente de ningún tipo de que figurara en la disposición mencionada (arts. 76 ss. LOGP). A partir de aquí, el funcionamiento de la institución ha sido más que correcto y siempre necesario. La Administración no podía ser juez y parte en lo que atañía directamente a los reclusos (sanciones, beneficios, quejas, etc.) y de ahí su exigencia legislativa, sustituyendo al Patronato de N.^a S.^a de la Merced, puramente administrativo, ocupado de esta materia. Defendí también y precisamente por ello, que tal autoridad judicial así se denominara, por lo que tenía de control («de vigilancia») de la Administración carcelaria, no aceptando el título más aséptico de «ejecución» de penas como en Francia. Y además, contemplando las funciones existentes en los ordenamientos de Derecho comparado que poseen esta jurisdicción, nuestros jueces de vigilancia las tienen muy superiores, pues alcanzan un gran repertorio de penológicas y penitenciarias.

El presente apartado se acompaña por unos cuadros didácticos, elaborados con esfuerzo recopilador por la autora, referentes a las distintas competencias del juez de vigilancia y el tribunal sentenciador (p. 581), así como los que recopilan los procesos penitenciarios más habituales (pp. 596 ss.).

La tesis doctoral (Valladolid, 2023) del magistrado de vigilancia, Florencio de Marcos Madruga, titulada «El juez de vigilancia penitenciaria: competencia objetiva», extraordinaria aportación doctrinal sobre esta figura jurisdiccional y publicada después de este Tratado, lógicamente, no ha podido ser tenida en cuenta por la autora. Esta gran obra se une a dos fundamentales en la literatura española referidas a la materia que, en su día, también fueron tesis doctorales luego publicadas: la de mi discípula Avelina Alonso (Civitas, 1985) y la de la desaparecida profesora González Cano (Tirant, 1994).

El profesor Fernández Bermejo, Titular de la UNED, se ocupa del tratamiento penitenciario (pp. 367 ss.), de la relación laboral (pp. 417 ss.) y de los permisos de salida (pp. 445 ss.). El autor es un excelente penitenciarista y, como Sergio Cámara, discípulo de mi discípulo Enrique Sanz Delgado. Ambos lograron el premio Victoria Kent y sus tesis doctorales respectivas a la materia carcelaria se dedicaron, así las dos, relativas a los menores y a la criminalidad femenina de Sergio Cámara, dirigida esta última por mi también discípula, la profesora de la UAH, Figueroa Navarro, y a la individualización científica la de Fernández Bermejo, desprendiendo ambas una autoridad difícil de superar. La participación de estos dos profesores de la UNED en esta obra, se me antoja de esta forma como imprescindible.

El primer apartado de los citados es un análisis de la materia que tan bien conoce. El principio de individualización, desde sus orígenes, se contempla

en la Ley Penitenciaria y es evidente que se degrada con la reforma procurada por la LO 7/2003. A este modelo de tratamiento se une la cita del principio de flexibilidad como elemento muy importante del mismo. El trabajo penitenciario se expone en toda su complejidad con posterioridad, en cuanto alcanza a la organización general de la labor productiva, a la adjudicación de los puestos de trabajo, al horario o a la suspensión y a la extinción de la relación laboral, entre otras materias. Y los permisos de salida cierran la aportación del autor. Partiendo de mis Órdenes Circulares de 1978, sobre las que ha escrito, con rigor y generosidad, el Profesor de Alicante Felipe Renart (Anuario, 2019), previas a la Ley, que ponen en marcha los mismos, especialmente en su forma ordinaria, el estudio es completo y adecuado, siendo tenidos en cuenta, en lo referente a su naturaleza, como preparatorios a la libertad.

La presente obra contempla también, como penúltimo apartado, lo relativo a lo que la autora, Elena Maculan, menciona como «más allá de la prisión» (pp. 603 ss.), es decir las alternativas a la cárcel, en sus diferentes maneras de cumplimiento, y la justicia restaurativa.

III

No existe un repertorio general bibliográfico en las páginas finales del libro. Los autores han optado por incluir el listado correspondiente al concluir cada capítulo del que son responsables y del que se han servido, pues con honradez científica, todo está leído y bien trabajado. Alguna repetición es así inevitable pero poco importa, pues la referencia concreta se muestra de esta manera como sustento, en ocasiones, del texto original. No existe otra orientación en la selección efectuada de materiales más que la bondad e interés de los mismos, no mencionándose aquellos que no merecen atención alguna o se ocupan, con ignorancia extrema, de la sola crítica sesgada de un sistema penitenciario ejemplar cual el nuestro. El Estado de Derecho, como señalan los autores al unísono en la presentación (p. 23), «no debe quedarse a las puertas de la prisión» y, desde luego, España no lo hace en modo alguno pese a quien pese. Incluso me atrevo a sentar, como ya he realizado en otras ocasiones, que no existe ordenamiento comparado en vigor alguno que en este aspecto se le asemeje.

Pero si hay que contar, en mi opinión, dos ausencias en la trascendente monografía: una, de menor relieve en lo que a mí respecta, cual la mención del Derecho comparado, aunque en un auténtico Tratado como el presente tampoco sobra su cita orientativa. Y la segunda, el capítulo histórico.

Es cierto que esta última falta que indico puede tener su justificación. Uno de los autores del libro, el Profesor Cámara Arroyo, cuando me habló en pruebas de la monografía, ya me advirtió de aquella, a la vista de la desmesurada extensión de lo escrito. Es verdad que el texto supera con mucho lo publicado al respecto hasta ahora en nuestra literatura científica, pero también es cierto que sin la historia de nuestro penitenciarismo, de nuestro arranque militar, que luego decae; de nuestros ordenamientos y doctrina, de los más cercanos antecedentes franquistas la comprensión del presente se

resiente. Lo lamento especialmente por cuanto dos de los autores, el inmediatamente citado Sergio Cámara y Daniel Fernández Bermejo, aprendieron de su maestro, Enrique Sanz, que a su vez lo tomó de mí, lo indispensable de este conocimiento. Sin duda puede alegarse que en algunos de sus capítulos se mencionan precedentes significativos (por ej. Fernández Bermejo sobre el tratamiento individualizado, pp. 369 y 370) o Cámara Arroyo acerca de la Escuela de Criminología, pp. 668 ss.), pero, en mi criterio, insuficientes.

Nuestro presente es nuestro pasado. Sin la generosidad de las Ordenanzas decimonónicas, sin el régimen progresivo de cumplimiento de condenas de Montesinos y Cadalso y la consiguiente libertad condicional, sin el sistema tutelar de Salillas, ideado por este último en cuanto antecedente de la fórmula actual de la individualización científica y sin el recorrido acerca de la gestación de la Ley Penitenciaria y de la potente inversión en centros y servicios, es difícil comprender las diferencias, muy superiores, de nuestro sistema en relación a cualquier extranjero.

La excelencia de este libro, modelo para la ciencia actual y ejemplo de obra técnica para el futuro, no se empaña por lo antedicho. Otra cosa es que a quien esto escribe le hubiera gustado ver en sus líneas, además de la mención histórica, la cita de la ingente tarea de redacción de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 1/1979, de 26 de septiembre, sobre la que en muchas ocasiones he escrito; el consenso parlamentario logrado para obtener su aprobación, por unanimidad y aclamación, respectivamente en el Congreso y en el Senado; que fue la primera norma de desarrollo constitucional y la vigencia durante cuarenta y cuatro años de la misma, con apenas reformas, que, en todo caso, como se recoge en alguno de los trabajos de los autores del presente texto (por ejemplo, Fernández Bermejo, pp. 388 ss.), la han empeorado. Es verdad que una admirable literatura muy reciente (especialmente los textos dirigidos por el profesor de Valladolid Ricardo Mata, de 2021 y 2022, y los reiterados ensayos de Antonio Andrés Laso, desde su tesis doctoral, el premio Victoria Kent de 2015 y el más actual trabajo de 2022) ya se está ocupando con extensión y sabiduría de estos temas, ciertamente cada vez con mayor interés y exhibiendo un extremo rigor, sobre lo acontecido durante la transición democrática, pero en una monografía como la presente no hubiera sobrado la referencia y, sin duda, habría prestigiado aún más la enorme labor reformadora acometida entonces.

En todo caso, la exposición contenida en la actual monografía es excepcional y modélica. Así, este libro de los profesores Cámara Arroyo, Delgado Carrillo, Fernández Bermejo y Elena Maculan, se define sin dificultad como un extraordinario texto científico y académico, imprescindible para el conocimiento de la materia tratada, a la cabeza de cuantos publicados hasta el momento en nuestro país se ocupan de la misma.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

BRECHER, Bob: *Tortura: Hay una bomba a punto de estallar*. Altamarea. Madrid, 2023, 215 pp.

Este es un libro intemporal por el tema tratado y, a la vez, actual por la manera de abordarlo. Con prólogo del poeta chileno Raúl Zurita, su reconocido autor, Bob Brecher, profesor de la Universidad de Brighton, parte de unos divulgados textos del conocido abogado y Catedrático de Derecho de Harvard, Alan Dershowitz («Why Terrorism Works», 2002 *et al.*) que, en determinados supuestos, viene a aceptar el tormento de prisioneros por delitos de terrorismo, con determinadas limitaciones. Sin perjuicio de otras muchas citas al respecto, que vienen a apoyar la tesis referida o rechazarla de plano, así como la mención de casos reales conocidos, lo fundamental del estudio es refutar lo siguiente: ¿cabe la tortura como método de obtener la confesión de quien conoce la localización de una bomba terrorista capaz de asesinar a cientos de personas?, ¿se debe admitir únicamente si en este caso concreto la admite un juez? En estas vías circula toda la reflexión. La crítica que Brecher realiza en el opúsculo es potente en ambos casos. En todo caso, no debe olvidarse que se trata de un libro contra la tortura y que parte de una reflexión acerca de una defensa restrictiva de la misma, que rotundamente no se comparte por el autor.

No es el texto una recopilación de formas o métodos históricos o recientes de tortura o su presencia en el panorama comparado, aunque hay muchos países y situaciones que se mencionan. Entre ellos, los más conocidos: Abu Ghraib o Guantánamo, hoy; y determinados lugares que se mencionan de continentes africanos o sudamericanos a lo largo del siglo xx. Todo ello se extiende en la importante obra, que es una meditación acerca del tormento en los interrogatorios y detenciones, no una exposición global del mismo.

En cuatro breves capítulos Brecher viene a distinguir entre la tortura aplicada excepcionalmente a quien tiene información relevante acerca de la explosión de un artefacto destructor o la empleada como castigo y represalia a los delincuentes. De lo que se trata, y de la que hablan los distintos autores, es de la primera modalidad, rechazándose la segunda. Pero los peligros aparecen poco a poco en el libro y así, la excepción se puede convertir en regla. Por otro lado, la autorización judicial en los casos extremos que algunos defienden, también puede extenderse progresivamente y desembocar en una regla común en los delitos más graves, por ejemplo en los más adecuados secuestros de persona.

Tampoco es baladí la necesidad de torturadores profesionales, como se sugiere en la obra, que sepan advertir la verdad o de la mentira de lo confesado bajo esa cruel y sistemática presión física o psíquica. Si en nuestro pasado el verdugo se institucionalizó, sólo faltaba en el derecho actual aquella dedicación.

Mas el mayor y más adecuado reproche que alcanzo a ver en la monografía es la ineficacia del mal trato que se recoge en la misma. No existe prueba alguna de haberse impedido atentados fehacientemente, nos dice Bob Brecher, excepto menciones no contratadas de estos supuestos. La rapidez de la

intervención también es un soberado inconveniente. Cuando las fuerzas de seguridad llegan al lugar muy probablemente la detonación se ha producido y ya nada vale lo ilegalmente actuado. Y además, ha de tenerse en cuenta que los detenidos sean realmente conocedores de la «bomba a punto de estallar» que se menciona en el título, es decir los autores de su colocación y no meros colaboradores de los terroristas que han oído algo pero no tienen certeza alguna al respecto.

Después de las reflexiones, una bibliografía aparece en las páginas finales de la presente monografía. Completa y útil a los efectos de lo escrito, merece ser tenida en cuenta por todos. Ya he dicho que no es una historia del tormento, sino una crítica impecable de su mantenimiento en muy contados supuestos y, por tanto, de postulados muy peligrosos e inaceptables.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

CASTRO LATORRE, Isabel; ESLAVA GALÁN, Juan: *A garrote vil. Verdugos, ejecuciones y torturas en España y otros países*. Arzalia. Madrid, 2023, 507 pp.

I

La materia objeto de estudio contemplada en este libro no es muy habitual hoy en día en la moderna bibliografía española. Bien porque desde la Constitución Española y la complementaria LO 11/1995, está abolida toda pena de muerte, aunque las últimas ejecuciones, todavía en el recuerdo, fueron en 1975; bien porque, excepto por las publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, patrocinadas por el Profesor Arroyo Zapatero y coordinadas por la profesora Rodríguez Yagüe, el asunto parece haber perdido interés científico, los autores se ocupan poco de esta penalidad, excepto las obras previas del propio Eslava Galán (esp. «Verdugos y torturadores», 1991). Pero que el presente texto es pertinente y adecuado, no me ofrece duda. Todavía en muchos países el castigo capital sigue vigente en sus ordenamientos jurídicos y legislación especial y tampoco debe olvidarse nuestra historia, prolija en crueldades y ejecuciones, tributaria la escala de penas contenidas en los diversos Códigos penales históricos de la máxima sanción criminal.

Hace cincuenta años, en Cuadernos para el Diálogo, publique al respecto. En la colección Los Suplementos (1973) o en Divulgación Universitaria («No a la pena de muerte», 1975), aparecido antes de las ejecuciones de septiembre de ese mismo año en nuestro país, traté con profundidad y espíritu crítico, el tema que tanto, junto con las prisiones, me empezaba a preocupar ya entonces. Posteriormente, una de las 6 respuestas sobre la misma, en Barbero Santos *et al.*, entre ellos mi maestro, el Profesor Gimbernat Ordeig (Valladolid, 1975; 2.^a ed. BOE, 1978) y en Amnistía Internacional (1979), insistí en mi dedicación al tema y en uno de los volúmenes citados de la UCL-M, fui seleccionado después para un capítulo concreto entre los denominados «clásicos» de la materia (2013). Quiero decir con ello que me importa la actual monografía, siempre meritoria por su temática, que he visto con renovada dedicación y que refresca mis antiguos conocimientos al respecto o me aporta algunos nuevos.

Los autores, reconocidos investigadores, han escrito una obra magna, es decir completísima y de muy fácil lectura, aunque su contenido no deja de ser duro en muchas de las ocasiones. Pero este ha sido nuestro pasado punitivo y ello no puede ser, sin más, por altamente desagradable que sea, obviado. También la de otras naciones. La historia penal es lo que es, guste o no guste, y se erige como claro antecedente y, a la vez, como muestra del avance efectuado a través de los tiempos.

Con independencia del elevado número de capítulos y apéndices en que se divide el libro, breves y así muy accesibles para el atento lector, pienso que podían separarse tres grandes partes en el mismo, aunque desiguales en su

extensión: las formas de ejecución (pp. 15 ss.), los verdugos españoles (pp. 285 ss.) y las ejecuciones más sonadas (pp. 327 ss.).

Las páginas dedicadas a las ejecuciones retratan una variedad de métodos, legales y ilegales, y no precisamente antiguos todos. Muchos de los apartados explicitan los más conocidos con más o menos intensidad. También se excluyen aquéllos que no se emplearon nunca y pertenecen al acervo imaginativo. Como en el resto de la aportación, variadas fotografías ilustran el texto y ciertamente ensombrecen, por su destello de horror, a la humanidad que las practicaba. La regulación legal y las costumbres en el día del cumplimiento del castigo se reflejan preceptivamente, tanto las relativas al verdugo como otras, tales como, por ejemplo, el suministrar la última cena al condenado o a la presencia del público en el acto, que aprobaba o manifestaba ruidosamente su desagrado según la pericia del ejecutor. Muchas de estas tradiciones se practicaron en todos los países y están profusamente recogidas.

Yo también ahora recuerdo algunas de estos usos, desde la Edad Media, en las jornadas de ejecución y costumbres del verdugo, que recogí en mis publicaciones, especialmente en «No a la pena de muerte». Lo escrito por Isabel Latorre y Juan Eslava, recolectando muchos de los mismos, me dan pertinente pie para hacerlo. Tales eran, sin ánimo de exhaustividad, el reparto de las vestiduras del ajusticiado, su salvación en el caso de la rotura de la horca por tres veces o en el supuesto de la promesa de ser desposado por una prostituta (la gitana Esmeralda, de «Nôtre Dame de Paris» de Víctor Hugo, que redime así al poeta Pierre Gringoire o el romance cordobés del «afamado rufo» Carrasco y «La Pava»), la bofetada de los padres a los hijos menores, también asistentes al acto, para que tomaran nota como ejemplo del castigo; la entrega de monedas al ejecutor de la justicia para que hiciera bien su trabajo o los vestidos de este, de llamativos colores, y su entierro en el cementerio en el lugar reservado a los suicidas. Cuantos hemos estudiado el castigo capital sabemos de los mismos y de cómo impregnaron el cumplimiento público de la pena capital.

II

De cuantas formas ejecutivas narran los autores, el españolísimo garrote, en sus tres modalidades (noble, ordinario y vil, desde 1832) se lleva la palma. El simple artefacto viene a sustituir los seculares instrumentos de muerte. El degüello, el hacha, la hoguera inquisitorial o la horca se refunden en aquél. Modelos de garrote efectivamente utilizados o diseñados por algunos de los verdugos en ejercicio, se mezclan en la exposición, así como su funcionamiento y empleo desde su lejana vigencia, componiendo un marco referencial de las ejecuciones públicas en los tablados erigidos en las plazas o en el interior de los establecimientos penitenciarios desde la denominada «Ley Pulido» (1900) por el diputado que lo promovió, izándose reglamentariamente una bandera negra en el exterior. Pinturas (Goya o Gutiérrez Solana), fotografías (Angiolillo, 1897) o novelas se referencia, llevadas al cine («Pascual Duarte», 1976) o películas de referencia como «El verdugo» (1963) de

Luis García Berlanga, se ocupan de mostrarnos la siniestra silueta del aparato y su eficacia. No escapan a lo escrito por Isabel Castro Latorre y a Juan Eslava Galán la cita del lugar, en las Audiencias Provinciales, donde se custodiaban con cuidado estos aparatos, hoy inutilizados o desaparecidos.

La enumeración de nuestros «ejecutores de la justicia», alguno de ellos, los más modernos, muy conocidos por su intervención en libros (el de Daniel Sueiro, «Verdugos españoles», 1972) u otras publicaciones menores y películas (la de Martín Patiño, «Queridísimos verdugos», 1973), es completa y detallada, con referencias a su peripecia vital, destino en las Audiencias concretas en las que sirvieron, nombramientos, dinastías familiares, sueldos y ejecuciones en las que participaron, determinadas de las mismas, por la popularidad de los reos, fueron relevantes y que trascendieron a la opinión pública. Demasiadas fueron desastrosas para el condenado y la decencia y un deshonor para la Justicia en cuyo nombre se decía actuar. Cuando se suprime la pena de muerte en España fueron tres de aquéllos los que detentaban el cargo.

Tanto unas como otras, las más notorias en España, se recogen a continuación. Minuciosas narraciones riegan el libro que, ciertamente, es un repaso secular a las penas de muerte aplicadas y a qué personas. La puesta en capilla, el recuento de los testigos designados o la presencia de los auxilios espirituales al reo en su última hora fatal aquí se retratan. Siendo el método ejecutivo fundamentalmente el garrote, no se obvian en el libro los fusilamientos, especialmente los cinco postreros acaecidos en 1975 (Hoyo de Manzanares, Barcelona y Burgos). Anteriormente, en 1974, se habían agarrado (Barcelona y Tarragona) a los dos últimos condenados a esta sanción.

Un listado bibliográfico acompaña, finalmente, la monografía. No es lo mejor del libro, pues tiene ausencias notorias, aunque, como toda obra de autor, la selección responde a criterios personales en la elección que no deben discutirse, aunque sí señalarse.

Ello no obsta a la importancia objetiva de esta investigación, por desgracia, siempre actual. La pena de muerte y su presencia en las legislaciones del pasado y actuales no puede dejarse en el olvido, y de esta forma, con trabajos como este, sigue siendo objeto de atención para cuantos la estudien y sobre ella reflexionen, aportando un material imprescindible para su crítica rigurosa.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (Dir.) *Penas Perpetuas*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2023, 826 pp.

De nuevo la profesora Rodríguez Yagüe, Titular de Derecho penal de la UCLM, asume la responsabilidad de presentarnos un libro colectivo, de 26 autores, referido a la temática que viene desde lejos trabajando en unión de su maestro el Profesor Arroyo Zapatero. Y otra vez, es un texto magnífico y lleno de información, honestidad y sugerencias dignas de tener en cuenta. El asunto se las trae. Las penas perpetuas es el castigo más severo que puede imponerse en los ordenamientos punitivos, también en España desde la LO 1/2015, y por ello cualquier aportación que las explique o las combata científicamente ha de ser bienvenida.

El Derecho comparado es rico en este tipo de sanciones, nuestro país no. Muchas veces he dicho que la historia niega esta naturaleza efectiva a la pena carcelaria, aunque hasta la Constitución, como es sabido, mantuvo la capital. Pero nuestras ordenanzas y reglamentos carcelarios contemplaban la rebaja de los tiempos de cumplimiento y la generosidad en la ejecución, con independencia del rigor establecido en la letra de los Códigos sustantivos. Y esa fue la grandeza de nuestro penitenciarismo. Cuantas disposiciones se estudien demostraran la riqueza de los medios de acortamiento de condenas establecido. Podrán ser, primero, el premio de 90 día al año desde la normativa general de Presidios del Reino de 1834, o después el régimen progresivo de Montesinos, sancionado por Cadalso en 1901 y 1913 y, en fin, el establecimiento de la libertad condicional, pero todos estos métodos tenían el objetivo de reducir la pena tajantemente impuesta y otorgar así a los reclusos una esperanza de la más pronta liberación. La corrección decimonónica contemplaba el adecuado comportamiento del preso y la recompensa, en lo que más se podía apreciar, en el salir antes, como escribí en otra ocasión.

Pues bien, la actual obra se ocupa, desde diversas ópticas, de este importante tema. Figura como parte del Proyecto de investigación de su Universidad que contra la pena de muerte patrocinan Luis Arroyo y Cristina Rodríguez Yagüe. El otro libro es el relativo a la «Prisión Permanente Revisable», de pronta publicación, y que, como lleva mi Prólogo, no podré recensionarle por mera estética. El presente se erige en una investigación reciente más y en un superior argumento de peso sobre la abolición de la misma, extendiéndose el acuerdo a las penas perpetuas pues perpetua era la sanción capital.

Los autores, perfectamente dirigidos y coordinados por la profesora Rodríguez Yagüe, han desarrollado toda la extensa problemática que presenta el tema objeto de estudio de una manera sistemática y ordenada. Nada está escrito al azar. Separada en VI bloques, que son efectivos capítulos, su contenido es completo, pues se ocupan de los antecedentes históricos, la perspectiva internacional, la prisión permanente revisable y las penas largas, el pronóstico de peligrosidad y la revisión de estas conde-

nas, así como, finalmente, de determinados aspectos singulares de aquellas penas.

Sin merca de lo correcto de la división llevada a cabo y de la metodología empleada, en mi opinión, también podemos significar que tan adecuada sería diferenciar el texto en cuatro grandes partes: la inicial de contemplar la historia, como yo siempre reclamo en las investigaciones penológicas, de ahí que me satisfagan grandemente los estudios de Oliver Olmo y De Vicente; el estudio de la prisión permanente revisable en todos sus aspectos; los criterios de revisión de las condenas y los estudios específicos acerca de la pena de muerte, en particular el análisis de Derecho comparado que, respecto a la impuesta a los menores, hace mi discípula, la profesora Silvia Valmaña.

Este libro exige leerse con suma atención. Es ciertamente completo y aleccionador, necesario en nuestro panorama científico penal. La crítica razonable de la mera existencia de las penas perpetuas, especialmente en ordenamientos jurídicos, como el nuestro, que proclama constitucional y penitenciarmente la reeducación y la reinserción de las penas privativas de libertad, aunque dio el paso previo de suprimir la pena de muerte, emerge en toda la obra. La prisión permanente revisable es el objeto principal de sus acertadas diatribas. Sus alternativas también se contemplan, así como se demuestra lo desmesurado de los tiempos tasados de revisión para obtener, en su caso, los beneficios penitenciarios que siguen vigentes en la Ley Orgánica General Penitenciaria que la LO 1/2015, no ha podido derogar. No ha sido declarada inconstitucional, es cierto, precisamente por el calificativo de revisable, como siempre dije, pero ello no obsta a considerarla una pena desproporcionada, en mi criterio, para cualquier delito. Un tiempo de cumplimiento que se extienda al máximo de 20 años ininterrumpidos es la medida de nuestro círculo cultural, aunque en la letra de sus respectivas leyes se señale esta figura. La vía del indulto y de la puesta en libertad se afianza en estos casos de manera casi automática. Lo ha dicho mi maestro, el Profesor Gimbernat en el prólogo a la 21 edición del «Código Penal» que, con mi discípulo, el Profesor Esteban Mestre, escribe para Tecnos.

Vista la existencia en nuestro Derecho penal de la prisión permanente revisable, entiendo lo siguiente para hacerla compatible con una posible más pronta salida de prisión sin necesidad de descontar tajantemente los plazos que la Ley señala. Esta es mi opinión: como el artículo 72.1 LOGP, el que marca el sistema de individualización científica en nuestro Derecho Penitenciario, sigue claramente vigente, los largos plazos fijados en el texto legal de permanencia en internamiento han de entenderse como un tope máximo, susceptible de la eficaz rebaja a tenor del estudio de la personalidad del reo y de su comportamiento. Esta forma de concebir la larga extensión y su posible límite es aplicable a cuantos penados participen, voluntariamente, de las tareas del tratamiento y asuman el progreso de los correspondientes grados del mismo. Pueden circunscribirse así los periodos fijados a quienes no lo aceptan, sin perjuicio de que el régimen

no se aparta tampoco de estos, pues la buena conducta de los mismos se contempla, por ejemplo, en los permisos de salida, con asunción o no del tratamiento, así como para la obtención de la libertad condicional. Únicamente a los reos persistentes en una disparatada y desordenada actitud o impedidos por sentencia de beneficios, cabría aplicarse los topes de estancia previstos en los centros. Esta limitación que propongo limita la extensión desmesurada y sin paliativos que se comprende en la LO 1/2015 y todo ello a la espera de su necesaria derogación.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático emérito de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ABADÍAS SELMA, Alfredo: *El Derecho penal frente a la discriminación laboral algorítmica*, Aranzadi, SAU, Navarra, 2023, 140 pp.

El Derecho penal como ciencia vinculada al conflicto social desde su perspectiva teórica ha pasado por un sinnúmero de avatares jurídicos, políticos, económicos y sociales. Su presencia, en tanto que responde a las problemáticas más emergentes, va ajustándose a los acontecimientos que aparecen en un entorno convulso como el que nos liga al mundo de las nuevas tecnologías, la informática y las comunicaciones.

Estamos en la «era digital» que ha traído muchos beneficios, pero también ha permitido la justificación de no pocos científicos, juristas y sociólogos a los postulados de la llamada sociedad de riesgo que fueron planteados por el sociólogo alemán *Ulrich Beck* en 1986, al lidiar con los peligros e inseguridades inducidos por la modernización de la sociedad⁽¹⁾.

De otra parte, tras la ruptura de las cadenas que impedían un discurso crítico sobre la discriminación laboral en sus diferentes manifestaciones, la protección de los derechos laborales en estos tiempos se vuelve una constante en los estudios académicos. En este entorno sufre una mutación dicho fenómeno social y adopta una modalidad convenida con su tiempo: la discriminación laboral a través de las herramientas globales de la digitalización.

Los tiempos que corren postpandemia han originado una nueva forma de involucrar las relaciones laborales del empleador con el empleado y viceversa. Se trata de relaciones laborales virtuales muy novedosas, promovidas por las redes sociales y definidas como teletrabajo, manteniéndose así, una dinámica laboral que permite e incrementa las relaciones de producción y prestación de servicios privados y públicos con un alcance nacional e internacional significativo, que se convierte en un reto a la externalización de nuestras sociedades.

Estas propuestas de carácter irreversible tienen aciertos y desaciertos las cuales han sido descritas con mucha concreción en esta obra. Una vez más, la ley tiene que asumir su papel regulador evitando los desatinos e irregularidades que conlleven a la vulneración de los principios fundamentales reconocidos en un Estado de derecho y donde el empleo es uno de los elementos más visibles de la inclusión social.

En el ámbito jurídico el papel principal lo deben asumir las ramas que tienen como encargo establecer los parámetros legales, nos referimos al derecho laboral y administrativo. La norma sustantiva se ha encargado de ir ordenando el contenido del trabajo y de las actividades administrativas, tal y como se observa en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 164, de 10 de julio de 2021 y que entre otras exigencias, establece en el ordinal 5 del Artículo 4 en lo concerniente a la igualdad de trato y de oportunidades y no discriminación, que las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que

(1) BECK, U., *La sociedad del riesgo: En camino hacia otra sociedad moderna*. Paidós Ibérica. España, 1992, p. 21

las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar.

Otras regulaciones como la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, de 2013, establece la obligación de las empresas de más de 50 trabajadores de reservar un porcentaje mínimo de puestos de trabajo para personas con discapacidad, lo que sin duda constituye una evidencia de la preocupación y el interés que demuestra el Estado y la sociedad para evitar las barreras desiguales que provoca la discriminación laboral y mejorar así las oportunidades para ese segmento de la sociedad española.

De igual manera, el *ius puniendi* del Estado ha tomado cartas en este complejo asunto, reprimiendo las conductas que afecten a las relaciones laborales digitales, sean estas colectivas y/o individuales, que originen abusos y discriminación para sus intervinientes por motivos de sexo, raza, edad, religión, discapacidad, etc.

Este último es el tema que involucra en su obra Alfredo Abadías Selma, destacado académico, investigador, profesor universitario y penalista español con numerosos aportes a las ciencias jurídicas y, muy especialmente, a los estudios de la criminología y el Derecho penal.

La obra objeto de la presente reseña consta de una estructura cuyo núcleo básico lo conforman tres capítulos, el numeral segundo bajo el título de «Algunos Ejemplos»; el tercer capítulo donde se explica el «Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación» y el último, relacionado con «El delito de Discriminación laboral ex artículo 314 del Código Penal Español».

Tras una motivadora introducción (pp. 13 ss.) sobre la realidad social relativa a las ventajas y desventajas del teletrabajo, la vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores por el debilitamiento de sus sindicatos, así como el viejo fenómeno de la corrupción sindical como fuente generadora de discriminación laboral, el autor comienza enunciando cinco casos paradigmáticos que son un reflejo de la problemática existente.

El análisis que se realiza del «Caso Amazon» (pp. 29 ss.), es un claro testimonio de como la inteligencia artificial, a través de los programadores encargados de diseñar o desarrollar los algoritmos en esta importante empresa, ha servido para estigmatizar, discriminar o excluir a candidatos y trabajadores, originando resultados inexactos e injustos en la toma de las disímiles decisiones laborales, ya sean, en las políticas de contratación y al momento de optar por puestos de trabajo, respecto a salarios e incentivos o cuando una vez incorporado el trabajador a la entidad, pueda sin menoscabo a sus derechos, mantener correctamente su status laboral y no como lamentablemente se hace la mención en el texto, cuando se explica lo que sucede en los procesos de automatización de la logística empresarial.

La incorporación de algoritmos con sesgos discriminatorios hacia sus empleados, son advertidos de igual manera por el profesor Abadías Selma, en los otros cuatro ejemplos referidos a: «El Caso Uber», «El Caso Google», «El Caso IBM y «El Caso Bosco» (pp. 37 ss. Y pp. 40 ss.), dejando planteado

en cada uno de ellos un mensaje aleccionador para el empresario que en el ámbito laboral realice su inserción en las nuevas tecnologías: «... es importante –dice el autor– que las empresas, organizaciones y gobiernos involucren a las partes interesadas en el proceso de automatización, incluyendo a los trabajadores, los consumidores y la sociedad en general. Además, se debe prestar atención a la ética y la responsabilidad en el diseño, desarrollo y aplicación de la tecnología de automatización» (p. 35.). Es por ello, que en cada ambiente laboral debe primar no solo el interés productivo y mercantilista, sino también una actuación ética, profesional, justa y equitativa en beneficio de todos.

Muy interesante resultan los apuntes que se observan en la investigación sobre la discriminación laboral y la pobreza energética. El primero, un lastre que desde hace un tiempo se intenta superar en España para limitar las insuficiencias que persisten en la realidad de las relaciones laborales, y el segundo, una situación grave para la sociedad española derivada del alza de precios, los bajos ingresos y la incapacidad de una familia para pagar las facturas de energía en un hogar.

Este problema, explicado en detalles en la obra, fue reclamado por un consumidor doméstico, que procesalmente originó una decisión de la justicia contenciosa administrativa, aclarando: «... que los actos administrativos no pueden ser dictados por una aplicación informática», al carecer de valoraciones y argumentos que deben ser ofrecidos por el órgano administrativo, cuestión que consecuentemente puede generar – como señala el autor – «un precedente perverso para situaciones de diferentes tipologías en las que intervengan sistemas de toma de decisiones automatizadas en empresas en relación con sus empleados» (p. 52).

De otra parte y siguiendo las ideas expuestas en el libro, en correspondencia con el tema central, se abordan con mucha claridad, los derechos a la igualdad y a la no discriminación (pp. 59 ss.), explicaciones teóricas y legales que se retoman por su importancia sin que resulten manidas dado que las relaciones entre empleo y trabajo interactúan constantemente con la tecnología digital en esta admitida «cuarta revolución industrial».

A través de un recuento histórico, Abadías Selma, profundiza en el estudio del derecho a la igualdad (pp. 59 ss. Y 63 ss.) no solo con una mirada legal y teórica, sino que para bien del lector se incluyen los criterios jurisprudenciales, resumiendo los fundamentos de este derecho, para luego moverse hacia delante en el tiempo y dejar planteado lapidariamente que «... la igualdad como derecho positivizado, ha de constituir una verdadera realidad ante la ley», y que «... la quiebra de esta, es la discriminación y el trato distinto a las personas y la colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc»., situación que todavía se presenta con mucho acento en nuestro entorno social y por cuya razón resulta inadmisible e intolerable la discriminación laboral, sea generada con tales sesgos, directa o indirectamente, utilizando algoritmos u otras construcciones digitales.

Finaliza esta excelente obra, demostrando su autor el apego y la vocación que siente de manera incondicional a la dogmática jurídico – penal y lo hace con un estudio exegético sobre el delito de discriminación laboral previsto en el artículo 314 de la norma penal sustantiva española (pp. 75 ss.)

En un análisis crítico, propio de quien domina el contenido teórico del Derecho penal, la obra muestra algunas inconformidades con el planteamiento legislativo que prevé la conducta de discriminación en el ámbito laboral, muy especialmente los fundamentos que justifican la discriminación por razón de la edad en los supuestos de preferir contratar a trabajadores más jóvenes debido a la percepción de que son más enérgicos o tienen habilidades tecnológicas superiores (p. 76 ss.), un tema muy actual, que viene estudiándose en uno de sus contenidos esenciales, bajo la denominación de «Edadismo», fenómeno referido a la discriminación por edad por la cual, los profesionales «séniors» y otros ciudadanos, disfrutan de menos oportunidades laborales y son más propensos al desempleo de larga duración que perfiles más jóvenes, planteando serias preocupaciones en términos de justicia y equidad en el mercado laboral, como muy recientemente lo han señalado la Fundación Iseak, un Centro de investigación social especializado en el diagnóstico de problemáticas sociales con sede en Bilbao⁽²⁾.

El estudio de la norma penal parte del criterio de que en el artículo 314 del Código Penal no se reprocha de forma directa la discriminación en sí misma, sino que sanciona el mantenimiento y reiteración de los hechos cuando el empresario es advertido por la Administración, cuestión que indica oscuridad respecto al requerimiento previo de esta al empresario, postura asumida por el autor y de la que se precisa una valoración casuística a efectos de las consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de cada hecho penal punible que se suscite.

Igualmente no escapan del análisis valorativo del artículo 314, puntos imprescindibles en cualquier balance que se haga de los tipos penales, como son los relativos al bien jurídico protegido (pp. 84 y 85), los sujetos activo y pasivo de la conducta (pp. 85 ss.), cuyas polémicas doctrinales han sido acuciosamente examinadas por el autor haciendo especial referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la presencia del «Compliance» entre las novedades que se acusan respecto a la exigibilidad de una empresa u organización por una conducta ilícita, irregular o defectuosa.

Este último capítulo cierra con temáticas que, de seguro, serán bien acogidas por los interesados como pudieran ser estudiantes y operadores del sistema de justicia penal, desentrañando asuntos no menos complejos de interpretación y aplicación como el relativo a las formas de ejecución penal (pp. 92 ss.), lo concerniente a la culpabilidad (pp. 96 y 97), el concurso de normas y delitos (p. 98 y 99) así como la perseguibilidad, penalidad y la responsabilidad civil de la conducta delictiva establecida en la ley penal (pp. 100 ss.).

(2) DE LA RICA, S; QUESADA, O y MARTÍNEZ DE LA FUENTE, D. «¿Demasiado mayor para trabajar? Evidencia de un experimento de campo sobre el edadismo en el mercado laboral español», *Informe 2023*. Disponible en: https://iseak.eu/proyectos_iseak/investigacion.

De esta forma, cada criterio, opinión y postura, respecto a la figura delictiva, es asumida en sus vínculos con la discriminación algorítmica y el uso de la inteligencia artificial, alertando a la comunidad científica y al gremio laboral de la mejor manera en que deben ser interpretados los postulados de las leyes penales y extrapenales que le dan soporte al comportamiento ilícito de la discriminación laboral.

Por último, quiero llamar la atención de un aspecto que se suma a la novedad y calidad de la obra comentada, y es que el lector, no podrá desdeñar el lenguaje terminológico que aparece en toda la obra, el cual ha sido descrito meticulosamente por el autor y en la que con acierto ha logrado referir – ajustado a las exigencias de la era digital– los conceptos jurídicos y ramales que ordenan definiciones, tales como: «Culture touch»(p. 14), «Infoxicación»(p. 15), «Metaverso» (p. 19), «Blockchain»(p. 20), «Generación baby boom» y «Gentrificación»,(pp. 21 y 22), entre otros, los que entiendo resultarán muy útiles a los juristas que también forman parte del grupo de nativos e inmigrantes digitales.

Resulta igualmente muy estimable, las conclusiones y propuestas de «lege lata» y «lege ferenda», que se hacen en este libro (pp. 105 ss.), una lección más, cuyo corte orientador y preventivo, compromete a la administración y al empleador público y/o privado a mantener un ambiente de transparencia, integridad, coherencia y respeto a sus empleados, ante la toma de decisiones administrativas que involucren la automatización digital, ello no solo como elemento deontológico en sus actuaciones, sino también en evitación de reclamaciones e impugnaciones laborales.

En condiciones y supuestos como los explicados en el cuerpo del trabajo, el control sistemático mediante auditorías de las operaciones digitales; el acceso de los trabajadores a la información; el derecho a la intimidad; la protección y el procesamiento de datos personales, entre otros, se constituyen en aspectos que consagran el respeto a los derechos fundamentales como pilares del valor humanístico que debe caracterizar a las sociedades modernas en la protección de los trabajadores y trabajadoras, tal y como se postula en la Constitución, los tratados y convenios internacionales de los que España y la Unión Europea son partes.

Se convierte así esta obra, en un referente indiscutible para quienes ávidos de conocimientos sobre la realidad española actual, quieran entender e interpretar qué está ocurriendo tras la digitalización empresarial; la aplicación automatizada de algoritmos y la inteligencia artificial en las relaciones laborales; el peligro que entraña para los trabajadores las desigualdades y manifestaciones discriminatorias en el tratamiento de sus datos personales; los perjuicios, daños y afectaciones que se originan; así como la respuesta jurídico-penal que la ley aborda, todo ello en aras de fortalecer como una necesidad imperiosa, los mecanismos e instrumentos democráticos en la lucha por erradicar la discriminación laboral en España.

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ

Docente e investigador
Universidad Internacional de La Rioja

ABADÍAS SELMA, Alfredo: *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial en la Era de la Cultura «Touch»*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, 205 pp.

Ante la nueva realidad tecnológica, veloz impulsora de numerosos cambios socioeconómicos, las dudas y propuestas acerca de cómo debe responder el derecho rezuman de forma ininterrumpida. Ya sea de forma expresa o tácita, la pregunta nuclear que en realidad acucia responder para allanar el camino hacia esta deseada (y muchas veces esquiva) respuesta es si la ciencia jurídica debe ser espectadora y receptora pasiva de los avances y retos que vivimos, o si debe ser crítica, propositiva e incluso reivindicativa ante ciertos intentos de menoscabar su función ante una especie de ‘tiranía tecnológica’, término este algo exagerado, pero ciertamente en boga.

Claramente, la intención del profesor Abadías Selma (de ahora en adelante, también, el ‘autor’) con su reciente obra *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial en la Era de la Cultura «Touch»* (de ahora en adelante, indistintamente, la «obra» o *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial*) es, precisamente, la de incidir en el necesario rigor jurídico, dotado de plena autonomía científica, para abordar las consecuencias de la aplicación de las técnicas de Inteligencia Artificial (de ahora en adelante, «IA») en el sistema de justicia español, en particular con relación a la importantísima y siempre delicada justicia de menores, ámbito de estudio en particular en el que el autor es sin duda una voz autorizada. Con esta obra, repite el autor su ya característico enfoque de la ciencia jurídica, basado en sentar el derecho en una mesa de negociación con el resto de las ciencias, en posición de igualdad y dispuestas a llegar a necesarios puntos de encuentro ante las nuevas oportunidades y riesgos que surgen. Y es que, como bien se expone en esta obra, en realidad, el derecho no combate las consecuencias de las nuevas tecnologías, más bien al contrario, pues impulsa su adecuación y crecimiento para cubrir las necesidades sociales bajo un entorno predecible, seguro y garantista, existiendo numerosos ejemplos que ponen de manifiesto esta buena sintonía, desde la primera celebración telemática de un juicio en España en el año 2020, hasta la utilización de la IA en relaciones mercantiles, servicios financieros, para la interpretación del ordenamiento jurídico, en el ámbito de la mediación y el arbitraje o en el ámbito penal, entre muchos otros.

Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial consta de prólogo (pp. 11 a 18), proemio (pp. 19 a 21), introducción (pp. 23 a 29), nueve capítulos (pp. 29 a 184), bibliografía (pp. 185 a 202) y epílogo (pp. 203 a 205), y en sus líneas se exponen una serie de perspectivas eminentemente jurídicas, pero también criminológicas, geopolíticas, económicas y sociológicas, realizadas en torno a las técnicas de IA y su impacto en la sociedad y el derecho, focalizando su estudio hacia la aplicación de las herramientas de IA en el sistema de justicia (penal) y, aún más concretamente, a la justicia de menores a través de la predicción, la prevención, la valoración, la aplicación y el seguimiento de las medidas contenidas en la Ley 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor (la «LORPM»). De hecho, el interés de la propuesta teórico-práctica del autor no radica en el mero hecho de tratar algunas de las consecuencias jurídicas de

la irrupción de estas tecnologías en la justicia, en este caso en el ámbito de la justicia juvenil, sino que también nos proporciona información de ciertas nuevas tecnologías con relación a su influencia en los comportamientos y necesidades de los jóvenes, así como también por su impacto en ciertos elementos de la Administración de Justicia y del derecho en general. De hecho, con notable acierto, el autor describe nuestro entorno altamente tecnológico y audiovisual, donde impera la inmediatez y lo efímero, a través del original y descriptivo concepto de «Cultura Touch», el cual ya ha utilizado anteriormente en *La violencia filio parental: consideraciones penales y Criminológicas* (Bosch. Barcelona, 2016) y en el *Tratado sobre Delincuencia juvenil y responsabilidad penal del menor. A los 20 años de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor* (Wolters Kluwer, La Ley. Madrid, 2021). Aun siendo esta una obra altamente especializada, el autor nos ofrece una visión holística e integradora del objeto de estudio.

Los tres primeros capítulos de la obra reseñada se centran, respectivamente, en la no poco complicada conceptualización del concepto de IA, sus tipologías y algunas consecuencias políticas y jurídicas derivadas de la aplicación de estas técnicas en diferentes ámbitos, además de los intereses nacionales, económicos y supranacionales con relación a la inversión y regulación de estas técnicas, como ejemplifica la Unión Europea con las disposiciones del Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016; de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones sobre normas de Derecho civil sobre robótica; de la propuesta de resolución sobre procesos de decisión automática B9-0000/2019; del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Inteligencia Artificial de 2020 [Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final]; o de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen Normas Armonizadas en materia de Inteligencia Artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión Europea, de 2021; entre otros ejemplos. Además, es un claro acierto que el autor utilice una diversidad de perspectivas y fuentes provenientes de distintos campos del conocimiento para atajar las cuestiones que se plantean, que, desde luego, son transversales y complejas: autores de perfil marcadamente tecnológico, como por ejemplo John McCarthy o Marvin Minsky, complementan a la perfección las fuentes principalmente jurídicas. Del mismo modo, elementos tales como la correcta exposición de las distintas tecnologías que comprenden la IA, como por ejemplo el *machine learning* o el *deep learning*, y la necesidad de separar el trigo de la cizaña cuando hablamos de lo que es y lo que no es IA –pues no hay que engañarse, utilizar indiscriminadamente instrucciones *else-if* no es propiamente IA, ni tampoco lo son algunas herramientas de predicción del riesgo que se venden como tal–, contribuyen a la calidad de una obra que permite al lector tener una idea amplia de las cuestiones que se tratan.

Así, estos tres capítulos de *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial* se complementan a la perfección y forman una especie de ‘primera parte’ contrapuesta a una «segunda parte» centrada propiamente en los aspectos jurídicos

cos, el sistema de justicia y la justicia de menores, y que empieza con el capítulo IV, titulado «La inteligencia artificial en la administración de justicia». En esta segunda parte de la obra, Abadías Selma desarrolla la idea de que la implementación de la IA en la Administración de Justicia puede ayudar a dar nuevas respuestas a fenómenos cada vez más extendidos, como por ejemplo la cibercriminalidad, a prevenir la delincuencia en general o a tener resoluciones con menos margen de error. En este sentido, el autor no tiene ninguna duda de que los métodos y técnicas de IA pueden aplicarse y ser útiles en el ámbito procesal y en el derecho en general, tal y como demuestra la denominada «jurimetría». En cualquier caso, por la naturaleza de la obra, Abadías Selma centra su atención en la aplicación de la IA en el ámbito penal (de menores), procesal y policial. Por ejemplo, se enumeran y explican programas de predicción y valoración y gestión del riesgo de reincidencia, tales como PREVI-A, «para la valoración del riesgo y gestión de la intervención» de forma personalizada, o ERASOR (*Estimate of Risk of Adolescent Sexual Offence Recidivism*), entre otros. Para Abadías Selma, este tipo de herramientas y protocolos, junto con la implementación de IA, potencian la perspectiva de la justicia actuarial, la cual entiende que es el presente y el futuro, no por ello obviando los problemas que se pueden generar. Precisamente, es en la existencia de herramientas y protocolos como los que se utilizan de ejemplo donde encuentran acomodo una parte importante de las propuestas concretas que Abadías Selma realiza para la utilización de la IA en nuestro sistema de justicia juvenil. Así, el autor defiende firmemente la implementación de la IA en la justicia penal del menor, en la que ve una oportunidad para mejorarla, especialmente en aras de la reinserción, la reeducación y en virtud del principio del interés superior del menor, atendiendo a su vez a nuestros deberes internacionales en este ámbito. El autor propone, de forma innovadora, utilizar la IA con relación al medio comunitario del menor, eso es, como herramienta para evitar el desarraigo del menor, teniendo en cuenta que este elemento es clave por cuanto puede condicionarlo hacia su deriva delictual. En consecuencia, establece que, a la apreciación de este medio comunitario, bajo el prisma de la justicia restaurativa e involucrando el entorno tanto de las víctimas como de los agresores, hay que incorporar las herramientas y técnicas de IA que, aplicadas de forma estratégica a través de la actividad investigadora y junto a las medidas judiciales del artículo 7 de la LORPM, deben ayudar a fortalecer nuestro sistema de justicia de menores. En cuanto a las medidas de la LORPM en concreto, Abadías Selma defiende una serie de implementaciones de la IA enfocadas a mejorar la eficiencia de estas e incluso a dotarlas de nuevas perspectivas en su aplicación. En las próximas líneas se mencionan algunas de estas propuestas detalladas en la obra y que dan buena cuenta del enfoque que pretende el autor.

Con relación a las medidas de restricción de libertad de la LORPM, que son evidentemente las más graves, cabe destacar el interesante ejemplo del uso de IA que aporta el autor para poder detectar aquellas deficiencias en la aplicación de estas que produzcan desarraigo. Además, la IA puede servir igualmente para evaluar y comparar el progreso del menor y sus necesidades

con relación a su tiempo libre con el fin de adaptar y personalizar la implementación de la medida, además de realizar una monitorización de esta. De hecho, Abadías Selma va mucho más allá y propone una utilización integral de las nuevas tecnologías en el entorno cotidiano del menor, incluso utilizando la gamificación como elemento positivo e instrumental para cumplir los objetivos de las medidas y de la justicia de menores en general, idea esta última particularmente interesante y versátil, incluso, desde la perspectiva extra-jurídica y pluridisciplinar.

En cuanto a las medidas no privativas de libertad, el autor propone utilizar la IA para hacer seguimiento de los menores ante la falta de centros de día donde cumplir las medidas, si bien resalta la importancia de que los resultados los interpreten siempre expertos. Especialmente importante es la defensa de la idea de utilizar la IA como herramienta de apoyo para realizar el seguimiento con los técnicos, los padres y los centros para la implantación de la medida. Cabe destacar lo que expone Abadías Selma con relación a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, pues, ante la carencia de ciertos recursos, la IA podría ser útil precisamente para estudiar todas las variables posibles con relación al entorno de convivencia y acogida, que a su vez puede ser ventajoso para el modelo educativo y el tratamiento con terapia y, en definitiva, para conseguir una eficiencia en el destino de los recursos existentes y maximizar su eficacia. También reviste especial interés la propuesta de aplicación de IA en la medida de tratamiento ambulatorio, pues el autor se muestra claramente convencido de su utilidad en esta situación, en particular, a través de un seguimiento realizado con dispositivos para recopilar datos para la IA, facilitando de esa forma un seguimiento exhaustivo sin alterar la vida del menor infractor.

Tal y como señala el autor, en la utilización de las medidas de la LORPM el juez deberá aplicar un cierto grado de discrecionalidad y de flexibilidad, siempre bajo la estricta observancia del principio acusatorio y el de proporcionalidad. En consecuencia, la IA parece la herramienta perfecta al servicio de la deseada imparcialidad en la justicia, también en la de menores. Sin embargo, estas consideraciones llevan a plantear la conveniencia o no de una dependencia de las herramientas de IA en la justicia y lo que implica (o debería implicar) el concepto de 'imparcialidad' para cumplir con el principio de justicia (humana). ¿Es mejor ser juzgado por una persona o por un algoritmo? Ante las posibilidades que se plantean con una utilización intensiva de la IA en la justicia, no es de extrañar que haya organizaciones o países que hayan empezado a tomar medidas concretas al respecto, tal y como ejemplifica el autor con el caso de Francia con la relevante *LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, estableciendo esta norma limitaciones en el tratamiento de datos de los jueces (humanos). Además, el autor advierte muy acertadamente que, a pesar de un diseño y un control adecuados de las herramientas de IA, particularmente cuando se usan en el ámbito penal, estas pueden acabar funcionando de una forma indeseable, precisamente como consecuencia de los datos con los que trabajan, por ejemplo, por insuficiencias en el conjunto de datos o porque

estos datos reflejen y perpetúen sesgos de todo tipo que pueden dar lugar a discriminaciones. En este sentido, por ejemplo, ya es de sobra conocida la existencia de varios estudios y casuísticas tratadas con relación a la herramienta llamada COMPAS (siglas del inglés *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*).

La variedad de problemáticas derivadas de la implementación de la IA en el sistema de justicia es notoria, y en *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial* surgen, además de las ya mencionadas, otras de distinto alcance, tales como la seguridad desde el diseño, la problemática de las valoraciones del riesgo realizadas por herramientas de propiedad de sujetos privados, las consecuencias del secretismo con relación al código fuente o, incluso, los casos en los que el propio diseño de la herramienta dificulta la transparencia en su funcionamiento, entre otras. Aunque el autor no escatima en alabanzas para las herramientas de IA y sus posibles aplicaciones jurídicas, en particular en el ámbito de la justicia de menores, en ningún momento rehúye los problemas derivados de su aplicación. La idea general que transmite en *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial* con relación a la IA es que esta debe de ser un inestimable complemento para los operadores humanos de la Administración de Justicia, mejorando así la rapidez y en muchos casos la eficacia, pero siempre de forma asistencial y bajo una adecuada supervisión, y en ningún caso con ánimo sustitutivo. De hecho, la posibilidad de una eventual sustitución por parte de ‘máquinas’ acarrea serias problemáticas ineludibles en cuestiones como la interpretación de la norma, la actividad jurisprudencial, la flexibilidad y adaptabilidad ante la casuística real, el sistema de recursos y, en definitiva, el debido proceso y las herramientas de defensa.

Definitivamente, Abadías Selma, con su obra *Justicia Juvenil e Inteligencia Artificial*, viene a cubrir un espacio necesario, delicado y de rigurosa actualidad en el ámbito del Derecho penal, concretamente en la justicia de menores, y lo hace con un rigor técnico y practicidad en sus propuestas que sin duda colocan esta obra en la categoría «de obligada lectura» con relación a las cuestiones que se plantean.

GUILLEM CASTRO IZQUIERDO

Profesor de Derecho Penal y Digital
Universidad Internacional de La Rioja
Abogado

Revista de revistas

ABADÍAS SELMA, Alfredo: «La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: un análisis del artículo 249.1 b) y 249.2 b) del CP», en *Estudios de Deusto*, vol. 71/1, enero-junio 2023, pp. 15 a 82.

El engaño cometido a través del uso de los más variopintos artificios técnicos que el progreso –torticeramente utilizado por algunos– de la tecnología pone al alcance de la sociedad, origina la necesidad acuciante de que el legislador intervenga en aras de salvaguardar la incolumidad del patrimonio del conjunto de la ciudadanía. No en vano, el avance exponencial de la tecnología en períodos de tiempo relativamente cortos –sin perjuicio de los numerosos beneficios que dicho fenómeno puede reportar– tiene como contrapartida la generación de nuevos riesgos a los que el conjunto de la sociedad se ve expuesta. Cobra sentido, pues, la tesis de Ulrich Beck –traída convenientemente a colación por Abadías Selma– en la que se describe como «Sociedad del riesgo» aquella en la que vivimos actualmente, caracterizada por las altas cotas de bienestar que alcanza el individuo merced al imparable avance de la ciencia a pasos agigantados. No obstante, el coste anudado a dicho provecho estriba indefectiblemente en la sobreexposición al fenómeno criminal que perfila los contornos del delito de estafa que el autor aborda en el artículo.

Dicho cuanto antecede en el párrafo precedente, el objeto de la presente reseña es presentar al lector el artículo del doctor en Derecho penal y profesor D. Alfredo Abadías Selma, titulado *La nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo al albur de la reforma de 22 de diciembre de 2022: un análisis del artículo 249.1 b) y 249.2 b) del CP*.

En el artículo científico, estructurado en cuatro apartados, Abadías Selma introduce la cuestión que se propone estudiar recordando –como antesala de la exposición de las conductas delictivas a las que estamos todos expuestos– que, pese a que el ser humano ha podido convencerse en tiempos no muy lejanos de que los límites del avance tecnológico únicamente estaban conformados por aquellos que son *autoimpuestos*, la crisis sanitaria del covid-19,

que azotó al mundo entero, puso de manifiesto crudamente que «el hombre y la mujer son, en esencia, frágiles».

Prosigue el autor con la investigación –trayendo a colación de un modo pertinente abundantes fuentes de carácter sociológico– haciendo las necesarias referencias al contexto social en el que el ser humano vive y se desenvuelve, exponiéndose, por consiguiente, a ser víctima de los delitos de estafa tipificados en los artículos 249.1 b) y 249.2 b) del Código Penal. Así, Abadías Selma enlaza y pone de manifiesto cuáles son los elementos que constituyen el terreno fértil para que se incremente el riesgo de ser víctimas de las estafas perpetradas por los criminales que operan en la red. De tal modo, mediante el constructo «Modernidad líquida» de Bauman y «Sociedad gaseosa» de Alberto Royo y Urra Portillo se nos explica que es esta una sociedad que pretende vivir deprisa, otorgándole una excesiva importancia a lo efímero en detrimento de lo que es permanente e imperecedero. En otras palabras, y merced al incesante avance de la tecnología, el conjunto de la ciudadanía –de un modo preponderante en la cultura occidental– anhela lograr aquello que se propone rápidamente y sin incurrir en esfuerzos excesivos.

Es en esa suerte de «Modernidad líquida» donde surge la «Culture Touch», término acuñado por Abadías Selma, quien refleja de un modo magistral la cultura en la que estamos inmersos, que no es otra que la de aspirar «...mediante el leve deslizarse de las yemas de nuestros dedos por una pantalla táctil que se pueda acceder y conseguir todo lo que se desea sin aparente esfuerzo y con la máxima celeridad...». Y es que, precisamente, la sociedad tal y como la conocemos hoy en día, está imbuida de esa cultura a la que hace referencia el autor; ello nos posiciona de manera indubitada en la antedicha «Sociedad del Riesgo» de Beck.

Abadías Selma, con carácter previo al estudio del tipo penal, alude a un riesgo de naturaleza subjetiva teorizado por Prensky, cual es la «Brecha digital» y que debe añadirse a los anteriormente mencionados como un elemento que puede convertir a la potencial víctima como un blanco fácil por parte de los *ciberestafadores*, habida cuenta de que un «inmigrante digital» –como puede ser una persona de avanzada edad– será menos ducho en el manejo de las nuevas tecnologías y, por consiguiente, más vulnerable.

Ya en el segundo apartado, se aborda la transición de la moneda física a la moneda virtual, que puede propiciar, en no pocas ocasiones –y *contactless* mediante–, un uso irracional de las tarjetas de crédito y de débito en la medida en que su disponibilidad es inmediata, sin precisar de un cajero automático al que acudir para extraer dinero en efectivo. En este sentido, el anhelo de satisfacer un deseo –como puede ser, *ad exemplum*, el de querer comprar un helado al dar un paseo bajo el sol del mes de agosto– unido a la facilidad y a la rapidez en el método de pago, puede inhibir –en mayor o menor medida– la capacidad del ser humano de disgregar la necesidad cuya satisfacción es acuciante y, por ende, perentoria, de la que no lo es.

A esa potencialidad de desempeñar patrones de conducta irreflexivos debe añadirse –y así lo hace Abadías Selma en el mismo apartado– las comodidades que brindan los establecimientos comerciales de abonar el pre-

cio del producto con tarjeta, independientemente de la cantidad y, en no pocas ocasiones, y cuando el importe no es demasiado elevado, sin exigir la contraseña. La facilidad y comodidad es evidente: se puede pagar un artículo o satisfacer una necesidad de un modo inmediato con independencia de su coste. Sin perjuicio de dicha facilidad, el riesgo es, asimismo, patente: la sustracción de la tarjeta de crédito o de débito no impide su empleo con la misma facilidad que la descrita. Por otra parte, existe también el riesgo de que las tarjetas sean clonadas.

Ello no es en absoluto cuestión baladí, pues todo cuanto antecede permite al lector ubicar a la sociedad en que vivimos en la «Sociedad del Riesgo» de Beck, cuya naturaleza tiene una doble cara cual dios Jano, tal y como señala Abadías Selma. De una parte, son patentes las ventajas que proporciona el avance de la tecnología y la ciencia; de otra, son innumerables, abstractos e intangibles los riesgos asociados a ese avance, entre los cuales se encuentra el atinente a ser víctima de los ciberdelincuentes cuando, verbigracia, se realiza alguna compra por internet mediante el leve toque en la pantalla para *añadir el producto al carrito*.

Ya en el apartado tercero se analiza profusamente la estructura del delito de estafa y la modificación de los preceptos de los artículos 249.1 b) y 249.2 b) del CP. Dicha profusión viene acompañada del empleo de la más reconocida doctrina penal, precedida de una breve reseña histórica que nos acerca al origen del delito de estafa como *crimen stellionatus*, cajón de sastre de delitos que ni tan siquiera tenían denominación. Abadías Selma, haciendo referencia a la modernización y tecnificación de los medios e instrumentos de comisión del ilícito penal, menciona, con el objetivo de reflejar dicha sofisticación, el tránsito de las estafas del «timo de la estampita» y «el tocomucho» –entre otras– a las nuevas formas de engaño que han aparecido de la mano del avance de la tecnología como, por ejemplo: «introduzca los datos de su tarjeta de crédito y/o débito para comprobar su seguridad (desde una *interface* clonada de una entidad financiera)», «sea su jefe trabajando desde casa», «invierta en apuestas deportivas», «invierta en criptomonedas»...

Debo señalar el acierto de la inclusión, por parte del autor, de las referencias a los métodos empleados en un pasado no muy lejano; su carácter rudimentario, junto con la preponderancia del uso del dinero en efectivo, contrasta con la aparición de medios de pago más complejos –*ad exemplum*: bizum, pago mediante criptomonedas...– y la eclosión, como se ha dicho, de estafas que requieren de una mayor sofisticación en los medios. Así, se justifica –sin perjuicio de la obligatoriedad de la transposición de la Directiva 2019/713, de 17 de abril sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo– una modificación del Código Penal que permite incluir un amplio elenco de medios y conductas comisivas para su punición, a fin y a efectos de salvar –tal y como señala el autor– el escollo de la «obsolescencia legislativa programada».

En el mismo apartado tercero, Abadías Selma aborda los elementos objetivos del tipo y analiza la modificación legislativa merced a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. Se examinan, con carácter

previo y mediante el empleo de copiosa doctrina y jurisprudencia, los elementos de la estafa tradicional tipificada en el artículo 248 del CP, a saber: la necesidad de que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo goce de relevancia típica, la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado. Menciona el autor, en relación con la verosimilitud de los medios arteros empleados por el sujeto activo, que deberá atenderse a las características personales de la víctima, pues no es lo mismo –haciendo referencia a los «inmigrantes digitales»– «...estafar a una persona de edad media con estudios superiores que a una persona de edad avanzada que prácticamente no conoce otro medio de pago que no sea el efectivo metálico». Por cuanto se refiere a la modificación del delito de estafa operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, entiende Abadías Selma que es acertada habida cuenta de que, con el marco punitivo anterior, conductas fraudulentas que se cometen hoy en día podrían quedar impunes. Así, la inclusión del término «cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo» en el artículo 249.1.b) del CP permite incluir distintas formas comisivas –a modo de catálogo abierto o *numerus apertus*– que superan la utilización de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje, así como los datos obrantes en los mismos. De tal modo podrán integrarse en el tipo aquellas conductas fraudulentas que se lleven a cabo con medios de pago distintos a las tarjetas de crédito y débito, como son el Bizum, el pago mediante criptomonedas, pago mediante tarjetas virtuales... En definitiva, la adición del término «cualquier instrumento de pago material e inmaterial distinto del efectivo», si bien pudiera parecer excesivamente vago e impreciso, abarcará todos aquellos medios de pago que vayan surgiendo de consuno a la constante evolución tecnológica y, a su vez, mitigará el riesgo de desfase del precepto.

Abadías Selma, en relación con el uso fraudulento de las tarjetas de crédito y débito que integra el nuevo tipo del artículo 249.1.b) describe los distintos métodos empleados por los delincuentes para lesionar el patrimonio ajeno, que comprende desde la obtención de la numeración de la tarjeta y código de seguridad hasta la utilización de argucias tales como enviar un mensaje de texto o *email* al consumidor –haciéndose pasar por una entidad financiera o la entidad que suministra la electricidad– para que actualice los datos de la tarjeta y así apoderarse de los datos a fin de emplearlos fraudulentamente con el objetivo de menoscabar el patrimonio de su titular. Asimismo, el autor aborda lo tocante con el debate doctrinal acerca de si el uso de las tarjetas en perjuicio del patrimonio de su titular debe calificarse como de robo con fuerza en las cosas o estafa. Del mismo modo –y acto seguido– hace lo propio en relación con la falsificación de los datos obrantes por parte del titular del medio de pago y refiere, a su vez, a la naturaleza jurídica de *Paypal*, conocidísimo medio de pago virtual.

Posteriormente –y en el mismo apartado– el lector podrá encontrar las referencias hechas por el autor a las distintas y variopintas conductas ilícitas que son susceptibles de incardinarse en el precepto del artículo 249.2.b) que, fundamentalmente, consisten en la sustracción y apropiación, con fines fraudulentos, de los medios anteriormente mencionados, entre los que se com-

prenden las tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o cualesquiera otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo. Del mismo modo, Abadías Selma –coincidiendo con autores como Fernández Teruelo– destaca que el conjunto de la población tiene poca información acerca de los derechos que le asisten en el supuesto de que se usen fraudulentamente las tarjetas emitidas por entidades bancarias, siendo necesario, tal y como ha repetido hasta la saciedad el Banco de España, que dichas entidades han de ser las que resarzan el menoscabo patrimonial padecido por los clientes.

No es extraña, en la comisión de delitos de estafa informática, la participación de terceras personas que ayuden al autor a encubrir los beneficios obtenidos. Efectivamente, en el supuesto de los «muleros», la responsabilidad penal puede no quedar tan clara, procediendo los Tribunales, en algunos supuestos, a absolverlos libremente y, en otros, a castigarlos como cooperadores necesarios al delito de estafa informática. Abadías Selma, con soporte en la doctrina y la jurisprudencia, sostiene que la difícil tarea de determinar la autoría de los «muleros» recaerá en los elementos fácticos que permitan deducir el conocimiento por parte de estos de que están participando en la perpetración de un acto ilícito.

En orden a dilucidar quiénes pueden ser sujetos pasivos de este delito, el autor advierte que es absolutamente necesario distinguir esta infracción penal de la estafa tradicional; no se precisa, siempre y en todo caso, una conducta engañosa, sino que basta para consumir el acto delictivo el empleo de un ardid tecnológico para lesionar el patrimonio del sujeto pasivo. El autor lo ejemplifica con el supuesto de la duplicación de la tarjeta y ulterior extracción de dinero en efectivo del banco. Sin perjuicio de ello, en aquellos casos en los que sí que media engaño bastante, nos recuerda el autor la postura sostenida por la doctrina más autorizada y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que señala de modo reiterado que se exige un mínimo de diligencia y de autoprotección a la víctima, así como un mínimo de sentido común. No obstante, nos recuerda el autor que en no pocas ocasiones, y más tratándose de estafas cometidas a través de las nuevas tecnologías, el sujeto activo del delito se aprovecha de la edad de sus víctimas y sus escasos conocimientos en la materia para pergeñar estafas en masa y muy bien elaboradas.

A continuación, y ya en el plano de los elementos subjetivos del delito, Abadías Selma sostiene que en modo alguno puede excluirse el ánimo de lucro y defiende –a mi juicio, con acierto– que dicha conducta ilícita puede ser cometida mediando dolo eventual siempre y cuando –en el marco de un negocio jurídico que exige una prestación determinada si concurren determinadas condiciones– exista una alta probabilidad de que dichas condiciones no se den y ello sea asumido y consentido por el sujeto activo, trasladando a la víctima el riesgo.

Examina el autor, en los siguientes subapartados, el *iter criminis* y los concursos de delitos. En el primero de ellos, y sin ánimo de exhaustividad–habida cuenta de la multiplicidad de conductas y modos de proceder que ofrece el avance de la técnica y la abundante tecnología existente–, se detiene en la posibilidad de cometer la estafa informática en grado de ten-

tativa en relación con la idoneidad o inidoneidad de los medios comisivos mediante la alusión a las distintas posturas doctrinales cuyas tesis analizan si es o no punible el intento de dar, en repetidas ocasiones, con el código PIN de una tarjeta para efectuar una compra. Por cuanto se refiere a los concursos de delitos, el lector podrá advertir que Abadías Selma trata prolijamente la problemática relativa al castigo de las falsedades documentales en concurso medial con el delito de estafa. Concluye el autor que, a efectos de no conculcar el principio *non bis in idem*, es conveniente valorar con cautela la unidad del hecho delictivo y calificar con arreglo a un solo tipo penal las conductas que recojan el desvalor penal de la acción típica.

Culmina el estudio del tipo penal con las sanciones penales anudadas a la estafa y la responsabilidad civil *ex delicto*. Abadías Selma, tal y como apreciará el lector, se muestra muy crítico con el artículo objeto de revisión concretamente con la penalidad que lleva aparejada el delito de estafa, en la medida en que conlleva penas prácticamente idénticas a las del robo, y así se confirma que impera «la endémica tendencia» de tratar con mayor benevolencia al delincuente de cuello blanco. Ello es una señal inequívoca –del mismo modo que no pocos ordenamientos jurídico penales europeos– de que en este supuesto en concreto concurre el fenómeno de lo que se ha denominado «Derecho penal del amigo». Opina el autor, por otra parte, que debería robustecerse la instrucción de las piezas de responsabilidad civil por la comisión de delitos de estafa, pues los sujetos activos del delito poseen medios suficientes para enmascarar su situación patrimonial de modo tal que ello opere como un escollo para satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito.

Culmina Abadías Selma el artículo de investigación con un apartado cuarto en el que se contienen las conclusiones y propuestas de mejora. «Los inmigrantes digitales», ante el avance tecnológico al que se ha hecho alusión, así como los menores de edad –que tienen acceso a dispositivos electrónicos en edades cada vez más tempranas– son los colectivos más vulnerables ante dicho fenómeno criminal. Entiende el autor –mediante la cita del viejo adagio popular «no se pueden poner puertas al campo»–, que la sensibilización y las medidas pedagógicas, de formación y prevención deben dirigirse al conjunto de la población con el objetivo de que esta esté provista de los mecanismos de autoprotección necesarios. Los actores principales de dicha acción protectora deben ser las Administraciones Públicas de una parte, y las entidades financieras de otra. Los esfuerzos a nivel legislativo, por otra parte, no deben limitarse al establecimiento de un tipo que opere como una suerte de cajón de sastre para incluir las conductas típicas que vayan aflorando a medida que avanza la técnica. El autor es del parecer que debe legislarse en materias que tutelan el patrimonio, pues no debe olvidarse que en el Derecho penal rigen el principio de fragmentariedad y de intervención mínima. Entiende Abadías Selma, por otra parte, que las siguientes reformas legislativas deben basarse en estudios criminológicos longitudinales para tutelar con mayor éxito y precisión los bienes jurídicos

susceptibles de protección, que son el patrimonio, las relaciones de confianza y la fe pública

CARLOS DEL CACHO ESTIL-LES.

Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja
adscrito al grupo de investigación PENALCRIM.

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

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad San Pablo-CEU

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Complutense 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

ELENA LARRAURI PIJOAN

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Granada

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Ludwig-Maximilian (Múnich)

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho Penal

UNED

JESÚS M.^a SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia