

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 artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

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

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 111 40 00

Fax: 911 114 260

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO LXV
MMXII

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2013

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.

Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 007-13-114-8

NIPO (M. de Justicia): 051-13-044-X

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid. 2000

El derecho penitenciario militar: sus orígenes (1)

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

RESUMEN

El presente trabajo transcribe la conferencia pronunciada por el autor, relativa a la evolución del derecho penitenciario militar español. Esta rama del ordenamiento encuentra sus orígenes en una tradición histórica utilitarista, que durante siglos impregnaba a la ejecución penal como servicio al estado y que, progresivamente, introdujo elementos humanistas transformando la norma penitenciaria civil. La indudable relación entre ambas normativas, es el objeto principal de estudio de este trabajo.

Palabras clave: Prisión; Derecho penitenciario militar; Ejecución penal; Derecho penitenciario; Evolución penitenciaria. Historia penitenciaria.

ABSTRACT

This paper is a transcript of academic conference given by the author on the rules in the military prison environment. The Spanish military prison law finds its origins in utilitarian historical tradition, which, for centuries, permeated criminal enforcement as a service to the state. Such regulations included elements that managed to transform the civil prison rules. The relationship between the two statutes is the main object of this work.

(1) Conferencia Inaugural de las «Jornadas de Derecho Penitenciario Militar», desarrolladas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, el día 18 de diciembre de 2012.

Keywords: *Prison; Military Prison Law; Military Criminal Enforcement; Prison Evolution. Spanish Prison History.*

I

La vida me ha dado dos momentos profesionales que no tiene en su haber cualquiera y que constituyen, posiblemente, lo mejor de la misma. En uno tenía 31 años, en el otro 39. Fue el primero mi designación como Director General de Instituciones Penitenciarias en el gobierno de Adolfo Suárez. El segundo, la superación de la oposición a la cátedra de Derecho penal de Alcalá que hoy detento. Ambos se entremezclan en mí como algo consustancial e intenso, como lo mejor de mi existencia, a veces con un sentimiento íntimo de inmerecimiento, de regalo generoso, por no haber tenido los sustanciales méritos para haberlo logrado. Por eso, tanto tiempo después, continuo venerando aquel nombramiento y aquel mandato, así como agradeciendo al Tribunal que me votó su gesto y, desde luego, cumpliendo escrupulosamente con mi elevada posición universitaria. No importaron los terribles tiempos en que me tocó desenvolverme en el cargo político: asesinatos, entierros, motines, mi atentado, en fin, la transición española hacia la democracia dirigida por la UCD y apoyada por S.M. el Rey. Tampoco los largos días, con sus noches, de continuado estudio hasta completar la necesaria formación académica y los ejercicios correspondientes para obtener la preciada plaza universitaria. Todo estuvo bien empleado: el riesgo, el sacrificio y el esfuerzo.

Traigo lo anterior a colación por cuanto las dos oportunidades vitales referidas tienen un claro punto de relación con las jornadas que hoy tengo el honor de inaugurar. Si el Derecho penitenciario fue mi ocupación doctrinal y de gobierno, si tuve la ocasión de redactar la todavía vigente Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, la primera de desarrollo constitucional, no menor trascendencia tuvo para mi persona que la lección magistral elegida para mi oposición fuera, precisamente, el Derecho penitenciario militar, publicada ese mismo año (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, III, 1986), asunto que se ofrecía, hasta ese momento, poco menos que ignorado o muy desconocido. He aquí la venturosa coincidencia de la que hablaba al principio: la unión de los dos temas más importantes de mi biografía profesional y la presente intervención que voy a desenvolver a continuación que se refiere, precisamente, al Derecho penitenciario y al específico militar.

Pero hay más. Cuando ocupaba el mando de nuestros establecimientos carcelarios, el entonces Capitán General de Madrid, Gómez de Salazar, un militar cabal, cumplidor siempre de su deber, incluso cuando tuvo que entregar nuestro postrer territorio marroquí, después de la sinvergonzonería de la «marcha verde», o presidir comprometidos Consejos de Guerra, me solicitó ayuda para llevar a cabo la prisión militar, hoy única en servicio, de Meco. No dudé en ofrecerle la colaboración y el empuje de los arquitectos de mi Dirección General que llevaron a buen puerto, con tino y prontitud, el encargo recibido, extraño a sus ocupaciones formales, pero que acometieron con la misma ilusión y competencia con la que al Ministerio de Justicia servían. Pasó el tiempo pero quedó el apunte de la entrega. Cuando yo era Decano de la Facultad de Derecho, que en el *campus* poseía unas modestas instalaciones prefabricadas y el rectorado fijó la mirada en el cuartel de Mendigorriá, antiguo Colegio Máximo de jesuitas, me dirigí a Gómez de Salazar en súplica de apoyo para obtener o aligerar los trámites de la afectación del inmueble de Defensa a Educación. Su caballerosidad y el recuerdo de mi pasado compromiso, hizo que no dudara en colaborar en el magnífico empeño. Si ahora todos disfrutamos de este magnífico edificio docente fue, sin duda alguna, por su ilustre persona, por él.

Por todo lo expuesto, que no es poco, no podía negarme a estar hoy entre Vds. y abrir el presente ciclo de conferencias.

II

El penitenciarismo español hunde sus mejores raíces en el siglo XIX y, prácticamente, desde su principio. Ello no debe causar sorpresa. También en el resto de países de nuestro círculo cultural el fenómeno es, más o menos, similar. Bien fuera por la irrupción de los sistemas de cumplimiento de penas privativas de libertad americanos o por los impuestos en las colonias por Inglaterra, entre otros; bien sea por el coincidente declive de la aplicación de la pena capital, que era la panacea del castigo universal de los delitos, la prisión se alza como la nueva penalidad reina. Todas las naciones la incorporan a sus primeros textos punitivos o penitenciarios, pero sus modalidades son distintas. En efecto, si el régimen que se impone en Europa, importado de los Estados Unidos, fue fundamentalmente el celular continuo, con trabajo obligatorio y dulcificado el cumplimiento respecto al llamado pensilvánico o filadélfico, de aislamiento absoluto, uno de los modelos clásicos de la nueva tierra, en España se adopta, en un instante

inicial, el de aglomeración en brigadas y galerías colectivas. Y ello tiene una explicación razonable y apegada al terreno.

Los recursos de nuestro país referidos a los centros carcelarios son escuetos y limitados. De hecho, es casi imposible encontrar nuevas edificaciones a tal efecto construidas, sino más bien viejos locales desafectados de otros usos, reconvertidos malamente y utilizados para su destino de contener personas. La desamortización de Mendizábal fue la causante de la disponibilidad de estancias que no estaban orientadas a tal efecto. Vetustos cuarteles, desangelados conventos, frías fábricas, incluso castillos medievales, fueron las prisiones del momento. Otras, ya en los comienzos del siglo xx, fueron erigidas o reconvertidas más ampliamente para acoger a los presidiarios africanos que se integraban al sistema penitenciario de la Península. El resto de los Estados de nuestro círculo cultural hacen lo mismo, pero su régimen interno es infinitamente más severo que el nuestro, con una aplicación de la más dura y, en ocasiones, inhumana disciplina que jamás empleó nuestra legislación ni nuestra práctica ni, desde luego, era el sentir de los gobernantes ni de los penitenciaris patrios.

¿A qué se debe esto? Tengo mi opinión al respecto. El mando de los establecimientos carcelarios españoles esta referido a la autoridad militar desde un primer momento, es decir desde que existe un verdadero sistema, no el atisbo del mismo cuando en nuestro panorama penal existían exclusivamente cárceles preventivas con instituciones como el derecho de carcelaje. Desde la «Relación de la cárcel de Sevilla», de Cristóbal de Chaves, a las primeras ordenanzas y reglamentaciones penitenciarias hay todo un mundo, un largo camino que, no obstante, el penitenciarismo español ha recorrido con prontitud. Y esa responsabilidad asumida por los militares da una impronta característica única a nuestro Derecho de ejecución de penas.

El Derecho penitenciario español en sus orígenes es esencialmente militar. Los grandes especialistas de la época fueron jefes y oficiales generales de las distintas armas. Después vendrían los excepcionales penitenciaristas y penitenciaris civiles. Desde el coronel Montesinos, comandante del presidio de Valencia, introductor del régimen progresivo de tratamiento, que acorta la condena de los internos, pasando de grado, hasta obtenerse la libertad; hasta Haro, Morla, Abadía o Puig y Lucá, que mandaron distintas prisiones o participaron, con extremada competencia, en la redacción de las primitivas normas reguladoras, todos fueron soldados de oficio que se emplearon, con dedicación y conocimientos, a poner en marcha todo el aparato prisional. Y, lo más importante, estos nombres ilustres tratan al hombre presidiario como lo hacen con sus soldados, sean o no delincuentes, con respeto, con

disciplina y rigor, cuando procede, sin tonterías, con ejemplo y sin olvidar su condición de personas; en ocasiones, con un pietismo que anticipa posiciones doctrinales por venir y estoy pensando concretamente en Concepción Arenal. Esta es, en mi criterio, la clave, el motivo de nuestro avance inicial, como luego lo será también de la bifurcación del sistema en militar y civil, ya a mediados del diecinueve, cuando se entiende que no es su estricto cometido, aunque se sigue manteniendo el mando militar y las costumbres heredadas de entonces, como las formaciones, el saludo, el cornetín de órdenes y los correspondientes toques o la uniformidad estricta.

Nuestra historia penitenciaria sufre aquí una distorsión, como a continuación veremos. El sistema civil se separa del castrense y vuela más alto si bien, en sus comienzos, sigue tutelado por el militar, al menos hasta el Real Decreto de 23 de junio de 1881, en que se crea el cuerpo de empleados de establecimiento penales, de la mano del dos veces ministro, de Hacienda y Gobernación, el liberal Venancio González. Y la separación tiene sus consecuencias que no serán buenas para las prisiones castrenses. Pocos años después, por Ley de Presupuestos, de 29 de junio de 1887, la competencia definitiva sobre las prisiones la ostentará, durante décadas, el ministerio de Justicia. La proliferación de centros carcelarios es materia que solo puede predicarse del sistema que nace de la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 1834, mientras que los estrictamente militares se reducen de hecho a los arsenales de Marina, presidios ribereños, regulados en 1804. Y la historia de esta divergencia es la de nuestro sistema penitenciario, de su razón de ser y de su ventaja respecto al resto de los europeos, al añadirse a las valiosas iniciativas de los comandantes-directores de las prisiones del ejército, las puramente penitenciarias, enmarcadas en la nueva Dirección General del ramo, y basadas en los criterios reformadores de los auténticamente grandes: Rafael Salillas o Fernando Cadalso.

III

Desde el punto de vista doctrinal, el Derecho penitenciario militar ha sido poco tratado y en menor medida todavía su estudio histórico. A las escasas investigaciones científicas, alguna de las cuales, sin aburrir, iré citando, incluidas las propias, se suma ahora el extenso original enviado a la última edición del prestigioso premio Victoria Kent, que convoca anualmente la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, del que soy jurado permanente, obteniendo mercedamente uno

de los accésit, del que es autor el letrado Juan Victorio Serrano Patiño y que verá la luz el año próximo, publicado por Interior y que se centra en un análisis meritorio de su actualidad, aunque no del pasado.

Ya he dicho que la primera reglamentación fue la de arsenales. En efecto, la de 1804 marca el inicio del Derecho penitenciario español. Su regulación se limita a la Marina, competente en cuanto al cumplimiento de la pena de encierro. Luego será Guerra quien detente esa alta responsabilidad, después Gobernación y, por fin, ya lo he dicho, Justicia. Pero esto es la evolución, no el presente que ahora estoy tratando.

Cuando se tiene que buscar una palabra para calificar el devenir penitenciario español, uno de sus máximos estudiosos, el prof. de esta Universidad, Enrique Sanz Delgado, ha hablado de «humanitarismo» y es cierto. Mi querido discípulo encontró, atinadamente, el vocablo que resume como pocos la esencia del mismo. Y ello se refiere tanto a las primeras ordenanzas militares cuanto a las posteriores puramente civiles, así como a los protagonistas de las mismas, a sus inspiradores y aplicadores, es decir a los mandos del ejército y de la nueva Dirección civil del ramo. Su estudio ejemplar, fechado en 2003 (Edisofer. Madrid), es inspiración y referencia de cuantos tratan el importante tema.

Y si ciertamente fue humanitario el Derecho de la etapa, es porque gobernantes y mandos se esforzaron en que así fuera. Todo proviene de la penetración en España de las ideas de la Ilustración con la traducción de la obra «De los Delitos y las Penas» de Beccaria, en 1774, diez años después de la publicación de su original italiano; de la expansión del pensamiento reformista de Lardizábal, dado a conocer en 1782; del viaje del filántropo inglés Howard por nuestro país, visitando muchas de las prisiones existentes; del conocimiento de la reforma de las cárceles americanas a través de la obra de La Rochefoucault-Liancourt; de las informaciones puntuales, no siempre aprovechables, sobre las experiencias en los establecimientos penitenciarios de Lieja, Ámsterdam o Munich, así como las presiones ejercidas por las incipientes Asociaciones de la Caridad, integradas por un sector muy significativo de la nobleza, principalmente señoras, de indudable influencia.

La sociedad de la época está también imbuida de las primeras constituciones españolas partiendo de la de Cádiz de la que se han cumplido ahora los doscientos años. Los Códigos penales y las ordenanzas de prisiones indudablemente la toman como referencia. De ahí, su técnica singular, supeditada a la nación que surge después de la invasión napoleónica. Idiosincrasia propia, motivo primitivo de su

diferenciación última en relación con otras naciones del entorno. Pero los acontecimientos políticos, en especial de política exterior, trastocan muchas veces el modelo. En el tema de los establecimientos carcelarios militares tenemos el ejemplo más significativo. He mencionado que la fecha de la ordenanza de arsenales es del año 1804. No hace falta recordar que nuestra marina va a sufrir un inminente descalabro en Trafalgar y nuestra industria naviera se resiente durante décadas, arrastrando negativamente a los centros penitenciarios, a su trabajo en ellos, muy mermado por la derrota, pues eran prácticamente inexistentes los buques a mantener y reparar e ineficaz la correspondiente competencia ministerial. La indudable repercusión del grave acontecimiento se dejó sentir, incuestionablemente, en el inicio del declive de los presidios marinos que se vendrá a ratificar por disposiciones de 1816 y 1818 cuando se constata por la autoridad de marina que en los arsenales del Ferrol y Cartagena restan únicamente siete y diez presos, respectivamente, ordenando su traslado a los presidios correccionales más cercanos «por cuyo medio se ahorrará un gasto (el Departamento) no necesario para tan corto número de gente».

El fenómeno se repetirá un siglo después. Los acuerdos de la Conferencia de Algeciras, que reparte entre España y Francia el protectorado de nuestros vecinos del sur, serán determinantes para desocupar, un año más tarde, en 1907, los presidios africanos, ya civiles, y la traslación –sobre la que escribió el gran Salillas– de sus internos a la Península, concretamente a las prisiones centrales de El Dueso y Ocaña, iniciándose una nueva era en la ejecución de las penas de prisión, una ruptura con el antecedente.

El presidio de los arsenales es un edificio sólido, como la misma regulación legal que contiene, hecho de moles de piedra mirando al mar y por él azotado, vigilante del enemigo exterior, contrario a los presidios africanos que se erigen pensando en el ataque interior, desde dentro de la tierra desértica, soportando su arena y las incursiones fronterizas. En las bases de nuestra armada se confunden los locales destinados a la tropa y los afectados a centros de reclusión y cumplimiento de penas, pues los reclusos se integran en la marinería, a los efectos de trabajos y defensa, con las limitaciones propias de su condición de condenados. Su antecedente es la galera marinera, que fundamentalmente surcaba el Mediterráneo, desde los tiempos del Emperador Carlos, que ahora ya han venido, lógicamente, a desaparecer aunque formalmente no lo efectuarán hasta fechas contemporáneas a las que estamos recogiendo. Y la denominación de los nuevos establecimientos como un «barco en tierra», como dirá textualmente la reglamentación de 1804, no ofrece lugar a dudas en cuanto a sus

orígenes y destino: por un lado, como cumplimiento de sentencias penales y por el otro, en su caso, como lugar donde se desarrollan las batallas de una escaramuza o de una guerra. Es decir, lo mismo que el anterior servicio «a remo y sin sueldo en los barcos del Rey» del que hablaba la vieja Real Cédula del primer Austria: expiación de la pena y utilidad de los sentenciados para el servicio militar en tiempos de conflicto armado. Por eso, y cito de nuevo a Salillas de quien todo se aprende, el preso español ha pasado así de ser remero a convertirse en bombero, pues en los arsenales su empleo esencial, penoso, pero no tanto como lo será la condena a las minas de mercurio de Almadén, será el uso de las bombas de achique del agua que se cuela en los navíos y en los puertos.

Y estas edificaciones batidas por las olas confieren prestancia al encierro. Los dormitorios y los patios le confieren sus olores y sus ruidos característicos. El internamiento igual que sus muros, severo y firme, sin muchas concesiones ni grandes beneficios internos, pues ha de ser la Ordenanza de 1834 la primera que verdaderamente establece premios y acortamientos de condena en su articulado, que los mandos militares de las prisiones civiles aplicarán sin empacho ni vacilación alguna, acatando generosamente su deber legal.

IV

Emprender el estudio de la historia del Derecho penitenciario militar español implica también conocer a fondo los orígenes del civil, a fin de saber cual ha sido el camino acompañado, el punto de separación y el recorrido en solitario. Y para efectuarlo, mi metodología, que viene de lejos, es partir de que todos los sistemas carcelarios se han de asentar en cuatro elementos fundamentales: los reclusos, el personal penitenciario, los establecimientos y las normas jurídicas.

Bajo la perspectiva indicada, he de señalar una serie de puntualizaciones: en primer lugar, que omito referirme a los antecedentes remotos donde tenían lugar determinado los distintos modos de vida carcelarios, pues los habidos desde le Edad Media hasta la Moderna no aportarían nada sustancial a los fines que se pretenden en la presente exposición. De hecho baste decir que desde el siglo XIII hasta el XVIII solo merece recordarse el citado servicio de galeras, de naturaleza penitenciaria, consistente en el empleo de presos «rematados» o sentenciados en firme, como galeotes para mover con los remos los barcos de guerra, aunque luego, con el correr de los tiempos, los penados prestarán iguales cometidos en otros buques reales e, incluso,

mediante concesión, en naves de empresas privadas. Esta pena de naturaleza aflictiva y utilitaria tuvo su indudable razón de ser por los fines a que estaba ordenada y que no eran otros, fundamentalmente, que descargar las hacinadas y en ebullición cárceles del Reino, atestadas de personas en espera de juicio mezcladas con las penadas, y obtener una mano de obra, subsidiaria de la profesional, barata cuando no gratuita y segura, aunque fuera de inferior rendimiento. Pero incluso respecto de esta pena, prueba de la confusión penológica reinante, conviene señalar también una serie de puntos. Y así los penados eran mayoritariamente personal civil, condenados por Tribunales y Audiencias ordinarias, aunque algunos pocos, excepcionalmente, lo fueron por el Santo Oficio; el personal de custodia era civil en tierra y militar en los barcos; los establecimientos, ubicados en las proximidades de la costa y cerca de los principales puertos, eran depósitos de hombres atendidos y dirigidos por personas designadas por las Autoridades judiciales ordinarias y, en el mar, las cárceles flotantes eran barcos de la Corona, principalmente militares, gobernados por éstos; y, por fin, que en cuanto a la normativa, de naturaleza penal sancionadora, era esencialmente civil, mientras que las que regulaban los distintos regímenes de vida marinera eran de orden castrense o, en los últimos tiempos, es decir a finales del siglo XVIII, administrativo-penitenciarias.

En segundo término, el arsenal de Marina y, en mucha menor medida, los presidios peninsulares y los africanos son los herederos de las galeras, desaparecidas definitivamente en el año 1803. Ello ha sido así porque la penalidad se ha venido transformando. El progreso industrial cambia el objeto del castigo. Las nuevas formas de cumplimiento penitenciario serán el empleo de los sentenciados en obras de fortificación, construcción o reparación de barcos de guerra, edificación y mantenimiento de arsenales o cuarteles, defensa del territorio, trabajo en los yacimientos reales, obras públicas o, en fin, enrolamiento forzoso como soldado en los regimientos expedicionarios. Porque, en efecto, las galeras inicialmente responden a un momento de inquietud y expansión marinera de los monarcas españoles, esencialmente aragoneses, desde el siglo XIV y, desde luego, de los Reyes Católicos a raíz del descubrimiento de América. Mas el impulso determinante lo confiere Carlos I, por Cédula de 14 de noviembre de 1502, continuado el empeño por todos los Austrias. Suprimida esta pena en 1748, ese mismo año fue restablecida por Carlos III. Será este gran rey, por Pragmática de 12 de marzo de 1771, quien da un paso trascendental, desde el punto de vista de la naturaleza del castigo, al elevar a la categoría de pena principal del Derecho criminal a la prisión, dife-

renciándose de esta manera y para siempre, especialmente desde las ordenanzas y leyes posteriores, dos instituciones que van a coexistir desde entonces: la cárcel de preventivos, de contenido procesal y el establecimiento de penados, de carácter eminentemente penal.

La consecuencia lógica de este importante giro punitivo se manifiesta en una factible clasificación de las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad, que es la siguiente: el destino a los presidios-arsenales, que serán La Carraca, Cartagena, Cádiz y Ferrol, será para los galeotes, obligados ahora a manejar las bombas de achique y realizar otros penosos menesteres, bajo mando militar; a los presidios africanos, que serán Ceuta –el denominado mayor– y los menores de Melilla, Alhucemas, Peñón de Velez de la Gomera y Chafarinas, siendo el primero en desaparecer el de Orán, se destinan los culpables de «delitos feos o denigrativos», los desertores y los posibles o efectivos fuguistas, siendo también militar el mando de los mismos; los presidios peninsulares van a presentarnos dos fórmulas bien diversificadas: los de obras públicas y los industriales. Los mismos se nutren de otras tantas vías: los depósitos de rematados, como Madrid o Málaga, donde se concentraban los reos que eran luego enviados a los establecimientos citados en primer lugar, donde se formaban brigadas para nutrir los destacamentos penales de Pajares, Cabrillas, Canales de Isabel II, de Urgel o de Castilla o para la construcción de carreteras, tendidos de ferrocarril u obras de fortificación en Jaca, Santoña o Cádiz, autorizando los respectivos Comandantes que los condenados pudieran ser empleados en servicios urbanos tales como limpieza y cuidado de las calles. Precisamente el cierto rechazo social que en los municipios provoca la medida, hace que los internos pasen a los presidios industriales o a las cárceles, tales como Madrid, Málaga, San Miguel de los Reyes o San Agustín, ambas de Valencia, que ofrecen trabajo en los obradores o talleres y, en ocasiones, una forzosa e indeseable inactividad. Todas estas prisiones de cumplimiento se hallan regidas por personal militar y, a mediados de siglo, bajo la competencia del ministerio de Fomento; por último, a las casas de corrección de hombres (San Fernando de Henares) o de mujeres (galeras de Madrid o Alcalá), serán enviados los respectivos condenados, centros también comandados por militares y órdenes religiosas.

En tercer lugar, sentado lo anterior, en el panorama penitenciario español se van a producir dos etapas determinantes que califico de unificación normativa, la primera y la segunda, de separación y diferenciación, para siempre, de los presidios militares de los civiles. Tres grandes disposiciones se enmarcan en el movimiento refundidor: la Ordenanza de Presidios Navales, de 20 de marzo de 1804; el Regla-

mento de los Presidios Peninsulares, de 12 de septiembre de 1807 y la Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834. Por esta norma se crea la Dirección General del ramo que depende del ministerio de Fomento. La había firmado la Reina Gobernadora y la gloria correspondió al prócer de nuestros administrativistas, Javier de Burgos, que ocupaba la cartera que asume la competencia funcional y organizativa. En cuanto al segundo y relevante momento, la Ley de Prisiones, de 26 de julio de 1849, trae como consecuencia inmediata la divergencia de las prisiones civiles de las militares, pasando la competencia de las primeras a Gobernación y de las segunda al ministerio de Guerra. La creación del cuerpo de empleados de establecimiento penales, cuarenta años después, mencionado anteriormente, es la consecuencia del abandono del mando de los centros penitenciarios ordinarios por los militares. Y esta situación va a ser la causa de su atraso y, a la postre, de su práctica extinción.

V

El deslinde de ambos Derechos penitenciarios, el militar y el civil, a partir de 1849, se encuentra condicionado por determinadas circunstancias no siendo, en todo caso, la menor de ellas la penuria económica estatal. De hecho y precisamente por ello, la separación no lo fue de forma tajante, sino gradual y progresiva, quedando en el camino lo que podíamos calificar, con propiedad, como islotes residuales ya que, de este forma, en primer lugar, el mando castrense de las prisiones comunes, hasta muy avanzado el siglo XIX, así como las visitas generales que las autoridades militares todavía realizaban en aquella época a los centros, indican las dificultades de un deslinde absoluto. Pero en la inexorable divergencia el penitenciarismo militar perdió, pues el civil le tomó claramente la delantera y ello, fundamentalmente, por nuestra mejor doctrina penitenciaria que pensó únicamente en los establecimientos comunes y, como los ya mencionados Cadalso o Salillas, los llegaron a mandar o como Concepción Arenal, que los visitó por mandato legal expreso. Pero esta realidad no impide que se tenga en cuenta a una ingente pléyade de ilustres soldados que han llenado páginas enteras de nuestra historia con todo honor y merecimiento.

Imperecedero es el recuerdo, a este efecto, del coronel Manuel Montesinos y Molina, oficial de caballería retirado, que llegó a ser comandante del presidio correccional de Valencia y luego de San Agustín, creador de un sistema penitenciario propio, imitado y estu-

diado con la mayor atención en el interior y desde fuera de nuestras fronteras, el régimen progresivo de ascenso de grado en el tratamiento hasta alcanzar la libertad. Asimismo, el primer presidio peninsular, el de Cádiz, fue obra del Capitán General de Andalucía, Morla, del entonces teniente coronel Abadía y del capitán de infantería Haro y la inicial Comisión encargada del «arreglo de las cárceles», que ve interrumpido sus trabajos por la invasión de los cien mil hijos de San Luís, fue compuesta por egregios militares, buenos conocedores del tema, reiniciando sus trabajos, bajo la presidencia de Abadía, ya Teniente General, dando sus excelentes frutos en los Reglamentos de primeros de siglo y en la propia Ordenanza de Presidios. Puestos a recordar, convendría precisar que cuando se promulga la Ley de Prisiones de 1849, las prisiones civiles continúan dirigidas y tuteladas por personal militar y ello hasta la reiterada creación del cuerpo de empleados de establecimientos penales en 1881.

Por lo que hace a los establecimientos penitenciarios del momento histórico que estamos contemplando, no puede olvidarse que su estructura arquitectónica condiciona de manera absoluta el régimen interior que se practica en el interior de los mismos, arrastrando, con dificultad, la observancia de las normas promulgadas, pues el ámbito real donde deben ser cumplidas o no reúne las circunstancias adecuadas o simplemente no existe el conjunto de dependencias, servicios o elementos precisos. Y, además, la prisión cerrada, como modelo esencialmente único, no era el solo modelo de cumplimiento. ¡Bien lo entendió Montesinos! Ahora bien, estos centros primitivos, los únicos disponibles, tuvieron su continuidad en el terreno normativo. Así, la Ordenanza de Arsenales fue la fuente de inspiración de la de Presidios Peninsulares y el Reglamento de la penitenciaría de Ceuta, civil, valió como basamento para las de Mahón o Cuba, militares. Y si los locales carcelarios militares están fundamentalmente pensados para la defensa, los civiles no cumplen ese cometido esencial y ello se detecta perfectamente en el análisis de las primeras y más importantes reglamentaciones citadas con anterioridad.

La Ordenanza de Presidios Navales o de Presidios Arsenales, regula los centros, competencia de Marina, a donde son enviados los condenados por los delitos más graves, siguiendo los mandatos legales de la Novísima Recopilación. Fue promulgada por Carlos IV a instancias de Godoy. Ya he dicho que este establecimiento, recogiendo la herencia, es un buque armado a todos los efectos, quedando personal y reclusos a las órdenes del Director General de la Armada. La terminología es típicamente militar porque castrense era su autoridad. El subcomandante es el jefe superior del mismo y los inmediatos infe-

rios se denominaban correctores, subcorrectores y cabos de vara, todos marinos profesionales. El personal subalterno era designado por el Capitán General de la región marítima correspondiente. La distribución de los penados se efectuaba según categorías donde era determinante no solo el delito, sino la edad y la fortaleza física, siendo las dependencias que los albergaban denominadas salones o baterías y éstas, a su vez, se dividían en cuadradas o cuadrillas, mandadas por un cabo. Los presidiarios estaban divididos en tres clases: de peonaje, la primera y segunda, y de marinería y operarios, la tercera. Por las iniciales pasaban todos hasta cumplir el primer tercio de su condena, por la segunda los aprendices de taller y la última se alcanzaba con el conocimiento de un oficio. La sujeción personal también sufría variación: los de la primera categoría estaban amarrados con cadenas, los de la segunda, en ramal y los de la tercera, con grilletes gruesos o delgados, según los casos. El trabajo era obligatorio en faenas propias del arsenal, la disciplina severa y muy distintas las correcciones aplicadas según la falta cometida, hasta poder utilizarse los azotes y el denominado «cañón de corrección». Todo se regulaba en esta primitiva normativa, tanto cuanto hacía a la alimentación, la higiene, la atención médica, las comidas o el vestido. Si los reclusos finalizaban su condena sin nota desfavorable podían ocupar plaza en el arsenal.

El Reglamento de Presidios Peninsulares se inspira en los previos y locales de Cádiz. Esta valiosa disposición tiene un ámbito general, para todos los centros carcelarios militares. Estos son sus rasgos esenciales: los mismos quedaron sometidos a la absoluta dependencia del ministerio de la Guerra, siendo por tanto oficiales del ejército sus dirigentes, disponiéndose que se estableciera uno de estos establecimientos en cada capital de provincia y en ciudades populosas «donde los condenados puedan tener ocupación útil» y para que «sirvan de ejemplaridad para contener los crímenes», finalidad evidentemente de prevención general acorde con la época.

La clasificación interna fue acertada. Se fijaron normas referentes a distribuir a los reclusos de acuerdo con su edad y condiciones personales, concretándose un departamento para jóvenes, denominados «corrigendos», novedad incuestionable, añadiéndose una indeterminación en la duración de la sentencia pues los reos «habían de permanecer en el establecimiento seis años por lo menos, y solo se les pondría en libertad cuando se creyera que podían mantenerse dedicados a ejercer honrosamente un oficio». Laboralmente, se prohibió el empleo de presidiarios en servicio de particulares y se dispuso que los trabajos podían hacerse por contrata y por cuenta de la Hacienda pública dedicándolos a la construcción de caminos, canales, empe-

drado, limpieza de calles de las poblaciones y –cuando hubo las protestas ya reseñadas– a talleres dentro del local detentivo. La instrucción moral se entrega al capellán y se regula la existencia del médico. La disciplina sigue siendo dura e inexorable los castigos. Así, las sanciones corporales se imponen por los denominados «prebostes», que no son sino presos de confianza que recibían remuneración por su dedicación. Las faltas muy graves podían dar lugar a Consejo de Guerra sumario y se reglamentaron los hierros de sujeción que se distinguían en collera, ramal o grillete.

Este Reglamento no fue un texto liviano, tenía impronta y el recio vigor de sus autores, ni más ni menos que Morla, Haro y Abadía, pero tuvo una virtud indiscutible, al margen del detalle de su contenido: unificó criterios y sistematizó el cumplimiento de las penas privativas de libertad con carácter nacional. Pero hizo algo más: abrió la puerta del correccionalismo penitenciario a los delincuentes juveniles entonces en la órbita de la represión penal.

La Ordenanza General de 1834 es el reflejo del deseo gubernamental de transformar los presidios militares en civiles, lo que se venía gestando hacía algún tiempo. Por eso sus cuidadas disposiciones se someten a Fomento, si bien todavía los mandos y la disciplina son militares, sin que perdieran los centros su condición de civiles. Si la gran reglamentación, con vigencia de casi un siglo, da un paso de gigante en el sentido de la separación de los Derechos penitenciarios, la inquietud de los gobernantes al respecto ya se había manifestado dos años antes, en 1832, de donde se toma el precedente legislativo de la competencia dividida. Y como los dirigentes son castrenses, la terminología responde a este criterio. La parte segunda de la excepcional norma se dedica al régimen interior de los presidios y allí se enumeran los responsables: el comandante de los mismos, el mayor, el ayudante subalterno, el furriel, los capataces y los cabos de vara, dividiéndose la población reclusa en brigadas de cien penados cada una y en cuatro escuadras de veinticinco presos cada una de ellas. Los pasos se están inequívocamente dando. En 1849 la separación de los ordenamientos hace algo más que empezar a consumarse.

En efecto, la Ley de Prisiones proclama la vertebración de los establecimientos carcelarios españoles en dos amplias áreas que, a partir de ahora, son irreconciliables: los civiles, dependientes de Gobernación y los militares que vendrán a depender de Guerra. Los mandos ostentarán un carácter típicamente civil. Ya se hablará de Alcaldes, cuyo nombramiento ostentará el Jefe Político provincial (luego Gobernador Civil) y el Centro Directivo será la Dirección General de Presidios, correspondiendo las funciones de alta inspec-

ción administrativa a las nuevas Juntas de Cárceles y la judicial a los jueces y fiscales de la jurisdicción y siempre al Fiscal del Tribunal Supremo.

Como complemento de cuanto se ha dicho, es en 1902 y en 10 de marzo, cuando se clasifican los establecimientos penitenciarios en su totalidad, según la gravedad de la condena impuesta, dejando fuera de la misma, en el olvido, los presidios militares, pues el Real Decreto es ya de Gracia y Justicia. La bifurcación no pueda ser más clara.

VI

A finales del siglo XIX se reglamenta la penitenciaría militar de la isla de Cuba. Es el 28 de diciembre de 1889. Extensa, de 301 artículos y densa, dividida en tres títulos, nace con un interés específicamente territorial y se crea en la provincia de la Habana. Allí son destinados todos los individuos del ejército de la isla y de la de Puerto Rico condenados a las penas de prisión o reclusión correccional militar o común, impuestas a los que no habían causado baja definitiva en la milicia. El centro carcelario, como establecimiento puramente militar, depende del ministerio de la Guerra, de la Capitanía General de Cuba y del Gobierno militar de la provincia y plaza de la Habana. Al segundo de los mandos citados corresponde la alta inspección de la misma y al segundo la inspección en revista. Los reclusos quedaban sujetos a la jurisdicción de guerra por cuantos nuevos delitos se cometiesen durante su condición de penados, aplicándoseles el texto penal castrense. La penitenciaría se consideraba un batallón y cada grupo, una compañía. El personal empleado era militar en servicio activo, con determinados años de servicio, desde veinte el comandante-director a cuatro los sargentos, y sus graduaciones eran las del ejército, incluidos los capellanes o los médicos. Los guardianes ostentaban el distintivo de la policía militar (P.M.) y todos iban armados.

La prisión naval militar es la Cuatro Torres en la ciudad gaditana de San Fernando y su Reglamento es el de fecha 19 de septiembre de 1899. Así llamada por sus cuatro torreones o salientes instalados en sus cuatro ángulos, se levantó dentro del arsenal de la marina llamado La Carraca. Edificio impresionante, casi sobrecogedor, sólido y de fuerte personalidad, construido en tiempos de Carlos IV, de planta rectangular, con dos pisos y un gran patio central, fue concebido desde sus inicios como establecimiento penal. En ella se instala el sistema de cumplimiento denominado de aglomeración del que también hará mención la Ordenanza de 1834. La armada fue celosa de sus respon-

sabilidades respecto a este establecimiento del que se afirma reiteradamente su competencia exclusiva y así, en 1857, se sienta de modo tajante: «el presidio del arsenal de La Carraca no está en manera alguna bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación, y sí bajo la del de Marina». Será desafectado en 1944.

El 21 de octubre de 1909 se promulga el Reglamento de la penitenciaría militar de Mahón. Se establece en la fortaleza de Isabel II por anterior Orden de 10 de abril de 1891, de acuerdo con el vigente Código de Justicia Militar. Es un trasplante de cuanto se ha dicho para la prisión cubana. Los destinatarios serán, entre otros, los condenados a prisiones correccionales militares o comunes que deban cumplir durante su permanencia en filas, aún cuando en el transcurso del procedimiento les correspondiera la licencia absoluta y siempre que las penas hubieran sido impuestas por la jurisdicción de guerra. Como lugar de cumplimiento típicamente militar, dependía del ministerio de la Guerra, del Capitán General de Baleares y del Gobernador militar de Menorca. Los reclusos que sufrieron condena en Mahón eran destinados, además de a talleres en el interior del local, a trabajos de carácter castrense, bien en fortificaciones, en cualquier edificio al servicio del ejército, limpieza o conservación de estos, acarreo de pertrechos o efectos y a todos aquellos que dispusiera el Capitán General, siempre de tal carácter, autoridad al que, al igual que en Cuba, correspondía la alta inspección del lugar. Y del mismo modo que en ésta, los mandos son profesionales, del arma de infantería, a las órdenes de un coronel-director.

También todo era aquí militar. La tropa de vigilancia era elegida con minuciosidad tanto entre la guarnición de Baleares cuanto de otros lugares, teniendo los corrigendos la categoría de militares de reemplazo y los de mejor conducta, a quienes faltasen seis meses para extinguir su condena, podían ser destinados al servicio de la falúa que acercaba la isla a la capital o a las otras ciudades, con gratificación de 2,50 ptas. Los celadores de la clase de los penados eran los preferidos para las obras de fortificación, estaban dispensados de los trabajos mecánicos y podían salir por el exterior de la fortaleza los domingos y festivos si se encontraban francos de servicio. Por lo que hace a los castigos, los mismos no se diferencian especialmente de otros impuestos en determinados regimientos: recargos en los servicios mecánicos, pérdida del cargo de celador, brigada de corrección, calabozo o privación de gratificaciones. Los calificados como incorregibles, que en el mundo civil descontaban su pena en el penal de Chinchilla, castillo que todavía se erige en la llanura albaceteña,

eran situados en un local cerrado, separado y aparte, destinándoseles a las labores de mayor fatiga.

La Penitenciaría Militar de Mahón (La Mola) se suprime en año 1968 y las condenas que venían en ella extinguiéndose se cumplirán en el castillo de Cartagena.

En el siglo xx también se legisla al respecto. De hecho, el Reglamento para el Régimen y Gobierno interior de las Prisiones de Madrid tiene fecha de 1 de mayo de 1920.

Compuesto por diecinueve capítulos y 267 artículos, es un texto meticuloso y que pretende abarcarlo todo. En el establecimiento ingresan los arrestados, detenidos o constituidos en prisión por orden escrita de las autoridades militares de la plaza y jueces permanentes de la misma. Todos los sujetos al fueron castrense extinguían aquí sus condenas. Su contenido es amplio, pues igual trata del personal que de la asistencia médica, de la higiene y limpieza, de las requisas, comunicaciones, utensilio y mobiliario, de la cantina o de la guardia exterior.

La segunda República añade cierta confusión al respecto. Por un lado, reconvierte viejos establecimientos civiles en prisiones militares, nombra cargos que luego suprime y dicta normas internas de funcionamiento de las mismas. En cuanto al primer tema, el Decreto de 25 de agosto de 1932 habilita como Penitenciaría militar el centro penitenciario del Dueso. Sin duda la rebelión del General Sanjurjo propició el invento. Por lo que hace al segundo, la Orden de 5 de agosto de 1933 señala, de forma genérica, los diversos establecimientos donde han de descontarse las penas, que han de ser los cuarteles y prisiones militares de las poblaciones donde se encuentren los cuerpos o institutos a que pertenezcan los condenados, cuidándose muy mucho de recordar que sigue vigente el reglamento de la prisión militar de Mahón, a los efectos de norma de general aplicación en cuanto al régimen interior de los centros. En tercer término, al pasar a mandar el general Romerales la circunscripción de Marruecos y cesar en el desempeño del cargo de Inspector general de prisiones militares, queda vacante dicho destino disponiéndose, por Orden de 5 de diciembre de 1934, que dichos locales detentivos pasen a depender directamente de los Capitanes Generales de las divisiones en cuyo territorio se hallen enclavados los mismos. Por fin, una Orden Circular, la de 19 de febrero de 1934, se ocupa de los castillos y fortalezas afectados al ministerio de la Guerra y destinado a ex-militares. Se trata de una normativa que trata de responder a las múltiples vacilaciones del régimen en lo que hace a la represión de los movimientos contrarios al mismo. Es un texto de 32 artículos sin mucho interés y ninguno desde el punto

de vista sistemático, cuya única relevancia es, precisamente, dedicarse a personal que ya no está en activo en el ejército.

VII

Mientras todo esto acontece, el Derecho penitenciario civil ha volado alto y lejos. Y ello, como explicaré –y ese será el final de mi exposición– tiene variados motivos. Como reflexión general baste decir que éste ha ido adaptando su estructura funcional a las concretas necesidades históricas, adecuando continuamente sus normas a los avances científicos, aportaciones doctrinales y a las normas internacionales en cada momento vigentes, logrando adoptar, en definitiva, un sistema penitenciario bien definido y ejemplar. La misma existencia de una Ley Orgánica Penitencia (1979), inexistente en el ámbito castrense, como hace tiempo indiqué (Libro-Homenaje al prof. Fernández Albor, 1989), pues su normativa es exclusivamente reglamentaria (1992), es buena muestra de la culminación de la evolución del sistema.

¿Cuáles han sido las causas específicas de haber tomado la delantera? Me atrevo a señalar las siguientes. Por un lado, la asignación económica, partiendo del huerfanismo secular, es muy superior. En efecto, las prisiones civiles están siendo mejor tratadas presupuestariamente que los establecimientos militares, que ven compartir su asignación con la global atribuida al ejército, pero que no poseen autonomía propia. Por el otro, y no menos importante, la red de edificios es impresionante en cuanto a su desproporción. Los centros dependientes de Justicia se multiplican en este periodo. Baste recordar la normativa clasificatoria de 1902, ya citada, existiendo prisiones para todo tipo de delincuentes y delitos, diferenciadas en grados de cumplimiento, ateniéndose al sistema progresivo instaurado desde 1901, cosa que no sucede con las militares, escasas y sin un tratamiento específico. Y menos puede decirse del momento actual donde en los establecimientos penitenciarios civiles se invierten unos ciento veinte millones de euros por cada nuevo en funcionamiento, no ya a distancia sideral de lo que se emplea para los militares, sino que la atribución económica a estos últimos es en verdad ridícula cuando no prácticamente inexistente.

En tercer lugar, la legislación del penitenciarismo civil se ha ido desarrollando de una forma extraordinaria y los mejores teóricos y prácticos a este Derecho se han dedicado. Desde las citadas disposiciones clave de 1834 (Ordenanza de Presidios) y 1849 (Ley de Prisio-

nes), se han sucedido otras verdaderamente determinantes para nuestra historia carcelaria. De esta forma, antes de fin de siglo se regulan, entre otras, la penitenciaría de mujeres de Alcalá (1882), el hospital del Puerto (1886), la prisión de Ceuta (1889) o la celular de Madrid (1894). Ni más ni menos. Cuando llegue el siglo xx el sistema progresivo de ejecución de condenas privativas de libertad, aquel que pusiera en marcha, sin medios pero con energía e ilusión, en Valencia el coronel Montesinos, se trae al Decreto de 3 de junio de 1901, inspirado en Fernando Cadalso. Dos años después Salillas patrocina la individualización en el tratamiento y se legisla sobre la condena y libertad condicionales antes de los años veinte. Cuando en 5 de marzo de 1913 se promulgue el Real Decreto que viene a sustituir a la Ordenanza secular, es sistema penitenciario civil español está definitivamente consolidado. No así el militar.

El penitenciarismo castrense, desde entonces y hasta la actualidad, ha quedado retraído y retrasado respecto al civil por los motivos que fundamentalmente he apuntado y, en el mejor de los casos, podríamos decir sin temor a errar que ha ido a remolque del mismo. Ello se comprueba esencialmente de dos formas posibles: cuando incorpora instituciones ya ensayadas con éxito en la legislación ordinaria y cuando se hace mención de los escasos establecimientos militares en comparación con la proliferación de los dependientes de Justicia. Así, cuando Cadalso escribe, en 1924, sobre el catálogo de nuestro centros, al referirse a los de competencia de Guerra, señala únicamente dos: Mahón y, para la Marina, el de Cuatro Torres en el arsenal de La Carraca (San Fernando, Cádiz). Con todo, este último tenía sus días contados, lo que no podía saber el maestro de penitenciaristas. En efecto, en 1944, por Orden de 5 de febrero, el ministerio de Marina desafectó el edificio de sus «menesteres penitenciarios».

Y es que aquella gran historia, primero paralela, luego se hizo distante y aunque es de justicia reconocer que la Ordenanza General de Presidios tuvo por fuente de inspiración las de los presidios arsenales o peninsulares, que el Reglamento de la colonia penitenciaria de Ceuta sirvió de basamento para las normativas de Cuba o Mahón o que, en fin, sin Montesinos el sistema progresivo de ejecución de condenas posiblemente no hubiera existido, también hoy puede decirse que si en su momento el penitenciarismo militar fue el ejemplo a imitar, ahora ha quedado rezagado respecto al civil y no es claramente el modelo del mismo.

La trata de personas

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

RESUMEN

Los delitos contra la trata de personas aparecen en nuestro código y en el derecho comparado con una redacción muy similar por la marcada influencia de las normas internacionales y, muy especialmente, del protocolo de Palermo. Desde una perspectiva política criminal merece ser criticado que los legisladores no hayan hecho ningún esfuerzo de concreción y diferenciación y abarquen un conjunto de conductas que merecen valoraciones jurídicas penales distintas por su distinta gravedad. Como consecuencia de ello las penas aplicables resultan frecuentemente desproporcionadas. La actual redacción fundamenta el injusto de estos delitos en un elemento objetivo, que consiste en la desubicación de la víctima gracias a lo cual queda en una situación de vulnerabilidad y dependencia y, de un elemento subjetivo, que exige que la transferencia se haga con fines de explotación. En el presente trabajo abordamos desde esta polaridad el estudio del tipo.

Palabras claves: *Trata de seres humanos. Protocolo de Palermo. Convenio de Varsovia. Prostitución. Migración ilegal.*

ABSTRACT

The human trafficking crimes appears in our Criminal Code as well as in the comparative law with a very similar redaction due to the strong influence made by the international laws and, specially, for the Protocol of Palermo. From a political criminal perspective it must be criticized the attitude of the law maker for its lack of an effort in order to concrete and to difference the divergent criminal conducts that differs in their severity. As a result of this action the penalties to apply become excessive. The current redaction underlies the crimes in an objective and subjective item. The first one is focus on the victim dislocation provoking a state of vulnerability and dependency. The second element requires making the transfer with the purpose of exploitation. In the current paper we work from this polarity the analysis of the penal figure.

Keywords: *Human trafficking. Protocol of Parlemo. Agreement of Varsovie. Prostitution. Illegal migration.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Normativa Internacional. a) Las normas dictadas por las Naciones Unidas. b) Las normas dictadas por la Unión Europea y el Consejo de Europa.–3. La trata de seres humanos en el Código Penal español. a) Evolución histórica. b) El tipo vigente de trata de seres humanos (art. 177 bis). i. El bien jurídico protegido. ii. Elementos típicos y circunstancias modificativas de la responsabilidad pena. a) Las relaciones concursales con otras infracciones afines. b) Aspectos penológicos. c) La excusa absolutoria para la víctima.–4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito elabora en el año 2009 un informe demoledor sobre la trata de personas (1) en el mundo actual (2). El estudio era el primero que se hacía sobre 155 países, de forma que, aunque los responsables del mismo consideran que sigue siendo una visión parcial del problema, resulta ser el más elaborado de los que se conocen hasta la fecha. A pesar de la gravedad de los datos obtenidos en sus conclusiones también se reconoce que la intensa producción de recomendaciones de distinto tipo desde las Naciones Unidas permite afirmar que las cosas –aunque lentamente– están cambiando y que «*en un periodo de tiempo muy breve se han alcanzado progresos notables en la lucha contra un*

(1) Aunque el *nomen iuris* del delito que vamos a analizar en el presente trabajo es *trata de seres humanos*, hemos preferido denominarle *trata de personas*. Si bien la cuestión no pasa de ser meramente semántica, nos parece más adecuado en este contexto hablar de personas por dos razones: la primera porque seres humanos hace referencia a un animal que pertenece a la familia de los homo sapiens, mientras que persona es un sujeto de derechos y obligaciones (CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil, común y foral*. T. I. Vol. II. Madrid. 2007. P. 104), el único imaginable que puede ser sujeto pasivo del delito. En segundo lugar, frente a un delito en el que una persona se ve tratada «*como un animal*» [ALONSO ÁLAMO. *¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual*. Revista Penal. Núm. 19 (2007). *Passim*.] encuentra plena justificación destacar la cualidad de sujeto de derechos. Hemos señalado que es una cuestión semántica aunque, eventualmente, podría tener su importancia en aquellos casos en los que los autores deciden trasladar fetos vivos para extracción de órganos. El *nasciturus* es jurídicamente ser humano, pero no es persona (art. 29 CCi). Semejante supuesto no es trata y quedaría ya excluido por el propio nombre del delito.

(2) El referido informe está en parte inspirado en otro precedente realizado en el 2006.

delito que ha recibido un amplio reconocimiento como tal, hace muy poco tiempo».

El progreso se cifra en el hecho de que a finales de 2008 ya el 63 % de esos 155 países habían incorporado leyes específicas para prevenir y reprimir la trata de personas en todas sus manifestaciones de explotación de las mismas. El 54 % habían creado unidades policiales especializadas y en una proporción similar se había elaborado unos planes de acción nacional (3). No obstante, la actividad legiferante no se reparte por igual en las distintas regiones del planeta. A pesar de que gran parte de las personas transferidas proceden del continente africano, en la mayoría de los países de esta región aún no se ha promulgado ninguna legislación al respecto. Por el contrario, las sentencias condenatorias tan solo se produjeron en los países desarrollados.

Un aspecto interesante que ayuda a entender el mundo criminal que gira en torno a la trata es el de las proporciones de hombres y mujeres que se dedican a estas labores. A pesar de que en las organizaciones criminales es muy superior la presencia de hombres, sin embargo, en aquellas que se dedican a la trata de personas se aprecia un número considerable de mujeres. La conclusión se toma comparando en los países con más sentencias los porcentajes de mujeres condenadas por este delito en comparación con el resto de los delitos. Según el informe ello se debe a que mujeres que fueron originariamente víctimas de la trata terminan formando parte de las organizaciones dedicadas a transferir nuevas personas. Las organizaciones, continua el informe, son más complejas y asumen más responsabilidad y también beneficios en los países de destino, mientras que, en los países de origen de la persona transferida, puede no existir organización criminal, sino que directamente se captan las personas a través de familiares o allegados, que tienen un cierto prevalimiento sobre las mismas. El *modus operandi*, pues, consiste en contactar con la delincuencia local y dejar que ella se encargue de las labores de captación y envío de las personas transferidas, evitando, de esta manera, los riesgos. A esta conclusión llegan los responsables del informe tras comprobar que los delincuentes detenidos son de los países de origen y no extranjeros.

Un dato relevante para conocer esta delincuencia es el perfil personal de las víctimas. Los datos no resultan plenamente fiables en la medida que no hay acuerdo en los países estudiados respecto de qué debe entenderse por trata de personas. Pero hecha esa salvedad se

(3) La incorporación de estas leyes y estos medios ha dado lugar a que en menos de dos años en 97 países se había ya celebrado un juicio y en 73 había recaído una sentencia condenatoria; en 47 se habían dictado, al menos, diez sentencias y en 15 más de 50.

aprecia que la mayoría de las personas transferidas son mujeres adultas (66%), seguidas de niñas (13%), hombres (12%) y menores (9%). La mayor presencia de mujeres guarda relación con el dato de que las personas transferidas lo eran en el 70% de las ocasiones para ejercer la prostitución.

Por último, señala el informe que como trata se debe reconocer, también, la transferencia de personas dentro del propio país, cuando, como modo de debilitarlas, se les desubica, si bien, en la mayoría de las ocasiones –y, además, las más graves–, se hace un tránsito de fronteras, aunque no necesariamente recorriendo largas distancias (4).

A pesar de que la mayoría de los informes sobre la trata de personas centran su atención en la explotación sexual, son igualmente preocupantes los datos procedentes de explotaciones con otros fines. De entre ellos, destaca el trabajo forzado que, conforme a la OIT (5), es un problema global, que se encuentra en casi todos los países del mundo. En la actualidad se contabilizan en torno a 12,3 millón de personas en trabajo forzoso. La mayoría de las víctimas son personas pobres en África, Asia, y América Latina, cuya vulnerabilidad se explota con fines de lucro. Sin embargo, más de 350.000 mujeres y hombres sufren también de trabajo forzoso en países industrializados, víctimas de trata para explotación laboral. Las bolsas de esclavitud en Asia y África son los mercados idóneos a donde acuden las organizaciones criminales para obtener personas transferibles.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL

a) Las Normas dictadas por las Naciones Unidas

La primera Resolución de las Naciones Unidas relativa a la trata de personas es del año 1950 (6). En ella se aborda principalmente el

(4) «*Sorprendentemente, señala el informe, se descubrieron víctimas de Asia oriental en más de 20 países de distintas regiones del mundo, como Europa, América, el Oriente Medio, el Asia Central y África. Ello indica que la trata de personas del Asia oriental constituye un fenómeno aparte digno de un estudio pormenorizado. Otras corrientes a larga distancia incluyen traslado de víctimas de la trata de África a lugares en Europa y América del Norte; de América Latina a América del Norte y Europa; de Europa Central, Europa oriental y Asia central a Europa y al Oriente Medio; y del Asia meridional al Oriente Medio*».

(5) <http://www.ilo.org/sapfl/lang--es/index.htm>.

(6) Adoptada en Lake Success, NY, EIJ el 21 de marzo de 1950 con el nombre de Convención para la represión de la trata de personas y de explotación de la prostitución ajena. Sin embargo, la cuestión había sido objeto de interés desde 1904 en el

tema de la prostitución, comprometiendo a los Estados a castigar las conductas de concertación de dos personas para que una de ellas preste un servicio sexual a la otra o bien explotar a una persona en el ejercicio de la prostitución, con independencia de que medie su consentimiento en cualquiera de los dos supuestos, y la de mantener una casa dedicada a la prostitución o participar de cualquier otra forma en el favorecimiento de la misma (arts. 1 y 2). Se trata de un documento claramente alineado en una política criminal abolicionista de la prostitución que compromete a los Estados que lo aprueban a tomar medidas para derogar cualquier legislación que establezca registros o carnets de identificación de las personas que ejercen la prostitución. En esa época la trata se asociaba exclusivamente con el ejercicio de la prostitución (7).

No obstante, diseña una serie de medidas de carácter preventivo para dificultar los movimientos de personas entre países con fines de explotación sexual, sin llegar a plantear la persecución penal de quienes se dedican a la trata de personas. Entre estas medidas destaca la creación de un observatorio para estudiar el volumen y la evolución de la trata, los programas de prevención, como los de control de aeropuertos y estaciones o de las agencias de colocación y las campañas de publicidad en los puntos de transporte en los países de origen o la asistencia de las víctimas.

En las décadas siguientes las Naciones Unidas observan con preocupación el vertiginoso incremento de este fenómeno de la trata que no dudan en considerar más lucrativo que los de tráfico de drogas o de armas, con un volumen de negocios en la actualidad entre los cinco y los siete billones de dólares anuales, lo que lo convierte en «*un grave problema para la humanidad* (8)». Lo que hasta entonces había sido un negocio ilegal de determinadas regiones, pasa a convertirse en una industria que genera enormes beneficios y tiene dimensiones mundiales. Las organizaciones criminales internacionales se han terminado apoderando de él. Las *triadas* china, las *makuzas* japonesas, las mafias rusas o la *camorra* italiana se han dedicado a esta actividad obteniendo pingües beneficios y creando redes complejas más o

que se redacta el Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

(7) No obstante, otras formas de explotación ya venían siendo tratadas en distintos documentos, como es el caso de la esclavitud expresamente prohibida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que mereció también un Convenio en el 1926, complementado, años después, en 1967.

(8) Resolución aprobada por la Asamblea General el 12 de agosto de 2010 (64/293).

menos legales que van desde la inmigración totalmente clandestina al uso de agencias de viajes especializadas en turismo sexual con personas de todo tipo, mujeres, hombres, menores, jóvenes o adultos. Lejos de lo que se pueda pensar el problema en la actualidad no es solo de determinadas zonas del mundo, sino que es de dimensiones mundiales. En ocasiones el volumen del tránsito y los problemas que conllevan han terminado convirtiéndose en una causa de tensiones entre los países.

Ante este panorama en la década de los noventa la Asamblea General de las Naciones Unidas decide crear un Comité *ad hoc* con el objetivo de estudiar el problema y de diseñar propuestas. En efecto, fue en el año 1994 cuando se toma esta decisión que es, sin duda, el momento en el que arrancan las nuevas políticas criminales que termina influyendo en las legislaciones penales de todos los países del mundo (9). El Comité desarrolla una actividad a nivel internacional muy destacada que termina dando sus frutos en el año 2000 en el que se convoca una reunión en Palermo que logra reunir representantes de 148 países. En dicha reunión se iban a suscribir importantes acuerdos, como la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada y, en lo que al tema que nos ocupa se refiere, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, como complementario a la Convención. Este documento, conocido comúnmente como el *Protocolo de Palermo*, fue firmado por ochenta de los países que asistieron a la referida reunión y se presenta como el primer instrumento jurídico universal para abordar el problema de la trata de personas. Sus aspectos más destacados son los siguientes:

1. El objetivo es triple, de una parte, prevenir y combatir la trata de personas y, en especial, de mujeres y niños; por otra proteger y ayudar a las víctimas y, por último, promover la cooperación entre los Estados.

2. Por primera vez se define la trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al abuso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

(9) No obstante, el Comité no se crea hasta la resolución 53/111 de la Asamblea general de 9 de diciembre de 1998 y se crea como comité especial intergubernamental de composición abierta.

3. De la anterior definición destacan dos aspectos novedosos en comparación con los textos internacionales precedentes. El primero de ellos es que se incluyen como responsables de la trata no solo a quienes actúan directamente sobre las víctimas, sino también a quienes operan financieramente favoreciendo su captación.

4. En segundo lugar, el Protocolo de Palermo incluye dentro de la trata, además de la explotación sexual –y no solo la relacionada con la prostitución–, la explotación laboral, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

5. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores el consentimiento de la víctima es irrelevante. De forma que pasan a considerarse víctimas todas aquellas personas que han sido transferidas. Incluso, tratándose de un menor de edad, sean cuales sean las circunstancias, se le considerará víctima de la trata de personas.

6. Se invita a los Estados que suscriben el documento a que tipifiquen expresamente el delito de trata conforme a la definición precedente. Además se debe castigar la tentativa, la participación y las organizaciones criminales dedicadas al tránsito de personas con fines de explotación.

7. Al capítulo de protección se le da una particular relevancia, contemplando diversas medidas que van desde la privacidad de las víctimas, hasta la asistencia médica, psicológica y material, esta última se traduce en el compromiso de suministrar alojamiento, legalización de su residencia permanente, formación laboral y empleo. En todo caso se atenderá al deseo de la víctima de ser repatriada, ofreciéndole recursos y seguridad.

8. También se proponen importantes medidas de prevención en los países de origen, que contempla ayudas económicas o de otro tipo a las poblaciones especialmente vulnerables, así como coordinación con las organizaciones no gubernamentales.

9. En el ámbito de la prevención se proponen medidas fronterizas de control, el control de los medios de transportes más empleados para la transferencia de personas, la denegación de visados para quienes se dediquen estas prácticas o el control de la documentación de fronteras.

La separación de la trata y de la prostitución fue un paso decisivo para mejorar la colaboración internacional en la lucha contra este delito ya que los países que tienen legalizada la prostitución se negaban a admitir que la misma fuese siempre un acto de explotación y, en consecuencia, no admitían que aquellos supuestos en los que media el consentimiento y se trata de una persona adulta debieran incluirse como supuestos de trata. Con independencia de este debate debemos

de considerar plausible que dentro de la trata se contemplen otras modalidades distintas a la prostitución, incluso, la expresión prostitución resulta en exceso estricta, por lo que, finalmente, se ha preferido sustituirla por explotación sexual.

Sin poder ignorar la relevancia que han tenido otros textos posteriores al Protocolo de Palermo, que entró en vigor en el año 2003, se puede afirmar que el mismo marca un momento de inflexión en la lucha internacional contra la trata (10). Las Naciones Unidas han desplegado desde entonces una intensa actividad en conferencias, asambleas y foros internacionales, han incentivado a los países para creen fondos financieros para luchar contra la desigualdad de oportunidades, como forma de prevenir la trata de personas y, en fin, nuevamente aprueba una Resolución de la Asamblea General en el 2011 con un Plan de Acción Mundial para combatir la trata de personas. Este último tiene como objetivos promover el cumplimiento de los acuerdos, ayudar a los Estados a reforzar sus compromisos políticos y jurídicos, promover la coordinación con la organizaciones no gubernamentales y promover un enfoque basado en los derechos humanos, lo que se traduce en programas integrados en los que se procura buscar un equilibrio eficiente entre las medidas de represión y las de protección y prevención.

b) Las normas dictadas por la Unión Europea y el Consejo de Europa

En el Tratado de la Unión Europea (TEU) firmado en Maastricht en 1992 se reconoce que los fines de la Unión no pueden alcanzarse si no se consideran temas de interés común las políticas de inmigración relativas a los nacionales de terceros países y la lucha contra la delin-

(10) Entre otros documentos más recientemente se han aprobado los siguientes: Resoluciones 61/180, de 20 de diciembre de 2006, 63/194, de 18 de diciembre de 2008, y 64/178, de 18 de diciembre de 2009, relativas a las medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas, la resolución 61/144, de 19 de diciembre de 2006, relativa a la trata de mujeres y niñas, y la resolución 58/137, de 22 de diciembre de 2003, relativa al fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas; decisión 2004/110 de la Comisión de Derechos Humanos, de 19 de abril de 2004/19, en la cual la Comisión nombró a un Relator Especial sobre la trata de personas; resolución 2006/27, de 27 de julio de 2006, relativa al fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas, que se reforzó mediante la resolución 61/180 de la Asamblea General, relativa a las medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas, se estableció el Grupo Interinstitucional de coordinación.

cuencia transnacional. A partir de ahí se aprueba la Acción Común 97/154/JAI del Consejo de Europa de 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (11). Conforme a esta preocupación, en España, la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso emite una Circular de 23 de junio de 1998 en la que se advierte de la necesidad de modificar el Código penal, para dar entrada a los delitos por medio de los cuales se protegen los emigrantes que son explotados.

La referida Acción Común resulta ser a la postre el instrumento de referencia base que incentiva una serie de reformas penales en distintos países, entre otros en el nuestro. Aporta una información muy relevante para los legisladores nacionales que va desde la definición del problema, hasta propuestas concretas de modificación legal. En cuanto a la definición de la expresión de trata de personas, por tal se entiende cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o abusos sexuales. Por explotación sexual de adultos debe entenderse, según la Acción Común, al menos, la prostitución y tratándose de menores, además, cualquier actividad sexual ilícita o su utilización para actuaciones y material pornográficos, ya sea de producción, venta y distribución u otras formas de material de este tipo, aunque sea la mera posesión del mismo.

Se recomienda la tipificación penal frente a cualquier otro orden sancionatorio. Únicamente, en relación con las personas jurídicas se abre la opción de sanciones de naturaleza administrativa, pero, en todo caso, que aseguren la confiscación de bienes y el cierre temporal o definitivo. Desde este primer documento, la Unión Europea se inclina por las penas privativas de libertad, proporcionadas, pero disuasorias, es decir, graves y que aseguren las posibilidades de extradición entre los países miembros.

El Consejo Europeo de Tampere, en su reunión de los días 15 y 16 de octubre de 1999, se declaró decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial, luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los inmigrantes. Si a ello se suman las iniciativas de Francia en relación con el problema de la inmigración ilegal, los programas de acción STOP y Daphne y otras medidas en el orden judicial (Red Judicial Europea e intercambio de magistrados de enlace), se comprende la decisión de exigir a los Estados miembros un mayor compromiso con

(11) Sobre este documento, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores: exigencias de la Unión y Legislación española*. En *Política criminal y Derecho penal. Estudios*. Valencia. 2003.

los objetivos de la lucha contra la trata de personas mediante un nuevo instrumento del Título IV del Tratado.

Este mayor compromiso queda también reflejado en sucesivas reuniones de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros; en concreto, en las 112.^a (14 y 15 de mayo de 2003) y 113.^a (12 y 13 de mayo de 2004) Sesiones del Comité de Ministros se apela a una acción reforzada del Consejo de Europa en el ámbito de la trata de seres humanos. Por su parte, el Tratado de Niza (2001), modificó la redacción del artículo 29 que delimita la acción común entre los Estados miembros en favor de los órganos de la Unión, en la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha, incluyendo, entre otros delitos, el de la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, dicha cooperación se concreta en una mayor colaboración entre las policías y las autoridades aduaneras, ya sea, directamente, o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32; también, en una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32; y, por último, con la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31.

La Decisión Marco JAI/629/2002, de 19 julio relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que sustituye a la Acción Común en la medida que es más vinculante para los Estados, resulta también más eficaz, pero se centra esencialmente en los aspectos represivos. En su artículo 1 se obliga a cada Estado a poner en marcha las reformas legales necesarias para que queden debidamente criminalizadas aquellas conductas que, con el objetivo de la explotación laboral o para la prostitución –incluida la pornografía–, consisten en la captación, transporte, traslado, acogida, incluidos el intercambio o traspaso del control sobre ella, cuando se haya hecho con violencia o intimidación, con engaño, con abuso de autoridad o aprovechando una situación de vulnerabilidad de la víctima, de manera que se aproveche que la persona no tenga una alternativa real y aceptable que no sea la de someterse al abuso o, por último, se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento. Esta definición se corresponde con la del Protocolo de Palermo dejando consolidado el criterio de que la trata abarca un abanico de explotaciones humanas que trasciende la prostitución.

De la definición que ofrece la Decisión Marco conviene destacar algunos elementos que fuerzan una modificación del artículo 318 bis 1

y 2 de nuestro Código Penal, que había entrado en vigor con la Reforma de 2000 (12). En primer lugar, se diferencian dos grupos de víctimas. Los mayores de dieciocho años, cuyo consentimiento, si no está viciado por una causa impuesta por el responsable de los hechos, es relevante y los menores de esa edad, frente a los que toda captura con los fines mencionados, constituye trata de personas. La trata no tiene necesariamente dimensión transnacional. Ni es necesario que la víctima sea extranjera, ni tampoco que se produzca un tránsito entre países. Las conductas que se deben castigar aparecen perfectamente descritas en el referido documento, quedando claro que todas ellas están acompañadas, además, de un plus comisivo mediante el cual se doblega la voluntad de la víctima adulta y de un elemento subjetivo, una finalidad trascendente que guía el comportamiento de los que practican la trata.

A tenor de la disposición europea la trata puede tener un doble objetivo, bien la explotación sexual –un concepto más amplio que la prostitución en el que expresamente se incluye la pornografía–, o bien, la explotación laboral, ya sea para trabajos o para la prestación de servicios.

Las legislaciones nacionales, señala la Decisión en su artículo 2, deben asegurar el castigo de los inductores, de los cómplices y de cualquier forma imperfecta de ejecución en relación con las conductas mencionadas. En términos similares a como lo hacía la Acción Común, la Decisión Marco, ahora, señala que las penas con que se castiguen estas conductas deberán ser efectivas, proporcionadas, disuasorias y de tal gravedad que aseguren la posibilidad de la extradición. Se exige a cada Estado que incorpore a su legislación nacional un conjunto de figuras agravadas, castigándolas con pena privativa de libertad máximas no inferiores a los ocho años, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- Peligro grave para la vida de la víctima;
- Que estas resulten especialmente vulnerables –vulnerabilidad que debe reconocerse de forma generalizada cuando la edad está por debajo de la mayoría sexual y el delito se haya cometido con fines de explotación sexual–;
- Empleo de violencia grave o provocando graves lesiones;
- Que se cometa a través de una organización de delictiva.

Un importante paquete de exigencias va referida a las sanciones de las personas jurídicas relacionadas con estos hechos, de las que se

(12) LO 04/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

excluyen los organismos públicos. A tenor de su artículo 4 las legislaciones nacionales asegurarán que las personas jurídicas puedan responder cuando las conductas referidas se han hecho en su beneficio por personas que actúan en su nombre o representación. La responsabilidad debe hacerse extensiva a aquellos supuestos en los que los hechos se cometen debido a la falta de vigilancia o control de la persona jurídica respecto de sus empleados. Como viene siendo habitual se evita expresamente que la extensión de la responsabilidad a las personas jurídicas juegue un efecto de pantalla protectora de las físicas, que ha actuado en su nombre, de manera que las sanciones de estas se impondrán con independencia de las de aquellas.

En relación con las sanciones previstas para las personas jurídicas se sugieren la excusión del disfrute de ventajas o ayudas económicas, la prohibición temporal o definitiva de actividades, el sometimiento a vigilancia o liquidación judicial y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para la comisión de los hechos.

Una vez que el Programa de Estocolmo –*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*–, adoptado por el Consejo Europeo el 12.2005, otorgó prioridad a la lucha contra la trata de seres humanos –como era de esperar–, a la Decisión Marco del 2002 han seguido una serie de disposiciones tendentes a concretar las medidas y lograr los compromisos de los Estados miembros. Así, por ejemplo, la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 que contiene un mecanismo de evaluación, compuesto por el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) y el Comité de las Partes; o la Directiva 2009/52/CE que dispone sanciones para los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular que, sin haber sido imputados o condenados por trata de seres humanos, hagan uso del trabajo o los servicios de una persona a sabiendas de que esta es víctima de dicha trata. Además, los Estados miembros deben estudiar la posibilidad de imponer sanciones a los usuarios de los servicios de una persona a sabiendas de que es víctima de la trata de seres humanos.

Finalmente, el Consejo de Europa en una reunión celebrada en Varsovia acuerda un Convenio en el 2005, ratificado por nuestro país en el 2009, que, probablemente, es uno de los documentos más elaborados hasta la fecha sobre las políticas que deben emplearse para la

lucha contra la trata. Dicho Convenio iba a inspirar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que sustituye la de 2002 (13).

El Convenio de Varsovia cristaliza la tendencia que se ha ido apreciando en toda la documentación precedente de combatir la trata desde una perspectiva más ambiciosa y compleja, en la que se incluye, tanto los distintos tipos de explotación que tiene como *modus operandi* común a todos ellos la debilitación de la víctima mediante su desubicación, como todo el *iter criminis* que comienza en el país de origen con la captación de víctimas y concluye con su explotación material. La ratificación por nuestro país del contenido del Convenio no solo dejaba el artículo 318 bis del Código penal completamente desenfocado (14), ya que mantenía asociada la actividad de la trata de perso-

(13) Conforme a las consideraciones de esta Directiva para su redacción se han tenido en cuenta los siguientes textos del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa: Recomendación n.º R(91) 11 sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución, así como la trata de niños y jóvenes; Recomendación n.º R (97) 13 sobre la intimidación de los testigos y los derechos de la defensa; Recomendación n.º R (2000) 11 sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; Recomendación Rec (2001) 16 sobre la protección de los niños de la explotación sexual; Recomendación Rec (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia. Por otra parte también se han tenido en cuenta los siguientes documentos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Recomendación 1325 (1997) relativa a la trata de mujeres y a la prostitución forzada en los Estados miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1450 (2000) sobre la violencia contra las mujeres en Europa; Recomendación 1545 (2002) campaña contra la trata de mujeres; Recomendación 1610 (2003) migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución; Recomendación 1611 (2003) tráfico de órganos en Europa; Recomendación 1663 (2004) esclavitud doméstica; servidumbre, personas «*au pair*» y esposas compradas por correspondencia. Por último, se tiene en cuenta la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competente.

(14) La Comisión Europea en su Informe de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770] crítica que nuestro Código aun no distinga con claridad entre «entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. Las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión Marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes».

nas a la explotación sexual, sino que establecía las bases que iban a inspirar al legislador en la reforma introducida con la LO 5/2010 de 22 de junio, que representa, como veremos más adelante, un giro coperniquiano.

No obstante, mientras que se producía la adaptación de la legislación penal se aprueba en el 2008 un Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual que estaba previsto fuera completado con otro sobre trata para la explotación laboral. Los objetivos del mismo son «sensibilizar a la sociedad para promover reacciones de “tolerancia cero” contra los actos delictivos relacionados con la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; combatir las causas de la trata a través de políticas activas de cooperación con los países de origen y mediante medidas preventivas en países de origen, tránsito y destino; desarrollar medidas desde una perspectiva integral, en los ámbitos judicial, social, educativo, policial, administrativo y de inmigración, con participación de las Organizaciones No Gubernamentales. Asegurar, como eje central, la asistencia y protección a las víctimas de la trata, garantizando la protección de sus derechos e intereses y luchar decididamente contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y contra la activa intervención en el fenómeno de traficantes y proxenetas» (15).

El Plan Integral de nuestro país está en la línea de las propuestas integradas, en las que se contemplan numerosas disposiciones sobre todo de protección a las víctimas. Entre las que afectan a la actividad policial y de la justicia se pueden destacar: la protección de los datos identificativos de las víctimas en los atestados; mecanismos para proteger la intimidad de las víctimas en las vistas orales; medidas para facilitar los cambios efectivos de domicilio; mecanismos para facilitar la protección de familiares en el país origen; comunicaciones rápidas entre organizaciones policiales y la justicia. En relación con la asistencia de las víctimas se proponen las siguientes medidas: inclusión de las víctimas de trata con fines de explotación sexual entre los colectivos beneficiarios de los programas de formación para el empleo; la creación de centros de acogida con programas de atención integral específica (psicosocial, médico y legal); agilización y simplificación de los procedimientos administrativos para la concesión de autorizaciones de trabajo y residencia; la transposición de la Directiva 2004/81/CE; el reconocimiento de un período de reflexión de, al menos, treinta días, para que las víctimas puedan restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes y/o decidir su colaboración con las autoridades adminis-

(15) Plan Integral de Lucha contra la trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual, aprobado el 12 de diciembre de 2008 en el Consejo de Ministros,

trativas, policiales y judiciales y establecer una dotación económica que garantice la subsistencia de las víctimas durante el período de reflexión o su posible retorno al país de origen, si lo solicitan.

Gran parte de estas medidas están inspiradas en el Convenio de Varsovia, del cual nos vamos a limitar a entresacar los aspectos relativos a las propuestas de modificación de los Códigos penales de los distintos Estados, a lo que el Convenio dedica hasta nueve artículos (Cap. IV. *Derecho penal material*).

A tenor del artículo 4 debe entenderse por trata de personas «la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptó, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».

La propuesta del Convenio gira el tipo en torno a dos elementos que son definitorios y que, a su vez, fundamentarían la responsabilidad penal. El primero de ellos es la translación de una persona de un lugar a otro, de manera que sin transferencia no hay trata, lo que no necesariamente quiere decir transferencia internacional. El sentido originario de la expresión trata, equivalente a comercialización, se ha perdido totalmente, de forma que ni siquiera es preciso que concurra el ánimo de lucro (16). El segundo pilar sobre el que se construye esta definición es la explotación de terceras personas, en cualquiera de sus formas. Como mínimo se señalan algunos ejemplos, meramente ilustrativos, traídos de la información empírica por ser más frecuentes, pero no solo no se excluyen, sino que expresamente se abre la definición a otros modos de explotación. Para alcanzar el máximo consenso se limita la explotación de la prostitución a los casos en los que es para terceras personas –ajena– y no para uno mismo. Esta precisión permite que el acuerdo sea compatible con la legalización de la prostitución.

Más allá de la tipificación, que se propone, se añaden directivas sobre el resto de los presupuestos de punibilidad. Estas son:

(16) Conforme al Diccionario de la RAE explotar es utilizar a otra persona en provecho propio de modo abusivo.

- Solo se contempla la responsabilidad penal cuando la conducta es dolosa. La exclusión de la responsabilidad imprudente no siempre va a estar justificada político criminalmente, pero, menos aún, cuando la imprudencia se cometa por el funcionario o la autoridad que faltando a los deberes de vigilancia y control de su competencia propicia el tránsito de personas contra su voluntad.

- Se propone que la responsabilidad penal alcance también a quienes emplean los servicios de las víctimas de la trata de personas, sea cual sea la explotación en la que se produzca, teniendo conocimiento de esa circunstancia.

- Asimismo debe ser objeto de sanción penal las conductas tendientes a ofrecer una documentación –fabricar, utilizar o sustraer documentación– falsa para posibilitar el pase de fronteras de las personas transferidas.

- La responsabilidad penal debe abarcar igualmente a todas las formas de complicidad y también las formas imperfectas de ejecución de cualquiera de las modalidades delictivas que se proponen.

- Se adoptarán las medidas necesarias para hacer extensiva la responsabilidad a las personas jurídicas cuando la persona física actúe en su nombre, bien individualmente, bien como miembro de un órgano colegiado con poder de dirección dentro de la persona jurídica, bien sea actuando en representación, por poderes o con competencias de control en su seno. Asimismo se asegurará la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando los delitos fueron cometidos aprovechando la falta de control por parte de la persona física. La responsabilidad de la persona jurídica no supondrá ningún obstáculo para el castigo de la persona física.

- Como circunstancias agravantes tanto para la figura delictiva del artículo 18, como la del artículo 20, se proponen las siguientes: puesta en peligro de la vida, deliberadamente o por negligencia grave; que la víctima sea menor de edad; que haya sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones y, por último, que haya sido cometida dentro del marco de una organización delictiva.

- Por lo que se refiere a los aspectos penológicos se propone una pena proporcional, eficaz y disuasoria, que, en el caso de la comisión de las figuras básicas del tipo de la trata (art. 18), debe ser pena privativa de libertad que lleve aparejada la extradición. Para las personas jurídicas también se proponen medidas de las mismas cualidades y se menciona específicamente la sanción pecuniaria.

- En lo referente al comiso y las sanciones accesorias se menciona el cierre definitivo de los establecimientos y la confiscación de los instrumentos y los productos de las infracciones o de los bienes cuyo

valor corresponda a dichos productos. Asimismo, se evitará que la persona responsable pueda seguir ejerciendo la actividad en el seno de la cual pudo cometer el delito de trata.

- También deberá agravar la responsabilidad penal el que el imputado tenga otras causas penales similares en otros países.

- Por último, las propuestas de Derecho penal material se cierran indicando que la legislación debe prever la exención de penas para quienes se han dedicado a la trata de forma obligada, lo que parece una referencia a las personas del entorno a la víctima que se han podido ver coaccionadas a colaborar por terceras personas u organizaciones criminales.

Sobre lo que acabamos de señalar la Directiva 2011/36/UE propone, por una parte, que el consentimiento sea siempre irrelevante en los casos de menores y, por otra, que la pena de prisión que se imponga a los autores –no especifica nada al respecto para los cómplices o en los casos de tentativa– sea de una duración máxima de cinco años y, de diez cuando concurren las circunstancias agravantes mencionadas anteriormente, a la que se añade, ahora, que la víctima sea vulnerable o que se empleara violencia grave o se le causaran a la víctima daños particularmente graves.

3. LA TRATA DE PERSONAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

a) **Evolución histórica**

La regulación de la trata de personas en nuestro país dista mucho de ser clara, al menos, hasta la última Reforma 5/2010. La causa o responsabilidad de esta confusión se reparten, por parte iguales, entre la vertiginosa sucesión de políticas criminales para abordar el problema y, por otra, la falta de atención de nuestro legislador, que, arrastrado por una suerte de pereza, ha ido parcheando el texto legal y sobreponiendo reforma tras reforma sin abordar de forma integrada toda la problemática. Lo uno y lo otro ha ocasionado multitud de problemas concursales y, a veces, injustificadas lagunas de punición y, otras, excesos punitivos.

La inmigración en sí misma no ha sido tratada como delito hasta épocas muy recientes, de manera que la trata de personas solo era objeto de interés cuando estaba relacionada con la prostitución. Fiel a la primigenia idea de la *trata de blancas* nuestros códigos, hasta muy

recientemente, han practicado una «*discriminación positiva*» a favor de la mujer nacional frente al resto.

El grupo de delitos relativos a la prostitución ha ido configurándose a lo largo de los sucesivos códigos en función de la propia idea que se tenía sobre esta práctica. Así el Código penal de 1870, coincidiendo con una política de máxima permisividad, tan solo castigaba la prostitución como una modalidad dentro de la corrupción de los menores (17). La jurisprudencia de la época se encargaba de aclarar que lo que pena esta figura «*no es prostituir o corromper, sino el promover o facilitar la prostitución o corrupción*» (SSTS 29/3/1887 y 18/10/1894). Más allá de esto la práctica de la prostitución, en coherencia con las políticas reglamentistas hegemónicas en aquella época, solo era objeto de protección penal en la medida que pudiera poner en peligro la seguridad sanitaria (18). La preocupación por el tráfico de personas con fines de explotación sexual no adquiría, al menos, en nuestro país una dimensión lo suficientemente notoria como para que el legislador penal le prestara atención. Fue con el Código de 1928 con el que se inicia a nivel del Derecho penal una preocupación por la dimensión internacional de la explotación sexual; si bien, no en el sentido en el que hoy preocupa, sino, en el inverso, es decir, castigándose, por una parte, a quienes cooperan o protegen públicamente la prostitución de una o varias personas dentro o fuera de España, participando de los beneficios (art. 608.1) y, de otra, a quienes mediante promesas o pactos inducen a personas comprendidas entre los 18 y los 23 años a dedicarse a la prostitución «*tanto en territorio español, como para conducirles con el mismo fin al extranjero*» (art. 609.2). El Código republicano de 1932 en relación con esta última figura se limita a reducir la edad del sujeto pasivo, haciéndola coincidir con la minoría de edad. Y el Código de 1944 vuelve a modificar exclusivamente la edad del sujeto pasivo, elevándola a 21 años. Como ya hemos señalado, en uno y otro caso se hace coincidir los tipos penales con el sentido original de la expresión «*trata de blancas*», es decir, con la inducción de mujeres nacionales u occidentales a ejercer la prostitución en países extranjeros.

Curiosamente el cambio de política criminal frente a la prostitución, es decir, el paso de un modelo permisivo a otro abolicionista, iba

(17) El artículo 459 castigaba «*al que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro*».

(18) El CP de 1822 podemos catalogarlo como una excepción temprana ya que contemplaba determinados delitos relacionados con la prostitución dentro de los delitos contra la buena costumbre, dentro, a su vez, de los delitos contra la sociedad.

a estar directamente motivado por la preocupación que suscitó la *trata de blanca* a comienzos del siglo xx. En concreto fueron propiciados dichos cambios, inicialmente, por sucesivos Convenios internacionales firmados en París en 1902, 1904 y 1910, primero, referidos a menores, pero, con posterioridad, extendido a todas las personas a partir del Acuerdo de Ginebra de 11 de octubre de 1933 (19).

En España queda abolida la prostitución mediante un DL de 3 de marzo de 1956 (20) y, a raíz del mismo, el Código incorpora nuevas figuras delictivas.

Bajo estas nuevas directrices sobre la prostitución, nuestro país, siguiendo las indicaciones de los Convenios Internacionales de 2 de diciembre de 1949 y de 21 de marzo de 1950, aborda la primera de las reformas del Código, en 1963. La misma crea un nuevo Capítulo dentro del Título IX, el Capítulo VII bajo la rúbrica de «*delitos relativos a la prostitución*». La propia denominación pone de relieve que los cambios no son radicales y que no se castiga la prostitución, en sí misma considerada, sino ciertas conductas relacionadas con ella. El castigo de conductas en las que no media lucro y la propia referencia en algunos de sus tipos a la corrupción iban, inevitablemente, a traer consigo un rico debate doctrinal sobre el bien jurídico protegido y sobre los elementos configuradores de la prostitución. El nuevo artículo 452 bis a) castigaría a quienes cooperen o protejan la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, «*o su recluta para la misma*».

Así habría de quedar redactado el delito durante todo el periodo de la transición política. Ni las reformas de finales de los setenta ni la Parcial y Urgente de 1983 le iban a afectar (21). Había, pues, que esperar a la entrada en vigor del nuevo Código de 1995, con el que se inaugura una política criminal empeñada en concebir todos los delitos relacionados con la sexualidad como delitos contra la libertad sexual.

(19) Dicho Acuerdo fue reformado por el Protocolo de Lake Success de 14 de mayo de 1947. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. 2.^a edic. Madrid. 1966, p. 828.

(20) En un alarde de síntesis, JIMÉNEZ ASENJO (*Abolicionismo y prostitución*, Madrid. Reus. 1963, p. 356), glosador del DL abolicionista resume los fundamentos de esta posición en las siguientes cuatro bases: degradación de la mujer hasta hacerla delincuente; escuela de perversión e injuria; relajamiento de las costumbres y destrucción del hogar y, finalmente, propagación de enfermedades venéreas y destrucción de la raza.

(21) Desde luego que no faltaron voces en la ciencia penal española que denunciara que tras una pretendida protección de las mujeres que ejercían la prostitución se escondía una defensa de determinados cánones morales. Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*. 1990, pp. 83 ss.

Este nuevo planteamiento, reacción lógica a tantos y tantos modelos penales precedentes de protección de determinados códigos morales, iba a incidir de una forma particular en los delitos relativos a la prostitución y, especialmente, en la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, en los que el consentimiento de la víctima pasa a tener una importancia relativa.

Por esta razón el Código de 1995, bajo el epígrafe general de delitos contra la libertad sexual, no iba a contemplar ninguna figura relacionada con la trata de personas y, además, en la nueva redacción de los delitos relativos a la prostitución se destaca el interés por alejar cualquier pretensión criminalizadora de la prostitución, de manera que si no quedaba patente alguna forma de constreñimiento de la voluntad del sujeto pasivo la conducta resultaba penalmente irrelevante. En este escenario normativo, solo a través de los delitos que castigan el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1) o de promoción o favorecimiento de cualquier tipo de inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1) se podía castigar aquellos comportamientos (22). Pero para ello había que salvar el difícil obstáculo de equiparar, al menos, a efectos penales la prostitución como una forma de trabajo y la mujer que la ejerce, como el trabajador que lo desarrolla. El ambiente político social propenso a las ideas abolicionistas iba conseguir arrastrar a la jurisprudencia en esa equiparación.

La preocupación por el emergente problema de la inmigración ilegal conduce a un concepto penal de trabajador que va más allá del que establece el artículo 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores. «La inmigración voluntaria, señala la STS 2.^a 30.05.03, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado Español se hubiese realizado en condiciones de legalidad».

Sin duda que esta capacidad de receptividad de los delitos contra los derechos de los trabajadores para criminalizar los supuestos de inmigración ilegal con fines de explotación sexual iba a terminar influenciando en la última de las reformas que trae a esta sede dichos comportamientos.

La descriminalización de aquellos comportamientos favorecedores de la inmigración para la explotación sexual cuando se contaba

(22) En ocasiones, era posible apreciar los elementos de la estafa o de las detenciones ilegales (STS 26.11.1999)

con la voluntad de la persona no estuvo ajeno a consideraciones críticas (23). De manera que la Reforma de 1999 (24) introduce una referencia expresa a «quienes, directa o indirectamente, favorezcan la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima» (art. 188. 2 CP). En este aspecto la reforma aportaba poco, ya que el medio comisivo coincide con el del párrafo anterior en el que se tipifica con carácter general la determinación a ejercer la prostitución de terceras personas. Y si respecto de esta modalidad comisiva hay plena coincidencia que se requiere atentar contra la voluntad del sujeto pasivo, inevitablemente, debemos llegar a la misma conclusión respecto del favorecimiento de la inmigración ilegal con estos fines. El fundamento del injusto sigue siendo el atentado a la libertad al no contarse con un consentimiento válido de la persona emigrada. El hecho de la inmigración parece no tener relevancia a efectos de agravar el injusto en contra de lo que ya por entonces se venía proponiendo por distintos textos internacionales (25).

Pero en el año 2000 se iba a introducir otra reforma que afectaba directamente a la trata de personas. Por vez primera se incluye un Título, el XV Bis, con un solo artículo (art. 318 bis) cuyo epígrafe era «*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*» (26). Se tipifica las conductas que consisten en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas, desde, en tránsito o con destino a España, aunque se recogen diferentes circunstancias agravantes –aún vigentes–, no se hace mención alguna a las razones de la transferencia de

(23) DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*: Revista penal, núm. 2, 1998, pp. 21 y 22. No obstante, para este autor los problemas de impunidad no derivaban de la no criminalización de estas conductas en si misma lesivas de intereses que merecieran ser protegidos, sino porque constituyen la antesala de posteriores atentados a la libertad sexual una vez que los inmigrantes ya se encuentran en nuestro territorio y no pueden escapar de sus captores.

(24) Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal. Esta reforma introdujo dentro de los delitos relativos a la prostitución los comportamientos relacionados con la corrupción de menores diferenciando unos y otros delitos en el propio epígrafe del Capítulo.

(25) *Vid.* Por todos la Recomendación 1325 (1997) del Consejo de Europa sobre el tráfico de mujeres y la prostitución forzada en los Estados miembros del Consejo de Europa.

(26) Además la Disposición final 1.^a Incrementa la pena del artículo 312. 1 y modifica los artículos 515, 517 y 518 para incluir la referencia dentro de las organizaciones delictivas de aquellas que persiguen el tráfico de personas.

personas y, mucho menos, a si son traídas para ser sexualmente explotadas. Para esta época ya era conocido el Protocolo de Palermo, que, como hemos tenido ocasión de ver, disocia el tráfico de personas de la explotación sexual. Así que, en los supuestos de trata, se presentaban en paralelo dos infracciones, la una, en la sede de los delitos relativos a la prostitución (art. 188. 2), que, como hemos visto, castigaba la transferencia de personas con fines de explotación sexual y, la otra, el recién incorporado artículo 318 bis que, en defensa de los extranjeros, sancionaba la entrada ilícita en nuestro país. La duda era si aplicar un concurso de leyes, conforme al artículo 8, o un concurso de delitos. Doctrina y jurisprudencia parecían inclinadas a esta segunda solución que hacia considerablemente más graves las penas, con el argumento de que son bienes distintos los que se lesionan con el cruce ilegal de las fronteras y los de la trata con el objetivo de explotación sexual (27).

Sin embargo, la polémica, por un lado, y la necesidad –según reza la Exposición de Motivos– de alcanzar la armonización con Europa, por otro, hicieron que en el 2003 (28) se añadiera al artículo 318 bis un nuevo párrafo que, lejos de lograr la armonización y de despejar las dudas, venía a complicar aún más las cosas, ya que vuelve a asociarse la inmigración ilegal con la explotación sexual, sin modificar el artículo 188. 2, con el que entra en un evidente solapamiento y, por otra parte, las indicaciones tanto europeas como mundiales iban precisamente, en sentido opuesto, es decir, a ver la trata como algo independiente de dicha explotación sexual. No era tanto que no se cumplieran las indicaciones internacionales, como que se cumplían por partida doble (29).

(27) Vid. por todos MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*. Valencia. 2001, pp. 76 ss.

(28) LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica o integración social de los extranjeros.

(29) Por esta razón no nos debe de extrañar que en el Informe de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo COMO (2006) 187 de 1 de enero de 2006 se incluye nuestro país entre los que han cumplido con las indicaciones de la Decisión Marco a fin de aproximar las legislaciones de los Estados miembros. Además, el Ministerio del Interior anuncia la puesta en marcha de un programa por cuatro años (2006-2009) con un coste de 20 millones de euros al que se van a dedicar un dispositivo de doscientos policías para la lucha contra la trata de mujeres y niños. El Programa es interministerial y se coordina con los Ministerios de Justicia, Exteriores, Trabajo y Asuntos Sociales. Se centra en cinco áreas: 1) Prevención y sensibilización; 2) Educación y formación; 3) Asistencia y protección; 4) Medidas legislativas y procedimentales cuyo objetivo es homogeneizar y sistematizar las intervenciones policiales buscando estrategias que acerquen la imagen del policía a las víctimas de estos delitos; 5) Coordinación y cooperación.

La decisión del legislador de trasladar los delitos de trata del ámbito de los delitos contra la libertad sexual al de los delitos contra los derechos de los extranjeros no estaba en sintonía con el Protocolo de Palermo ni con los acuerdos internacionales, ni tampoco podía explicarse que una reforma que nace con vocación de cumplir con el objetivo de armonización europea circunscriba las inmigraciones «con tránsito o destino a España», así que era previsible un nuevo cambio, que iba a llegar dosificado, primero, en el 2007 y, posteriormente, en el 2010. La Reforma del 2007 (30) se inscribe en un momento de especial preocupación por la presión inmigratoria ilegal, de forma que, además de integrar el artículo 318 bis en Europa, omitiendo la mención al tránsito o destino a España, se modifica el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para extender la competencia de nuestros tribunales en virtud del principio de protección de intereses a los delitos de tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

Por su parte, la Reforma de 2010 (31) puede considerarse que responde casi textualmente a las recomendaciones internacionales y, más concretamente, a las indicaciones de Convenio de Varsovia de 2005. Por lo que se refiere al vapuleado artículo 318 bis se elimina del mismo la referencia a la explotación sexual, quedando tipificadas las conductas que «directa o indirectamente, promuevan, favorezca o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea», de esta manera se asocia, ahora, con toda claridad a la protección de los controles estatales de los flujos migratorios (32).

Pero sin ningún género de dudas lo más destacable de la Reforma de 2010 es la creación de un Título específico con el epígrafe «*De la trata de seres humanos*» (33), que no hace sino refrendar la importancia que tanto las instituciones nacionales como internacionales le dan al grave problema de la trata de personas. En muchos de sus pasajes el largo texto del artículo 177 bis, con once apartados, casi transcribe literalmente el texto del Convenio de Varsovia.

(30) LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

(31) LO 5/2010 de 22 de junio.

(32) CUGAT MAURI, *La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, artículo 177 bis, 313, 318 y 318 bis CP*. En QUINTERO OLIVARES (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Pamplona. 2010, pp. 159 ss.

(33) Sobre la oportunidad semántica de este epígrafe véase la nota 1.

b) El tipo vigente de trata de seres humanos (art. 177 bis)

i. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A la común importancia exegética que se le asigna al bien jurídico protegido, hay que sumar en esta ocasión la necesidad de determinarlo para poder resolver de una forma coherente los complejos problemas concursales que se plantean con figuras afines. No debe extrañarnos, pues, el interés que el tema ha suscitado en la doctrina, la cual junto con las instituciones internacionales se inclina mayoritariamente por considerar que el bien jurídico protegido con esta figura es la dignidad (34). Para De Vicente Martínez por razones de contenido y también sistemática, en la medida que el legislador ha traído la trata después de los delitos contra la integridad moral y antes de los delitos contra la libertad y la seguridad (35). En los mismos términos se expresa Queralt Jiménez porque las víctimas resultan cosificadas y, por tanto, se «*les priva de la más leve brizna de humanidad*» (36) y, también, participa de la misma opinión, Terradillos Basoco (37) y Benítez Ortuzar que, no obstante, identifica, en este caso, la dignidad con su integridad moral, de forma que no le hubiera parecido mal que se ubicara dentro de los delitos contra la misma (38).

No les falta, sin embargo, razón a quienes, como Cerezo Mir (39) conciben la dignidad no como un bien jurídico, sino como un principio material de justicia para valorar la legitimidad de la norma jurídica, o, como Gracia Martín para quien la dignidad humana «*es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana*», y, como tal,

(34) Así, por todos, La Decisión Marco del Consejo de Europa de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos señala que «*la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción*».

(35) De VICENTE MARTÍNEZ, en Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. 2.ª edic. Valladolid. 2011, p. 707. En idéntico sentido, MUÑOZ CUESTA. *Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2011 (Tribuna), p. 2.

(36) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*. 6.ª edic. 2010, p. 183.

(37) TERRADILLOS BASOCO, *Trata de seres humanos. Comentario a la Reforma del Código Penal de 2010*. Valencia. 2010, p. 15.

(38) BENÍTEZ ORTUZAR, en Morillas Cuevas (Coord.) *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid. 2011, p. 227.

(39) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 6.ª ed. Madrid, 2004, p. 20.

presenta un grado de inconcreción que no puede cumplir correctamente esos fines exegéticos que se esperan del bien jurídico. La dignidad humana se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos personales porque en todos ellos la persona sufre injustamente el menoscabo de sus derechos.

En un esfuerzo por positivizar su contenido Alonso Álamo propone su comprensión «como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, a no ser humillada, degradada, envilecida, cosificada, no es una manifestación encubierta de la moral sexual dominante ni cabe ver en su invocación un retorno encubierto a la honestidad.» (40) A pesar de todo, esta propuesta sigue presentando una grave carencia de concreción y, lo que nos parece más objetable, no se compadece con la redacción actual del artículo 177 bis. El tipo de delito de trata, tal como ha quedado en su última redacción, adolece del efecto de acumulación criminal en la que se incluyen las conductas más graves, que probablemente, han inspirado la redacción, como aquellas otras que merecen un reproche más liviano. Hay tal heterogeneidad de conductas tipificadas que la pena puede resultar en ocasiones, desmedida. Delito de trata lo cometen, actualmente, los jefes de las organizaciones criminales que, tras un largo viaje de condiciones durísimas, traen a las carreteras en las afueras de cualquier ciudad de España a ejercer la prostitución a mujeres jóvenes procedentes de los campos de refugiados somalíes, que viven en condiciones infrahumanas, huyendo de los señores de la guerra, con amenazas para su vida, y las mantienen encerradas en pisos clandestinos, con jornadas de trabajo de diez y doce horas, sometiéndola periódicamente a violencias, vejaciones y agresiones sexuales, y para asegurar que no se fuguen o denuncien su situación las violan y las dejan embarazadas y una vez tenido su hijo se lo secuestran como garantía hasta que logren saldar su deuda y, finalmente, les retribuyen sus servicios con poco más que una deficitaria alimentación; pero, también lo es, engañar a un joven que sufre unas graves circunstancias económicas en su familia y que vive desempleado en una zona de España, particularmente castigada por la crisis económica, y trasladarlo a otro sitio para emplearlo en labores de servidumbre sin respetar las condiciones de seguridad e higiene, y ofreciéndole un salario por debajo del establecido por la legislación. Sin ningún género de dudas, el primer caso atenta gravemente con los valores esenciales del ser humano, aunque podrían ser detallados en derechos concretos, pero, no, el segundo. A ello hay que añadir, además, que, expresa-

(40) ALONSO ÁLAMO, *op. cit.* p. 3.

mente, se acude a la regla concursal para castigar las explotaciones materiales, de manera que el artículo 177 bis o, se concibe como un delito de peligro –y, no lo es–, o deberemos encontrar otros argumentos para fundamentar el injusto.

El núcleo básico de la trata de seres humanos se ha visto reducido por distintas circunstancias a una conducta que consiste en trasladar a una persona, anulando su voluntad, a otro lugar para someterlo a una explotación, sin que tengan que concurrir más aditamentos agravantes (41). La circunstancia de que el Código se detenga en describir conductas fraccionadas no contradice la opinión que mantenemos en el texto ya que todas ellas tienen el mismo objetivo de alcanzar el traslado y solo son relevantes, en la medida que sus ejecutores saben y quieren lograr esa transferencia de la víctima. Lo que hace particularmente abyecta la conducta de este delito, no es el traslado, porque de ser así ni siquiera hubiera sido preciso tipificar la trata que ya se hubiera podido castigar por coacciones, amenazas o detenciones y, además, la pena resultaría insoportablemente, desproporcionada. Nos encontramos ante una figura en donde lo subjetivo, la motivación adquiere una particular relevancia para el injusto. No obstante, si no hubiera traslado forzado no habría trata, luego el traslado debe suministrar las claves para concretar el bien jurídico. El traslado no se hace para poner a los sujetos pasivos en otros lugares, sin más, sino para cumplir con un encargo o acuerdo previo que consiste en buscar determinados grupos de personas, que responde a un perfil concreto en función del negocio, para ser explotados de diversas maneras. Los responsables del traslado saben dónde llevan a sus víctimas, aunque sean otros quienes se lucren directamente de la explotación. Tanto los responsables del traslado, como los responsables de la explotación, individualmente o como organizaciones criminales, emplean medios operativos diseñados para debilitar a la víctima como sujeto de derecho, modifican su status jurídico fundamental, situándola en un mundo extraño y hostil. En esas circunstancias se genera una relación monopólica de dependencia de sus transportadores/explotadores, la mantienen amenazada o le limitan sus movimientos, bien encerrándola, bien quitándole su hijo, bien retirándole la documentación. En correspondencia con la gravedad del delito y las penas que tiene asignadas se estarían lesionando los derechos comprendidos en la Sección 1.^a del Capítulo II de nuestra Constitución y este conjunto de derechos constituyen el bien jurídico protegido. Aunque se trata de una pluralidad

(41) MARAVER GÓMEZ, *La trata de seres humanos*, en Díaz-Maroto y Villarejo (Dtor.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Pamplona. 2011, pp. 311-334, p. 318.

diversa de derechos fundamentales son concretables en cada caso en función de la naturaleza del traslado, de las circunstancias del sometimiento y del tipo de explotación al que se somete. Allá donde haya una trata, conforme a lo que tipifica el Código, habrá, cuando menos, una lesión a la libertad ambulatoria y un peligro para otros bienes jurídicos en función de la naturaleza del traslado. En correspondencia a los dos ejes sobre los que gira el injusto podemos hablar también de un delito pluriofensivo; siempre se verá comprometida la libertad y a ello habrá que sumar la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos determinado por las condiciones del traslado. Pero el elemento subjetivo trascendente del objetivo del traslado añade como bien jurídico la puesta en peligro de los derechos de la víctima afectados por la explotación. El traslado de una persona, sin su consentimiento para ser sometida a la explotación hace el mismo particularmente abyecto. En el artículo 177.1 se reprocha transferir de su hábitat a una persona para ponerlo en mano de unos explotadores. Es irrelevante que finalmente la persona no haya podido ser entregada a sus explotadores.

Conforme con lo anterior estamos en presencia de un bien jurídico eminentemente personal por lo que no se puede compartir la opinión de quienes entiende protegido un derecho colectivo de los extranjeros. Los derechos de los extranjeros son reconocidos por la ley como derechos de la persona. Semejantes propuestas terminan debilitando sin justificación alguna la protección penal de este grupo de personas. Tantas víctimas como hayan sido transferidas, concurriendo los elementos típicos, tantos delitos de trata se habrán cometido.

ii. ELEMENTOS TÍPICOS Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

I. De la lectura del artículo 177 bis se saca una impresión de que el tipo pretende abarcar comportamiento tan dispares que no son fáciles de reconducir a una sola figura. Ya tuvimos ocasión de comprobarlo en el análisis del bien jurídico, reconocer como hace unánimemente la doctrina que solo acudiendo pluralmente a derechos constitucionales se puede alcanzar cierta concreción pone de relieve que esos mismos problemas se van a reproducir a la hora de intentar concretar los elementos típicos. Las garantías de seguridad jurídica y de proporcionalidad se debilitan y esto provoca en los tribunales un efecto contrafáctica que limita desafortunadamente la persecución penal de estos delitos. Este riesgo se incrementa por las durísimas penas a las que se puede llegar debido al juego de los concursos.

II. El delito de trata de personas ha sido concebido por nuestro legislador como un delito de emprendimiento, en el que las conductas

de tentativa e, incluso, preparatorias, como es la labor de captación de la víctima, son equiparadas a efectos penales, estableciéndose entre ellas una relación de alternatividad. Es indiferente que los sujetos realicen una, varias o todas ellas, responderán solo por un delito. Se describe toda la cadena de conductas imaginables desde la captación hasta el alojamiento en el viaje y en el destino, pasando por el transporte, el traslado (42) y la recepción. Si tenemos en cuenta que también se castigan los actos preparatorios de conspiración, provocación y proposición, podemos concluir que estamos en presencia de una figura delictiva con un extraordinario adelantamiento de las barreras de punición (43). A pesar de todo, la constelación de conductas que colaboran gravemente en la trata de personas es muy variada y la descripción casuística no es lo más recomendable para evitar lagunas de impunidad. En esta ocasión hubiera estado, pues, justificado acudir a descripciones más generales, como se hace, por ejemplo, en relación con el tráfico de drogas, empleando verbos resultativos, como *favorecer*, *promover* o *facilitar*.

Nos encontramos ante unos hechos que pueden resultar largos en el tiempo y complejos geográficamente porque la víctima recorre a veces muchos países y las previsiones del plan criminal pueden cambiar sustancialmente por vicisitudes inopinadas. El plan del autor o autores principales puede verse interrumpido, modificado, sustituido o reiniciado en varias ocasiones; pueden incluso sucederse diferentes organizaciones criminales, de manera que solo pueden tener relevancia penal aquellas conductas en las que se aprecia el dolo de trasladar, sin consentimiento, y hacerlo para que sea explotada la víctima. Pero, incluso, no debe descartarse el riesgo de que la propia legislación produzca una doble criminalización de las víctimas –paradójicamente, las personas en favor de quienes se persiguen estas conductas–. A veces en el desarrollo del plan criminal hay personas que participan por conmiseración con las víctimas, porque la vuelta atrás o no es posible o es peor, dándole cobijo o aliviando su traslado o transporte. Quizás no corresponde al legislador prever estas situaciones, sino a los operadores del Derecho, encargados de su aplicación.

Es un delito de resultado porque cada una de las conductas presenta sus resultados parciales, que se enmarcan dentro de un resultado

(42) Aunque la mención al *transporte* y al *traslado* como conductas independientes puede entenderse una reiteración innecesaria, también es posible que los redactores hayan querido referirse con la expresión *transporte* a proveer los recursos para el mismo sin llegar a participar en él, mientras que el *traslado*, implicaría que el autor se encarga personalmente de hacerlo.

(43) De la misma opinión DE VICENTE MARTÍNEZ (*op. cit.* p. 704).

general de traslación del sujeto pasivo, por lo que es imaginable la tentativa en relación con cada una de ellas (44). El sujeto puede, por ejemplo, desplegar una labor ejecutiva de captación sin obtener resultados o puede preparar el transporte sin que finalmente, se lleve a cabo. La explotación no es resultado de este delito, sino la erradicación (45). Aquí radica uno de los cambios introducido con la creación de esta nueva figura delictiva. Cuando se aplicaba a los supuestos de trata el artículo 318 bis.2 –hoy derogado– la jurisprudencia entendía que solo se consumaba cuando se materializaba el abuso sexual (STS 2/11/2006) (46).

El medio comisivo se encuentra descrito en el tipo de forma que solo habrá delito si se logra la trata mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de prevalimiento, debida a una relación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Estos medios violentos no tienen que darse respecto de cada una de las conductas típicas, pero sí en aquella que determinó que la víctima fuera transferida en condiciones de ilegalidad. También es posible que, en la dinámica del traslado, se convirtiera en trata, lo que inicialmente, no lo fue. No se menciona los supuestos en los que se llega a un acuerdo económico con la propia víctima sin que se den situaciones particularmente graves de necesidad. No se trata de un olvido sino que el legislador no ha querido que este delito pudiera ser empleado para luchar contra aquellas personas adultas que ejercen la prostitución y, en consecuencia, niega la validez de consentimiento respecto de los mayores de edad, solo cuando concurre algunos de los mencionados medios comisivos (art. 177 bis. 3) (47).

De la relación de medios típicos que sirven para captar a la víctima e introducirla en la red que la va a desubicar y poner al servicio de las

(44) De la misma opinión, QUERALT JIMÉNEZ (*op. cit.* p. 186). Lo considera de mera actividad, MARAVER GÓMEZ. *Op. cit.* p. 324.

(45) En este sentido, para BENÍTEZ ORTUZAR (*op. cit.* p. 228) nos encontramos ante un delito de consumación anticipada o de resultado cortado al no exigirse que se materialice la explotación.

(46) QUERALT JIMÉNEZ, (*op. cit.* p. 186).

(47) En el Manual para la lucha contra la trata de personas (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2007, p. 19) se señala que «*cuando una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata según el Protocolo y pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce...*». ... «*Si el consentimiento se mantiene no existe delito de trata, incluso si la persona en cuestión ha consentido en realizar actividades que son ilegales en el Estado de destino como la prostitución o el tráfico de drogas*». En el mismo sentido la Directiva 2011/36/UE señala que «*habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso.*»

organizaciones o personas encargadas de su explotación llama la atención el abuso «*de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima*». El texto reproduce el recogido en el Protocolo de Palermo y presenta una dificultad interpretativa que no se da cuando se trata de valorar un acto de violencia o intimidación, en donde se cuenta con un presupuesto fáctico tangible y con la negación de la voluntad del sujeto pasivo. En este caso, nos encontramos ante la dificultad de valorar las situaciones de necesidad, vulnerabilidad o dependencia en grupos o culturas completamente ajenas a las nuestras. Ponderar el grado de intensidad de estas relaciones verticales se nos antoja una labor compleja y, sobretodo, difícil de probar.

El objetivo del traslado queda circunscrito a tres tipos de explotaciones –laboral, sexual o para extracción de órganos (48)–, si bien, como se menciona dentro de la primera de ellas las «*prácticas similares a la esclavitud*» (49), pueden acogerse en su seno otros tipos de explotaciones, que no han sido expresamente mencionadas, como es el caso de utilización para pruebas de laboratorio, para la guerra o guerrillas o para la incorporación al servicio de organizaciones criminales. Más difícil es incluir en la trata los traslados para adopciones ilegales o matrimonios de conveniencia o prácticas de algunos delitos –carterismo, terrorismo, tráfico de drogas, etc.– Como ya hemos señalado, la explotación no tiene que materializarse para que llegue a la consumación el delito, es más, si así ocurriera será preciso acudir a las soluciones concursales. De manera que en la sede del delito de trata de personas todo lo referente a la explotación tiene interés, exclusivamente, para concretar el contenido de los elementos subjetivos.

A la vista de la evolución expansiva seguida en los últimos años por el concepto jurídico de trata de personas es previsible que pronto se prescindiera de concretas referencias de explotación para

(48) Sobre la extracción de órganos existen dos documentos internacionales que establecen las pautas para su persecución penal. Son, por una parte, la Declaración de Estambul sobre tráfico de órganos y el turismo de trasplante, auspiciado por la *Transplantation Society* y la *Sociedad Internacional de Nefrología* en el año 2008 y, por otra, los Principios Rectores de la OMS sobre trasplantes de células tejidos y órganos humanos» (2010, Resolución WHA63.22).

(49) La redacción del primer supuesto de explotación resulta algo reiterativa, hubiera bastado mencionar el trabajo forzado y la esclavitud, ya que la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzado según la definición del Convenio n.º 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930. Y, por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contempla, entre los crímenes de lesa humanidad establecidos en su artículo 7.1, define la esclavitud como «*el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*».

que no se generen estas impunidades injustificables y se entienda por trata el traslado para la explotación, entendiéndose por explotación «*utilizar en provecho propio alguna circunstancia que pone a otro en desventaja*» (50). De hecho el Protocolo de Palermo se refiere genéricamente a «*finés de explotación*». No compartimos la opinión de quienes (51) consideran que un texto abierto podría rebajar las garantías de legalidad por tres razones: en primer lugar, porque la explotación laboral es en su interpretación tan amplia como se desee; en segundo lugar, porque es más coherente con el bien jurídico protegido, pues si de lo que se trata es de luchar contra la cosificación de la persona la naturaleza de la explotación no es relevante; y, por último, porque como la propia doctrina crítica a la cláusula general reconoce se quedan fuera muchos supuestos de explotación que merecerían ser incluidos también.

Para valorar la explotación será preciso hacer una comparación con las condiciones legales que nuestro país –no el país de origen, en donde probablemente la víctima estaba sometida, incluso a peores condiciones– garantiza para la actividad de que se trate y las que presumiblemente –si no llegará a producirse– se le iban a aplicar al sujeto pasivo. Si resulta que la víctima iba a ser incorporada a una actividad legal en condiciones legales, salvo que no media su consentimiento, no habrá trata, sino detenciones ilegales o coacciones, dependiendo de las circunstancias.

Ni lo que hace al sujeto activo ni al pasivo presentan cuestiones dignas de destacar. Cualquier persona puede cometer el delito y cualquiera puede ser víctima del mismo. No se hace referencia alguna –como ocurría en textos precedentes– a la nacionalidad del sujeto pasivo. Tan solo cabe señalar que el tránsito debe ser en nuestro país, o tenerlo como destino u origen o pasar por él. Esta restricción territorial puede ser inoportuna cuando los responsables de la trata tengan su residencia en España, pero operen fuera. Sin embargo, esto no debería limitar, en principio, la competencia de nuestros tribunales que, conforme al principio de justicia universal pueden conocer y juzgar los delitos tipificados «*como tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas*» (52).

Entre las circunstancias agravantes específicas se recoge que el autor se haya prevalido de su condición de autoridad, de agente de esta o de funcionario público. A tenor del artículo 24 a los efectos

(50) MOLINER. *Diccionario de uso del español*. Madrid. 1970. T. I.

(51) TERRADILLOS BASOCO, InDret 1/2010. p. 18. MARAVER GÓMEZ. *Op. cit.* p. 325.

(52) *Vid.* artículo 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial.

penales se entiende por funcionario los que, ya sea individualmente o como miembros de una corporación, tengan mando o ejerza jurisdicción propia, ya sean nacionales o comunitarios.

Cuando para cometer el delito se haya empleado una persona jurídica en los términos previstos en el artículo 31 bis del Código la responsabilidad penal por la trata se extenderá a ella, sin que obstruya las eventuales responsabilidades de las personas físicas.

III. En la vertiente subjetiva del tipo vemos que solo es punible la comisión dolosa. El delito se ha estructurado como un delito recordado de dos actos en los que un resultado adicional –la explotación– será provocado por una acción posterior, igualmente, delictiva (53). Hay una relación secuencial entre ambas conductas, las cuales se vinculan por medio de un plus subjetivo que es el elemento subjetivo del injusto. De manera que solo responderán por trata quienes realicen la conducta base –cualquiera de ellas– dolosamente y con intención de explotar o entregar a terceras personas para que exploten a los sujetos pasivos transferidos. Como se trata de cadenas muy complejas debe verificarse, además, un dolo situacional, de manera que a lo anterior se suma el conocimiento de que la conducta forma parte de un entramado, de una cadena, a la que se aporta como mínimo un eslabón.

En los casos en que el autor solo sabía que su víctima iba a ser sometida a una explotación sin conocer de qué naturaleza o cuando, equivocadamente, creyó que iba a ser utilizada para una actividad distinta de las tres que señala el artículo 177 bis, la tipicidad no está completa y no podrá aplicarse esta figura, sino el delito común contra la libertad y la seguridad. Cualquier otra solución nos parece más objetable. Un error de esa naturaleza no puede ser considerado como error de tipo, porque no es un error sobre un «*hecho constitutivo de la infracción penal*» (art. 14.1) y porque de admitir el error el hecho del traslado quedaría impune. Si consideramos que es irrelevante y que se mantiene la adecuación al tipo ignoramos que la voluntad del legislador se circunscribe a uno de esos tres objetivos y si otra hubiera sido su voluntad, hubiera omitido esa referencia.

IV. El tipo básico se hace acompañar de tres circunstancias agravantes específicas que inciden sobre las circunstancias de peligro para la vida y la integridad física de una persona que es sometida a un proceso violento de desarraigo. Para que cualquiera de ellas tenga relevancia deberán ser conocidas por los responsables. La pena resultará incrementada cuando la víctima es menor, cuando su vida ha sido

(53) Para QUERALT JIMÉNEZ (*op. cit.* p. 185) se trata de un delito de tendencia interna intensificada.

puesta en peligro o por sus circunstancias personales es especialmente vulnerable.

c) **Las relaciones concursales con otras infracciones afines**

Los problemas concursales generan un considerable número de interrogantes debido a que la incorporación de nuevas figuras delictivas se emplea la técnica del parcheo del Código sin tener en cuenta la eventualidad de que todo o parte de lo que se tipifica ya se encontrase en el texto legal. Sin ánimo de ser exhaustivo vamos a ver los supuestos concursales más frecuentes, empezando por recordar que estamos ante un delito que tiene como objetivo la protección de determinados derechos de las personas. Al menos es seguro que la conducta típica del traslado sin consentimiento o con consentimiento viciado provoca una lesión en el ejercicio del derecho a la libertad, lo que lo hace incompatible con los delitos contra la libertad. Además, eventualmente, se pueden ver afectados otros derechos personales, dependiendo de las condiciones en las que se realizó el referido traslado. A partir de esta convención, pacíficamente asumida por la doctrina, llegamos a la conclusión de que tantos sujetos pasivos hayan sido trasladados, tantos delitos de trata deberán considerarse. Las circunstancias en que se produjo el traslado deberán determinar si corresponde aplicar, entre ellos, las reglas del concurso real o ideal.

La segunda cuestión concursal interna que se suscita es la compatibilidad entre la apreciación de las circunstancias agravantes de peligro para la vida, cuando la trata tiene como objetivo la extracción de los órganos de la víctima, o de vulnerabilidad de la víctima, cuando esa circunstancia personal está expresamente mencionada en la base del reproche del delito de trata de seres humanos. En estos supuestos no procede aplicar las agravantes para no concurrir en una doble valoración de los elementos del injusto.

Mayor relevancia presenta la concurrencia del tipo básico de trata de personas con las distintas modalidades de explotación que menciona el propio artículo 177.1 –los trabajos forzados, la explotación sexual y la extracción de órganos–, todos ellos tienen sus correspondientes tipos específicos, a saber, los artículos 156 bis, 312 y 178 y ss. (54). Conforme al artículo 177 bis las penas previstas para la trata

(54) Por explotación sexual debemos entender cualquier ataque a la libertad sexual que aparezca tipificado como delitos dentro del Título VIII de nuestro Código penal, abarca tanto conductas descritas como agresiones sexuales (cap. I), abusos sexuales de adultos o menores (caps. II y II bis), acoso sexual (cap. III), exhibicio-

serán impuestas «sin perjuicio de aplicar también las que correspondan por el art. 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación». El texto adolece de cierta confusión en su redacción porque lo que parece impuesto inexorablemente por voluntad de la ley —«en todo caso»— se relaja a continuación permitiendo que «en su caso» deje de aplicarse las reglas concursales. Por otra parte, el texto propone un concurso en cadena de hasta tres y cuatro delitos. Serán de aplicación obligada el de trata y el de tráfico ilegal y, eventualmente, los resultantes de las explotaciones. Es respecto de estos últimos que deberá considerarse la cláusula «en su caso».

Son imaginables dos supuestos que merecen el mismo tratamiento, aunque por distintas vías. El primero, cuando los propios individuos se hacen responsables del traslado de la víctima y su posterior explotación, y el segundo, cuando la explotación la realizan terceras personas —supuesto relativamente frecuente, según la información criminológica—, en este segundo caso, las penas serían idénticas, ya que los responsables del traslado son cooperadores necesarios en los delitos de explotación. En el primer caso, el propio Código señala que deberá acudirse al concurso de delitos, sin embargo, la relación de delitos que entran en concurso puede ser extraordinaria y, como consecuencia, alcanzarse penas desproporcionadas. Así, por ejemplo, si el tránsito se llevó a cabo con el fin de extraerle un órgano a la víctima, cosa que finalmente sucedió a manos de los propios traficante, tendríamos que acudir a las siguientes figuras delictivas: el delito de trata, cuyo bien jurídico son los derechos de la persona transferida; la inmigración clandestina, que protege los controles migratorios por parte del Estado; el delito de extracción de órganos del artículo 156 bis, que protege la salud pública y, más concretamente, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes (55), y, por último, el delito de lesiones por la extracción del órgano.

d) Aspectos penológicos

Desde una perspectiva penológica el artículo 177 bis resulta un delito de penas desproporcionadas, sobretudo en relación con ciertos

nismo y provocación sexual (cap. IV) y prostitución y corrupción de menores (cap. V).

(55) L 30/1979; RD 2070/1999; y, en el ámbito internacional los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y órganos humanos, aprobados por la 63.^a Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA63.22.

supuestos, debido no solo a la gravedad de las penas previstas para los delitos básicos, sino también a que es difícil de imaginar casos en los que solo haya que acudir al tipo básico, porque las circunstancias agravantes abarcan un espectro tan amplio y tan frecuente que están puestas con vocación de convertirse en la aplicación normal y no excepcional. Resulta contrario a las estructuras lógicas de valoración del sistema penal, que la colaboración –aun necesaria– con los explotadores, resulte más castigada que la propia explotación. Pero, incluso, la pena del tipo base excede de las recomendaciones de la Directiva 2011/629/AI de que tuviera una duración máxima de, al menos, cinco años de prisión, mientras el nuestro se castiga con una pena entre los cinco y los ocho años (56). A partir de ahí se produce un lanzamiento hacia arriba que permite aplicar en caso no extremadamente graves penas de hasta veinticuatro años de prisión, esto sin necesidad de acudir a los concursos con los correspondientes delitos de explotación. Si convenimos que la pena reservada para el homicidio –de diez a quince años– debe servir de referencia a un sistema penal comprometido con el principio de proporcionalidad, el desequilibrio es manifiesto. Veámoslo con un ejemplo, cuando el que organiza el traslado –de 4 a 8 años (177 bis 1)– es un funcionario de embajada que acuerda con otros –de 8 a 12 años (177 bis. 6)–, trasladar a nuestro país a una persona, considerada especialmente vulnerable, para su explotación –de 12 a 24 años (177 bis. 6 *in finis*)–, puede ser castigado con una pena de hasta los veinticuatro años de prisión, como decimos, sin tener en cuenta la aplicación del art. 318 bis, ni las penas que habría que sumarse si, finalmente, la víctima resulta explotada.

e) La excusa absolutoria para la víctima

Siguiendo las indicaciones de la Directiva 2011/629/AI (57) el artículo 177 bis se cierra con una excusa absolutoria en virtud de la cual

(56) TERRADILLOS BASOCO, en Álvarez García/González Cussac, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valencia. 2010, pp. 211-212; MARAVER GÓMEZ. *Op. cit.* p. 326.

(57) Señala la Directiva 2011/36/JAI que «*Debe protegerse a las víctimas de la trata de seres humanos, de conformidad con los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros correspondientes, contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas tales como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Esta salvaguarda no debe excluir el procesamiento o el*

«sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado». Se trata de una exención similar a otras ya recogidas en nuestro Código, como son las sustracciones entre parientes (art. 268) o las conductas fraudulentas asociadas a los delitos contra la Hacienda pública (art. 305. 4). Para su aplicación deben tenerse en cuenta lo siguiente:

- La excusa absolutoria es una causa de exclusión de la culpabilidad por lo que solo afecta a la víctima y no a otras personas que, eventualmente, hubieran participado en la comisión de los delitos exentos de responsabilidad para ella.

- Su condición de víctima ha debido quedar probada por un órgano judicial. Se trata de víctimas del delito de trata de personas y no de los delitos de explotación. Por el contrario, quien entra en España legalmente para ejercer la prostitución no puede invocar esta cláusula de exención.

- La exención puede afectar a cualquier infracción que guarde alguna relación culpabilística con la condición de víctima del delito de trata. Deberá probarse que el ámbito convencional de motivación de la norma penal no desplegaba sus efectos debido a la debilidad jurídica o social que sufría a consecuencia del desarraigo.

- En todo caso solo es posible invocar la excusa si la infracción no solo ha sido cometida intencionadamente, sino que concurre, como elemento subjetivo del tipo, la intención de superar o eludir con ella su situación, al igual que en cualquier otra causa exculpatoria que afecta a las motivaciones es preciso que concorra ese elemento subjetivo.

- Junto a esa relación culpabilística, debe quedar probado una relación objetivamente directa entre la condición de víctima de una explotación sexual, laboral o de extracción de órganos. La Directiva, mencionada, que inspira esta exención cita dos infracciones a modo ilustrativo: el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración. También son imaginables otras muchas, como la ocupación de vivienda, el abandono de familia, el matrimonio ilegal, el falso testimonio, e, incluso, son imaginables delitos más graves como la interrupción del emba-

castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria».

razo. Las investigaciones criminológicas informan de que es relativamente frecuente que mujeres que fueron inicialmente víctimas se conviertan con el transcurso del tiempo en miembros de las organizaciones criminales que captan nuevas víctimas. En principio, esta cláusula no les eximiría de responsabilidad penal por esos hechos, entre otras razones, porque para entonces ya no se encuentran sometidas a ninguna situación que justifique la impunidad.

- El sentido de la excusa absolutoria es extender los efectos de algunas causas de exculpación más allá de los criterios comúnmente aceptados. La presencia de la misma no puede entenderse en ningún caso en perjuicio de la víctima infractora. El resto de las reglas generales de justificación o exculpación mantienen su vigencia.

- La aplicación de esta cláusula está informada por los criterios de proporcionalidad. No serán comportamientos proporcionales aquellos que no son idóneos para protegerse o aquellos en los que la víctima opta por la infracción cuando una conducta adecuada al derecho le hubiera posibilitado superar la situación o cuando la gravedad de la infracción desborda manifiestamente la gravedad de la situación personal.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, *¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual*. Revista Penal. Núm. 19 (2007).
- BENÍTEZ ORTUZAR, en Morillas Cuevas (Coord.) *Sistema de Derecho penal español*. Parte especial. Madrid. 2011.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil, común y foral*. T. I. Vol. II. Madrid. 2007.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 6.ª ed. Madrid, 2004.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, 2003.
- CUGAT MAURI, *La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria*, artículo 177 bis, 313, 318 y 318 bis CP. En Quintano Olivares (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Pamplona. 2010, pp. 159-164.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, en Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. 2.ª Edic. Valladolid. 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*. Revista penal, n.º 2, 1998, pp. 17-22.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid. 1990.

- JIMÉNEZ ASENJO, *Abolicionismo y prostitución*. Madrid. 1963.
- MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*. Valencia. 2001.
- MARAVÉ GÓMEZ, *La trata de seres humanos*. En Díaz-Maroto y Villarejo (Dtor.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Pamplona. 2011, pp. 311-334.
- MUÑOZ CUESTA, *Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2011 (Tribuna), pp. 9-20.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*. 6.^a edic. 2010.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. 2.^a edic. Madrid. 1966.
- TERRADILLOS BASOCO, *Trata de seres humanos. Comentario a la Reforma del Código Penal de 2010*. Valencia. 2010.
- *Reflexiones y propuestas sobre inmigración*. InDret 29/1/2010.
- En Álvarez García/González Cussac, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valencia. 2010, pp. 211-212.

El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático (*)

KAI AMBOS

RESUMEN

El «asilo diplomático» concedido al fundador de Wikileaks, Julian Assange, en la embajada de Ecuador en Londres y la consecuente imposibilidad de ejecutar la orden de detención europea emitida por Suecia genera una serie de cuestiones legales que suelen ser ignoradas en el debate público del caso. Un análisis objetivo revela que la posición del gobierno ecuatoriano no es sostenible. Por un lado, ignora las estructuras básicas del derecho de extradición (europeo) (al respecto véase abajo el acápite B) y por otro lado hace uso de la figura del «asilo diplomático» que –a excepción de América Latina– es una institución jurídica no reconocida por el derecho internacional (C). Sin embargo, el gobierno ecuatoriano tiene razón al invocar el principio de derecho diplomático de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas (D). Por último, surge la cuestión sobre las posibilidades de actuar de un Estado receptor (Reino Unido) en cuyo territorio nacional un Estado acreditante (Ecuador) concede un asilo diplomático (E).

Palabras claves: *Assange – orden de detención europea –extradición– asilo diplomático –derecho diplomático– inviolabilidad de las sede diplomática*

ABSTRACT

The «diplomatic asylum» granted to Wikileaks founder Julian Assange in the Ecuadorian embassy in London and the ensuing impossibility to execute a Swedish European Arrest warrant raises a series of legal questions which are usually ignored

(*) Se trata de una elaboración científica de mi columna «*Mit unlauteren Mitteln*», p. 6, publicada originalmente en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 23 de agosto de 2012. Agradezco a mi colaboradora estudiantil *Annika Maleen Poschadel* por su valiosa ayuda. Traducción de *Diego Tarapué Sandino LL.M.* y doctorando de la Universidad de Göttingen y docente de la Universidad Santiago de Cali (Colombia).

in the public debate of the case. An objective analysis reveals that the position of the Ecuadorian government is untenable. It ignores, on the one hand, the basic structures of (European) extradition law (see infra section B) and, on the other, invokes with the «diplomatic asylum» a concept which is –except on the regional, Latinamerican level – not recognized in international law (C). The Ecuadorian government is right however in taking recourse to the principle of the inviolability of a diplomatic mission (D). Finally, the question arises how a receiving State (UK) should react to the situation at hand, i.e., if a sending State (Ecuador) grants diplomatic asylum (F).

Keywords: *Assange – European arrest warrant – extradition – diplomatic asylum – law of diplomatic relations – inviolability of diplomatic missions.*

A. OBSERVACIÓN PRELIMINAR

Debido a la elevada sospecha de violación y «acoso sexual» a dos mujeres suecas en territorio sueco, Suecia profirió una orden de detención europea (1) el 18 de noviembre de 2010 contra *Julian Assange*, quien en estos momentos se encuentra radicado en Inglaterra (2). Por tal motivo, *Assange* fue detenido con fines de extradición el 7 de diciembre de 2010 (3). Luego de agotar los recursos de la vía judicial estatal (*Magistrates'*, *High* y *Supreme Court*), (4) el 30 de mayo

(1) Cfr. Decisión Marco 2002/584/JI del Consejo del 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Archivo 2002 L 190, p. 1, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(2) La orden de detención se encuentra disponible en: <http://darknetnet.files.wordpress.com/2012/05/certifiedarrestwarrant1.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(3) La página web de la fiscalía sueca suministra una cronología de los acontecimientos en: <http://www.aklagare.se/In-English/Media/The-Assange-Matter/The-Assange-Matter/> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(4) Conforme a la detención de *Assange*, la corte (*City of Westminster Magistrates' Court*) ordenó el 24 de febrero de 2011 su extradición. Esto se basó, entre otras cosas, en que efectivamente se le había dado la competencia a la fiscal sueca *Marianne Ny* para la expedición de la orden de detención europea (pp. 12 ss.) y a que dicha orden de detención, en contra de lo sostenido por la defensa, ha sido emitida no solo en el marco de las investigaciones preliminares («*preliminary investigations*»), sino que también es proporcional en el marco de un concepto de persecución penal entendido como «cosmopolita» («*cosmopolitan approach to the question of whether as a matter of substance rather than form Mr Assange is wanted for prosecution*») (pp. 13-20). Además los tres delitos en cuestión, que acorde al derecho sueco no podrían ser subsumidos como violación y que por lo tanto no se ajustarían al principio del reconocimiento mutuo, son también punibles acorde al derecho inglés y en ese sentido se cumple con la exigencia de la doble incriminación (pp. 21-23). Pese a algunas inconsistencias relacionadas con la transmisión de la información por

parte de los medios suecos, el impedimento procesal de un «*abuse of process*» tampoco se toma en consideración (pp. 24-2). Finalmente, a causa de la pertenencia de Suecia a la Convención Europea de Derechos Humanos tampoco hay algún tipo de impedimento para la extradición (pp. 26 ss.). (*City of Westminster Magistrates' Court [Sitting at Belmarsh Magistrates' Court], The judicial authority in Sweden v Julian Paul Assange, Findings of facts and reasons*, 24 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/jud-aut-sweden-v-Assange-judgment.pdf> [consultado el 3 de marzo de 2013]). El recurso interpuesto ante la *High Court* fue denegado por esta corte el 2 de noviembre de 2011 con base en que las cuatro objeciones alegadas por *Assange* no eran convincentes: (1) En cuanto a la objeción de *Assange* contra el carácter de la fiscalía sueca como «autoridad judicial» a efectos del *Extradition Act*, en primer lugar la *High Court* advierte que el *Extradition Act* tiene que ser interpretado ampliamente en el sentido de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea (art. 6) y bajo consideración de reflexiones propias del derecho comparado y del Convenio Europeo de Extradición. Si bien es cierto que no toda autoridad facultada por un Estado miembro para la expedición de una orden de detención europea debe ser reconocida a efectos de la Decisión Marco y del *Extradition Act*, en todo caso una fiscalía no sería excluida. Un examen más exacto del estado de cosas, a causa del hecho de que la fiscalía no es una parte imparcial, sobra, ya que el tribunal de apelación sueco competente (*Svea hovrätt*) ha fijado un supuesto de que basta la orden de detención europea (nm. 20-54). (2) Los alegatos de *Assange* de que tres de los cuatro hechos mencionados en la orden de detención europea no están incluidos en la Decisión Marco y que por eso es necesario un examen jurídico y fáctico (más) detallado de su punibilidad conforme al derecho inglés (y galés), además de que un hecho— acorde a lo señalado por la defensa de *Assange*— en realidad no es punible de conformidad al derecho inglés, fueron rechazados por la *High Court* con el argumento de que dicha examinación por una orden de detención europea solo es admisible en casos excepcionales que no se presentan en este caso. Además, el requisito de la doble incriminación se cumple con la valoración de las circunstancias que se deducen de los expedientes suecos. En lo que concierne a la objeción de *Assange* de que su conducta no se adecúa al tipo penal de violación y que por consiguiente no se ajusta al art. 2 para. 2 de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea, si bien es cierto que la *High Court* admite que en este aspecto no hay una definición europea conjunta, en todo caso la conducta cumple los requisitos de una definición mínima de violación, o sea una penetración premeditada sin el consentimiento de la víctima (nm. 109). Por lo demás, se deduce del art. 2 para. 2 y del anexo de la Decisión Marco, así como también de la sec. 64 (2) (b) del *Extradition Act*, que eso depende del derecho del Estado miembro emisor. En este sentido, el *Svea hovrätt* ha calificado las conductas reprochadas a *Assange* como violación y en efecto la conducta sería punible de acuerdo también al derecho inglés (nm. 55-127). (3) A la objeción de *Assange* de que el no es un «acusado» en el sentido de la sec. 2 (3) del *Extradition Act* y que por lo tanto no puede ser extraditado, la *High Court* replicó que el *Extradition Act* nuevamente debe ser interpretado a la luz de la Decisión Marco y por eso el concepto de «acusado» no debe ser entendido formalmente. En este sentido, se deduce de una valoración global de la orden de detención europea emitida por Suecia que *Assange* no solo debe ser interrogado como sospechoso, sino que también debe ser llevado a juicio como un acusado ya identificado. De los expedientes suecos no se deriva nada distinto, ya que una acusación formal se puede elevar —según el derecho sueco— solo después del interrogatorio del acusado, de manera que puede

de 2012 –¡después de una año y medio!– la Corte Suprema declaró definitivamente la admisibilidad de la entrega. (5) Como consecuencia, *Assange* huyó el 19 de junio de 2012 a la embajada de Ecuador y el 16 de agosto de 2012 recibió «asilo diplomático» por parte del gobierno ecuatoriano. En la fundamentación de esta decisión de concederle asilo diplomático –disponible de manera detallada en la página

quedar abierto si los expedientes en realidad pueden ser valorados por el tribunal (nm. 128-154). (4) Respecto al argumento de *Assange* de que una extradición es una medida desproporcionada porque también podría ser escuchado a través de video-interrogatorio, si bien es cierto que la *High Court* admite que tal examen de proporcionalidad frente a la expedición de la orden de captura europea tiene que efectuarse, se tiene que considerar la decisión negativa del *Svea hovrätt* al respecto y la gravedad de los hechos de que se trata, por lo cual considera en conjunto a la extradición como proporcional y por consiguiente el recurso es declarado como improcedente (nm. 155-160). (*High Court [Queen's Bench Division], Julian Assange v Swedish Prosecution Authority, Judgment*, 2 de noviembre de 2011, disponible en: <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Judgments/Assange-approved-judgment.pdf> [consultado el 3 de marzo de 2013]). Finalmente la *Supreme Court* rechazó el 30 de mayo de 2012 el último recurso en el ámbito interno (disponible en: http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2011_0264_Judgment.pdf [consultado el 3 de marzo de 2013]); acerca de la fundamentación, véase la nota al pie siguiente. La vía judicial para los tribunales mencionados se deriva del *Extradition Act* del 2003, sec. 26 (1): «*If the appropriate judge orders a person's extradition under this Part, the person may appeal to the High Court against the order.*» y sec. 32 (1) «*An appeal lies to the Supreme Court from a decision of the High Court on an appeal under section 26 or 28.*» (del autor).

(5) La *Supreme Court* tuvo que decidir únicamente sobre el concepto de «*judicial authority*». Por parte de la mayoría, *Lord Phillips* manifestó que si bien es cierto que los tribunales británicos no están obligados a interpretar el concepto de «*judicial authority*», tanto en el *Extradition Act* como en la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea (art. 6), habla de una presunción –debido al objetivo de la Decisión Marco de crear un sistema de extradición europeo unitario y de la obligación de interpretación conforme al derecho internacional del derecho británico– a favor de una interpretación uniforme y de que no se puede reconocer que el legislador británico se quiera apartar pese al uso del mismo concepto tal como en la Decisión Marco de éste (nm. 10-12). En concreto, en versiones anteriores de la Decisión Marco las fiscalías habían sido llamadas como «*judicial authorities*» (nm. 33-45) y no resulta evidente que se haya cambiado la comprensión de este concepto (nm. 60-67). Además, las fiscalías son autoridades expeditorias competentes en once Estados miembros (nm. 68). Tampoco contradice lo dicho por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que los fiscales no son «*competent legal authorities*» en el sentido del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos (nm. 72-76). En síntesis, es por eso que el concepto de «*judicial authority*», a efectos del *Extradition Act*, también comprende a los fiscales (nm. 77-80). A esto se adhirió *Lord Walker* (nm. 92 ss.), *Lord Brown* (nm. 95 ss.), *Lord Kerr* (nm. 101 ss.) y *Lord Dyson* (nm. 120 ss.). A favor de una interpretación más restringida de «*judicial authority*» –basándose en la voluntad presunta del Parlamento de admitir solamente a los tribunales como autoridades expeditorias competentes– *Lady Hale* (nm. 172 ss.) y *Lord Mance* (nm. 195 ss.).

web del Ministerio de Relaciones Exteriores ecuatoriano (6)– no se encuentra nada acerca de los hechos que soportan la orden de detención, solamente se habla de forma imprecisa de un «proceso legal en curso» y de una «actitud contradictoria» por parte de la fiscalía sueca (7). En lugar de eso, el presidente ecuatoriano Rafael Correa, en su programa de televisión «Enlace ciudadano», el 18 de agosto de 2012, manifestó –de manera bastante imprudente– que «de lo que se acusa en Suecia al señor *Assange* no es delito en América Latina» (¡sic!) (8), algo que evidentemente es falso (9) (y que en realidad hubiese tenido que convocar a las feministas del subcontinente porque tal afirmación demuestra un machismo desenfrenado que muchos bien veían superado). En la declaración oficial del gobierno se resalta que Ecuador se habría dirigido a las autoridades diplomáticas de más alto nivel de los Estados afectados (Australia, Reino Unido, Suecia y EE.UU.) (10) y habría solicitado, en particular, la garantía de no reextradición a los EE.UU. por parte de Suecia (11); además habría pedido

(6) Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de *Julian Assange*, comunicado no. 042, disponible en: <http://www.mmrree.gob.ec/2012/com042.asp> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(7) *Ibidem*, no. 7, 8: «(...) investigación abierta en Suecia, (...) la fiscalía sueca ha tenido una actitud contradictoria que impidió al señor *Assange* el total ejercicio del legítimo derecho a la defensa; (...) se han menoscabado los derechos procesales del señor *Assange* durante dicha investigación (...)».

(8) Enlace Ciudadano no. 285: «Jamás ni *Julián Assange* ni Ecuador han buscado que *Assange* no responda a los procesos judiciales en Suecia y en los que se halla involucrado, de lo que se acusa en Suecia al señor *Assange* no es delito en América Latina», disponible en: http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=34903:enlace-ciudadano-nro-285-desde-el-parque-recreacional-jipiro-loja-loja&catid=43:enlaces-ciudadanos-todos&Itemid=67 (a partir de 1:36:18; consultado el 3 de marzo de 2013).

(9) Lo cual ni siquiera es cierto en el propio derecho del país representado por este presidente, véase art. 505-517 del Código Penal (CP) ecuatoriano: «Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro»; disponible en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf (consultado el 3 de marzo de 2013). A manera de ejemplo –como Estados aliados que son los más cercanos a Ecuador– véase también el art. 308 del CP boliviano: «Violación, estupro y abuso deshonesto», disponible en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html (consultado el 3 de marzo de 2013) y art. 375-377 del CP venezolano «De la violación, de la seducción, de la prostitución o corrupción de menores y de los ultrajes al pudor»; disponible en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ven/sp_ven-int-text-cp.html (consultado el 3 de marzo de 2013).

(10) Véase la declaración sobre la solicitud de asilo de *Julian Assange* (*supra* nota 6): «(...) se han mantenido diálogos de alto nivel diplomático, con Reino Unido, Suecia y Estados Unidos (...)».

(11) *Ibidem*: «(...) el Ecuador auscultó la posibilidad de que el Gobierno sueco estableciera garantías para que no se extraditara en secuencia a *Assange* a los Estados Unidos (...)».

a las autoridades suecas que tomen las declaraciones de *Assange* en la embajada (12). Ya que esto no fue aceptado y con ello –según indica el gobierno ecuatoriano– no se pudo excluir una extradición ulterior a los Estados Unidos (13), donde *Assange* corre el riesgo de una persecución política, de un proceso sin las debidas garantías (*unfair*) y de un tratamiento cruel (14), se habría tenido entonces que acceder a la solicitud de asilo (15).

Esta argumentación no resiste a un análisis jurídico sobrio, puesto que por un lado el gobierno ecuatoriano ignora las estructuras básicas del derecho de extradición (europeo) (al respecto véase el acápite B) y por otro lado hace uso de la figura del «asilo diplomático» que –a excepción de América Latina– es una institución jurídica no reconocida por el derecho internacional (acápite C). Sin embargo, el gobierno ecuatoriano tiene razón al invocar el principio de derecho diplomático de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas (acápite D). Por último, surge la cuestión sobre las posibilidades de actuar de un Estado receptor en cuyo territorio nacional un Estado acreditante concede un asilo diplomático (acápite E).

(12) *Ibídem*: «solicitaron a la justicia sueca que tome las declaraciones de *Julian Assange* en el local de la Embajada de Ecuador en Londres».

(13) *Ibídem*, no. 5: «(...) factible la extradición del señor *Assange* a un tercer país fuera de la Unión Europea sin las debidas garantías para su seguridad e integridad personal (...)» y no. 11: «si el señor *Assange* es reducido a prisión preventiva en Suecia (tal y como es costumbre en este país), se iniciaría una cadena de sucesos que impediría que se tomen medidas de protección ulterior para evitar la posible extradición a un tercer país».

(14) *Ibídem*, no. 6: «de darse una extradición a los Estados Unidos de América, el señor *Assange* no tendría un juicio justo, podría ser juzgado por tribunales especiales o militares, y no es inverosímil que se le aplique un trato cruel y degradante, y se le condene a cadena perpetua o a la pena capital, con lo cual no serían respetados sus derechos humanos (...)».

(15) Poco encaja con esta fundamentación expuesta de manera «humanista» y «patética» el hecho de que el gobierno de Correa persiga a los periodistas críticos en su propio país. Al respecto, ENRIQUE GIMBERNAT ha dicho todo lo que en este caso se debe decir: «Cuando (...) tanto el propio RAFAEL CORREA como su Gobierno (...) tratan de aparecer como los máximos defensores de la «libertad de expresión y de la libertad de prensa», ello sólo puede entenderse como una broma de mal gusto, siendo así que ese país y su presidente han sido condenados por las más importantes organizaciones de derechos humanos (...) por los continuos y despiadados ataques que se producen en Ecuador contra precisamente aquellas libertades. (...) CORREA sólo debería ocuparse de defender la libertad de expresión de lejanos ciudadanos australianos cuando hubiera dejado de intentar (...) amordazar a los periodistas de su propio país». Cfr. *El Mundo*, Madrid, 21 de agosto de 2012, p. 11.

B. DERECHO DE EXTRADICIÓN

A decir verdad, conforme al principio del reconocimiento mutuo que reina en el derecho de asistencia judicial de la Unión Europea (UE), una orden de detención europea debería ser reconocida y ejecutada sin más por parte del Estado solicitado, el cual en terminología del derecho de la UE se denomina como “Estado miembro de ejecución” (en este caso Gran Bretaña) (16). Con ello, el proceso de entrega debe recortarse considerablemente frente al proceso tradicional de extradición, a saber, a lo sumo cien días entre detención y entrega de la persona solicitada (17). Según datos de la Comisión Europea, el tiempo en la práctica asciende en promedio a cuarenta y ocho días, por lo que se logra una considerable celeridad frente al proceso tradicional de extradición (cerca de un año) (18). En este sentido, si bien es cierto que el proceso de *Assange* representa una excepción extrema, esto puede ser al menos parcialmente explicado por el hecho de que la aplicación interna de la Decisión Marco varía enormemente, en especial en lo que respecta a los recursos concedidos (19).

(16) Véase el art. 1 para. 2 de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea, (*supra* nota 1): «Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión Marco». En general, sobre el reconocimiento mutuo véase: AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3.^a ed. 2011, § 9, nm. 12 con más referencias.

(17) La decisión sobre la *ejecución* de la orden de detención europea debe efectuarse dentro de sesenta días (excepcionalmente noventa días) (art. 17 para. 3 y 4 de la Decisión Marco), la *entrega* real debe hacerse dentro de los diez días siguientes (art. 23, para. 2 de la Decisión Marco). En el caso de que la persona buscada consienta en su entrega, se reducirá el plazo de la decisión y de la ejecución de la orden de detención europea a diez días tras haberse manifestado el consentimiento (art. 17 para. 2 de la Decisión Marco).

(18) Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación desde 2007 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, 11 de abril de 2011, KOM (2011) 175 final, p. 3. En los casos en los que las personas buscadas consintieron en su entrega, el proceso tiene una duración en promedio de catorce a diecisiete días (*ibídem*).

(19) Cfr. STEINBORN en: Górski/Hofmański (edit.), *The European Arrest Warrant and its Implementation in the Member States of the European Union*, p. 146 (pp. 147 ss.), disponible en: http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/eaw/other/220_EAW.pdf (consultado el 3 de marzo de 2013). De esta manera, en 2011 también varió la duración media de todos los procedimientos sin consentimiento de la persona buscada, desde la detención hasta la decisión de ejecución, entre un promedio de cinco a veinte días en Letonia y en promedio de cinco meses y medio en Irlanda (Rats-Dok. 9200/6/12 REV 6 ANNEX, p. 13). No existen datos del Reino Unido en 2011; sobre la vía judicial véase *supra* nota 4.

En el presente caso, la cuestión de todos modos no depende tanto de una entrega de Inglaterra a Suecia, sino más bien de una posible *extradición ulterior* a los Estados Unidos. Tal extradición ulterior no se efectúa en ningún caso de manera automática, ni en el derecho de extradición general ni en el sistema de la orden de detención europea. En primer lugar, un tercer Estado interesado tiene que presentar una solicitud de extradición por sí mismo, sobre la cual el Estado solicitado tendría que decidir luego conforme a las correspondientes relaciones jurídicas vigentes. Hasta ahora se desconoce la existencia de una solicitud por parte de EE.UU. (20). Las perspectivas de éxito de tal solicitud se regirían por el acuerdo de extradición entre EE.UU. y la UE de 2003 (21), el cual modifica eventuales acuerdos bilaterales (22) (como por ejemplo el acuerdo bilateral entre Suecia y EE.UU. (23)). De conformidad al tratado entre EE.UU. y la UE, el requisito de la *doble incriminación* (art. 4) aplica ante todo, de lo cual se deriva que los hechos reprochados a *Assange* por EE.UU. también tendrían que ser punibles en Suecia. Además, podrían existir impedimentos de extradición. Tanto los Estados miembros de la UE como los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos pueden rehusar la extradición, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por existir la amenaza de pena de muerte así como de tratamiento cruel y denigrante (por ejemplo a través de la permanencia en el denominado «corredor de la muerte») (24). Si

(20) Véase también MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 con nota al pie 5.

(21) Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, Archivo 2003 L 181, p. 27, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:181:0027:0033:ES:PDF> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(22) MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 (594). Sobre la relación del Acuerdo de la UE con los tratados bilaterales, por ejemplo Alemania, véase RACKOW/BIRR, *Goettingen Journal of International Law (GoJIL)* 2010, 1087 (pp. 1123 ss.), disponible en: www.gojil.eu (consultado el 3 de marzo de 2013).

(23) Tratado de extradición entre EE.UU. y Suecia del 24 de octubre de 1961 (Tratado Suecia-EE.UU.), en vigor el 3 de diciembre de 1963 disponible (en inglés) en: <http://internationalextraditionblog.files.wordpress.com/2010/12/us-sweden-extradition-treaty-14-ust-1845.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2013) así como el protocolo complementario del 14 de marzo de 1983 (24 de septiembre de 1984), disponible en: <http://internationalextraditionblog.files.wordpress.com/2010/12/us-sweden-extradition-supplementary-treaty-35-ust-2501.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(24) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 7 de julio de 1989, *Soering*/Reino Unido, § 111; BÖSE, *NStZ* 2002, 670 (pp. 671 ss.); MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 (595); AMBOS (*supra* nota 16), § 10, nm. 28 ss. Aún cuando la UE no es aún parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=02/11/2012&CL=GER> [consultado el 13.12.12]; véase además OBWEXER, *EuR* 2012, 115), los Estados miembros

aparte de eso EE.UU quiere perseguir a *Assange* por delitos políticos puros como alta traición o espionaje, surge también el correspondiente impedimento de extradición por delito político (25). Sin perjuicio de estas condiciones de admisibilidad generales, el reconocido principio de la *especialidad* también podría oponerse a una extradición (26). Luego entonces, el Estado (originalmente) solicitante (Suecia) puede perseguir al extraditado solamente por los hechos mencionados en la solicitud y su posterior extradición a un tercer Estado presupone el consentimiento del Estado (originalmente) solicitado (Reino Unido) (27). Esto también es válido en el derecho de la orden de detención europea en la relación dada entre el «Estado miembro emisor» (Suecia) y el «Estado miembro de ejecución» (Reino Unido) (28).

de la UE están vinculados como partes firmantes de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para el caso de extradición fundamentada en el acuerdo entre EE.UU. y la UE aplicaría, junto a la Convención Europea de Derechos Humanos, además la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 4 debe ser interpretado según el art. 52 para. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos (cfr. MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 [p. 595]); véase art. 13 Acuerdo entre EE.UU. y la UE.

(25) Si bien no se encuentra en el Acuerdo entre EE.UU. y la UE, sí en el art. V n. 5 del Tratado Suecia-EE.UU.; en general véase WEIGEND, JuS 2000, 105 (108); *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 4.^a ed. 2012, § 2 nm. 73; AMBOS/BOCK, JuS 2012, 437 (440); AMBOS (*supra* nota 16), § 12 nm. 33.

(26) Sobre la validez consuetudinaria del principio de especialidad en el derecho de extradición: BVerfG, NJW 1981, 1154 (1156) con más referencias; NJW 2001, 3111 (3112); GRÜTZNER/PÖTZ/KRESS/VOGEL/BURCHARD, entrega 28° 2012, § 11 IRG nm. 2; *Zeder*, JBl 2011, 534 (535); *Gillmeister*, NJW 1991, 2245 (2248); véase también KOKOTT/DOEHRING/BUERGENTHAL, *Grundzüge des Völkerrechts*, 3° ed. 2003, p. 350. Sin embargo, en el contexto del derecho europeo se debe advertir sobre la discusión referente a la derogación del principio de especialidad (Documento del Consejo 8302/4/09 REV 4, p. 16 ss.: «El Consejo conviene en que sus órganos preparatorios adecuados estudien la posibilidad de suprimir el principio de especialidad en las relaciones entre Estados miembros»).

(27) Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 28 de junio de 2012, *Melvin West*, C-192/12 PPU; sentencia del 1 de diciembre de 2008, *Leymann y Pustovarov*, C-388/08, NJW 2009, 1057; SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER/LAGODNY, 5.^a ed. 2012, § 11 IRG nm. 22; los MISMOS/HACKNER, § 72 IRG nm. 12; DONATSCH/HEIMGARTNER/SIMONEK, *Internationale Rechtshilfe*, 2011, pp. 81 ss. (especialmente p. 84); AHLBRECHT/BÖHM/ESSER/HUGGER/KIRSCH/ROSENTHAL, *Internationales Strafrecht in der Praxis*, 2008, nm. 760; GRÜTZNER/PÖTZ/KRESS/VOGEL/BURCHARD (*supra* nota 26), § 11 IRG, nm. 70 ss.; BGHSt 27, 266; HECKER (*supra* nota 25), § 2 nm. 72; § 12 nm. 29; AMBOS/BOCK, JuS 2012, 437 (440 ss.); AMBOS (*supra* nota 16), § 12 nm. 18.

(28) Véase el art. 28 para. 4 de la Decisión Marco, según el cual «una persona a quien se haya entregado en virtud de una orden de detención europea no será extraditada a un tercer Estado sin el consentimiento de la autoridad competente del Estado miembro desde el que dicha persona ha sido entregada». Véase también las correspondientes indi-

Por supuesto, el consentimiento del Estado solicitado para la extradición ulterior jamás puede descartarse con certeza, pero aquél también está sujeto al derecho de extradición aplicable; en el caso concreto se dará entonces el consentimiento solo si la extradición no es inadmisibles por las razones mencionadas. En todo caso, en la fundamentación oficial de Ecuador sorprende que se deba excluir el empleo del principio de especialidad (29), pese a que aquél protegería a *Assange* frente a una extradición ulterior. Las concesiones «políticas» solicitadas además por Ecuador al gobierno británico (30) y una garantía de Suecia de no realizar una extradición ulterior (31) pueden explicarse a través de la comprensión política tradicional del asilo diplomático en América Latina (32), pero son imposibles de exigir ya que frente a una examinación real de una solicitud de extradición, ningún gobierno serio puede brindar cualquier tipo de garantías –especialmente «políticas»– que vayan más allá de los límites reconocidos (en materia de Derechos Humanos) de la extradición. De esta manera, la «garantía» dada el 21 de agosto de 2012 por una funcionaria sueca de no extraditar a *Assange* en caso de que haya amenaza de una pena de muerte, debe ser entendida solamente como confirmación de la práctica europea – con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – de no extraditar de todos modos en estos casos (33).

Si EE.UU. tuviese realmente un interés en la persecución penal de *Assange*, ya hubiese presentado una solicitud de extradición *directamente al Reino Unido*. Luego entonces hubiese surgido el interrogante sobre el tratamiento de múltiples solicitudes, porque la petición estadounidense hubiese entrado a competir con la solicitud sueca. La cuestión está regulada en el art. 16, para. 3 de la Decisión Marco. De acuerdo a este artículo, no existe ninguna primacía de la orden de detención europea frente a la solicitud de extradición de un tercer

caciones en la página web de la fiscalía sueca: <http://www.aklagare.se/In-English/About-us/International-prosecution-operations/Facts-about-extradition-of-a-person-who-has-been-surrendered/> (consultado el 3 de marzo de 2013).

(29) Véase la declaración sobre la solicitud de asilo de *Julian Assange* (*supra* nota 6): «la garantía de que no se aplique la figura de la especialidad (...)».

(30) *Ibidem*: «el Reino Unido en ningún momento dio muestras de querer alcanzar compromisos políticos, limitándose a repetir el contenido de los textos legales».

(31) *Ibidem*. Igual que lo citado en *supra* nota 11.

(32) Véase además *infra* nota 43 junto al texto principal.

(33) Véase la toma de postura de *Cecilia Riddselius*, directora interina para asuntos penales y cooperación internacional del Ministerio de Justicia sueco, según entrevista a la *Frankfurter Rundschau* del 21 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.fr-online.de/wikileaks---die-enthuellungsplattform/wikileaks-gruender-Assange-keine-todeszelle-fuer-Assange,4882932,16926190.html> (consultado el 3 de marzo de 2013).

Estado. Más bien se debe efectuar una ponderación del caso específico en donde deben ser consideradas especialmente la gravedad y el lugar del delito, el momento de la orden de solicitud, así como el tipo de solicitud (art. 16, para. 3 en concordancia con el para. 1 de la Decisión Marco). Una disposición similar se encuentra en el art. 10 del tratado de extradición entre EE.UU. y la UE. De acuerdo a esta disposición, en el caso de que concurra una solicitud de extradición de los EE.UU. con una orden de detención europea, las autoridades competentes del Estado miembro solicitado –según las circunstancias del caso concreto– deciden cuál solicitud debe ser concedida con primacía. Como criterios de decisión determinantes son tomados especialmente el hecho de si un acuerdo bilateral contiene regulaciones de primacía entre EE.UU. y el respectivo Estado miembro de la UE (art. 10, § 2); además el lugar del hecho, el correspondiente interés del Estado solicitante, la gravedad de los delitos, la nacionalidad de la víctima, la posibilidad de una extradición ulterior, así como el orden en el tiempo de la recepción de las solicitudes deberán ser tenidos en cuenta (art. 10, § 3).

C. ASILO DIPLOMÁTICO

En lo que concierne a la concesión del «asilo diplomático», el gobierno ecuatoriano ignora que éste –pese a la práctica difundida de refugiarse en embajadas extranjeras (34)– no está reconocido en el derecho internacional (35). Ya en 1950, en su primer «caso de asilo» (36) con ocasión al refugio del político peruano *Raúl Haya de*

(34) El caso del cardenal húngaro *József Mindszenty* es particularmente famoso. Aquél, luego de la revolución húngara contra la guarnición soviética en el año 1956, permaneció quince años en la embajada estadounidense en Budapest hasta que en 1971 pudo abandonar el país (<http://www.erzdioezese-wien.at/content/news/articles/2012/06/27/a27857/> [consultado el 3 de marzo de 2013]). Más reciente es el caso del disidente ciego de nacionalidad China, *Chen Guangcheng*, quien en abril de 2012 buscó refugio en la embajada estadounidense en Pekín y quien posteriormente pudo viajar a los EE.UU. el 19 de mayo de 2012 (<http://www.sueddeutsche.de/politik/us-regierung-bestaetigt-ausreise-chen-ist-auf-dem-weg-in-die-vereinigten-staaten-1.1360971> [consultado el 3 de marzo de 2013]). Una revisión general sobre otros casos en KLEPPER, *Diplomatisches Asyl*, 2009, pp. 26-50, pp. 130-200.

(35) KLEPPER (*supra* nota 34), pp. 69 ss.

(36) CIJ, sentencia del 20 de noviembre de 1950, Colombian-Peruvian Asylum Case, I.C.J. Reports 1950, p. 266 (274-278). Acerca de este caso, véase también HAILBRONNER/POHLMANN, *Haya de la Torre cases*, www.mpepil.com, nm. 2-10.

la Torre (37) en la embajada de Colombia en Lima, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) declaró esto de manera convincente al relacionarlo con la injerencia en los asuntos internos del Estado territorial:

«In the case of diplomatic asylum, the refugee is within the territory of the State where the offence was committed. A decision to grant diplomatic asylum involves a derogation from the sovereignty of that State. It withdraws the offender from the jurisdiction of the territorial State and constitutes an intervention in matters which are exclusively within the competence of that State. Such a derogation from territorial sovereignty cannot be recognized unless its legal basis is established in each particular case.» (38)

Debido a que con la concesión del asilo diplomático al refugiado se impide que éste sea sometido a la administración de justicia nacional y con ello se evidencia una *injerencia en los asuntos internos* del Estado territorial (39), esta concesión requiere de una base jurídica legitimadora para no infringir el principio de no intervención (40). En efecto, el tipo de concesión de asilo –en una embajada en territorio nacional extranjero– distingue fundamentalmente al asilo diplomático de la concesión de asilo clásica que el Estado territorial otorga a las personas que se encuentran en su *propio* territorio nacional (41). La «Convención sobre Asilo Diplomático» (42) –suscrita por los Estados latinoamericanos en 1954 a causa del asunto *Haya de la Torre*– no cambia en nada la antijuridicidad internacional de una concesión de asilo diplomático sin base jurídica especial, porque este tipo de asilo se circunscribe al ámbito del derecho internacional regional y se debe

(37) Haya de la Torre fue miembro del movimiento de oposición APRA y se refugió en la embajada el 3 de enero de 1949; acerca del trasfondo real véase HAILBRONNER/POHLMANN, *Haya de la Torre cases*, www.MPEPIL.com, nm. 1.

(38) Cfr. CIJ (*supra* nota 36), pp. 274 ss.

(39) *Klepper* (*supra* nota 34), p. 22; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL, *Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961*, 2007, pp. 170 ss.; STEIN/VON BUTTLAR, *Völkerrecht*, 13.^a ed. 2012, nm. 749. Véase también *Doehring*, *Völkerrecht*, 2.^a ed. 2004, nm. 928; HAILBRONNER/POHLMANN, *Haya de la Torre cases*, www.mpepil.com, nm. 15.

(40) CIJ, (*supra* nota 36), pp. 274 ss. Asimismo, la teoría dominante, véase por ejemplo VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3.^a ed. 1984, § 896; DOEHRING (notal al pie 39), nm. 928; HOBE, *Einführung in das Völkerrecht*, 9.^a ed. 2008, p. 385; SHAW, *International Law*, 6.^a ed. 2008, p. 758.

(41) Véase también CIJ (*supra* nota 36), p. 274, donde la Corte critica la mezcla de asilo diplomático y asilo territorial por parte de Colombia: «*reveal a confusion between territorial asylum (extradition), on the one hand, and diplomatic asylum on the other*».

(42) Convención sobre Asilo Diplomático, 28 de marzo de 1954, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-46.html> (consultado el 3 de marzo de 2013).

a las características específicas de la concesión de asilo político en América Latina (43). En su fallo, la CIJ denominó a la práctica latinoamericana de concesión de asilo diplomático, con razón, como una «institución» «que en una medida muy grande, debe su desarrollo a factores extra-legales» (... *which, to a very great extent, owes its development to extra-legal factors*) (44). Con esto se piensa en la historia latinoamericana caracterizada por movimientos revolucionarios y golpes de Estado desde el siglo XIX, que frecuentemente condujo a la persecución política de los antiguos gobernantes –en cierto modo como una especie de justicia del vencedor– y que produjo la práctica generosa de la concesión de asilo incluso (y especialmente) en embajadas (45). Jurídicamente esto se ha plasmado en la mencionada convención de 1954, que está precedida por las convenciones de los años 1889 (46) y 1928 (47).

En resumidas cuentas, el derecho internacional vigente reconoce –con muchas confusiones en detalles– la posibilidad de un refugio temporal en una embajada como máximo para casos extremos como por ejemplo en peligro de muerte para el fugitivo por situaciones equivalentes a una guerra civil (48). La CIJ en su primer fallo sobre asilo,

(43) Véase también CARRIE, *Das Diplomatisches Asyl im gegenwärtigen Völkerrecht*, 1994, pp. 200 ss. (quién la reconoce como una norma jurídica para «el espacio latinoamericano» [*den lateinamerikanischen Raum*], pero no para «el derecho internacional universal» [*das universelle Völkerrecht*]; en este sentido se podría entender al asilo diplomático «si bien con grandes preocupaciones», ante todo «como expresión de una cierta costumbre o cortesía (...)» [traducción propia]), así como DOEHRING (*supra* nota 39), nm. 930.

(44) CIJ (*supra* nota 36), p. 286.

(45) De manera amplia, véase ZÁRATE, *El asilo en el derecho internacional americano: con un apéndice de la Corte Internacional de Justicia y de anexos de la Cancillería de Colombia*, 2.ª ed. 2002, especialmente pp. 41 ss.; véase también VALLE-RIESTRA, *La extradición y los delitos políticos*, 1.ª ed. 2006, pp. 85 ss., pp. 147 ss.

(46) Tratado sobre Derecho Penal Internacional, 23 de enero de 1889 (Montevideo), art. 16 y 17, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf (consultado el 3 de marzo de 2013).

(47) Convención sobre Asilo, 20 de febrero de 1928 (Convención de La Habana), art. 2 y ss., disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_sobre_Asilo_La_Habana_1928.pdf (consultado el 3 de marzo de 2013).

(48) Cfr. MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 (598: «asilo humanitario» [*humanitäres Asyl*]); ROSSITTO, Brook. J. Int'l L. 1987, 111 (115 ss.); RICHTSTEIG, *Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen*, 2.ª ed. 2010, p. 47; VON ARNAULD, *Völkerrecht*, 2012, nm. 576; HAILBRONNER/KAU, en: Graf von Vitzthum (edit.), *Völkerrecht*, 5.ª ed. 2010, p. 147 (175 ss.) con duda WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL (*supra* nota 39), pp. 173 ss.; STEIN/VON BUTTLAR (*supra* nota 39), nm. 747 ss.; CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8.ª ed. 2012, pp. 403 ss.; ROBERTS, *Satow's Diplomatic Practice*, 6.ª ed. 2009, pp. 108 ss.

con referencia al art. 2 de la Convención de La Habana de 1928 (49), exigió la existencia de un peligro directo o permanente para el fugitivo (50). Las partes (Colombia y Perú) se habían puesto de acuerdo en que dicho asilo podría ser concedido por «razones humanitarias, a fin de proteger a los delincuentes políticos en contra de la acción violenta y desordenada de secciones irresponsables de la población» (51). Por consiguiente, también en la literatura se remite a los derechos humanos (52), en ocasiones de manera algo confusa, con lo cual solo se puede pensar –en el sentido de la interpretación restrictiva mencionada que respeta la soberanía del Estado territorial– en la prevención de un peligro para la integridad o la vida del fugitivo. Con mayor facilidad se puede proceder frente a ciudadanos propios, porque estos tienen un derecho de protección diplomática por su Estado de origen (53). En lo que se refiere a la duración de permanencia posible en la embajada, existe únicamente acuerdo en que ésta solo puede ser *temporal* (54), algo que evidentemente requiere ser interpretado (55).

(49) El art. 2 de la Convención de La Habana (*supra* nota 47) indica: «El asilo de delincuentes políticos en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, será respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieren el uso, las Convenciones o las leyes del país de refugio y de acuerdo con las disposiciones siguientes: Primero: El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad».

(50) CIJ, (*supra* nota 36), p. 282: «*the essential justification for asylum being in the imminence or persistence of a danger for the person of the refugee*».

(51) *Ibidem*, pp. 282 ss. «... *may be granted on humanitarian grounds in order to protect political offenders against the violent and disorderly action of irresponsible sections of the population*».

(52) Cfr. VERDROSS/SIMMA (*supra* nota 40), § 896 (por razones de derechos humanos); también DOEHRING (*supra* nota 39), nm. 928; HOBE (*supra* nota 40), pp. 385 ss.; HAPPOLD, *Julian Assange and Diplomatic Asylum*, 24 de junio de 2012, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/julian-Assange-and-diplomatic-asylum/> (consultado el 3 de marzo de 2013); KLEPPER (*supra* nota 34), pp. 105 ss. «existencia del núcleo elemental de los derechos humanos»; CARRIE (*supra* nota 43), pp. 194 ss. «lesión amenazante directa o presente de los derechos humanos reconocidos internacionalmente»; por el contrario de manera restrictiva MAUNZ/DÜRIG/RANDELZHOFFER, art. 16a GG (Ley Fundamental alemana) nm. 19 «máxima moderación», en todo caso «protección ante persecución estatal» (traducción propia).

(53) Sobre este derecho derivado de la relación jurídico personal, véase en general STEIN/VON BUTTLAR (*supra* nota 39), nm. 561 ss.; HOBE (*supra* nota 40), pp. 94 ss.; una aplicación de estos principios en el asilo diplomático es sostenido por KLEPPER (*supra* nota 34), pp. 116 ss.; de manera moderada CARRIE (*supra* nota 43), pp. 195 ss.; para otro punto de vista KITSCHENBERG, *Das Diplomatische Asyl*, 1965, pp. 126 ss.

(54) Cfr. ROBERTS (*supra* nota 48), p. 110: «*only on a temporary basis*».

(55) HOBE (*supra* nota 40), pp. 385 ss. dice incluso que la restricción temporal no puede ser entendida de manera demasiado estricta.

En todo caso, en lo que se refiere a *Assange* es evidente que todas estas excepciones no aplican. Como ciudadano australiano es considerado tanto por el Reino Unido como también por Ecuador como un nacional de un tercer Estado (56), de tal forma que se descarta un derecho de protección diplomática. La Convención (latinoamericana) de 1954 prevé el asilo diplomático solo para casos de persecución política y no «por delitos comunes» (57); esta restricción corresponde también a la opinión general en la literatura (58). A partir de esto, ni siquiera la convención es aplicable a los hechos que se le imputan a *Assange* (59). Con ello, el asilo diplomático que se le concedió es anti-jurídico en el ámbito del derecho internacional y Ecuador tendría que entregar a *Assange* –para el restablecimiento de la situación que corresponde (60)– al Reino Unido, de manera que pueda cumplir con su obligación de extraditar frente a Suecia. En este aspecto, la opinión contraria de la CIJ en el tercer caso *Haya de la Torre* de que, a saber, el Estado acreditante que concede el asilo –pese a la antijuridicidad internacional reconocida *in casu* por la propia CIJ del asilo diplomático (61)– no tiene que entregar al fugitivo a las autoridades del Estado

(56) En general, sobre el tratamiento de terceros Estados, véase KLEPPER (*supra* nota 34), pp. 120 ss.

(57) Véase el art. III de la Convención sobre Asilo Diplomático (*supra* nota 42): «No es lícito conceder asilo a personas que al tiempo de solicitarlo se encuentren inculpadas o procesadas en forma ante tribunales ordinarios competentes y por delitos comunes, o estén condenadas por tales delitos y por dichos tribunales (...)».

(58) Cfr. SEIDENBERGER, *Die diplomatischen und konsularischen Immunitäten und Privilegien*, 1994, p. 281: «solamente se puede conceder a perseguidos políticos que no hayan sido condenados o acusados por delitos comunes» (traducción propia); de igual forma SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, 1994, pp. 226 ss.; RICHTSTEIG (*supra* nota 48), p. 101; STEIN/VON BUTTLAR (*supra* nota 39), nm. 745.

(59) Cfr. MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 (596 ss.).

(60) De manera instructiva CARRIE (*supra* nota 43), pp. 200 ss., según lo cual –conforme a los principios generales de la responsabilidad del Estado– «el Estado acreditante que concede el asilo está obligado mínimamente, por principio, a la entrega del fugitivo», porque «el actuar antijurídico exige el restablecimiento» y esto en el caso del asilo diplomático puede significarle al Estado territorial «el restablecimiento rápido e íntegro de sus potestades originales» (traducción propia). De igual forma, RICHTSTEIG (*supra* nota 48), p. 101; SHAW (*supra* nota 40), p. 758.

(61) CIJ, sentencia del 13 de junio de 1951, *Haya de la Torre Case* (Colombia versus Perú), I.C.J. Reports 1951, pp. 71/4 (82/15): «*The Court has thus arrived at the conclusion that the asylum must cease (...)*»; 83/16: «*finds that the asylum granted (...), and maintained since that time, ought to have ceased after the delivery of the Judgment of November 20th, 1950, and should terminate*». Sobre esta decisión, véase también HAILBRONNER/POHLMANN, *Haya de la Torre cases*, www.mpepil.com, nm. 12-14. En la segunda decisión (27 de noviembre de 1950) se trató solamente de una solicitud de interpretación de Colombia con relación a la primera decisión, que la CIJ rechazó por motivos de forma (ibídem, nm. 11).

territorial/receptor (62), no es convincente. Si bien es cierto que el Estado receptor puede terminar el asilo diplomático también a través de determinadas contramedidas (63) propias del derecho diplomático (64), esto conduciría a una ruptura – como mínimo – temporal de las relaciones diplomáticas y por lo tanto sería, por regla general, una medida completamente desmesurada. Solo el Estado acreditante que controla su embajada puede restablecer la situación legítima –terminación del asilo diplomático– al entregar al fugitivo a las autoridades locales. La CIJ también fue «incapaz» de dar a aquellas partes litigantes «cualquier consejo práctico» para la solución de la situación anti-jurídica; ésta solamente pudo remitirlas a sus buenas relaciones como países vecinos y con ello a una solución *política* negociada (65). Sin embargo, desde el ámbito del derecho internacional –¡con excepción de la antijuridicidad del asilo diplomático!– se exige una clara exhortación al Estado acreditante a entregar al fugitivo para el restablecimiento de la situación legítima. En el mejor de los casos, se puede conceder un cierto periodo de gracia al Estado acreditante (66) de manera que pueda llevar a cabo la entrega con poca pérdida de imagen pública, si es que es posible.

También, ante este trasfondo, la exigencia de Ecuador del *salvoconducto* (67) es infundada. Tal derecho del Estado acreditante que

(62) CIJ (*supra* nota 61), pp. 82/15: «(...) but that the Government of Colombia is under no obligation to bring this about by surrendering the refugee to the Peruvian authorities.»; 83/16: «(...) Colombia is under no obligation to surrender Victor Raúl Haya de la Torre to the Peruvian authorities (...)». Asimismo, Seidenberger (*supra* nota 58), pp. 281 ss.

(63) Acerca de esta medida véase *infra* nota 81 y el texto principal.

(64) CIJ (*supra* nota 61), pp. 82/15: «There is no contradiction between these two findings, since surrender is not the only way of terminating asylum».

(65) CIJ (*supra* nota 61), pp. 83/16: «It is unable to give any practical advice as to the various courses which might be followed with a view to terminating the asylum, since, by doing so, it would depart from its judicial function. But it can be assumed that the Parties, now that their mutual legal relations have been made clear, will be able to find a practical and satisfactory solution by seeking guidance from those considerations of courtesy and good-neighbourliness which, in matters of asylum, have always held a prominent place in the relations between the Latin-American Republics».

(66) En este sentido, WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL (*supra* nota 39), pp. 172 ss. (ninguna obligación para la entrega inmediata a las autoridades locales).

(67) Véase la declaración sobre la solicitud de asilo de Julian Assange (*supra* nota 6): «El Gobierno del Ecuador tiene la certeza de que el Gobierno Británico sabrá valorar la justicia y rectitud de la posición ecuatoriana, y en consonancia con estos argumentos, confía en que el Reino Unido ofrecerá lo antes posible las garantías o el salvoconducto necesarios y pertinentes a la situación del asilado, de tal manera que sus Gobiernos puedan honrar con sus actos la fidelidad que le deben al derecho y a las

concede el asilo, en realidad, solamente puede surgir si el Estado territorial/receptor primeramente le ha pedido al fugitivo abandonar su territorio nacional, solo la conducta del Estado receptor fundamenta esta pretensión. En otras palabras: La exigencia al fugitivo de abandonar el país –como presupuesto obligatorio para la concesión del salvoconducto– corresponde únicamente al Estado territorial/receptor (68). Si el Estado territorial, como en el caso en cuestión, el Reino Unido, prescinde de dicha exigencia (porque lesionaría con ello obligaciones de derecho internacional, en este caso la entrega a Suecia), entonces no surge ningún derecho a salvoconducto. Por tal razón, las autoridades británicas estarían autorizadas para arrestar a *Assange* tan pronto abandone la sede diplomática (69).

D. LA INVIOABILIDAD DE LA SEDE DIPLOMÁTICA

La antijuridicidad internacional del asilo diplomático debe ser diferenciada de la cuestión relativa a las eventuales *contramedidas* del Estado receptor/territorial. El principio de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas queda intacto, tal como se deduce de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD) (70) que goza de vigencia universal (71). A los locales de la sede diplomática solamente se puede acceder con la aprobación del jefe de la misión (72). En principio, esto aplica incluso si aquellos locales son usados inapropiadamente (73),

instituciones internacionales que ambas naciones han contribuido a forjar a lo largo de su historia común».

(68) CIJ (*supra* nota 36), p. 279: «...gives... the territorial State an option to require the departure of the refugee, and that State becomes bound to grant a safe-conduct only if it has exercised this option».

(69) Véase también AKANDE, *The Julian Assange Affair: May the UK Terminate the Diplomatic Status of Ecuador's Embassy?*, 17 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/may-the-uk-terminate-the-diplomatic-status-of-ecuadors-embassy/> (consultado el 3 de marzo de 2013); en general véase *Doehring* (*supra* nota 39), nm. 928.

(70) Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de Abril de 1961, disponible en: http://www.datenbanken.justiz.nrw.de/ir_hm/wued_18-04-1961.htm (consultado el 3 de marzo de 2013). En total, 187 Estados hacen parte de esta convención (<http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20III/III-3.en.pdf> [consultado el 3 de marzo de 2013]).

(71) Véase el art. 22 para. 1 párrafo 1 de la CVRD: «Los locales de la misión son inviolables».

(72) Véase el art. 22 para. 1 párrafo 2 de la CVRD: «Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión».

(73) Véase el art. 41 para. 3 de la CVRD: «Los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión tal como están

como por ejemplo para la planificación de delitos o justamente para la concesión de un asilo diplomático. La Ley de Premisas Consulares y Diplomáticas de 1987 (*Diplomatic and Consular Premises Act*) (74), traída a colación por el gobierno británico en el caso de *Assange*, le da al Secretario de Estado la posibilidad de quitarle a las instalaciones diplomáticas o consulares el correspondiente *permiso de uso* y con ello de levantarle su inviolabilidad (75), sin embargo, contra esta posibilidad existen reparos de doble naturaleza. Por una parte, representaría un precedente peligroso para las propias misiones diplomáticas si el Reino Unido (o cualquier otro Estado) levantara la inviolabilidad de una sede diplomática (76). Por eso esta posibilidad nunca ha sido utilizada (77). Por otra parte, algo que es aún de mayor importancia para nuestro análisis, tal medida también tendría que ser permitida por el derecho internacional tal como lo exige expresamente la ley mencionada (78). Las

enunciadas en la presente Convención, en otras normas del derecho internacional general o en los acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor».

(74) Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/46> (consultado el 3 de marzo de 2013). La ley se remonta a un incidente ocurrido en Londres en 1984, cuando mediante disparos desde la embajada de Libia se asesinó a un policía que se encontraba afuera. En consecuencia, el gobierno británico sometió el derecho diplomático a un examen general con la finalidad de impedir el abuso de los edificios diplomáticos, véase *Akande* (*supra* nota 69).

(75) Véase la «*Diplomatic and Consular Premises Act 1987*» (*supra* nota 74), sec. 1 (3) (b): «...*the Secretary of State withdraws his acceptance or consent in relation to land, it thereupon ceases to be diplomatic or consular premises for the purposes of enactments and rules of law*».

(76) Véase en este sentido la observación crítica del exembajador británico en Moscú, Sir Tony Branton, frente al «*Telegraph*»: «*'arbitrarily' overturning the status of the building where Mr Assange has taken shelter to avoid extradition, would make life 'impossible' for British diplomats overseas. ... 'I think the Foreign Office have slightly overreached themselves here, for both practical and legal reasons.' 'The Government itself has no interest in creating a situation where it is possible for governments everywhere to arbitrarily cut off diplomatic immunity. It would be very bad'*». (*The Telegraph*, 19 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/wikileaks/9479250/FCO-risks-breaching-international-law-over-Assange-embassy-crisis.html> [consultado el 3 de marzo de 2013]).

(77) Incluso en el mencionado incidente con Libia (*supra* nota 74), el gobierno británico en 1985 manifestó: «*It was not legally possible to cease to recognise the Bureau buildings as premises of the Mission while we remained in diplomatic relations with Libya and the buildings were being used for the purposes of the misión*». (United Kingdom Materials on International Law 1985, para. 82, reimpresso en: *British Yearbook of International Law* 56 (1985), p. 363 (453), disponible en: <http://bybil.oxfordjournals.org/content/56/1/363.full.pdf> [consultado el 3 de marzo de 2013]).

(78) Véase la «*Diplomatic and Consular Premises Act 1987*», sec. 1 (4): «*The Secretary of State shall only give or withdraw consent or withdraw acceptance if he is satisfied that to do so is permissible under international law*».

contramedidas admisibles se desprenden solamente de la CVRD que en este aspecto representa un sistema cerrado en sí mismo (*self-contained regime*) (79) con una clara primacía del principio de inviolabilidad. Esta es la opinión, a saber, unánime en la literatura sobre derecho internacional que puede resumirse de la mejor forma en la siguiente postura de Eileen Denza en su obra fundamental sobre derecho diplomático:

«*The practice, however, does little to support the view that exceptions may be implied to the strict inviolability prescribed by Article 22 [WDK]. Suspicion of abuse of the premises by violations of local laws or by continued shelter of an asylum seeker is clearly not a justification for entry by law enforcement officers in contravention of inviolability. Because the Vienna Convention provides its own system of remedies by way of declaration of persona non grata and breach of diplomatic relations, even manifest abuse cannot be relied on to justify forcible entry as a form of reprisals for breach of the obligation under Article 41 of the Convention to respect the laws and regulations of the receiving State.*» (80)

(79) CIJ en el caso del rehén de Teherán, I.C.J. Reports 1980, p. 3 (40); para otro punto de vista ZOLLER, en: *Société française pour le droit international* (edit.), Aspect récents du droit des relations diplomatique, p. 227 (241): «*les législations américaine et britannique sont au fond des tentatives pour apporter des solutions à des problèmes que le droit diplomatique ne sait pas résoudre, ou ne résout que très imparfaitement*».

(80) DENZA, *Diplomatic Law*, 3.^a ed. 2008, p. 150. En este sentido, también DOEHRING (*supra* nota 39), nm. 929: «El Estado receptor no puede lesionar la inmunidad de la sede de la embajada, porque con esto se trata de un llamado régimen *self-contained* que regula las consecuencias jurídicas de su lesión por sí mismo y de manera concluyente.» (traducción propia); VAN ALEBEEK, *Immunity, Diplomatic*, www.mpepil.com, nm. 8: «*The drafting history of the Convention shows that there was not sufficient support to create an exception to the inviolability of mission premises for cases of 'extreme emergency'. Most members of the ILC did assume that in customary international law some exceptions existed but it was generally thought unwise to codify these exceptions.*»; O'KEEFE, *Enter at Your Own Risk*, 16 de agosto de 2012, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/enter-at-your-own-risk/> (consultado el 3 de marzo de 2013): «*the rule of inviolability laid down in article 22(1) VCDR is, on its face, absolute. Whatever goes on inside the embassy, the local authorities may not enter it without permission, a position affirmed almost uniformly by subsequent state practice.*»; Akande (*supra* nota 69): «*The drafting history of the Vienna Convention and subsequent State practice appears to show quite strong support for the absolute nature of the inviolability of diplomatic premises. No exception that inviolability is provided for in the Vienna Convention.*»; HESTERMEYER, *Vienna Convention on Diplomatic Relations* (1961), www.mpepil.com, nm. 11: «*there is no room for applying additional rules of general international law in the area of defences against, and sanctions for, abuses of privileges and immunities of members of diplomatic missions. In that respect diplomatic law itself provides the necessary tools, such as declaring a member of the diplomatic staff persona non grata or breaking off diplomatic relations*»; IPSEN/FISCHER, *Völkerrecht*, 5.^a ed. 2004, p. 582; SEIDENBERGER (*supra* nota 58), p. 298; SALMON (*supra* nota 58), pp. 198 ss.; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL (*supra* nota 39), pp. 179 ss.; STEIN/VON BUTTLAR (*supra* nota 39), nm. 740 ss.

Conforme al derecho diplomático un Estado receptor, cuando –en su opinión– existe un uso abusivo del estatus diplomático o de la sede, puede declarar «en cualquier momento sin indicar las razones» (art. 9 CVRD) a miembros de la misión como *persona non grata* y con ello de hecho expulsarla. Como *ultima ratio* también puede romper completamente las relaciones diplomáticas con el Estado acreditante, lo que tendría la consecuencia de que sus funcionarios tendrían que abandonar el país y con ello dejar la misión (81). Sin embargo, el Estado receptor no puede tomar en principio ninguna medida que se dirija directamente contra la misión y con ello cuestionar su inviolabilidad o incluso levantarla.

Ahora bien, esto resulta poco satisfactorio en aquellos casos en los cuales la misión realmente es usada de manera inapropiada para la planificación y ejecución de medidas contra el Estado receptor, en cierto modo en el sentido –así apostrofado una vez por *Karl Doehring*– de la embajada como «banda de asesinos» (82). En el ámbito del derecho diplomático, en este aspecto acorde a *Dapo Akande*, es posible diferenciar entre un uso completamente inapropiado, por ejemplo como oficina de turismo, y un uso diplomático en sí, o principalmente, con actividad paralela de índole criminal (inclusive terrorista) y de cualquier forma en este caso conservar la inviolabilidad (83). Sin embargo, una justificación de una posible intervención del Estado receptor, por consiguiente de una toma a la misión, parece más convincente para condicionar la *calidad de la conducta antijurídica* del Estado acreditante. Si se alcanza un grado de antijuridicidad internacional que diera al Estado receptor un derecho de necesidad o de legítima defensa, en el sentido de las normas propuestas por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la responsabilidad de los Estados (84), éste no tendría por qué mirar de brazos cruzados la acti-

(81) DOEHRING (*supra* nota 39), nm. 929; AKANDE (*supra* nota 69): «*In such cases the remedy, if it is thought necessary, is to terminate diplomatic relations.*»; véase también O'Keefe (*supra* nota 80): «*It is inconceivable that international law would permit the receiving state to send its authorities onto the premises before the mission vacated it.*»; RICHTSTEIG (*supra* nota 48), p. 47.

(82) DOEHRING, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, p. 51 (55).

(83) AKANDE (*supra* nota 69): «*British practice suggests that international law does not permit withdrawing the diplomatic status of a building where abusive acts are going on when it is also actually being used for the diplomatic purposes.*».

(84) Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GA Res. 56/83, 12 de diciembre de 2001, disponible en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf (consultado el 3 de marzo de 2013), véase el art. 21 acerca de la «*self-defence*»: «*the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations*» y el art. 24 sobre «*distress*»: «*the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted*».

vidad del Estado acreditante (85). De esta base se puede partir en el caso de lesiones claras al *ius cogens* del derecho internacional (86), en particular en ataques graves a la vida e integridad procedentes desde la embajada (87). Sin embargo, tal situación no existe en el caso en

to the author's care», a no ser que «*the situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it*» o «*the act in question is likely to create a comparable or greater peril*».

(85) De manera convincente O'KEEFE (*supra* nota 80): «*The only justification or excuse for non-observance of the inviolability of embassy premises would be if one of the circumstances precluding wrongfulness recognized in chapter V of Part One of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts were to be made out. Candidates include self-defence and distress.*». En este sentido también CARRIE (*supra* nota 43), p. 204: «*causas de justificación del derecho internacional general*» (traducción propia); HERDEGEN, ZaöRV 1986, 734 (747): «*... the principles governing reprisals, the state of necessity, self-defence, the protection of human rights and forfeiture of the mission status must be considered when the receiving State seeks to establish a legal basis for countermeasures infringing the inviolability of diplomatic premises or of the diplomatic bag.*»; Seidenberger (*supra* nota 58), pp. 308 ss.: «*autodefensa*»; SIMMA, Netherlands Yearbook of International Law 1985, 111 (120): «*... States injured by abuses of diplomatic facilities, privileges and immunities may, without any doubt, 'fall back' on legal consequences of international wrongs other than those pointed out by the Court.*»; Roberts (*supra* nota 48), pp. 102 ss.: «*Entry in such circumstances of threat to national security can only be justified, if at all, as a measure of self-defence.*»; VAN ALEBEEK, (*supra* nota 80): «*...in case of extreme emergency, for example when necessary to protect human life, mission premises may be entered by the receiving State even against the express will of the sending State...*». Por el contrario, el recurso a los principios de la intervención humanitaria es demasiado impreciso (para esto véase TÖLLE/PALLEK, DöV 2001, 547 [552]), que sin embargo debe ser diferenciado de la «intervención para la protección de los propios ciudadanos» (ibídem), porque éste también puede sustentarse en el derecho extranjero y en la soberanía personal del Estado (véase *supra* nota 53).

(86) Cfr. DOEHRING, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, p. 51 (55): «Una caducidad de este tipo del estatus de la embajada evidentemente solo se debe aceptar en casos extremos, y en aquellos casos en los cuales el modo de actuar se encuentre completamente en clara oposición a las normas del *ius cogens* del derecho internacional y permita distinguir que se ha renunciado a la voluntad de respetar el derecho internacional. La lesión rudimentaria a los derechos humanos, sin duda constituye una de estas normas.» (traducción propia); conforme a KOKOTT, FS Bernhardt, 1995, p. 135 (pp. 142 ss.) las «flagrantes lesiones» al *ius cogens* parten de una caducidad en donde estas lesiones deben ser probadas por el Estado receptor; de igual forma von ARNAULD (*supra* nota 48), nm. 559; otro punto de vista en IPSEN/FISCHER, Völkerrecht, 5.^a ed. 2004, p. 582; SEIDENBERGER (*supra* nota 58), p. 298; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL (*supra* nota 39), p. 179; STEIN/VON BUTTLAR (*supra* nota 39), nm. 745.

(87) Cfr. DENZA (*supra* nota 80), p. 150; CARRIE (*supra* nota 43), pp. 204 ss.: «solo de manera extraordinaria en casos concretos en los cuales se parte de un peligro en el sentido descrito anteriormente (por ejemplo: disparos a transeúntes), podría justificarse una lesión a la inmunidad de los edificios de la misión» (traducción propia); VAN ALEBEEK, (*supra* nota 80): «*...when necessary to protect human life, mission premises may be entered...*»; MANN, FS Doehring, 1989, p. 554 (563): «*...it is suggested that the inviolability of a mission' premises is by no means absolute, but must give way if the mission has*

cuestión, porque se trata solo de la «simple» –y además regionalmente refutada– antijuridicidad internacional del asilo diplomático. Con ello se tiene que mantener el principio de la inviolabilidad de la sede diplomática respecto a la embajada de Ecuador en Londres.

E. POSIBILIDADES DE ACTUAR

Frente a esta situación jurídica es poco lo que el Estado receptor/territorial puede hacer (88). *In casu* lo más razonable para el Reino Unido sería esperar hasta que *Assange* abandone la embajada y luego capturarlo. En cuanto a *Assange*, en el mejor de los casos podría escaparse de esta detención usando un vehículo de la embajada, puesto que los miembros de la embajada tienen plena libertad para movilizarse en el Estado receptor (89) y su medio de transporte –si bien no goza el privilegio de la inviolabilidad y por lo tanto puede ser parado e incluso en caso de ser necesario hasta remolcado– no puede ser registrado (90). Por el contrario, el equipaje diplomático puede ser registrado en caso de sospecha de abuso (91) y esto también aplica de

*allowed such dangers to arise in ist premises as to provoke the receiving State to take measures reasonably necessary to protect the security of the life and property of the inhabitants»; Richtsteig (supra nota 48), p. 45; DEMBINSKI, The Modern Law of Diplomacy, 1988, p. 193: «serious public danger»; HAILBRONNER/KAU (supra nota 48), pp. 171 ss.: «sin embargo, un abuso manifiesto no tiene por qué ser aceptado por el Estado anfitrión si a través del empleo de privilegios diplomáticos se genera un peligro directo a la seguridad pública o a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física).» (traducción propia); GIMBERNAT, *El Mundo*, Madrid, 21 de agosto de 2012, p. 11: «la inviolabilidad de las sedes diplomáticas cede exclusivamente frente al valor superior de la vida (...); otro punto de vista en SALMON (supra nota 58), pp. 198 ss.; WAGNER/RAASCH/PRÖPSTL (supra nota 39), pp. 179 ss.; STEIN/VON BUTTLAR (supra nota 39), nm. 740 ss.*

(88) Para el caso del refugio de *Margot y Erich Honecker* en la embajada de Chile en Moscú, en diciembre de 1991, SEIDENBERGER (*supra* nota 58), pp. 282 ss. propone también solamente «resultados políticos a través del camino de la negociación que se sustraen de una subordinación o valoración directa de derecho internacional» (traducción propia).

(89) Véase el art. 26 de la CVRD: «Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido y reglamentado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor garantizará a todos los miembros de la misión la libertad de circulación y de tránsito por su territorio».

(90) Véase el art. 22 para. 3 de la CVRD: «(...) los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro (...); además *Akande (supra nota 69): «... accepted practice that there are some limited forms of interference with diplomatic cars..., e.g. towing away a car that is causing a hazard or illegally parked, ... for the purpose of clearing the hazard.»; MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 (600).*

(91) Véase el art. 36 para. 2 de la CVRD: «El agente diplomático estará exento de la inspección de su equipaje personal, a menos que haya motivos fundados para

manera análoga para las valijas diplomáticas, de tal modo que *Assange* no podría volarse tan fácilmente en un cajón (92).

Como *ultima ratio* al Reino Unido le queda la ruptura de la relaciones diplomáticas con Ecuador (93) de lo cual evidentemente –y con razón– no quiere hacer uso, pues esto sería una contramedida desproporcionada y contraproduktiva. Por esta razón, el Reino Unido debería considerar el hecho de presentar el asunto a la CIJ (94). Si Ecuador intentara impedir su remisión, entraría en contradicción con su postura amigable frente al derecho internacional. En todo caso, la CIJ confirmaría la ilegalidad del asilo diplomático y quizás a *Assange* y a sus seguidores les será recordado algo que ya se dijo en 1950: La concesión del asilo no puede ir en contra del ejercicio de la administración de justicia (95).

suponer que contiene objetos no comprendidos en las exenciones mencionadas en el párrafo 1 de este artículo, u objetos cuya importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor o sometida a sus reglamentos de cuarentena. En este caso, la inspección sólo se podrá efectuar en presencia del agente diplomático o de su representante autorizado».

(92) Véase también MARAUHN/SIMON, ZJS 2012, 593 (600), los cuales, si bien en este sentido no quieren partir básicamente de una caducidad de los derechos de protección de la valija diplomática, *in casu* («un caso grave de abuso») permitirían un registro («en todo caso, el Reino Unido no tendría que mirar pasivamente, cómo *Assange* es evacuado por aire en un cajón») (traducción propia). Del mismo modo, KOKOTT, *FS Bernhardt*, 1995, p. 135 (pp. 146 ss.); SHAW (*supra* nota 40), p. 758: «*interests of humanity*»; otro punto de vista en SEIDENBERGER (*supra* nota 58), pp. 191 ss.

(93) Véase el texto principal de la *supra* nota 80 ss.

(94) Los Estados pueden presentar en cualquier momento un litigio a la CIJ de común acuerdo (o a través de admisibilidad sin amonestamiento) (art. 36 para. 1 del Estatuto de la CIJ; cfr. HOBE [*supra* nota 40], pp. 295 ss.; SCHRÖDER, en: Graf von Vitzthum (edit.), *Völkerrecht*, 5.^a ed. 2010, p. 579 [624]; STEIN/VON BUTTLAR [*supra* nota 39], pp. 350 ss.). Además, el Reino Unido se ha sometido a la competencia general de la CIJ para todos sus litigios en el sentido del art. 36 para. 2 del Estatuto de la CIJ, véase: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3> (consultado el 3 de marzo de 2013); sin embargo, ha declarado una reserva cuando: «*any other Party to the dispute has accepted the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice only in relation to or for the purpose of the dispute; or where the acceptance of the Court's compulsory jurisdiction on behalf of any other Party to the dispute was deposited or ratified less than twelve months prior to the filing of the application bringing the dispute before the Court*». Así que incluso si Ecuador presentara una declaración conforme al art. 36 para. 2 del Estatuto de la CIJ, ésta sería en vano debido a la reserva británica. En general, sobre la competencia véase ROSENNE, *International Court of Justice* (ICJ), www.MPEPIL.com, nm. 62 ss.

(95) CIJ (*supra* nota 36), p. 284: «... *asylum cannot be opposed to the operation of justice*».

Garantías constitucionales y garantías legales con respaldo constitucional en Derecho penal. Consecuencias para la retroactividad favorable

ANTONIO CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

Con el análisis de algunas irregularidades presentes en la ley y en la doctrina del Tribunal Constitucional, se pretende llamar la atención sobre la necesidad de distinguir entre garantías constitucionales y garantías legales. Estas últimas, tienen no obstante el respaldo del principio de legalidad, lo que sería aplicable –en las circunstancias actuales– a la retroactividad favorable al reo.

Palabras clave: *Constitución, ley, garantía penal, retroactividad favorable.*

ABSTRACT

With the analysis of some of the irregularities present in the law and in the doctrine of the Constitutional Court, we pretend to get the attention about the need of distinguish between the constitutional guaranties and the legal ones. These latter has nonetheless the support of the principle of legality, that would apply –in the current circumstances– to the pro reo retroactivity.

Keywords: *Constitution, law, criminal warranty, pro reo retroactivity.*

SUMARIO: Introducción.–I. Alguna rareza llamativa en el título preliminar del Código Penal de 1995.–II. La anomalía de configurar el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución con las respectivas normas legales del Código Penal.–III. La necesidad de distinguir entre garantías constitucionales y garantías legales.–IV. El respaldo constitucional de las garantías legales no previstas en la Constitución. Consecuencias para la retroactividad favorable.–V. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN (1)

Las relaciones entre la Constitución y la ley no siempre son pacíficas. Ni siquiera en el ámbito del Derecho penal. En ciertas ocasiones da la impresión de que cada uno de estos textos se mete en el terreno que corresponde al otro, usurpando funciones que no le corresponden, como gallina en corral ajeno. A continuación me referiré a dos de estas usurpaciones.

I. ALGUNA RAREZA LLAMATIVA EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

A nadie le llama la atención si una norma penal se dirige al Juez y a los ciudadanos. Es lo normal. Pero resulta mucho más raro que una norma penal dictada por el legislador se dirija al mismo legislador o a otro distinto para que hagan su tarea de una determinada manera.

Eso ocurre en el Título Preliminar del Código Penal español que lleva la rúbrica «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal». Al utilizar esos términos tan genéricos, da la impresión de que lo que ahí se dice en los artículos 1 a 9 no solo vale para el resto del articulado del Código Penal, sino que incluso vale para otras Leyes –en el sentido de Disposiciones con rango de Ley, que agrupan un conjunto de normas–. A esta conclusión contribuye el artículo 9 que extiende las normas del Título Preliminar a las leyes penales especiales. Este carácter generalista del Título Preliminar, ¿permite otorgarle un valor cuasi-constitucional o constitucional material de la misma manera que algunos pretendieron otorgarle al Título Preliminar del Código Civil (2)? Evidentemente no, puesto que tanto uno como otro Título Preliminar tienen eficacia en la medida en que no contradigan la Constitución, como advirtió con toda razón en su día De Otto (3).

(1) Artículo elaborado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-05980/JURI, financiado por el Ministerio español de Ciencia e Innovación, después de Economía y Competitividad del que soy investigador principal. Impartido como ponencia en las XIII Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid el 13 de marzo de 2013 en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

(2) Cfr. sobre esta polémica, J. RAMS ALBESA, en J. RAMS ALBESA / R. M. MORENO FLÓREZ (Coordinadores), *Comentarios al Código Civil*, t. I, Título Preliminar, Barcelona, 2000, pp. 19 ss.

(3) I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2.^a ed., 7.^a reimpresión, Barcelona, 1999, p. 85, respecto al Título Preliminar del Código Civil: «El que la disciplina de las fuentes se haya contenido tradicionalmente en el Código Civil

Al margen de la rúbrica de ese Título Preliminar del Código Penal, otros preceptos del mismo utilizan los términos «Ley» o «Leyes», aunque no siempre con la misma grafía, pues a veces aparecen con mayúscula y en ocasiones con minúscula. Precisamente esto ocurre en el artículo 2. ¿Se refiere este término a ley en el sentido de «norma penal» o se refiere a Ley en el sentido de Disposición con rango de Ley y que comprende varias normas individuales? Pues la verdad es que a veces no está muy claro. Si la palabra es interpretada en el primer sentido, entonces estamos ante el supuesto normal, es decir, ante un precepto que se dirige a Jueces y ciudadanos. Pero si se entiende en el segundo sentido, parece que estamos ante una prescripción dirigida por el legislador a otro legislador, pasado o futuro, y por lo tanto ante una rareza para la teoría general del Derecho; como si fuera una especie de brindis al sol.

Si nos fijamos en el artículo 2.1 y en el artículo 2.2 primer inciso podríamos llegar a la conclusión –aunque con ciertas dudas y vacilaciones– de que estamos ante un supuesto normal que garantiza tanto la irretroactividad de las normas penales desfavorables como la retroactividad de las normas penales favorables.

Sin embargo, cuando llegamos al contenido del segundo inciso del artículo 2.2 la conclusión tiene que ser la contraria. Este precepto establece lo siguiente:

«Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.»

Resulta evidente que en este supuesto el Código Penal no se refiere a sí mismo, ya que este texto legal no es una ley temporal en cuanto que no tiene delimitado con carácter previo su término de vigencia. Por lo tanto va dirigido a otras Disposiciones con rango de ley y que tengan la naturaleza de ley temporal (4).

podrá conferir a las correspondientes normas un especial prestigio en la doctrina, pero no incrementa en absoluto su valor por encima del que tienen las demás normas legales, siempre subordinadas a la Constitución». En sentido similar P. DE PABLO CONTRERAS, «La función normativa del título preliminar del Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, n.º 2, 1996, p. 594: «Los indicados preceptos [sc., del Título Preliminar del Código Civil] contienen, en efecto, criterios primarios del ordenamiento jurídico, «normas sobre las otras normas» que explican el modo de ser de nuestro Derecho [...]. Mas, naturalmente –y ello no es en modo alguno contradictorio con lo que acabo de afirmar–, esa relevancia de las normas contenidas en el título preliminar del Código civil no empece a su obvio carácter de ley ordinaria, excluida de la Constitución (que lo es en exclusiva, *formal y material* a un tiempo) y plenamente subordinada a ésta en la jerarquía normativa» (cursivas en el original).

(4) No obstante, esta regla es casi totalmente superflua, por dos razones. Por un lado, la ley posterior a la temporal (llamemos a la Ley temporal, Ley 2; y a la Ley

Si el legislador pretende aplicar este precepto a leyes temporales anteriores al Código Penal de 1995, en virtud además de la cláusula extensiva del artículo 9, no hay nada que reprocharle. Está en su perfecto derecho de hacerlo, pues una Disposición legal posterior puede modificar a una Disposición legal anterior (*lex posterior derogat priori*).

Ahora bien, si lo dispuesto en el Código Penal sobre las leyes temporales pretende tener efectos sobre Disposiciones legales futuras, entonces estamos ante una genuina anomalía, pues es evidente que la ley temporal futura puede hacer lo que le venga en gana: bien hacer caso a lo que dice el Código Penal, bien enmendarle la plana y –siempre respetando el artículo 25.1 de la Constitución– cambiar el sentido de la regla del Código Penal sobre las leyes temporales. Por ello, el artículo 2.2 segundo inciso del Código punitivo se ve en la obligación de puntualizar que la ley temporal puede disponer expresamente lo contrario, lo que resulta una obviedad (5). ¡Faltaría más! Como dice De Otto: «la ley no puede vincular la futura labor legislativa, porque el legislador no tiene más límites que los que le imponga la Constitución y puede modificar libremente las leyes que él mismo haya dictado» (6).

¿Por qué, entonces, es una anormalidad la regla del Código Penal sobre las leyes temporales? Pues porque parece, aunque no lo es, una regla constitucional en vez de una regla legal. Lo lógico es que, si esta regla tuviera que figurar en algún sitio, debería aparecer en la Constitución, no en el Código Penal. Pero lo cierto es que se encuentra en el Código Penal.

¿Jugaron los redactores de esta regla sobre las leyes temporales en el Código Penal a ser constituyentes más que legisladores? Me inclino por pensar que más bien su intención era la de resolver el problema de la retroactividad de las leyes temporales con carácter agravatorio, pero

posterior, Ley 3), es decir la Ley 3 prevalece sobre todas las anteriores, en cuanto que puede alterar la vigencia tanto de la Ley 1 (la existente antes de la temporal) como de la Ley temporal o Ley 2, por lo que puede instaurar la garantía legal de la retroactividad favorable; si la Ley posterior 3 no dijera nada al respecto, entonces sí regiría lo establecido de manera supletoria por el artículo 2.2 último inciso del Código Penal. Por otro lado, sigue rigiendo la prohibición constitucional de retroactividad perjudicial para el reo, prevista en el artículo 25.1 de la Constitución.

(5) A la regla se le podría atribuir el sentido de disposición supletoria para las leyes temporales que nada digan al respecto, pero para este fin ya tenemos el artículo 9 del Código Penal.

(6) I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 85. Y añade el mismo autor, *op. cit.*, p. 86: «Cualquier ley puede determinar libremente su eficacia temporal, personal y territorial con el solo límite de no vulnerar lo dispuesto en la Constitución».

se equivocaron sobre el lugar correcto en el que debería figurar esta regla. Y el carácter tan genérico del rótulo del Título Preliminar obedece a una reacción contra las vulneraciones de derechos fundamentales ocurridas tan frecuentemente durante la dictadura, de modo que se pensó que era conveniente que en este Título Preliminar figuraran ya las garantías más características de las normas penales (7). Se trataba de un recordatorio para el juez de los límites que no debía sobrepasar en ningún caso.

II. LA ANOMALÍA DE CONFIGURAR EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL DEL ARTÍCULO 25.1 DE LA CONSTITUCIÓN CON LAS RESPECTIVAS NORMAS LEGALES DEL CÓDIGO PENAL

En algunas de las primeras resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (8) se define el principio constitucional de legalidad penal, previsto en el artículo 25.1 de la Constitución, mediante las cuatro garantías clásicas: criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que ya se reconocían durante la dictadura como contenido del principio de legalidad previsto en el Código Penal de 1973 (9).

Sin embargo, y si no me equivoco, a partir de la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 (Ponente: Angel Latorre Segura), dictada no en relación con un procedimiento penal sino con un procedimiento administrativo sancionador, se comienza a precisar el contenido del princi-

(7) He aquí las siguientes palabras de la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995: «En tercer lugar, se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales [...]». Igualmente S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, que colaboraron en la «Propuesta Alternativa de la Parte General del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 18, 1982, pp. 609-649, alternativa respecto al Proyecto de Código Penal de 1980, llaman la atención (p. 611) acerca de que en tal Propuesta «[e]l principio de legalidad, barrera infranqueable de la Política criminal que impone la idea del Estado de Derecho, se ha querido resaltar en su fundamentación y desarrollo» (cursivas en el original).

(8) Vid. sobre todo la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante: STC) 89/1983, de 2 noviembre, Fundamento Jurídico (en adelante: FJ) 3; menciona la garantía criminal el Auto del Tribunal Constitucional (en adelante: ATC) 324/1984, de 30 mayo, FJ 2, lo que se reitera en la STC 24/1996, de 13 de febrero, FJ 2.

(9) Normalmente los penalistas que explicaban el principio de legalidad del Código Penal no hacían ninguna referencia al artículo 19 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, modificado por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, que contemplaba el referido principio en lo que para la dictadura era su constitución: las leyes fundamentales, pero que verdaderamente no tenían un significado de auténtica Constitución.

pio de legalidad previsto por la Constitución distinguiendo entre las garantías formales (reserva de ley y prohibición de normas penales retroactivas) y garantías materiales (mandato de determinación y prohibición de la aplicación analógica o extensiva de las normas penales). Seguramente esta distinción procede en sus líneas generales de la ciencia alemana (10) y de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) (11). Pero, sea como fuere, ha continuado en el Tribunal Constitucional español hasta hoy. Lo anterior significa que, a partir de esta sentencia, se le da un contenido específico al principio de legalidad penal como derecho fundamental del artículo 25.1 del Texto Fundamental español, que, aunque comprende también las citadas cuatro garantías, las trasciende.

En la interacción entre Constitución y Ley a veces es fácil ceder al impulso de rellenar la Constitución con contenidos legales o infralegales, pero lo cierto es que tal práctica no resulta correcta. El Tribunal Constitucional español ha dejado claro este último criterio a partir de la STC 27/1981 de 20 de julio, FJ 3, donde ha sentado la máxima de que «cuando se trata de una exégesis constitucional debemos rechazar el intento de aprehender los enunciados constitucionales deduciéndolos de normas de rango inferior» (12).

Entre los penalistas existe también una mayoritaria tendencia, aunque con excepciones, a rellenar el contenido del derecho fundamental del artículo 25.1 con las garantías legales del Código Penal (artículos 1, 2, 3, 4.1 y 10 del vigente Código Penal). A veces los tratados y artículos doctrinales incurren en una confusión absoluta entre lo que garantiza la Constitución y lo que garantiza el Código Penal, como si fueran intercambiables.

Pero realmente la Constitución y el Código Penal no son intercambiables (13).

(10) Coinciden en lo fundamental con la doctrina actual del Tribunal Constitucional español sobre el principio de legalidad penal, por ejemplo: G. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1995, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, pp. 88 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t.1, 4.^a ed., München, 2006, pp. 141 ss. (= § 5, 7 ss.).

(11) La Sentencia del BVerfGE de 23 de febrero de 1972 (2 BvL 36/71), anterior por tanto a la Constitución Española de 1978, menciona en el apartado § 14, B, 4 a) como contenido del art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana, la exigencia de ley (incluidos los reglamentos), la prohibición de normas penales retroactivas y el mandato de determinación; vid. su texto en la revista *Neue/Juristische/Wochenschrift*, 1972, pp. 860-862, especialmente p. 862.

(12) En el mismo sentido la STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 4.

(13) Otra irregularidad, protagonizada esta vez por la propia Constitución, es el art. 22.2 de la misma, que indica que «Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos *son ilegales*», en vez de decir, como sería lo

III. LA NECESIDAD DE DISTINGUIR ENTRE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y GARANTÍAS LEGALES

A partir de las dos anomalías reseñadas –preceptos legales que parecen adoptar la naturaleza de preceptos constitucionales y definición de un derecho fundamental de la Constitución utilizando la definición de una norma legal– se deduce claramente la imperiosa necesidad de diferenciar entre garantías constitucionales y garantías legales.

Para entender correctamente los efectos de una garantía hay que partir de que no da igual dónde esté contemplada ésta. Ciertamente conviene distinguir entre dos distintas ubicaciones de las garantías que, a veces, no se distinguen lo suficiente:

En primer lugar, me ocuparé de las garantías constitucionales previstas en la propia Constitución. Estas se imponen a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución), lo que conlleva que rigen tanto para el órgano que dicta las normas penales (legislador) como para el órgano encargado de aplicarlas (Jueces y Tribunales). No pueden ser modificadas más que en la forma rígida prevista por la propia Constitución (artículo 166 y ss. de la Constitución). Además, tales garantías son interpretadas por el Tribunal Constitucional [artículo 161.1 a) y b) de la Constitución], y esta interpretación es vinculante para todos. Por último, en la medida en que tales garantías se configuran como un derecho fundamental, pueden ser protegidas a través del recurso de amparo [artículos 53.2 y 161.1 b) de la Constitución].

En segundo término, nos encontramos con las garantías previstas en la ley. Tales garantías no pueden ser menores ni tener un alcance más reducido que las garantías previstas en la Constitución, pero sí pueden ser más amplias que éstas. No pueden ser menores ni estar configuradas con un alcance más reducido, porque la ley no puede modificar la Constitución, sino que esta prevalece frente a aquella; con otras palabras: las garantías constitucionales previstas en la Constitución no están disponibles para el legislador ordinario (14). La ley

correcto, «serán declaradas por la ley ilegales» o «serán declaradas contrarias a la ley». Tal como está redactado el vigente art. 22.2 CE, es la propia Constitución la que se arroga incorrectamente la función de la ley.

(14) En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995: «Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad.»

penal puede, incluso, guardar absoluto silencio sobre las garantías constitucionales, y estas seguirán rigiendo con plena intensidad en todo el ámbito de aplicación de la ley. Pero las garantías previstas en la ley sí pueden ser más amplias, porque una ley penal puede conceder garantías adicionales, que tendrán el carácter de legales o de establecidas en la ley, sin perjuicio de que puedan recibir el respaldo de la Constitución.

Por eso mismo, las garantías adicionales (a las constitucionales) previstas en la ley, sí pueden ser modificadas o incluso suprimidas por otra ley del mismo rango y posterior. Así pueden existir ámbitos legales penales con unas garantías adicionales y otros ámbitos penales en los que no existan tales garantías adicionales. Asimismo las garantías legales que no coincidan con las constitucionales pueden ser interpretadas por la jurisdicción ordinaria, y especialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Creo que una garantía legal no prevista en la Constitución es la de la retroactividad favorable. Tengo que matizar que eso es así en virtud de una doctrina del Tribunal Constitucional español que tradicionalmente ha negado que tal garantía esté incluida en el artículo 25.1 de la Constitución (15), aunque tal doctrina podría cambiar, pues siempre ha venido acompañada de votos particulares.

Pero, ¿qué efectos tienen las garantías legales que suponen una ampliación de las previstas en la Constitución? Puesto que tales efectos requieren una explicación algo más extensa, me permito dedicarle el epígrafe que viene a continuación.

IV. EL RESPALDO CONSTITUCIONAL DE LAS GARANTÍAS LEGALES NO PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN. CONSECUENCIAS PARA LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE

Es obvio que una garantía legal no prevista en la Constitución debe ser observada por Jueces y Tribunales a la hora de aplicar las leyes penales.

Ahora bien, ¿qué ocurre si un ciudadano considera que los órganos judiciales no han respetado una garantía legal que no está prevista en la Constitución? En tal caso, ¿solo puede interponer los recursos

(15) Cfr. A. CUERDA RIEZU, «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional», en M. BALADO / J. A. GARCÍA REGUEIRO, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998, Bosch-CIEP, pp. 283 ss.

ordinarios, exigiendo la observancia de dicha garantía, pero no el de amparo ante el Tribunal Constitucional? Creo que no. Pienso que las garantías legales no previstas en la Constitución merecen un respaldo indirecto de la Constitución, a través del artículo 25.1 de la Constitución, pues ellas también forman parte de la ley penal.

Veámoslo con el supuesto de la retroactividad favorable. Este principio es una norma que reconduce al juez a otras figuras delictivas, es decir, es una norma de remisión a tipos.

Ahora bien, si el Tribunal no selecciona correctamente el tipo aplicable conforme a esa norma de colisión, infringe el principio de tipicidad y *eo ipso* el de legalidad penal. Y tales principios sí que están tutelados constitucionalmente por el artículo 25.1 de la Constitución.

Por ejemplo, si se impone una condena por cheque en descubierto tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 por un hecho cometido antes de esa fecha, se vulneran tales garantías, pues éstas obligan a considerar desincriminada tal conducta: no habría tipo aplicable –en virtud de la norma de colisión que obliga a seleccionar lo más favorable– y la consecuencia sería la absolución. En el caso de que a pesar de todo se pronunciara la condena penal, el órgano judicial habría vulnerado el principio de tipicidad, en cuanto que éste obliga –entre otras cosas– a que la conducta sea subsumible en una norma penal o –expresado en distintos términos– en cuanto que éste impone que sólo la ley puede prever delitos y sus correspondientes penas. Se produciría asimismo la lesión del artículo 25.1 de la Constitución, ya que, según este, nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente.

Luego una vez que el legislador incluye una garantía legal adicional que no está prevista en la Constitución, tal garantía tiene el respaldo indirecto del principio constitucional de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución.

La consecuencia que se deriva de esta tesis es que, frente a lo que ahora ocurre, los recursos de amparo que aleguen una vulneración de la retroactividad favorable deben ser admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional (16) y además tendrán que ser estimados si, de conformidad con lo que se acaba de indicar, se ha producido una vulneración del artículo 25.1 de la Constitución.

Alguien podría decir entonces que es irrelevante diferenciar entre garantías constitucionales y garantías legales, puesto que al fin y al cabo todas ellas merecen el respaldo constitucional.

(16) Siempre que cumplan las restantes exigencias de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en particular la especial trascendencia constitucional.

Frente a esa forma de pensar tengo que afirmar que, pese a todo, la distinción debe mantenerse. Pues el legislador tiene disponibilidad sobre las garantías legales no previstas en la Constitución, de modo que puede optar entre dos posibilidades. La primera: decidir que, pese a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Penal, una Disposición penal especial no goce, por ejemplo, de la garantía de la retroactividad favorable (17); esto es, en definitiva, lo que pretende, aunque sin mucho éxito en el intento, según lo que ya argumenté más arriba (18), el segundo inciso del artículo 2.2 del Código Penal respecto a las leyes temporales. La segunda posibilidad: establecer en la Disposición penal especial la garantía de la retroactividad favorable, bien diciéndolo expresamente, bien guardando silencio y dejando que la supletoriedad del artículo 9 del Código Penal produzca los efectos previstos.

Sin embargo, en el uso de esa libertad el legislador no es plenamente libre, ya que la propia Constitución le exige no caer en la arbitrariedad, de modo que el no reconocimiento de una garantía legal, como la retroactividad favorable, tendrá que estar justificado en muy buenas razones. Pues evidentemente no parece deseable que esta concreta garantía puede desaparecer de algunas leyes penales especiales. Estoy pensando en las hipótesis de que delitos como terrorismo, aborto u otros estuvieran regulados mediante Leyes penales especiales. No tendría justificación entonces que la retroactividad favorable u otra garantía legal, que se reconocen de forma tradicional en nuestras disposiciones penales, estuvieran excluidas en estos casos.

V. CONCLUSIONES

Como Antonio Machado, en *Campos de Castilla*, parémonos a distinguir las voces de los ecos: a la Constitución, lo que es de la Constitución; y a la ley, lo que es de la ley. Pero si la Constitución asume que en algunos casos la vulneración de la ley penal tiene –excepcionalmente y en virtud del principio de legalidad– relevancia constitucional, tampoco nos debería extrañar que la Constitución con-

(17) No admite esta posibilidad E. CORTÉS BECHIARELLI, «Comentario al artículo 9», en M. COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Madrid, 1999, p. 353: «no se le reconoce a la legislación *filial* la posibilidad de generar sus propias garantías» (cursiva en el original).

(18) Vid. *supra* nota al pie 4.

firme una garantía que en su origen es exclusivamente legal y que la proteja con el apoyo de mecanismos que son en rigor constitucionales, igual que los padres resguardan a su hijo recién nacido con mantas y edredones bien mullidos, o las gallinas –en su propio corral– acogen a sus polluelos bajo las alas.

La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho (*)

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

RESUMEN

El presente trabajo analiza la influencia de las recientes aportaciones de las neurociencias sobre las bases teóricas del Derecho Penal, especialmente con respecto a la teoría de la pena y al futuro de la culpabilidad.

Palabras clave: Culpabilidad, prevención, pena, neurociencias, determinismo, libertad y responsabilidad penal.

ABSTRACT

This essay explores the latest contributions in the field of neurosciences to the basic understandings of criminal law. A special focus is paid to punishment theories and the future of culpability concepts.

Keywords: Culpability, blameworthiness, guilt, prevention, deterrence, punishment, neurosciences, determinism, freedom, criminal liability.

(*) Versión española de la contribución al Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Prof. Dr. Wolfgang Frisch, Duncker & Humblot, 2013.

I. INTRODUCCIÓN

Una contribución en homenaje al Prof. Frisch tiene la ventaja de que permite tratar cualquier cuestión relativa a los fundamentos del Derecho Penal o a la teoría jurídica del delito. Siempre se pueden encontrar contribuciones relevantes del homenajeado que sirvan de inspiración. En ocasiones anteriores he reconocido expresamente la influencia de la obra del Prof. Frisch en trabajos sobre el tipo objetivo, la imputación del resultado, la teoría del dolo, la determinación de la pena o el fundamento de las medidas de seguridad. Para esta singular ocasión he elegido un tema en el que se entremezclan consideraciones sobre los fundamentos del Derecho Penal con la construcción dogmática de la teoría jurídica del delito: el fundamento de la culpabilidad jurídico-penal. Ello viene motivado porque en verano de 2010 pude disfrutar de una estancia en el Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht de Friburgo para trabajar sobre este tema con motivo de las críticas a las bases del Derecho Penal de la culpabilidad realizadas por algunos neurocientíficos y psicólogos como Roth, Singer o Prinz y en este mismo año he traducido un hermoso trabajo del Prof. Frisch sobre esta misma cuestión, titulado «Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias», que se publica en un libro que he editado recientemente con el tema Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias. En el mismo el homenajeado no se contenta con demostrar de forma contundente las ventajas de un Derecho Penal de la culpabilidad (no sólo desde el punto de vista de las garantías y desde el punto de vista político-criminal, sino también de su mayor eficacia preventiva frente a una perspectiva puramente instrumental de la prevención) frente a un Derecho Penal estrictamente preventivo como el que parecen propugnar algunos científicos (1). También se enfrenta al fundamento último de legitimación de tal Derecho Penal de la culpabilidad mediante unas «Reflexiones sobre una fundamentación del Derecho Penal de la culpabilidad sobre las bases de la teoría del discurso». El Prof. Frisch considera la «capacidad de adoptar decisiones correctas» como una «capacidad que se adscribe»: «la capacidad sobre la que sólo pueden ponerse razonablemente de acuerdo las personas participantes en el discurso jurídico como presupuesto personal para dar entrada a la consecuencia jurídica que estabiliza la norma no es en absoluto un libre albedrío *empíricamente* acreditado que algunos neurocientíficos combaten empíricamente, sino no más que una capacidad atribuida con base en

(1) *Vid.* ya previamente FRISCH, Maiwald-FS, pp. 244 ss.

la autoexperiencia». De esta manera el Derecho Penal de la culpabilidad quedaría legitimado en última instancia como «expresión de una autolegislación razonable». Estoy de acuerdo con el Prof. Frisch en que su posición es materialmente coincidente en última instancia con ideas defendidas previamente por mí sobre el fundamento de la culpabilidad partiendo de la libertad para una actuación autodeterminada y para la culpabilidad como conceptos que pertenecen «al mundo de lo social», y no «al mundo de la naturaleza».

Asumiendo el mismo punto de partida del Prof. Frisch de que el Derecho Penal de la culpabilidad es preferible frente a otras alternativas si se parte de una visión no puramente instrumental de los seres humanos y de las relaciones sociales, esta contribución tiene como objetivo reflexionar sobre el fundamento y legitimación de la culpabilidad en un modelo penal orientado a la prevención general positiva (2) de una forma que resulte compatible con los conocimientos que nos proporciona la ciencia, especialmente la neurociencia. Este proyecto implica dos premisas. En primer lugar, que la culpabilidad no es sólo un límite a las necesidades preventivas, sino que es el fundamento normativo último por el que una persona concreta sufre la imposición de una pena orientada a la prevención general. Una visión bienintencionada de la culpabilidad como mero límite de la prevención resulta incompleta. La culpabilidad no es sólo un límite a la instrumentalización, sino también el presupuesto que fundamenta o justifica jurídicamente que un ciudadano concreto sufra una pena. Como ha señalado reiteradamente la doctrina, si la culpabilidad carece de legitimidad como fundamento no puede ofrecer ningún baremo para ejercer su función como límite de la prevención (3). En segundo lugar, se busca un fundamento único del que se deriven todas las exclusiones concretas de la culpabilidad reconocidas jurídicamente: inimputabilidad, desconocimiento invencible de la antijuridicidad y exculpación. De esta manera, sin dejar de reconocer la importancia de las pioneras formulaciones de Roxin para la moderna discusión sobre el fundamento de la culpabilidad mediante la construcción de una teoría preventiva de la culpabilidad de acuerdo con la cual la pena ya no depende sólo de si el autor pudo o no actuar de otro modo, sino especialmente si la sociedad puede o no reaccionar frente al injusto sin imponer una pena por razones preventivas, no se pueden compartir algunas de sus conclusiones (4).

(2) Sobre mi concepción de la prevención general positiva, Jakobs-FS, pp. 75 ss.

(3) Por muchos, JAKOBS, PG, 17/33; LENCKNER, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, previo a 13 ss./109 a.

(4) La culpabilidad es entendida por ROXIN –seguido en este punto por algunos discípulos como *Schünemann* o *Wolter*– como condición necesaria pero insuficiente

II. LA LIBERTAD DE ACTUAR DE FORMA AUTODETERMINADA COMO «CAPACIDAD ATRIBUIDA»

Como sostiene el homenajado, la culpabilidad tiene que ver siempre con una cierta capacidad de auto-determinación, que implica el reconocimiento de una cierta libertad, pero la culpabilidad no es algo que se constate como un hecho empírico, sino que se imputa o se adscribe (5). De esta manera el Prof. Frisch coincide con teorías de la imputación jurídico-penal que parten de una visión comunicativa de las relaciones sociales y entienden que no se pueden construir las bases del Derecho Penal de la culpabilidad a partir de un concepto pre-jurídico y trascendental de libertad que vincule al ordenamiento y que tenga su origen y fundamento en el individuo y su autoconciencia (6). La idea de «autocontradicción» (Selbstwiderspruch, Selbstkorrumpierung) como fundamento de la retribución justa ha sido convincentemente rechazada, con independencia de que se parta de una teoría funcional o más apegada a la ética del discurso. La culpabilidad no tiene que ver con la auto-determinación en sentido metafísico o trascendente, sino con un proceso histórico de reconocimiento social y jurídico de la libertad de actuación. En una sociedad postmetafísica ya no se puede pretender que la racionalidad intersubjetiva se corresponda con la subjetiva (7). La principal consecuencia de este punto de

de la pena en la medida en la que político-criminalmente, es decir, desde el punto de vista de la prevención especial o de la prevención general, además debe ser necesaria la pena (PG 3/51 ss.). De esta segunda cuestión se ocupa la categoría dogmática más amplia de la responsabilidad (PG, 19/3 ss.; Kaiser-FS, pp. 894 ss.). Esta categoría sistemática permite un doble límite para la imposición de la pena por un injusto: a través de la culpabilidad como poder actuar de otro modo y a través de las necesidades preventivas. La responsabilidad queda así integrada por elementos heterogéneos, culpabilidad y necesidades preventivas, que se limitan recíprocamente. En dicha tensión entre ambos elementos se confía para no salirse de los límites de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.

(5) GÜNTHER, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 30 ss.; *el mismo*, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 73, 248; KINDHÄUSER, *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*, pp. 79 ss.; EL MISMO, *Hassemer-FS*, pp. 761 ss.

(6) Contra los presupuestos teóricos de autores como Köhler o Zaczyk, que entienden que la culpabilidad sólo se puede determinar desde una perspectiva subjetiva en la medida que lo decisivo a efectos de definir un hecho como delito es que el autor se ha autovinculado con el ordenamiento jurídico, GÜNTHER, *Das Recht der Republik*, pp. 90 ss.; EL MISMO, *Schuldbegriff*, pp. 69 ss.; JAKOBS, *Schuldprinzip*, pp. 28 s.; KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 703 ss., 716; EL MISMO, *Schroeder-FS*, pp. 87 s. Todavía en una posición ecléctica FRISCH, *Generalprävention*, pp. 139 ss.

(7) «En una sociedad pluralista en la que las razones de la vigencia de las normas no pueden ser ya fundamentadas desde una perspectiva puramente subjetiva,

partida es que en un Estado democrático son indiferentes las razones por las que el sujeto cumple con el ordenamiento (8) y la culpabilidad no puede ser definida como una «contradicción performativa» (*performativer Widerspruch*) o una «contradicción pragmático-trascendental» (*traszendentalpragmatischer Widerspruch*). No es el autor el que con sus máximas racionales determina cuando es culpable, sino que es la sociedad la que determina cuándo una comunicación no puede ya ser aceptada como válida porque pone en entredicho elementos o condiciones indispensables de la vida social. Una perspectiva excesivamente centrada en la filosofía moral-individualista, que deje de lado la idea de que la culpabilidad es una construcción social, no representa un punto de partida adecuado para el fundamento de la culpabilidad.

Tampoco representa un punto de partida válido partir de la perspectiva subjetiva de primera persona (lo que se denomina observación introspectiva). Desde una perspectiva más pragmática y fenomenológica algunos autores han recurrido a la existencia generalizada de un sentimiento, una experiencia o una conciencia de libre albedrío o libertad sobre la que estaría construida nuestra cotidianeidad y las interrelaciones personales (9). De esta manera se mantiene vinculado el fundamento de la culpabilidad a la libertad no porque los seres humanos sean realmente libres, sino que son libres porque se sienten libres, es decir, el fundamento de la culpabilidad estaría en un sentimiento extendido.

Al ser imposible constatar en el caso concreto que el autor tuviera la posibilidad de actuar de otra manera, autores como Burkhardt pro-

no existe una armonía preestablecida entre la autodeterminación ética de una persona y el deber jurídico» (KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, p. 88).

(8) GÜNTHER, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 94, p. 151; EL MISMO, *Generalprävention*, p. 167; EL MISMO, *Rechtsphilosophische Kontroversen*, pp. 142 ss.; JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, p. 76; KINDHÄUSER, *ZStW* 107, p. 706; EL MISMO, *Schroeder-FS*, pp. 87 s.; EL MISMO, *Hassemer-FS*, p. 769. Zaczek, *Schuld*, p. 113, ha intentado rebatir esta idea argumentando que cuando hablamos de culpabilidad jurídica al Derecho le basta el respeto externo a las normas con independencia de la racionalidad de los motivos. Sin embargo, estos autores tienen problemas con los supuestos en los que la legalidad no puede ser entendida subjetivamente como racional. Si lo decisivo a efectos de culpabilidad es la autodeterminación y que el autor se decide a favor de máximas injustas, ello debería seguir siendo relevante aunque esas máximas injustas coincidan con la legalidad.

(9) Representativo BURKHARDT (1998, pp. 3 ss.; 2003 pp. 22 ss.; 2007, pp. 97 ss.; 2010, pp. 79 ss.). Cercanos BUNG, pp. 5 ss.; HIRSCH, pp. 65 ss.

Críticos con esta perspectiva: MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, pp. 118 ss.; ROTH/MERKEL, *Entmoralisierung des Rechts*, pp. 65 ss.; RATH, p. 43; SEELMANN, p. 98; JAKOBS, *ZStW* 117, p. 265, nota 56. BURKHARDT responde extensamente a Merkel en *Maiwald-FS*, pp. 96 ss. y a MERKEL/ROTH en pp. 99 ss.

ponen basar el reproche de culpabilidad en la perspectiva interna, por lo que lo decisivo sería determinar si en el momento de cometer el hecho el autor suponía dicha posibilidad. Si realmente es así desde la perspectiva de la tercera persona es algo que, según Burkhardt, resulta irrelevante. Este autor considera que la experiencia del poder actuar de otro modo y la correspondiente libertad de acción se encuentra arraigada en el pensamiento práctico, diferente al pensamiento teórico-científico.

Sin embargo, asumiendo que la libertad sea una sensación generalizada, no se trata de una sensación compartida al 100 %. Si bien existen estudios realizados en nuestro entorno cultural que establecen que un 90 ó 95 % de la población tiene la sensación de que el universo se encuentra indeterminado, que están dotados de libre albedrío y que ello les hace moralmente responsables de sus acciones, la sensación de libertad es algo condicionado culturalmente. Con este punto de partida tendríamos que asumir que un sector minoritario de la población estaría siendo castigado sin culpabilidad, simplemente con base en una «cosmovisión» extendida y que sólo se podría hablar legítimamente de culpabilidad frente a los que entienden la libertad del ser humano como principio vinculante. No obstante, que la culpabilidad no tiene que ver con este punto de partida lo demuestra el hecho de que nadie sería exonerado aunque probara no compartir sentimientos de libertad con la mayoría de la población. Además, el planteamiento de esta perspectiva adolece de un punto de partida erróneo y es que se finge una vinculación entre verdad y sensaciones subjetivas. Que el cerebro mediante sus herramientas cognitivas tenga una determinada representación de sí mismo no significa que sus intentos hayan tenido éxito en lo que respecta a su correspondencia con la realidad, aunque hayan tenido un éxito evolutivo. Para fundamentar la culpabilidad en una sociedad moderna es preciso demostrar o, al menos, poder trabajar con una hipótesis científicamente sostenible de que dicha sensación o experiencia va acompañada realmente de una voluntad libre. Los experimentos neurológicos nos vienen demostrando que determinadas estimulaciones de partes del cerebro pueden producir experiencias subjetivas extracorporales que objetivamente sabemos que son falsas. Por lo tanto, los seres humanos pueden tener sensaciones sabiendo que no son nada más que eso, una sensación, que cabe explicar por diversas razones (biológico-evolutivas, culturales, etc.). Que se trate de una sensación que realmente tienen muchas personas y que forme parte de su realidad en el nivel subjetivo no representa una base suficiente para construir procesos sociales de culpabilización, que son procesos que exceden a la propia experiencia subjetiva. El cerebro «nos engaña» continuamente.

Las fundamentaciones que recurren a la perspectiva de primera persona no han podido superar convincentemente las críticas provenientes de los neurocientíficos que trabajan con la perspectiva de tercera persona, que es la única que tiene validez para el sistema social (10). Las neurociencias vienen demostrando que es precisamente nuestra «ceguera» ante determinados fenómenos lo que se encuentra en el origen de la sensación de que todo depende de nuestra voluntad libre y consciente. Acabamos llamando libertad al desconocimiento de lo que nos determina. Si los procesos que predisponen nuestros comportamientos son inconscientes, ello crea la apariencia de que dichos comportamientos carecen de una causa previa y, por ello, atribuimos a nuestra voluntad el carácter de «causa libre» sin pasado. Las neurociencias han confirmado la brillante intuición de Spinoza cuando afirmaba que nuestra sensación de libertad no es más que una consecuencia de nuestra ignorancia respecto de los mecanismos que nos determinan.

Sin negar que la sensación de libertad, como todo fenómeno de la consciencia, sólo es accesible desde la perspectiva de primera persona, que los seres humanos no puedan ver sus procesos de determinación no significa que ello no sea posible mediante una «observación de segundo orden» como una heteroobservación que observa cómo tienen lugar las observaciones de los otros sujetos (incluyendo lo que éstos no pueden ver). La observación de segundo orden tiene acceso a las razones que determinan por qué el sujeto observado ve lo que ve y, asimismo, cuáles son las razones por las que no puede ver lo que no ve. Las neurociencias vienen realizando brillantes «observaciones de segundo orden» del funcionamiento cerebral y de los procesos mentales de los seres humanos, explicando aspectos de nuestro propio comportamiento a los que somos ciegos desde la perspectiva de primera persona. No son posibles aquí cuestiones de mayor detalle. Lo que importa es que los conocimientos disponibles del funcionamiento del cerebro vetan cualquier posibilidad de buscar una fundamentación de la culpabilidad exclusivamente desde la perspectiva de primera persona.

La conclusión que cabe derivar de estas consideraciones es que la culpabilidad jurídica no es sólo un problema de identificación personal y, por ello, la declaración de culpabilidad es independiente de las

(10) Vid. Por diversos lugares ROTH/MERKEL, *Entmoralisierung des Rechts*, p. 63; LOS MISMOS, *Bestrafung oder Therapie?*, pp. 28 s.; PRINZ, pp. 29 ss.; SINGER, pp. 129 ss. En profundidad, sobre los irresolubles problemas que plantea fundamentar la culpabilidad en la experiencia subjetiva, DETLEFSEN, pp. 39 ss., 321 ss., 335 ss., 343 y passim.

sensaciones subjetivas del condenado. Se castiga al culpable con independencia de que no tenga sensación de libertad mientras se declara no culpable al esquizofrénico que tiene una visión delirante de la realidad, si bien actúa absolutamente convencido de su libertad –asignándose, incluso, como propios sucesos que no ha determinado causalmente–. En el mismo sentido cabría caracterizar aquellos supuestos donde experimentalmente en un laboratorio se determina la conducta de una persona mediante una intervención en su cerebro (mediante estimulación magnética, por ejemplo) o mediante hipnosis manteniendo ésta la sensación de que ha actuado libremente (auto-atribución). La sensación personal de libertad puede ser válida para procesos puramente morales de auto-imputación o auto-reproche, pero no cuando son terceros o el sistema social los que realizan los procesos de imputación jurídicos con el objetivo de estabilizar ciertas reglas de conducta indispensables. La culpabilidad tiene que ver con la configuración del trato interpersonal y la pena es una institución social, no un fenómeno puramente personal. En conclusión, lo decisivo a efectos jurídicos no es la perspectiva de primera persona.

A partir de estas consideraciones críticas se aprecian mejor las razones por la que el debate doctrinal de los últimos años ha sido renovado y ha estado protagonizado en gran medida por teorías que han venido de la mano de las aportaciones de la filosofía social o de las ciencias sociales como la teoría funcional de la culpabilidad o las fundamentaciones que han recurrido a la ética del discurso. Ambas perspectivas, que han tenido una influencia decisiva en el actual estado de la cuestión, coinciden en la concepción del delito y de la pena como fenómenos sociales y, por tanto, de la imputación jurídico-penal como un proceso comunicativo.

III. LA CULPABILIDAD COMO COMUNICACIÓN

III.1 Las teorías funcionales de la culpabilidad: Culpabilidad y prevención

Las teorías funcionales, tomando como paradigma la construcción de Jakobs (11), tienen el gran mérito de haber dejado en evidencia que el juicio de culpabilidad no depende de las características naturalísti-

(11) Por diversos lugares, ZStW 101, pp. 516 ss.; PG, 17/3, 18 ss.; *Schuldprinzip*, pp. 26 ss. La idea esencial del concepto funcional de culpabilidad de Jakobs es que ésta depende de la función a desempeñar, dependiendo del fin de la

cas de la acción (conocimientos, motivaciones, etc.), sino de la relevancia comunicativa que una determinada sociedad le otorgue a esas características de la acción. Según la teoría funcional, la imputación jurídico-penal no depende de la intensidad de emociones como el instinto de supervivencia, la ira, el miedo o el odio o de lo arraigadas que se encuentren determinadas creencias en el autor por convicción, sino que el tratamiento jurídico-penal de dichos estados mentales depende de lo funcionalmente necesario para mantener la estructura normativa de la sociedad. Frente a teorías como las expuestas en el apartado anterior, Jakobs considera que «sin relación a una sociedad concreta el concepto de culpabilidad se mantiene indeterminado. No ofrece prestación alguna, sino que sólo sirve para camuflar» (12). Por esa razón las teorías funcionales han permitido entender mucho mejor las razones normativas que subyacen a las causas tradicionales de exculpación como, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante.

La referencia a elementos preventivos esbozada por Roxin a principios de los años setenta fue radicalizada en el modelo de Jakobs de tal manera que la culpabilidad y su medida quedaron exclusivamente ligados en su formulación inicial en *Schuld und Prävention* a las necesidades preventivas (13). Según este trabajo pionero existe culpabilidad allí donde la sociedad no encuentra alternativas o equivalentes funcionales a la pena o, dicho de otra manera, la culpabilidad es la suma de aquellos presupuestos bajo los cuales no resulta posible asimilar una conducta desviada sin una reacción formal.

Esta idea de que se declara la culpabilidad allí donde existen necesidades preventivas o de estabilización de un determinado orden y en la medida en la que la sociedad no dispone de una alternativa funcional, deja en exceso de lado el tema de la responsabilidad individual por la erosión del orden jurídico (14). La ausencia de alternativas fun-

pena y de la configuración concreta de la sociedad correspondiente. Cercano ACHENBACH, pp. 140 ss.

Desde una perspectiva distinta de la prevención general positiva, también HAFKE, GA 78, p. 45; el mismo, *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, pp. 165 ss.; Streng, ZStW 92, pp. 637 ss., 679 ss.; el mismo, ZStW 101, pp. 273 ss., especialmente 283 ss.; el mismo, *Tatproportionalität*, p. 131; el mismo, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 20/21 ss. han mantenido un concepto funcional de culpabilidad más atento a las raíces psicosociológicas de la culpabilidad. Sobre las diferencias de su posición con la de Jakobs, STRENG, *Tatproportionalität*, p. 138, nota 39 y MK, 20/22.

(12) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 63.

(13) Pp. 8 s., 14, 17, 31 ss. Cfr. recientemente JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 62, con nota 130.

(14) En contra de la fundamentación de la culpabilidad y de la causas de exclusión de la culpabilidad desde perspectivas estrictamente preventivas, FRISCH, *Generalprävention*, pp. 135 s.

cionales a la pena no sirve como equivalente normativo de la autodeterminación. Si el sujeto no es responsable del injusto cometido no existen necesidades de estabilización normativa, con independencia de que la sociedad disponga o no de alternativas funcionales (de las que normalmente dispone, en todo caso, mediante medidas de seguridad inocuizadoras). Si el sujeto es definido como responsable la existencia de alternativas (por ejemplo, tratamiento eficaz) es indiferente a efectos de la declaración de culpabilidad. De esta manera se aprecia como no se trata en realidad de que no exista culpabilidad cuando no existe una reacción alternativa a la pena, sino, más bien, cuando no existe una explicación alternativa a la infracción de la norma como responsabilidad del infractor. Tampoco se trata de valorar alternativas a la pena como sanción, sino de valorar alternativas a la explicación del hecho basada en la responsabilidad personal. Sin una referencia a la responsabilidad personal es imposible explicar qué soluciones al conflicto pueden ser equivalentes funcionales. No existe culpabilidad cuando en la explicación del injusto la responsabilidad individual tiene un papel irrelevante y se declara la culpabilidad cuando con respecto al injusto no existe una explicación alternativa a la responsabilidad individual. La teoría funcional de la culpabilidad señaló correctamente como el contenido de la culpabilidad no es ajeno a las funciones del Derecho Penal e identificó correctamente la cuestión de la culpabilidad como una cuestión de distribución de competencias o incumbencias, pero no acertó plenamente en el fundamento material sobre cómo se realiza esa distribución. Que en muchas ocasiones se trate de una descripción correcta no significa que la ausencia de equivalentes funcionales represente un fundamento normativo asumible. Pongo un ejemplo sencillo. Si es evidente que el sujeto ha cometido un hecho delictivo motivado por una psicopatía o unas tendencias pedófilas que tienen su origen en un traumatismo o en un tumor cerebral, no será declarado culpable con independencia de que haya o no tratamiento; por ejemplo, que el tumor se pueda o no extirpar.

Si la culpabilidad queda definida exclusivamente como un derivado de la prevención general positiva, se limita a justificar por qué ciertos ciudadanos tienen que pagar un precio por su disfrute de la libertad y de lo que Jakobs denomina una «administración descentralizada» (15). Pero con ello el concepto de responsabilidad se limita a ser un concepto relativo a quién tiene que asumir los costes necesarios desde el punto de vista de la prevención general positiva. Sin embargo, al ser la pena una sanción con carácter retrospectivo que

(15) Vid. su conocida parábola de los reyes en *Schuldprinzip*, pp. 34 ss

exige que la pena sea proporcional a la responsabilidad por el hecho, las formulaciones más radicales de la teoría funcional no acaban de ofrecer una respuesta materialmente satisfactoria. El culpable es el irrenunciable vehículo del acto demostrativo que estabiliza el ordenamiento jurídico. La declaración de culpabilidad significa que el hecho delictivo no queda definido como casualidad o capricho del destino, sino como obra o expresión de una persona (no hay explicaciones alternativas válidas) (16). La principal objeción que cabe hacerle en general a la teoría funcional es que deja demasiado de lado los criterios normativos de legitimación del castigo frente al ciudadano que tiene que sufrir una pena por su responsabilidad en relación a un hecho concreto (17).

Es cierto que Jakobs ha realizado importantes contribuciones desde 1995 para superar la objeción de que su concepto funcional de culpabilidad era incompatible con el concepto de persona del que parte el Estado de Derecho (18). Como se puede apreciar en su obra de referencia *Norm, Person, Gesellschaft*, la teoría funcional de Jakobs suma a sus dos elementos esenciales de partida, los conceptos funcionales de sociedad y de norma (como expectativa contrafáctica), el concepto de persona. Y lo hace recurriendo especialmente a la teoría del reconocimiento de Hegel, como primer gran intento de la filosofía occidental –con permiso del *apprécier mutuellement* de Rousseau– de construir no sólo un concepto normativo (*homo noumenon*), sino también un concepto intersubjetivo o social. Las referencias al concepto de persona han ido diluyendo en la obra de Jakobs la importancia de la argumentación funcional-descriptiva basada en la existencia de alternativas funcionales a la pena. Ello demuestra que para saber si la sociedad tiene a su disposición estrategias alternativas a la culpabilidad y la pena para tratar la defraudación de expectativas normativas no se puede prescindir de cómo se encuentra definida en una determinada sociedad la vinculación entre los individuos y el sistema jurídico (el estatus de ciudadano). Debe reconocerse a Jakobs haber colocado en el centro del debate sobre la culpabilidad, tras la radicalidad de sus formulaciones originales, el concepto de persona en el Derecho, es decir, el sujeto como destinatario de derechos y deberes construido

(16) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, pp. 59 ss.

(17) JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 61.

(18) KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 707 ss.; NEUMANN, p. 149; SCHNEIDER, pp. 15 s. En tiempos más recientes, KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, pp. 88 s., considera que el concepto de persona de Jakobs como «construcción normativa» «no pasa de ser una consideración formal que concibe el rol del individuo de forma reduccionista».

comunicativamente (19). La perspectiva funcional, por su nivel de abstracción, no ha tenido, sin embargo, la oportunidad de tratar en profundidad el papel que en el fundamento de la culpabilidad juegan la configuración política de una determinada sociedad y el contexto de legitimación. No ha tenido suficientemente en cuenta los criterios de legitimación del ordenamiento vigente en la medida en la que de dichos criterios deriva la configuración concreta de los vínculos de los individuos con el ordenamiento y, por tanto, el fundamento de su culpabilidad. Aunque el propio Jakobs no ha omitido alguna referencia genérica sobre que la culpabilidad en sentido material, como suceso con significado comunicativo, presupone normas legítimas (20), es mérito especial de las concepciones basadas en la ética del discurso haber tratado ampliamente esta cuestión.

III.2 La culpabilidad basada en la ética del discurso: Culpabilidad y libertad comunicativa

Las fundamentaciones basadas en la ética del discurso aparecen en el panorama doctrinal cuando el estado de la cuestión ya había sido completamente reformulado por las teorías preventivas y por las teorías funcionales de la culpabilidad. Destaca en el panorama doctrinal actual en la búsqueda de una fundamentación basada en la racionalidad comunicativa Klaus Günther (21), si bien existen otros

(19) JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 112, 125 y pássim; EL MISMO, ZStW 117, pp. 247 ss. Muy cercano PAWLIK, *Person*, pp. 75 ss., 82 ss., 97.

(20) *Schuldprinzip*, pp. 26 ss. En su resumen final de las conclusiones de dicho trabajo Jakobs afirma que «La culpabilidad en sentido material es la falta de fidelidad frente a normas legítimas» (p. 35). En tiempos recientes, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 61 («Los criterios se orientan, en la medida en la que el Derecho Penal deba ser una empresa con sentido, a si «se debe castigar» para mantener la vigencia de la norma o se puede renunciar al castigo, y ello, en todo caso, en una sociedad concreta con una constitución legítima»). Sobre la relevancia de este cambio de discurso a principios de los años 90 con respecto a la concepción original de 1976 en *Schuld und Prävention*, GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 51 s.

(21) *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 71 ss., 245 ss. Sobre las bases de su modelo a partir de la ética del discurso, *Generalprävention*, pp. 156 ss., en especial pp. 169 ss.; *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 35 ss., 38 ss.; *Das Recht der Republik*, pp. 83 ss.; *Schuldbegriff*, pp. 65 s. A efectos de legitimación del sistema penal este autor considera que existe un paralelismo entre el ciudadano como autor de las normas jurídicas y la persona jurídica como destinatario de dichas normas (pp. 248 ss.). Esta idea queda englobada bajo el concepto de persona deliberativa y, en lo que aquí interesa, ello implica una fundamentación de la culpabilidad de dicha persona deliberativa como persona en el Derecho (pp. 253 ss.).

autores con posiciones cercanas como Kindhäuser (22) o Neumann (23).

La ética del discurso abandona el grado de abstracción de la teoría funcional de la culpabilidad y trabaja con conceptos de persona y de culpabilidad válidos en exclusiva para un sistema democrático de libertades. El gran acierto de las teorías discursivas ha sido airear la dimensión política del principio de culpabilidad. Sin embargo, y siendo consciente de una excesiva simplificación de una teoría de gran complejidad, a las formulaciones de la culpabilidad basadas en la libertad comunicativa (un concepto no trascendente de libertad) se les puede acabar objetando lo contrario que a la teoría funcional: acaban exagerando la dimensión política de la culpabilidad. Günther o Kindhäuser consideran que sólo sería posible hablar legítimamente de culpabilidad en un sistema democrático en la medida en la que en sistemas no democráticos no cabe una posibilidad mínima de participar en el proceso de elaboración de normas (24). De esta afirmación se derivan serios problemas para fundamentar la culpabilidad de aquellos sujetos, como los extranjeros, que se encuentran en territorio nacional pero no han participado en la elaboración de normas o en los procesos políticos (25) o los casos de aplicación extraterritorial de la ley penal, en los que se permite imponer una pena a personas que no han gozado de posibilidad alguna de participar en los procedimientos

Manifiesta sus objeciones a las teorías funcionales de la culpabilidad en *Schuldbegriff*, pp. 64 s.

(22) ZStW 107, p. 701 y *passim*, buscando una respuesta al problema de la culpabilidad jurídico-penal material entre el funcionalismo (Jakobs) y el liberalismo racional subjetivista (Köhler) como polos opuestos de fundamentación. Entiende ambas alternativas como insatisfactorias porque bien se renuncia a un reproche de culpabilidad subjetivamente fundamentado (Jakobs) o bien se abandona más o menos el mandato de neutralidad del Derecho en una sociedad moderna que sólo puede garantizar la legalidad pero no la moralidad.

En tiempos recientes, *Schroeder-FS*, pp. 85 ss.; *Hassemer-FS*, pp. 770 ss.; PG 21/9.

(23) GÜNTHER señala los puntos de contacto entre ambos en *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 74 s.

(24) GÜNTHER, *Das Recht der Republik*, pp. 83 ss., s. 100; KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, pp. 90 s.; EL MISMO, *Hassemer-FS*, p. 774.

(25) El intento de KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, p. 91 y *Hassemer-FS*, p. 772, de sortear esta objeción haciendo referencia a las posibilidades de disfrutar de derechos como el de expresión, de asociación o de manifestación es insuficiente. A pesar de que nacionales y extranjeros tengan el mismo derecho a expresar su opinión y las mismas posibilidades de ejercer otras derechos como el de manifestación o asociación, si no existen las mismas posibilidades de participación la responsabilidad no puede ser la misma en la lógica de esta teoría. Se trataría de un presupuesto demasiado endeble para poder hablar de culpabilidad en sentido material.

de elaboración de las leyes penales. Los problemas se extienden a situaciones de marginación que imposibilitan realmente una participación democrática. Todo ello conduciría a la conclusión de que la mayoría de la población reclusa en Europa occidental sufre una pena de prisión por razones ajenas a su culpabilidad. Incluso dejando de lado los problemas que se derivan de que los actuales sistemas políticos sean más partidocráticos que democráticos (26), las teorías basadas en la ética del discurso no permiten declarar legítimamente culpables a los que carecen del derecho o de la posibilidad real de participar en los procesos de decisión política, quedando de esta manera gran parte de las penas que se imponen reducidas a medidas que satisfacen necesidades preventivo-generales sin culpabilidad, es decir, sanciones puramente instrumentales. No se trata más que de síntomas de un problema genético de las teorías del discurso: no tienen suficientemente en cuenta que la culpabilidad, como han resaltado las teorías preventivas, especialmente la teoría funcional, tiene una dimensión como estrategia de estabilidad del orden normativo. Como ha señalado en diversas ocasiones el Prof. Frisch, dicha estrategia no siempre va en perjuicio del infractor, en la medida en la que la pena se puede entender en algunas ocasiones como justa pero preventivamente innecesaria, especialmente en el ámbito de las causas de exculpación (27). Existe un fondo correcto en los planteamientos preventivos: la culpabilidad tiene que ver con la estabilización normativa como función básica del Derecho Penal y materialmente la culpabilidad es responsabilidad personal por la erosión de dicha estabilidad. La culpabilidad no es en esencia una especie de «autocontradicción» como ciudadano o persona deliberativa, sino más bien una «contradicción» con elementos indispensables para la vida social. Con la fundamentación discursiva que se centra en la definición de persona en su doble rol de destinatario de la norma y de ciudadano con derecho a participar en los procesos de decisión política de los que surgen las normas con legitimación democrática (autor de la norma) no se perciben adecuadamente todas las dimensiones que encierra la culpabilidad jurídico-penal. Al sujeto no se le castiga sólo como «polizón social» (*free rider*) que no cumple con su parte (28), sino esencialmente para contrarrestar la lesividad comunicativa que representa su hecho para la normatividad. Si la teoría funcional de la culpabilidad pone dema-

(26) PAWLIK, ARSP 93, pp. 131 s.

(27) Con respecto a los autores de conciencia FRISCH, *LH-Gimbernat Ordeig*, pp. 917 s., coincidiendo con Roxin.

(28) KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, pp. 89 s. critica a Jakobs precisamente por no tener suficientemente en cuenta este aspecto.

siado énfasis en los aspectos preventivos en detrimento de los de legitimación democrática de la responsabilidad individual, los problemas de las teorías discursivas son los contrarios (29). Les falta una vinculación del fundamento de la culpabilidad con la función de estabilización normativa.

La teoría funcional deja más en evidencia que los delincuentes responden por su participación en un proceso progresivo de erosión de la norma mediante la realización de hechos de gran lesividad social, si bien no ha explicado suficientemente cuál es el fundamento personal de esa responsabilidad. Cuestiones como la determinación de los límites de la capacidad de culpabilidad sólo se pueden llevar a cabo mediante una referencia a las necesidades de estabilidad normativa en la medida en la que, por ejemplo, los conocimientos existentes sobre una enfermedad mental (brote paranoide de un esquizofrénico) convierten en innecesaria la pena como instrumento de estabilidad normativa.

Esto demuestra que los límites de la culpabilidad no son trazados en un discurso público en el que de forma directa participen todos los ciudadanos. Ello sólo sucede con el reconocimiento en los códigos de las causas de exclusión de la culpabilidad, es decir, con el establecimiento de las líneas básicas de un Derecho Penal de la culpabilidad. El mayor o menor alcance de dichas exclusiones (inimputabilidad, desconocimiento invencible de la antijuridicidad, exculpación) se construye en un discurso jurídico enormemente especializado en el que tienen un papel relevante tanto las necesidades de estabilización normativa como la configuración concreta de la sociedad correspondiente (en una sociedad donde la violencia es excepcional es más fácil asumir una reacción inadecuada del que sufre una agresión violenta). En este punto la teoría funcional se presenta más fructífera desde una perspectiva estrictamente dogmática que la teoría del discurso. Ésta no ofrece respuestas dogmáticamente satisfactorias al establecimiento de los límites de la culpabilidad de los que participan en el discurso (30). La mejor prueba de ello es que se pueden encontrar soluciones similares en ordenamientos con bases políticas o de legitimación

(29) Ello está relacionado con la idea –a mi entender errónea– de Günther (FEJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 542 ss.; KÜHL, *Eser-FS*, pp. 159 s.) de que sólo la declaración de culpabilidad pero no el mal que se impone tiene significado comunicativo expuesta en *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 40 s. y desarrollada posteriormente en *Lüderssen-FS*, pp. 215 ss., seguida en la tesis de su discípula SCHORK, *Schuldpruch*, pp. 104 ss., 178 ss., 212.

(30) Sobre el significado de la dogmática para el desarrollo del Derecho Penal, FRISCH, *Bedeutung der Rechtsdogmatik*, pp. 169 ss. *Vid.* también FRISCH, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, pp. 156 ss., en especial 168 ss.

no coincidentes (por ejemplo, con respecto a la relevancia de determinadas anomalías psíquicas).

Si bien la culpabilidad jurídico-penal es una construcción que depende de cada modelo de sociedad, en un Estado democrático de Derecho no sólo son culpables los que pueden participar en los procedimientos democráticos de elaboración de normas. Todo el que se beneficia de la estabilización normativa que presta un ordenamiento puede ser declarado culpable en la medida en la que sea responsable de la erosión de su vigencia fáctica como realidad social. Los extranjeros o personas que no pueden participar plenamente o están excluidas de dichos procedimientos democráticos son tratados de forma justa si se les hace responsables de la erosión de normas penales que les dispensan una protección equivalente a la que reciben los ciudadanos con derecho de participación.

Un aspecto importante en el que han insistido los partidarios de un modelo discursivo para fundamentar la culpabilidad es que en un sistema democrático la responsabilidad se encuentra vinculada a un «mandato de neutralidad». De otra manera no se estaría respetando el contenido esencial de derechos fundamentales como la libertad ideológica o de opinión. El ordenamiento de un sistema democrático no puede esperar que los ciudadanos aporten lealtad personal a las normas, sino sólo que no aporten con sus acciones menosprecio de las mismas. En un sistema democrático el ciudadano tiene libertad para decidir si se comporta de acuerdo a la norma y cuáles son las razones por las que lo hace. Sus razones o motivos son un asunto particular y, por tanto, indiferentes para el Estado de Derecho (los motivos cínicos son válidos) (31). El ordenamiento de un sistema de libertades no puede exigir a los ciudadanos que acaten las normas como correctas, sino que tiene que reconocer al ciudadano la posibilidad de rechazar internamente o mediante expresiones la norma como una norma válida o legítima. En este sentido el ciudadano tiene todo el derecho a iniciar o participar en procedimientos o debates públicos para derogar la norma o que ésta sea declarada ilegítima. Lo que no se puede reconocer como una opción válida –ya que sino la norma en particular y el sistema democrático de libertades en general carecería de vigencia fáctica o eficacia– es ejecutar una acción que sea contraria a la norma. La «prestación» que conlleva o exige un

(31) GÜNTHER, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 94, pp. 148 ss.; EL MISMO, *Schuldbegriff*, pp. 72 ss.; EL MISMO, *Schuld und kommunikative Freiheit*, pp. 251 s.; KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 701 ss.; EL MISMO, *Schroeder-FS*, pp. 87 ff; el mismo, *PG* 21/10. En un sentido similar, ha trabajado esta cuestión PAWLIK, *Person*, pp. 84 s., señalando como en un Estado secularizado no es posible obligar jurídicamente a la lealtad.

sistema democrático de libertades no consiste en una fidelidad interna a la norma, ya que ello pertenece a la esfera privada, sino en evitar no reconocerla mediante una acción que la infrinja. Es decir, el que no reconoce internamente la norma debe evitar –siguiendo la estrategia que quiera– el injusto (la infracción de la norma). Un ordenamiento democrático que reconozca espacios de libertad privativos de los ciudadanos sólo puede exigir reconocimiento externo. En los casos en los que esa falta de reconocimiento externo ha afectado a la vigencia de normas esenciales e irrenunciables de convivencia, como no basta con obligar coactivamente al sujeto a cumplir con sus obligaciones, el autor culpable debe sufrir una pena que compense la dimensión comunicativa del hecho que ha realizado. Ello no significa, sin embargo, que su culpabilidad como destinatario de la norma tenga que ver con la pretensión de modificar la norma por procedimientos no democráticos.

III.3 Conclusión

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, la culpabilidad jurídico-penal es una comunicación de la falta de reconocimiento de la validez de la norma mediante su infracción. Esta definición está formada por varios elementos: a) tiene su origen en el reconocimiento social o interpersonal de una cierta capacidad de auto-determinación, que implica el reconocimiento de libertad; b) el desvalor que implica la declaración de la culpabilidad tiene que ver con la responsabilidad por el injusto cometido, lo cual significa que el infractor es responsable de haber provocado una situación que afecta a la estabilidad normativa; el objeto de la responsabilidad es un daño social: la erosión de normas irrenunciables o esenciales; c) la responsabilidad por la erosión de la norma ha de respetar la «vinculación democrática» del individuo con el ordenamiento jurídico como un asunto puramente particular. Creo que hasta este punto estaría completamente de acuerdo el homenajeado. Intentaré esbozar, para concluir, un fundamento de una *teoría comunicativa de la culpabilidad* con estos elementos.

IV. ¿QUÉ QUEREMOS DECIR CUANDO DECLARAMOS A ALGUIEN CULPABLE DE UN DELITO?

Cuando un órgano de justicia declara la culpabilidad de un sujeto no está afirmando que dicho sujeto pudiera adoptar una decisión distinta, sino que la sociedad no tiene otro modo de resolver el conflicto. La culpabilidad no se basa, por lo tanto, en un reproche al autor basado

en que pudiera actuar de otro modo o que se decidiera a favor del injusto cuando podía haber actuado de forma correcta. Las neurociencias no han hecho más que dejar esta cuestión definitivamente clara. No tanto porque haya experimentos como el de Libet que hayan refutado la existencia del libre albedrío (32), sino porque los conocimientos que vamos adquiriendo de los procesos cerebrales dificultan partir de esta premisa (no existe escisión entre mente y cerebro y nuestra actuación consciente representa una ínfima parte de nuestra actividad cerebral). Con independencia de que se hayan sacado conclusiones precipitadas de determinados experimentos, la doctrina es consciente hace tiempo de que existen límites insalvables para poder hacer este tipo de afirmaciones sin mala conciencia en una sentencia (33). Ese es precisamente el origen de las teorías preventivas que han dado lugar a todo el debate actual sobre el fundamento de la culpabilidad y que han partido de la posibilidad de actuar de otro modo como una «normative Setzung» (34).

En este contexto la teoría funcional de Jakobs no tiene problemas para poder seguir hablando de culpabilidad en la medida en la que lo relevante sería exclusivamente la libertad de autoadministrarse que el sistema jurídico le concede en general a las personas (35). Al sistema jurídico le sería indiferente la libertad individual en el momento concreto del hecho. Los problemas surgen para las teorías del discurso cuando pretenden seguir afirmando que «la culpabilidad en sentido material es –en una sociedad concebida democráticamente– un déficit con respecto a la mínima fidelidad jurídica que se espera de una persona en el cumplimiento de las normas» (36) y, en general, aparecen para toda teoría que no quiera renunciar totalmente a vincular la culpabilidad por el hecho concreto con la libertad y la capacidad de auto-determinación.

Mi tesis es que es posible seguir hablando con los conocimientos disponibles de responsabilidad personal por el hecho concreto sin renunciar a la idea de auto-determinación. La referencia a la posibilidad de actuar de otra manera no es la única vía de fundamentación de la culpabilidad con base en la autodeterminación y la libertad. Autonomía no significa posibilidad de actuar de otra manera en un

(32) FRISCH, *Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad*, apartado III.

(33) ENGISCH, pp. 23 ss.; MERKEL, *Roxin-FS*, pp. 760 s.

(34) ROXIN, PG, 19/36 ss.

(35) *Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?*, pp. 69 ss.; *Schuldprinzip*, p. 34; ZStW 117, pp. 247 ss., en especial 259 ss.; *Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion*, pp. 243 ss.

(36) KINDHÄUSER, *Schroeder-FS*, p. 91 y PG, 21/6.

momento concreto, sino que existe autonomía cuando la conducta obedece a factores propios. Esto significa en el caso de los seres humanos que las acciones, también las antijurídicas, vienen determinadas por motivos, razones y valoraciones que pertenecen a una persona y sólo a una determinada persona y que se podría fundamentar normativamente la culpabilidad si al sujeto se le puede hacer responsable de los factores que determinan o explican su conducta. Esa «pertenencia» no tiene naturaleza previa a la sociedad ni es un dato biológico. Sólo si las neurociencias nos privaran absolutamente de una fundamentación de este tipo ya no podríamos hablar de responsabilidad personal por el injusto y tendríamos que renunciar a la culpabilidad por el hecho como armazón del Derecho Penal.

Pero las neurociencias no sólo no nos privan de tal fundamentación, sino que ofrecen respaldo a la misma. Una voluntad absolutamente libre sin control no permitiría al sujeto determinarse a sí mismo de tal manera que ello impediría fundamentar la culpabilidad. Todo dependería de la casualidad, del azar y la responsabilidad penal no sería más que un juego de la lotería de la mala suerte y el ser humano un juguete de un libre albedrío caprichoso. Una voluntad libre entendida como una voluntad absolutamente aleatoria, incondicionada, no determinada por nada y que en todo momento debiera semejarse a un motor no movido que inicia una cadena causal completamente nueva se trataría de una voluntad sin control y sin propietario que no podría justificar ningún tipo de responsabilidad. Más casualidad no implica una mayor libertad.

La decisión relevante para el Derecho de dónde empieza el «yo», es decir, la autonomía es una decisión social. Se trata de una decisión condicionada por las características biológicas y naturales del ser humano, pero la línea de determinación de la autonomía es una decisión convencional que no depende de que encontremos un «yo» en el cerebro. Aprendemos tal identificación en fases tan tempranas de los procesos de socialización que la doctrina penal ha tematizado expresamente esta cuestión de forma escasa. Por ello la autodeterminación no debe confundirse con el «libre albedrío», sino que debe identificarse con la competencia asignada socialmente de autodeterminarse sobre la cual se construyen las correspondientes estructuras de responsabilidad. La autodeterminación de la que hablamos los juristas no es más que una construcción social. Ello tiene que ver en términos filosóficos con la «*teoría del reconocimiento*» (37). Como hemos

(37) Desde diversas perspectivas HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, centrándose en la posición de Hegel en sus escritos realizados en la Universidad de Jena; KAISER, pp. 98 ss.; KLESZCZEWSKI, pp. 26 ss.; LUF, pp. 73 ss.; MÜLLER-TUCKFELD,

visto, para que dicha teoría sea fructífera para el actual debate sobre la culpabilidad, no se debe entender a partir de una perspectiva puramente subjetiva— con independencia de que el origen de la tradición filosófica de la teoría del reconocimiento entre iguales se encuentre un idealismo trascendental de tipo kantiano [a partir de la que construyó, por ejemplo, Fichte su teoría del «yo» (38)].

Con esta perspectiva el fundamento de la culpabilidad no residiría en la exigencia de un comportamiento distinto por la posibilidad de actuar de otro modo, sino en la constatación de que el injusto realmente cometido carece de otra explicación para la sociedad que la ausencia de la disposición jurídica mínima que es indispensable que presten todos los ciudadanos. Esa disposición jurídica va siendo forjada por el propio sujeto a lo largo de los años. Los procesos neurológicos están determinados, entre otros factores, por la propia historia del individuo y la creación de su propia identidad. La disposición jurídica de los sujetos es consecuencia de un largo proceso en el cual los comportamientos humanos se van determinando paso a paso, entrecruzándose continuamente factores diversos (39). Hay dos tipos de control de las acciones, uno consciente y otro inconsciente, pero el control inconsciente puede ser configurado en parte por el control consciente. La infancia y la adolescencia del ser humano duran un gran espacio de tiempo porque se tarda mucho en formar y capacitar los procesos inconscientes de nuestro cerebro y en crear, dentro de ese espacio cerebral inconsciente, una forma de control que, de manera más o menos fiable, pueda actuar de acuerdo a metas e intenciones conscientes. Se trata de una lenta formación que consiste en un proceso de transferencia de parte del control consciente a un servidor inconsciente, pero en todo caso no como una rendición o como una entrega del control consciente a las fuerzas inconscientes que acabarían causando graves trastornos en el comportamiento humano. Los procesos inconscientes no son perturbadores para los conscientes, sino que, al contrario, estos amplían su campo de su acción, por lo que el grado de la responsabilidad personal de una acción no tiene que verse disminuido por la existencia de una realización inconsciente, siempre que no se trate de algo patológico. La relación entre procesos conscientes e inconscientes no es más que un ejemplo de las extrañas formas de colaboración funcional que surgen a raíz de los procesos evolutivos. Esta interacción cooperativa es también fructífera y eficaz

pp. 253 ss., en especial pp. 294 ss.; PAWLIK, *Person*, pp. 75 ss., en una línea distinta a la de Honneth; SCHILD, pp. 37 ss.; SIEP, pp. 53 s., 86 ss.

(38) KÖHLER, pp. 91 ss.; ZACZYK, *Fichte*, pp. 14 ss.

(39) PAUEN/ROTH, pp. 10, 99 ss. y pássim.

en el contexto de las relaciones sociales. Los comportamientos morales y sociales son un conjunto de habilidades, adquiridas a lo largo de repetidas sesiones prácticas en un extenso período de tiempo, que se rigen por razones y principios articulados conscientemente, aunque cuando no es así, su naturaleza se halla muy enraizada en el inconsciente cognitivo. Por todo ello la libertad que nos reconocemos socialmente no es la capacidad ficticia de controlar al momento las acciones, sino que tiene que ver con una libertad a largo plazo (libre desarrollo de la personalidad). Todo este proceso da lugar a que ciertas opciones vengan marcadas inconscientemente por medio de una predisposición vinculada a factores emocionales y afectivos previamente adquiridos. Ello no significa que el sujeto responda por la personalidad o por el carácter que ha venido forjando a lo largo del tiempo, sino que los procesos descritos permiten fundamentar la razón por la que a los ciudadanos se les suele hacer responsables de los hechos que cometen en la medida en la que son expresión de libertad. En un sistema democrático de libertades no hay que buscar la culpabilidad en momentos anteriores al hecho o en relación a como una persona ha ido configurando su vida, su carácter o su personalidad. La biografía personal es un asunto absolutamente privado que sólo puede pasar a ser objeto del proceso si el imputado lo alega para justificar su irresponsabilidad personal parcial o total por lo que ha sucedido.

En una contribución de estas características no son posibles mayores especificaciones. Lo importante a efectos del fundamento de la culpabilidad es que los procesos de culturización y socialización hacen que se adquieran ciertas predisposiciones relevantes para el cumplimiento normativo. En el marco de un Estado democrático de Derecho la única disposición relevante es la disposición a cumplir con las normas. La culpabilidad no puede tener, por consiguiente, su fundamento en el carácter o la personalidad del autor manifestada en el hecho (que haría que el más perverso moralmente o el más cruel recibiera más pena), sino exclusivamente en la disposición jurídica en el momento del hecho. En definitiva, existe culpabilidad cuando el injusto sólo se puede explicar a partir de una disposición personal defectuosa de la que el que lo ha cometido es responsable. Por tanto, no existirá culpabilidad tanto cuando el injusto se ha cometido a pesar de una adecuada disposición jurídica (error invencible de prohibición) como cuando el infractor no puede ser hecho responsable de su deficiente disposición jurídica (enfermedad mental grave). Si la infracción de la norma tiene su origen en la ausencia de una disposición jurídica mínima o indispensable y ésta no se puede imputar a otras razones ajenas al infractor de la norma (situaciones inesperadas y

casuales de necesidad) existe culpabilidad. Por esa razón, por ejemplo, los problemas o bloqueos motivacionales en el momento de la comisión del delito derivados de que el sujeto se ha habituado a una vida violenta o de que ha hecho del delito su profesión no eximen de culpabilidad, con independencia de que ese autor en la concreta situación no pudiera actuar de otra manera (40).

Según la *teoría comunicativa de la culpabilidad* esbozada, si al infractor no se le puede hacer responsable de su disposición jurídica deficiente o el injusto se comete a pesar de la correcta disposición jurídica del autor, no habrá comunicación defectuosa a la que responder (aunque pueda existir una dolorosa lesión fáctica), no existen necesidades de estabilización normativa y, por tanto, la pena ya no cumpliría su función preventivo-general. Es decir, el ciudadano estaría sufriendo un trato injusto y la sanción sería constitucionalmente ilegítima.

En el Estado democrático de Derecho el reconocimiento de la dignidad, de la autonomía y del libre desarrollo de la personalidad da lugar a que la inexistencia de explicaciones alternativas al injusto no tenga otra explicación que la responsabilidad del que ha cometido dicho injusto. No se trata de una mera ficción ni de una presunción normativa, sino que es consecuencia de su reconocimiento como ciudadano. Son criterios estrictamente normativos los que nos permiten determinar el nivel de disposición jurídica exigible a los ciudadanos (tratándose, sin duda, de un baremo variable) así como los casos en los que el infractor no es responsable de la deficiente disposición jurídica manifestada a través del injusto.

Termino con un ejemplo concreto, que creo que permite ilustrar las ideas que se han venido defendiendo. Las nuevas técnicas neurológicas nos están permitiendo entender mejor determinadas enfermedades mentales que no afectan a las capacidades intelectuales, sino más bien a aspectos emocionales. Seguramente ello nos permitirá encontrar explicaciones alternativas a la responsabilidad individual en determinados supuestos (por ejemplo, en casos de ciertas psicopatías), lo cual se concretará en la traslación del nivel de la inimputabilidad por parte de los tribunales. Ello nos demuestra que las condenas se basan en la ignorancia o no constatación de explicaciones alternativas a la responsabilidad; es decir, a aquello de lo que es responsable en exclusiva el individuo en un Estado democrático de Derecho: su disposición a cumplir con el Derecho. Ello no significa, sin embargo, que la sociedad haya tratado injustamente a otros sujetos que previamente

(40) JAKOBS, *Schuld und Prävention*, pp. 15 ss.

había declarado como culpables debido a que no se disponía de los conocimientos actuales para encontrar una alternativa a su responsabilidad. El ordenamiento jurídico, como obra humana, sólo puede garantizar a los ciudadanos que su culpabilidad será valorada de acuerdo con los mejores conocimientos disponibles. Más no se puede hacer, pero ello debería agitar nuestra «mala conciencia» asumiendo o siendo conscientes de que nuestra falta de conocimientos nos pueden hacer –y nos han hecho hacerlo con toda seguridad– declarar la culpabilidad de alguien que en el futuro sólo sería tratado como una persona que ha tenido la mala suerte de padecer una enfermedad que le ha llevado a cometer un hecho delictivo. Esta no es una conclusión a la que haya llegado solo: es una de las muchas ideas que provienen de la fortuna de haber disfrutado de horas enormemente valiosas de conversación con el Prof. Frisch.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, Hans: Individuelle Zurechnung, Verantwortung, Schuld, en: Schönemann (edit.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlín, 1984.
- BUNG, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht, Fráncfort/M., 2009.
- BURKHARDT, Björn: Freiheitsbewusstsein und strafrechtliche Schuld, in: Festschrift für Theodor Lenckner, Munich, 1998.
- Und Sie bewegt uns doch: die Willensfreiheit, Bildgebende Verfahren der Hirnforschung, en: *Das Magazin* 2/2003 (online <http://www.wz.nrw.de/magazin/magazine.asp>).
- Willensfreiheit aus rechtlicher Sicht, en: Tröger (edit.), Wie frei ist unser Wille?, Heidelberg, 2007.
- Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff, in: Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Maiwald, Berlín, 2010.
- DETLEFSEN, Grischa: Grenzen der Freiheit-Bedingungen des Handelns-Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, Berlín, 2006.
- ENGISCH, Karl: Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2.^a edición, Berlín, 1970.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Positive Generalprävention. Gedanken zur Straftheorie Günther Jakobs, in: Festschrift für Günther Jakobs, Colonia y otras, 2007.
- Retribución y prevención general, Buenos Aires, 2007.
- FRISCH, Wolfgang: Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des «Abschieds von Kant

- und Hegel», en: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (edits.), Positive Generalprävention, Heidelberg, 1998.
- Wesenzüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens –am Beispiel und aus der Sicht des Strafrechts, in: *Engel/Schön* (edits.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübinga, 2007.
 - Cuestiones de conciencia en el Derecho penal, en: Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I, Madrid, 2008.
 - Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht, en: Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Maiwald, Berlin, 2010.
 - Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts, in: *Stürner* (edit.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, Tübinga, 2010.
 - Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias, en: *Feijoo Sánchez* (edit.), Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias, Pamplona, 2012.
- GÜNTHER, Klaus: Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat, en: Jahrbuch für Recht und Ethik 1994.
- Der strafrechtliche Schuldbegriff als Gegenstand einer Politik der Erinnerung in der Demokratie, in: *Smith/Margalit* (edit.), Amnestie oder die Politik der Erinnerung in der Demokratie, Fráncfort/M., 1997.
 - Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention, Ein Beitrag zur normativen Kritik, in: *Schünemann/v. Hirsch/Jareborg* (edits.), Positive Generalprävention, Heidelberg, 1998.
 - Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson, in: *Brunkhorst/Niesen* (edits.), Das Recht der Republik, Fráncfort/M., 1999.
 - Jenseits von idealistischer und rollenfunktionaler Strafbegründung, in: *Siller/Keller* (edits.), Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart, Baden-Baden, 1999.
 - Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft, in: *Prittwitz/Manoledakis* (edits.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Baden-Baden, 2000.
 - Schuld und kommunikative Freiheit, Fráncfort/M., 2005.
 - Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?, en: Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002.
- HAFFKE, Bernhard: Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1978.
- Schuld und Schuldunfähigkeit, en: *Hassemer/Lüderssen* (edits.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Tomo III (Strafrecht), Munich, 1978.
- HIRSCH, Hans Joachim: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2/2010.

- HONNETH, Axel: Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte, Fráncfort/M., 1994.
- JAKOBS, Günther: *Schuld und Prävention*, Tubinga, 1976.
- Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, in: *Henrich* (edit.), Aspekte der Freiheit, Regensburg, 1982.
 - Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989).
 - Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.^a edición, Berlín, 1991.
 - Das Schuldprinzip, Opladen, 1993.
 - Norm, Person, Gesellschaft, Berlín, 2.^a edición, 1999.
 - Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117 (2005).
 - Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft, in: *Schleim/Spranger/Walter* (edits.), Von der Neuroethik zum Neurorecht?, Gotinga, 2009.
 - System der strafrechtlichen Zurechnung, Fráncfort/M., 2012.
- KAISER, Hanno: Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, Berlín, 1999.
- KINDHÄUSER, Urs: Zur Logik des Verbrechensaufbaus, en: Herausforderung an das Recht, Alte Antworten auf neue Fragen?, Berlín, 1997.
- Rechtstreue als Schuldkategorie, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 107 (1995).
 - Schuld und Strafe, Zur Diskussion um ein «Feindstrafrecht», en: *Festschrift für Friedrich Christian Schroeder*, Heidelberg, 2006.
 - Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.^a edición, Baden-Baden, 2008.
 - Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat, en: *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010.
- KLESCZEWSKI, Diethelm: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlín, 1991.
- KÖHLER, M: Unbedingte Affirmation, Anerkennung und Rechtsverhältnis, en: *Schild* (edit.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, Würzburg, 2000.
- KÜHL, Kristian: Zum Missbilligungscharakter der Strafe, en: *Menschengerechtes Strafrecht*, *Festschrift für Albin Eser*, Munich, 2005.
- LUF, Gerhard: Überlegungen zur Theorie der Anerkennung in der gegenwärtigen Rechtsphilosophie, en: *Schild* (edit.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, Würzburg, 2000.
- MERKEL, Reinhard: Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, Baden-Baden, 2008.
- Schuld, Charakter und normative Ansprechbarkeit. Zu den Grundlagen der Schuldlehre Claus Roxins, en: *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Tomo I, Berlín, 2011.

- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian: Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, Fráncfort/M., 1998.
- NEUMANN, Ulfrid: Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention, en: *Schinemann/v. Hirsch/Jareborg* (edits.), Positive Generalprävention, Heidelberg, 1998.
- PAUEN, Michael/*Roth*, Gerhard: Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, Fráncfort/M., 2008.
- PAWLIK, Michael: Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlín, 2004.
- “Selbstgesetzgebung der Regierten”: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur, en: *Joerden/Wittmann* (edits.), Recht und Politik, (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 93), Stuttgart, 2004.
- PRINZ, Wolfgang: Kritik des freien Willens-Psychologische Bemerkungen über eine soziale Institution, in: *Senn/Puskás* (edits.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 111), Stuttgart, 2006.
- RATH, Jürgen: Aufweis der Realität der Willensfreiheit. Eine retrosive Reflexion zur Möglichkeit von Verantwortlichkeit in Ethik und (Straf-)Recht, Hamburgo, 2009.
- ROTH, Gerhard/*Merkel*, Grisca: Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe, en: *Grün/Friedmann/Roth* (edits.), Entmoralisierung des Rechts, Massstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, Gotinga, 2008.
- Bestrafung oder Therapie? Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Sanktion unter Berücksichtigung der Hirnforschung, en: Hirnforschung-Chancen und Risiken für das Recht, Zurich, 2008.
- ROXIN, Claus: Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems, en: Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günter Kaiser, Segunda Parte, Berlín, 1998.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.^a edición, Munich, 2006.
- SCHILD, Wolfgang: Anerkennung als Thema in Hegels “Grundlinien der Philosophie des Rechts”, en: *el mismo*. (edit.), Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs, Würzburg, 2000.
- SCHNEIDER, Hendrik: Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, Berlín, 2004.
- SCHORK, Stefanie: Ausgesprochen schuldig. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch, Fráncfort/M., 2005.
- SEELMANN, Kurt: Sind die Grundannahmen einer Rechtsgesellschaft mit den resultaten der modernen Hirnforschung vereinbar?, en: *Senn/Puskás* (edits.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 111), Stuttgart, 2006.
- SIEP, Ludwig: Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie, Friburgo y Munich, 1979.

- SINGER, Wolf: Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung, en: *Duncker* (edit.), Beiträge zu einer aktuellen Anthropologie, Stuttgart, 2006 (=Deutsche Zeitschrift für Philosophie 52, 2004).
- STRENG, Franz: Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 92 (1980).
- Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand, en: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989).
- Kommentar zu “Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität”, en: *Frisch/v. Hirsch/Albrecht* (edits.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg, 2003.
- ZACZYK, Rainer: *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, Berlín, 1981.
- Schuld als Rechtsbegriff, en: *Neumann/Schulz*, *Verantwortung in Recht und Moral*, (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 74), Stuttgart, 2000.

Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable (*)

CARMEN JUANATEY DORADO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Alicante

A la memoria de Francisco Bueno Arús, con agradecimiento por la generosa ayuda que me brindó.

RESUMEN

El objetivo del trabajo es mostrar que la «cadena perpetua revisable» prevista en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código penal (de abril de 2013) es incompatible con el fin de la reinserción social. Para ello se confronta el modelo de política criminal de la seguridad ciudadana (en el que se inserta la nueva institución) con el de la reinserción social característico del Estado de bienestar, y se expresa por qué este último (en el que no debe tener cabida dicha pena) es el único compatible con una sociedad democrática basada en los principios de humanidad y de igualdad.

Palabras clave: Cadena perpetua, reinserción social, política criminal, punitivismo, garantismo, Estado de bienestar.

(*) Parte de este trabajo lo he realizado durante mi estancia en el Center for Administration of Justice de la Florida International University (desde agosto de 2012 a noviembre de 2012). Agradezco a esta última institución las facilidades que me dio durante ese tiempo para trabajar en este y en otros proyectos. A la Generalitat Valenciana (Consellería de educación, formación y empleo. Dirección General de Universidad, Estudios superiores y Ciencia. Servicio de política científica) por haberme concedido una beca para estancias de personal investigador doctor fuera de la comunidad valenciana (Resolución de 12 de mayo de 2012). Y, por supuesto, a la Universidad de Alicante, Institución a la que, en último término, debo el haber podido disponer de ese tiempo.

ABSTRACT

The aim of this paper is to show that «life imprisonment» under the Draft Law amending the Criminal Code (April 2013) is not compatible with the purpose of the social reintegration of offenders. The argument compares the «law and order» criminal policy model underlying this kind of punishment with the social reintegration model, that is characteristic of the welfare State, and shows why the latter (in which life imprisonment should have no place) is the only one compatible with a democratic society based on the principles of humanity and equality.

Keywords: Life imprisonment, social reintegration, criminal policy, punitivism, safeguards theory, welfare State.

SUMARIO: I. Introducción. II. Dos modelos contrapuestos de política criminal: 1. El modelo penal de la seguridad ciudadana. 2. El modelo finlandés. III. La ejecución de penas privativas de libertad: modelo a seguir: 1. Introducción. 2. El modelo garantista de Ferrajoli en la fase de ejecución de penas privativas de libertad. 3. En defensa de un modelo orientado hacia la reinserción social. IV. Dos ideas contrapuestas: reinserción y prisión permanente revisable. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, son muchos los trabajos de especialistas en Derecho penal, en Derecho penitenciario y en Criminología que exponen su preocupación por la escalada de punitivismo que asola nuestro país y por el aumento incesante de la población penitenciaria (1). En los años de la transición se abrió en España una etapa progresista y humanitaria en el ámbito penal y penitenciario que se

(1) Entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-03, 2004; GRACIA MARTÍN, LUIS: «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del enemigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-02, 2005; TAMARIT SUMALLA, J.: «Sistema de sanciones y política criminal. Un estudio de Derecho comparado europeo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-06, 2007; CID, J.: «El incremento de la población reclusa en España entre 1996-2006: Diagnóstico y remedios», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 2, núm. 6 (2008); LARRAURI PIJOAN, E.: «La economía política del castigo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11-06, 2009; ROLDÁN BARBERO, H.: «El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-04, 2010; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: «Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-04, 2011.

plasmó en importantísimas reformas penales, como la operada por la LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, y la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979 (en adelante LOGP). Sin embargo, esa tendencia humanitaria se ha visto invertida en los últimos años, entre otras razones, por el endurecimiento de las penas que trajo consigo la aprobación del Código penal de 1995 (debido fundamentalmente a la supresión de la redención de penas por el trabajo) (2) pero, sobre todo, por las reformas del Código penal llevadas a cabo en el año 2003 (3). Estas últimas reformas han supuesto la apertura de grietas cada vez más amplias y profundas en el sistema penal de garantías que se había asentado en España en los años de la transición y en ellas se plasma de manera clara un trasfondo ideológico retribucionista contrario al principio de humanidad.

Un hito en este proceso regresivo lo constituye el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código penal, de 3 de abril de 2013 (en adelante ALOCP) (4). Este texto, introduce muchas propues-

(2) En este sentido se manifiesta el Grupo de Estudios de Política Criminal: *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución y a las medidas cautelares personales*, Málaga, 2005. Confirma el análisis del Grupo de Estudios de Política Criminal, CID, J.: «El incremento...», *ob. cit.*, pp. 1-6.

(3) Sobre estas reformas puede verse, MAQUEDA ABREU, M.: «Crítica a la reforma penal anunciada», en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, págs. 6-11; y «Políticas de Seguridad y Estado de Derecho», en Pérez Álvarez (coord.): *Serta: In Memoriam Alexandri Baratta*, 2004, pp. 1287-1298; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Xuridica Galega*, núm. 38, 1.º trimestre, 2003, pp. 13-38; JUANATEY DORADO, C.: «La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal», en *La Ley Penal*, núm. 9, 2004, pp. 5-30; GARCÍA ALBERO, R. y TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2004; FARALDO CABANA, P.: «Un Derecho Penal de enemigos para integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003 de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en FARALDO CABANA, Puente Aba y Brandariz García (coords.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, pp. 299-340; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Contrarreforma penal (el annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de reforma del Código penal de 2006», en Bueno Arús, Helmut Kury, Rodríguez Ramos y Zaffaroni (dirs.): *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pp. 1347-1382.

(4) Un comentario crítico al Anteproyecto de Ley Orgánica de octubre de 2012 que coincide, en lo sustancial, con el nuevo ALOCP, de abril de 2013, puede verse en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013; véase también DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y SÁEZ VALCÁRCEL, R., en «La reforma penal y el sueño de la razón», *El País* de 24 de abril de 2013.

tas de modificación que tienen un sentido inequívocamente reaccionario, como la supresión de funciones a los jueces de vigilancia penitenciaria (5) (quienes a lo largo de todos estos años han contribuido de forma decisiva a la protección de los derechos de los reclusos), la previsión de medidas de seguridad indeterminadas o –la que aquí me interesa especialmente– la llamada «prisión permanente revisable», instituto este último que –me parece– ningún político hubiese osado introducir durante los años de la transición (6).

¿Qué ha pasado en España para que se haya producido este cambio tan pronunciado de tendencia? Lo primero que cabría pensar, si se hiciese un análisis serio y objetivo de las cosas, es que ha tenido lugar una escalada de violencia o un incremento notable de la delincuencia que ha llevado a los expertos a la conclusión, seria y fundada en análisis empíricos, de que tal cambio se ha debido a un déficit en nuestro sistema de control formal y que, en consecuencia, la solución adecuada, según esos expertos, no puede ser otra que incrementar la intervención penal. Pero nada más lejos de la realidad. La situación que parecen mostrar los trabajos sobre la materia es que ni se ha producido ese aumento de la criminalidad, ni esa tendencia expansionista del Derecho penal parece deberse a un estudio de expertos que haya mostrado que una política criminal de mano dura es la mejor solución para resolver los problemas de delincuencia que puede haber hoy en España (7). Para-

(5) Por ejemplo, en relación con la autorización para la clasificación en tercer grado (artículo 36.1 ALOCP); o con la concesión de la libertad condicional y la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (artículos 90 y ss. ALOCP).

(6) Sobre las razones de política criminal que subyacen a la propuesta de introducción de la pena de «cadena perpetua», MAPELLI CAFFARENA, B.: «La cadena perpetua», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, abril 2010, pp. 28-31.

(7) Estados Unidos podría ser el ejemplo más claro de que esta política de mano dura, que utiliza la pena de prisión como único recurso frente a conductas que podrían ser sancionadas por medios mucho menos gravosos, no sólo no sirve para resolver los problemas de delincuencia, sino que está generando un grave problema de superpoblación penitenciaria. El ingente gasto público que este desbordado sistema penitenciario crea es, sin embargo, claramente insuficiente para atender a las necesidades de reinserción de las personas encarceladas, lo que significa que la mayoría de ellas saldrán de la prisión sin haber recibido tratamiento alguno de reinserción y sin ayuda alguna para tratar de reiniciar su vida en libertad. Tratar de luchar contra esta situación y de buscar soluciones a la misma es uno de los temas centrales que ocupan hoy a criminólogos y sociólogos en Estados Unidos. Por todos, puede verse, PETERSILIA, J.: *When prisoners come home: parole and prisoner reentry*, Oxford University Press, Oxford, 2003; SEITER, R., AND KADELA, K.: «Prisoner reentry: what works, what does not, and what is promising», en *Crime and Delinquency*, Vol. 49(3), July, 2003, pp. 360-388; TRAVIS, J.: *But they all come back: Facing the challenges of prisoner reentry*, Washington DC, The Urban Institute Press, 2005; THOMPSON, A.: «Releasing

lamente, lo que sí reflejan muchos de estos trabajos es el actual problema de superpoblación penitenciaria en España (8). Así, en las últimas décadas, la población penitenciaria ha experimentado un crecimiento notable y constante que tampoco guarda relación con la evolución de la tasa de la delincuencia, y que parece tener más que ver con el abuso de la pena de prisión y con esa política de mano dura (9).

Ese cambio de tendencia y esa fuerte inclinación hacia una política criminal cada vez más represiva parece responder más bien a una serie de factores que han derivado en lo que Díez Ripollés ha denominado «el nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana» (10).

A partir de este estado de cosas, lo que me propongo en este trabajo es defender, por un lado, que un modelo penal garantista, con un sistema penitenciario basado en el principio de reinserción social es, hoy por hoy, el modelo al que debería orientarse la política criminal en una

prisoners, redeeming communities: reentry, race, and politics», New York University Press, New York, 2008; TRAVIS, J., CRAYTON, A. AND MUKAMAL, D.: «A new era on inmate reentry», *Corrections today*, diciembre, 2009, pp. 38-41; GIDEON, L., AND SUNG, H.: *Rethinking corrections. Rehabilitation, Reentry and Reintegration*, Sage, 2010; DRAKULICH, K. CRUTCHFIELD, R., MATSUEDA, R., AND ROSE, K.: «Instability, Informal control, and criminogenic situations: community effects of returning prisoners», en *Crime Law and Social Change*, V. 57, 2012, pp. 493-519.

(8) En un análisis sobre la evolución cuantitativa de la población penitenciaria en España en el período comprendido entre 1975 y 2007, González Sánchez indica que el número de presos ha pasado de 23,59 por cada 100.000 habitantes en 1975 a una cifra de 148,45 por cada 100.000 habitantes en 2007; cifra que ha ido en aumento hasta el año 2009 (inclusive). Así, este autor señala que el uno de enero de 2010, con 162 presos por cada 100.000 habitantes, España se ha convertido en el país de la Europa Occidental con la mayor tasa de encarcelamiento (excluyendo Suiza y Luxemburgo), cuando tradicionalmente había sido de los países con una tasa más baja de población penitenciaria, en coherencia con su baja tasa de delitos y, en particular, de delitos violentos, en GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I.: «Aumento de presos...», *ob. cit.* pp. 04:1-04:5; también sobre el aumento anual constante de la población reclusa, ROLDÁN BARBERO, H.: «El uso...», *ob. cit.*, pp. 04:2-04:3. Asimismo, DÍEZ RIPOLLÉS y SÁEZ VALCÁRCEL afirman que la duración media de la estancia en prisión en España duplica, al menos, la de los otros grandes países europeos, en *El País*, de 24 de abril de 2013. No obstante, de acuerdo con un informe de ACAIP, entre los años 2010 y 2012 (inclusive), la población reclusa parece haber experimentado un pequeño descenso, con un ligero repunte a comienzos de 2013, en www.acaip.es.

(9) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «Algunos rasgos...», *ob. cit.* p. 17; DEL MISMO, «La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-12, 2011, pp. 12:03-12:04, en donde apunta que las tasas de encarcelamiento parecen ser más producto de decisiones político-criminales que reflejo de la criminalidad. Véase también; TAMARIT SUMALLA, J.: «Política Criminal con bases empíricas en España», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 3, 2007; y LARRAURI PJOAN, E.: «La economía...», *ob. cit.*, pp. 06:4-06:8.

(10) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, pp. 03:1-03:34.

sociedad que pretenda llamarse democrática y fundada en principios básicos como el de humanidad y el de igualdad. Y, por otro lado, que el fin de la reinserción social al que deben orientarse las penas y medidas privativas de libertad es incompatible con la prisión permanente revisable. La constitucionalidad de esta medida se ha defendido alegando su carácter revisable, pero es esta una tesis con la que no puedo estar de acuerdo: quienes hoy defienden la prisión permanente revisable no pueden defender en serio al mismo tiempo la idea de la reinserción social como fin de la pena; o, al menos, no para todos los condenados.

En las páginas que siguen presentaré un desarrollo de esta última tesis en varios pasos. En primer lugar, señalaré los rasgos característicos del modelo de política criminal que parece dominar hoy en España (aunque no entre los penalistas), lo que explicaría, en mi opinión, las reformas penales del año 2003 y las propuestas (regresivas) del ALOCP; en concreto, la introducción de la «prisión permanente revisable». En segundo lugar, y como contraposición al modelo anterior, me referiré brevemente al sistema político-criminal finlandés, basado en un sistema social de bienestar, con la finalidad de mostrar que una política criminal solidaria y humana permite, en términos generales, reducir el recurso a la pena de prisión, favoreciendo la reducción de la población penitenciaria, sin que ello tenga como consecuencia necesaria un incremento de la criminalidad. En tercer lugar, comentaré las líneas generales del modelo penal garantista que propone Ferrajoli en relación con la fase de ejecución de la pena privativa de libertad por contenerse en él, en mi opinión, la crítica más seria y profunda al sistema orientado hacia la reinserción social. Y, en cuarto y último lugar, expresaré las razones que me llevan a separarme en algunos aspectos de la propuesta de Ferrajoli y a defender un régimen de ejecución de la pena privativa de libertad orientado hacia la reinserción social, dentro de un modelo de política criminal fundado sobre un sistema de bienestar social semejante al finlandés, y en el que, desde luego, no tendrían cabida institutos como la «prisión permanente revisable» y, menos aún, la regulación concreta que prevé el ALOCP (11).

II. DOS MODELOS CONTRAPUESTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

1. El modelo penal de la seguridad ciudadana

Trabajos dedicados a analizar la problemática de la seguridad ciudadana en España nos muestran que no parece existir una necesaria

(11) Véanse los artículos 36.1, 76.1 e), 78 bis y 92 del ALOCP.

correlación entre el sentimiento de inseguridad y de miedo a ser víctima de un delito en la ciudadanía, y los niveles de delincuencia (12). En este sentido, un estudio existente (basado en encuestas de victimización), en el que se analiza la evolución de la delincuencia común en España entre los años 1989 y 2008, muestra una tasa de la criminalidad descendente y, sin embargo, un constante y notable aumento en la atención que los medios de comunicación dedican al delito. Esto último parece estar operando como un elemento esencial en el incremento de la sensación de inseguridad y en la preocupación por el problema de la delincuencia entre la población: la percepción de los ciudadanos es que la delincuencia ha aumentado cuando la realidad es que ha descendido (13).

Podría decirse que, en la actualidad, como indica Díez Ripollés, existe una generalizada sensación entre la población de que las cosas no funcionan en materia de prevención de la delincuencia y una falta de confianza en la capacidad de los poderes públicos para abordar esta situación, que es independiente de la evolución de la tasa de la criminalidad (14).

Y, como he apuntado, una circunstancia que parece ser decisiva en este fenómeno es que, en los últimos años, todo lo relacionado con la criminalidad ha adquirido un interés social, mediático y político

(12) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 1, núm. 4 (2006), p. 7; del mismo, «La dimensión...», *ob. cit.*, pp. 12:3-12:4; TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Sistema de sanciones...», *ob. cit.*, pp. 06:18-06:22.

(13) GARCÍA ESPAÑA, E., DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J. y CEREZO DOMÍNGUEZ, A.: «Evolución de la delincuencia en España: Análisis longitudinal con encuestas de victimización», *Revista Española de Investigación Criminológica*, artículo 2, núm. 8, 2010, pp. 22-24. Para un amplio análisis sobre el tratamiento informativo de la criminalidad y su influencia sobre la percepción ciudadana de la misma, SOTO NAVARRO, S.: La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-09, 2005; GARCÍA ARÁN, M. y BOTELLA CORRAL, J.: (dirs.): *Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008; VARONA GÓMEZ, Daniel: «Medios de comunicación y punitivismo», en *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2011. Este mismo proceso es el que ha tenido lugar en EEUU, donde a partir de los años sesenta la «declaración de guerra» contra el crimen ha dado lugar a una desmedida atención de los medios de comunicación por todo lo relacionado con la delincuencia. Esto ha provocado un incremento del miedo a ser víctima de un delito entre la población y la creencia errónea de que la delincuencia ha ido en aumento, cuando la realidad es que en este país los delitos violentos han experimentado un descenso en las últimas décadas, en Pettit, B.: *Invisible men. Mass incarceration and the myth of black progress*, New York, 2012, pp. 34-50.

(14) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, p. 03:8; también en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Algunos rasgos...», *ob. cit.*, p.17.

inexistente en épocas anteriores (15). Los medios de comunicación han visto en el fenómeno de la delincuencia un fecundo elemento para cumplir objetivos políticos, ideológicos o simplemente lucrativos. Esto ha dado lugar a un uso desmedido de las noticias relacionadas con el fenómeno de la delincuencia, convirtiéndose en uno de los principales temas de atención mediática al que se dedican grandes titulares en la prensa, la radio y la televisión. Todo ello ha generado un aumento, sin fundamento real, en la preocupación y el miedo al delito, con la consiguiente demanda social de mayor intervención (16).

Esta situación ha desembocado en el modelo de política criminal al que antes he hecho referencia, denominado «modelo penal de la seguridad ciudadana», que ha sido descrito magníficamente por Díez Ripollés (17). Siguiendo a este autor, los rasgos característicos de este modelo serían, muy sintéticamente, los siguientes:

En primer lugar, el sentir de la opinión pública, la demanda popular, ha pasado a ser un elemento de primer orden en la toma de decisiones legislativas. Los políticos han de mostrar una clara disposición a reaccionar frente a cualquier problema social tipificando nuevos delitos o agravando los ya existentes.

Lo que parece primar es una aproximación simplista y sin matices al problema de la delincuencia, que ve la solución en un incremento de las penas y en una política de mano dura, sin tener en cuenta los múltiples factores sociales y personales que intervienen en este fenómeno, y sobre los que habría que actuar. Se aborda el problema a partir de los síntomas sin atender a las causas.

En segundo lugar, en este contexto, las garantías penales, los principios constitucionales del Derecho penal, tienden a verse como un privilegio para el delincuente y no como una garantía para todos frente

(15) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Algunos rasgos...», *ob. cit.*, p. 1.

(16) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, p. 03:25. Sobre el tema, con un enfoque sobre el papel que en este contexto social de demanda de mayor intervención penal deben jugar las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, VIDALES RODRIGUEZ, C.: «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales», en *Estudios penales y criminológicos*, V. XXXII, 2012, pp. 469-502. Sin embargo, una investigación sobre la actitud de los ciudadanos hacia la delincuencia juvenil cuestiona que exista, en este concreto ámbito, una demanda de mayor intervención penal, aunque en ocasiones ante hechos violentos sí se reclame un mayor rigor punitivo, en FERNÁNDEZ MOLINA, E. y TARANCÓN GÓMEZ, P.: «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-08, 2010.

(17) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, p. 03:34. Para un análisis en profundidad sobre las líneas características de esta orientación de la política criminal puede verse, GARLAND, D.: *The culture of control*, The University of Chicago Press, 2001.

a posibles excesos de los poderes públicos. Los ciudadanos no se sienten concernidos por esos posibles excesos en la intervención punitiva. En general, las decisiones en el campo represivo son decisiones que afectan a «terceros»: los delincuentes.

La sociedad no se siente responsable, se renuncia al análisis sobre las causas estructurales de la delincuencia. La imagen del delincuente ya no es la de una persona con posibles deficiencias en su proceso de socialización, sino la de alguien que voluntaria y arbitrariamente ha decidido autoexcluirse de la sociedad.

El modelo penal garantista vigente en España desde la reinstauración de la democracia atraviesa un mal momento debido, en parte, a la exacerbación del modelo y, en parte, a la actitud de muchos de los penalistas que, involucrados en profundos –y en ocasiones estériles– debates teóricos, se han mantenido ajenos a la realidad empírica.

En consecuencia, la orientación de las penas de privación de libertad hacia la reinserción, con los consiguientes posibles beneficios o mejoras en la forma de ejecución de la pena para el condenado, no encuentra ya justificación en la posible responsabilidad social y, por tanto, deja de verse como un derecho del condenado y como un beneficio para la sociedad, para pasar a considerarse un agravio hacia las víctimas y un beneficio injustificado para el delincuente.

En tercer lugar, en este contexto de simplificación del tratamiento de la delincuencia, los agentes sociales encargados de la toma de decisiones en el ámbito penal han caído en el descrédito. Los políticos no se perciben como los representantes del pueblo que persiguen el interés general, sino su propio interés o el de su partido [de acuerdo con el barómetro del CIS de enero de 2013, la clase política figuró como la tercera preocupación de los ciudadanos tras el paro y los problemas económicos (18)]. Los jueces tienden a verse como un colectivo no imparcial en el tratamiento de la delincuencia y que toma decisiones alejadas del sentido común o demasiado benevolentes. Y los funcionarios de prisiones, como trabajadores al servicio de los presos.

En cuarto y último lugar, frente al papel neutral de la víctima en el ámbito de la intervención penal, en el que la protección de sus intereses se lleva a cabo en la medida en que la lesión de los mismos representa un perjuicio para la sociedad, las víctimas han pasado a ocupar

(18) Según el barómetro del CIS de enero de 2013, la preocupación por la nefasta actuación de los políticos batió su record histórico al alcanzar la marca más alta de toda la democracia, ya que sumó quince meses consecutivos como tercera preocupación nacional, por delante de la corrupción y el fraude que ocuparon el cuarto lugar. En el barómetro de abril de 2013, pasó ya a ocupar el cuarto lugar tras la corrupción, los problemas de índole económica y el paro.

un lugar preeminente en el debate de política criminal. De manera que la víctima, cuyo fin es la satisfacción de sus propios intereses afectados por el delito, asume la tarea de abordar el complejo problema de la delincuencia (19).

Parece claro que este modelo, para el que el problema de la delincuencia se resuelve con un incremento de penas y una política de mano dura, y en el que la idea de reinserción, como fin al que ha de orientarse la pena de prisión, queda totalmente desacreditada, no sólo no es el modelo a seguir, sino que es el modelo a batir. No es este un modelo caracterizado por los principios de humanidad y de solidaridad, sino por un fuerte individualismo en lo social y en lo económico propio de una política neoliberal y contrario al estado del bienestar.

2. El modelo finlandés

Como contraposición al modelo anterior, Lappi Seppälä, un conocido criminólogo finlandés, describe cómo en su país, en los años cincuenta, se llevó a cabo una profunda reforma social y política, inspirada en los principios de solidaridad y de asistencia, característicos de la política criminal escandinava (20), que permitió pasar de un

(19) En España, en los últimos años, hemos tenido conocimiento a través de los medios de comunicación de la entrevista concedida por el presidente del gobierno al padre de una víctima quien le hizo entrega de 500.000 firmas solicitando un incremento de penas para los casos de pederastia y la introducción de la cadena perpetua (*El País*, de 26 de mayo de 2008); así como de la designación, por un determinado partido político, de ese mismo padre, lego en Derecho, como asesor en temas de justicia (*El País*, de 15 de marzo de 2010). Igualmente, en mayo de 2012, los medios de comunicación informaron de la entrevista concedida por el ministro de justicia al padre de una víctima quien previamente había criticado la decisión del gobierno de no introducir la prisión permanente revisable para los delitos sexuales (*El País*, de 14 de mayo de 2010).

(20) Como señala Lappi Seppälä, los países nórdicos se distinguen de otros muchos países, europeos y no europeos, tanto en términos de estabilidad como de indulgencia o clemencia de la política penal, y su política criminal se ha construido sobre la base del cumplimiento de las normas por razones de legitimidad y aceptación, más que de temor y disuasión. De hecho, durante casi cinco décadas, el índice de reclusos se ha mantenido dentro de una horquilla de entre 40 y 60 presos por cada 100.000 habitantes, en LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Confianza, Bienestar y Economía Política. Explicación de las diferencias en materia de Política Criminal», en *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2008, p. 336; y en «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», en *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, núm. 90, 2006, p. 155.

sistema penal altamente represivo con una población penitenciaria, en ese momento de las más altas de la Europa occidental, a un sistema penal mucho más laxo, caracterizado por una notable limitación del recurso a la pena de prisión, mediante el uso de penas alternativas, con lo que se logró reducir la población penitenciaria hasta llegar a una cifra que está entre las más bajas de Europa (21).

El cambio en ese país tuvo obviamente mucho que ver con cambios estructurales de carácter económico, político y social, y con factores culturales e ideológicos, que permitieron que Finlandia pasase a ser un país basado en un sistema de bienestar social. De hecho, el período de liberación penal en Finlandia coincidió con su incorporación al sistema nórdico de Estado del bienestar, lo que, a juicio de este autor finlandés, confirma la hipótesis de Garland sobre la existencia de una estrecha relación entre seguridad económico-social y solidaridad garantizada por un Estado del bienestar y un bajo nivel de represión penal.

Entre los factores que influyeron de manera decisiva en ese cambio de política criminal (contraria, por cierto, a la dominante en la mayor parte de los países europeos durante los años 80 y 90), Lappi Seppälä destaca los siguientes:

1. La falta de confianza en la eficacia de la pena de prisión, reforzada por una amplia información, procedente de investigaciones criminológicas, sobre los nefastos efectos del encarcelamiento en la vida futura de los reclusos.

2. La creencia dominante de que el delito es un problema social que debe ser reducido a través de reformas sociales más que por medio de medidas represivas.

3. El hecho de que el control de la delincuencia nunca ha sido un tema prioritario en las campañas electorales en Finlandia. Durante ese período, la «política criminal racional y humana» fue el slogan oficial de la política criminal finlandesa.

4. El hecho de que los finlandeses no se dejan llevar por el populismo y los medios de comunicación no utilizan en su beneficio el problema de la delincuencia.

5. La circunstancia de que la política criminal finlandesa es una política esencialmente orientada por expertos. Las reformas legales se elaboraron por profesionales especialistas y se llevaron a cabo

(21) LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, pp. 121-123; y en «Confianza, Bienestar...», *ob. cit.*, p. 337. Véase también, TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Sistema de sanciones...», *ob. cit.*, pp. 06:35-06-38.

mediante un permanente contacto entre políticos, funcionarios y académicos.

6. La circunstancia de que el proceso de toma de decisiones legislativas ofrece pocas tentaciones políticas hacia el populismo y el punitivismo (el consenso político y la consistencia son dos valores que han ayudado al cambio; el bipartidismo –afirma el autor– es más proclive a episodios de populismo en Derecho penal y a cortos periodos políticos orientados a legislar penalmente según el caso) (22).

Este modelo que, dentro del mundo occidental, se situaría en el extremo opuesto al modelo penal de la seguridad ciudadana (este último dominante hoy en países como Estados Unidos), es al que, pese a las circunstancias sociales, económicas y políticas actuales, debemos aspirar (23). Pero, en todo caso, lo que tiene interés también destacar aquí es que ese cambio tan profundo que tiene lugar en la política criminal finlandesa hacia un sistema menos represivo, y que redujo la población penitenciaria de forma tan considerable, no supuso cambios en la evolución de los niveles de delincuencia. El estudio de Seppälä confirma la tesis de que las tasas de delincuencia y de encarcelamiento son independientes entre sí, de forma que una y otra aumentan o disminuyen conforme a propios factores y explicaciones (24).

En resumen, lo que este autor trata de mostrar es que la represión penal parece estar asociada más bien a factores como los siguientes: sentimientos sociales tales como el miedo al delito, la falta de confianza en el sistema legal, la escasez de recursos sociales, las desigualdades socio-económicas, las estructuras políticas y las culturas legales: «a mayor confianza en el sistema, menor es la tasa de población penitenciaria, y viceversa» (25).

En definitiva, una política menos represiva no significa necesariamente un incremento de las tasas de delincuencia y puede contribuir a disminuir la población penitenciaria.

(22) LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, pp. 128-129.

(23) No obstante, a pesar de las características generales del sistema penal finlandés, este país cuenta entre sus penas con una modalidad de cadena perpetua revisable, si bien con una regulación mucho menos severa que la prevista en el ALOCP. Sobre el porcentaje de condenados a cadena perpetua en este y en otros países europeos, GRIFFIN, D., O'DONNELL, I.: «The life sentence and parole», en *The British Journal of Criminology*, vol. 52(3), 2012, p. 612.

(24) LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, p. 127; y «Confianza, Bienestar...», *ob. cit.*, p. 347.

(25) *Ibid.*, pp. 134-135.

III. LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: MODELO A SEGUIR

1. Introducción

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, desde mi punto de vista, quienes de una u otra forma trabajamos en el ámbito del sistema penal y penitenciario tenemos la obligación moral de luchar contra ese modelo penal de la seguridad ciudadana. A pesar de la actual situación económica y social de nuestro país, no deberíamos dejar de aspirar a un modelo como el finlandés, basado en un sistema de bienestar social, aunque precisamente en este momento estemos asistiendo a la destrucción de muchos de los aspectos del estado del bienestar que se habían ido alcanzando a partir de los años de la transición (26). Y, en el contexto de una política criminal de tales características, la línea a seguir, aunque con algunas matizaciones, sería la marcada por Ferrajoli en su modelo garantista del Derecho penal, a fin de proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Creo que puede decirse que, en su extraordinaria obra *Derecho y Razón*, Ferrajoli sienta las bases de lo que debería ser el Derecho Penal de todo país que quiera denominarse civilizado. Ahora bien, desde mi punto de vista, algunas de sus propuestas en lo que atañe a la

(26) Aunque ya desde hace tiempo se viene hablando del desmantelamiento del Estado del bienestar (véase, por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «El nuevo modelo...», *ob. cit.*, pp. 03:27-03:28), lamentablemente, en estos momentos estamos asistiendo al mayor embate al sistema social de bienestar español de toda la democracia. Como apunta Joaquín Estefanía, «mientras que los indicadores básicos de desigualdad apenas han cambiado para el promedio de la Unión Europea desde 2007, España está sufriendo un aumento extraordinario de las diferencias económicas entre los hogares. El nivel de concentración de las rentas de capital es de los mayores en la UE y hay una alta incidencia de las políticas de ajuste sobre todo en las rentas del trabajo de bajos salarios», en «Ningún hombre es una isla», *El País*, de 4 de febrero de 2013. Igualmente, Luis Ayala hablando de la situación económica de España afirma que esta presenta ciertas peculiaridades en el contexto de la UE que la hacen única: «primera, que el mayor ajuste se está produciendo en las rentas de hogares con menos recursos; segunda, que los incrementos transitorios de la pobreza y la desigualdad tienden a convertirse en crónicos a largo plazo; y tercera, que frente al aserto habitual de que el bienestar social se recuperará si lo hacen la actividad económica y el empleo, los datos son contundentes: las estimaciones de la relación entre el ciclo económico y la pobreza muestran una acusada asimetría en la respuesta de esta a las recesiones y las expansiones, siendo mucho más sensibles a las primeras. Por tanto, volver a altas tasas de crecimiento de la economía española no garantiza que los problemas económicos de un segmento importante de la sociedad de española vayan a reducirse drásticamente», en «Las consecuencias de la austeridad», *El País*, de 10 de mayo de 2012.

fase de ejecución de las penas privativas de libertad deben ser objeto de alguna matización. Esto es, creo que lo que debemos propugnar es, precisamente, un modelo garantista como el diseñado por Ferrajoli, pero quizás no exactamente en el sentido por él defendido, sino en el que la pena de prisión se oriente hacia la reinserción social (en este aspecto, pero no en otros, me aparto del modelo de este autor).

A continuación, paso a exponer un breve resumen de las propuestas de Ferrajoli en relación con el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad y seguidamente comentaré cuáles son las diferencias que me separan de lo defendido por este autor.

2. El modelo garantista de Ferrajoli en la fase de ejecución de penas privativas de libertad

Ferrajoli, en su programa de minimización del Derecho Penal, al referirse a la fase de ejecución de la pena de privación de libertad, rechaza un sistema de cumplimiento flexible basado en la idea del tratamiento. Ferrajoli se hace las siguientes preguntas:

«¿Es legítima la modificación de la duración de la pena en sede de ejecución? ¿Es lícito a la administración penitenciaria, o incluso al juez de ejecución, reducir o aumentar la pena conforme a los resultados del tratamiento? ¿Cuál es en efecto la función de un sistema penal escindido, que prevé y dispone penas severas en sede legal y judicial para más tarde desmentirlas con una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución administrativa?» (27)

A estas preguntas Ferrajoli responde básicamente lo siguiente:

No es legítima la modificación de la pena en sede de ejecución en atención a los resultados del tratamiento. Tal sistema resulta contrario a los principios de legalidad, de certeza y de igualdad.

La pena en un modelo basado en el tratamiento cumple dos finalidades inconfesadas:

Una función ejemplar: que se asigna a la pena impuesta y precisamente a la parte de la pena que excede de la que realmente se va a cumplir. Se imponen penas severas que no «deben», sino que simplemente «pueden» ser cumplidas.

(27) FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6.^a ed., Madrid, 2004, pp. 406-407

Y una función de corrección del reo en sentido disciplinario. Los beneficios penitenciarios y las reducciones de pena se condicionan a la «buena conducta», a la «ausencia de peligrosidad», al «arrepentimiento», o a juicios de valor semejantes que son inverificables e irrefutables. La autoridad juzga directamente la interioridad de las personas. Se condiciona la reducción de la condena o las mejoras en las condiciones de cumplimiento al sometimiento moral del interno (28). Dice textualmente Ferrajoli: «el preso que desee acogerse a los beneficios deberá ofrecer cotidianamente las pruebas de su sensibilidad y disponibilidad al tratamiento, hasta que su personalidad sea juzgada meritoria» (29).

El condenado, una vez en prisión, no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con los órganos encargados de la ejecución, lo que, en su opinión, y cito textualmente: «se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución, no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación» (30). Y continúa el autor: «por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o que niega un beneficio penal, de cualquier modo que se la llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas...la «ausencia de peligrosidad», su «buena conducta», su arrepentimiento sobrevenido» o sobre otras valoraciones análogas inverificables e irrefutables por su naturaleza. Es este poder ilimitado el que hace liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce a la persona a cosa, poniéndola completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir» (31). Además, se trata –afirma Ferrajoli– de un mecanismo perverso, pues este sistema flexible es percibido por los internos como algo positivo (32).

(28) *Ibid.*, pp. 407-409.

(29) *Ibid.*, p. 408.

(30) *Ibid.*, p. 408.

(31) *Ibid.*, pp. 408-409.

(32) *Ibid.*, p. 409.

En su opinión, la pena debe ser proporcional al delito cometido y no puede variar en función de la buena conducta del condenado o de variables semejantes. De acuerdo con ello, propone la transformación en derechos de todos los beneficios penitenciarios que son concedidos como premios (33). La certeza de la pena (dentro de su programa de minimización del Derecho penal) es la mayor garantía para el condenado. Una pena cierta e infalible –afirma– tiene mayor eficacia disuasoria que una pena incierta y, por ello, puede ser bastante más benigna.

En definitiva, en su sistema garantista, el fin de la pena no puede ser mejorar al condenado.

3. En defensa de un modelo orientado hacia la reinserción social

Pues bien, como decía, en mi opinión y a diferencia de la propuesta de Ferrajoli, quien rechaza toda posibilidad de modificación de la duración de la pena o de las condiciones de su cumplimiento en atención a la evolución en el tratamiento, el modelo a defender debe ser un modelo basado en la idea de la reinserción social, dentro de un programa de minimización del Derecho Penal, como el que este autor propone, que reduzca el recurso a la pena de prisión, limite, en su caso, su excesiva duración, y en el que quede proscrita la sentencia indeterminada. De hecho, en gran medida, las críticas de Ferrajoli a un sistema orientado hacia la reinserción social parecen centrarse, sobre todo, en el contexto de un modelo de sentencia indeterminada. En este aspecto, la introducción de la prisión permanente «revisable» supone la aceptación de un sistema de sentencia indeterminada que rompe uno de los pilares básicos sobre los que debe asentarse, en mi opinión, un modelo orientado hacia la reinserción social (34). Sólo

(33) Esta propuesta se enmarca dentro de una más amplia que incluiría la determinación de la *pena mínima necesaria* en sede legislativa y jurisdiccional, la supresión de la cadena perpetua, la reducción de las demás penas privativas de libertad en orden a su progresiva desaparición y, fundamentalmente, la previsión de las medidas alternativas como penas directamente irrogables por la condena (*ibid.*, p. 410). Junto a ello sugiere la reducción de la duración máxima de la pena privativa de libertad a corto plazo a 10 años y, quizás, a medio plazo, a un tiempo menor (p. 414).

(34) En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial ha afirmado que la pena de prisión permanente revisable se presenta como una simple pena de prisión sometida a condiciones especialmente duras para acceder a la suspensión de la ejecución de la condena, a la libertad condicional, al tercer grado y a los permisos de salida, pero lo que oculta el Anteproyecto es que se trata de una auténtica pena de prisión a perpetuidad sometida a revisión obligatoria y a especiales requisitos en cuanto a la suspensión de su ejecución, libertad condicional, etc., lo que supone, en

dentro de un contexto penal de sentencia determinada, con un máximo irrenunciable –que debería mantenerse dentro de ciertos límites razonables, entre 10 y 15 años de prisión (35)– es posible defender y legitimar un modelo orientado hacia la reinserción social.

En síntesis, a mi juicio, la posición de Ferrajoli podría ser matizada en el siguiente sentido:

En primer lugar, un sistema de cumplimiento de la pena de prisión de carácter flexible, como el que establece nuestra legislación penitenciaria, no es necesariamente despótico. El poder de los órganos de ejecución no es ilimitado si los mecanismos que permiten reducir la duración de la condena –en nuestro sistema penitenciario vigente únicamente contamos con el indulto particular (36)– o bien modificar las

opinión del Consejo, una técnica legislativa inadmisibles en la legislación penal, contraria al principio de seguridad jurídica y a la mayor taxatividad posible para evitar precisamente, ámbitos de incertidumbre, inconcreción y, en suma, de inseguridad jurídica. En coherencia con ello, considera conveniente adecuar la regulación de esta pena al principio de legalidad del artículo 25.1 CE y a la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones ínsita en dicho mandato, de forma que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena, más allá de los beneficios penales y penitenciarios de los que el penado pueda ser acreedor, en *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, del Código penal*, de octubre de 2012, p. 40. Aunque este informe se refiere a un Anteproyecto anterior, los argumentos del Consejo son igualmente válidos respecto del nuevo ALOCP, de abril de 2013.

(35) En este sentido se manifiesta la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal que sugiere un límite máximo de 10 años, ampliable hasta 15 años en el supuesto de subida de grado de la pena, en «Una alternativa...», *ob. cit.*, p. 38. Cierda Riezu apunta que «por encima de los quince años de privación de libertad, diversas Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa advierten de los efectos nefastos sobre el recluso y su entorno. El Comité europeo para la prevención de la tortura señala que estos reclusos se institucionalizan, pueden quedar afectados por una serie de problemas psicológicos (como la pérdida de la autoestima y el deterioro de las capacidades sociales) y tienden a despegarse cada vez más de la sociedad hacia la que la mayor parte de ellos acabarán por volver», en CUERDA RIEZU, A.: «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», *Otrosí*, núm. 12, 2012, p. 32; del mismo, con referencia a muchos de los autores que defienden ese límite de quince años, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Barcelona, 2011, pp. 95-96.

(36) El beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo, que permite el acortamiento de la condena, es ya legislación derogada que se aplica únicamente a aquellos condenados con arreglo al Código penal anterior a los que beneficia este texto legal. Sobre este beneficio puede verse, BUENO ARÚS, F.: *La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1975; del mismo: «De nuevo sobre la redención de penas por el trabajo», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 18, 1982, pp. 429-439; JUANATEY DORADO, C.: «Criterios reguladores de la concesión y pérdida de la redención de penas por el

condiciones de cumplimiento están debidamente regulados y las decisiones sobre su aplicación deben ser motivadas y están sujetas a revisión por órganos judiciales. En todo caso, dentro de un contexto de minimización del Derecho Penal, quizás los beneficios penitenciarios deberían limitarse a aquellos que permiten modificar las condiciones de cumplimiento, eliminando los que puedan suponer acortamiento de condena. De esta forma, el poder de los órganos de ejecución se mantendría dentro de los límites de la pena impuesta en sede judicial y sus facultades quedarían restringidas a las propuestas de modificación de la forma de cumplimiento.

En segundo lugar, discrecionalidad no significa arbitrariedad (37). La interdicción de la arbitrariedad de los órganos de ejecución debe ser controlada a través de un sistema de quejas y recursos que permitan al interno recurrir contra las decisiones que considere arbitrarias e injustificadas. En este orden de cosas, en España existe ya una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, fruto de la resolución de numerosos recursos de amparo interpuestos por internos en centros penitenciarios, a través de la cual el alto Tribunal ha ido estableciendo una doctrina general dirigida a garantizar los derechos de los reclusos frente a la actuación de los órganos de ejecución penitenciaria.

En tercer lugar, como he indicado más arriba, un sistema que establezca, por un lado, un límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión dentro de límites razonables –este no sería hoy el caso de España (38) y, menos aún, si se introduce la prisión permanente revisable– y, por otro lado, un sistema en el que los mecanismos de flexibilización estén reglados y las decisiones sobre su aplicación sometidas a un procedimiento de revisión, me parece que garantiza suficientemente los derechos de los reclusos, frente a posibles abusos y no tiene por qué significar el sometimiento moral del interno.

Además, el tratamiento, como mecanismo a través del cual se pretende alcanzar la reinserción social, ha de ser voluntario (39) y debe

trabajo», en *Poder Judicial*, núm. 3 (monográfico sobre Vigilancia Penitenciaria), 1988, pp. 93-112.

(37) Sobre la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad, véase, por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.ª edic. 1997; LIFANTE VIDAL, I.: «Dos conceptos de discrecionalidad», en *Doxa*, núm. 25, 2002.

(38) Aunque hoy en España el máximo de cumplimiento de la pena de prisión es, como regla general, de 20 años, este límite máximo admite excepciones que, tras las reformas de 2003, podría llegar, en algunos casos, a cuarenta años de prisión (art. 76 Cp).

(39) Así lo ha entendido, en nuestro país, el Tribunal Constitucional (SSTC 75/1998, de 31 de marzo FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 194/2002, de 28 de octubre, FJ 9, entre otras).

centrarse fundamentalmente en la idea de reinserción social, más que en la idea de reeducación. Esta misma línea es la indicada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (40). Se trata de un modelo más realista y moderado, cuyo objetivo ha de ser contrarrestar los efectos negativos de la prisión y, en la medida de lo posible, ofrecer al interno la posibilidad de mejorar sus capacidades, por medio de la formación laboral, educativa, cultural, deportiva, etc., quedando proscritos aquellos tratamientos que puedan suponer un atentado contra la dignidad del recluso.

En cuarto y último lugar, los beneficios penitenciarios, los permisos, el régimen de semilibertad o la libertad condicional, han de ser concebidos como derechos, pero en un sentido –por así decirlo– débil, esto es, su concesión no puede ser automática a todos los reclusos, sino dependiente de ciertas variables como la peligrosidad, el sentido de responsabilidad individual y social, la satisfacción de la responsabilidad civil, etc. Aunque estas variables no son, en su mayor parte, verificables, las decisiones sobre tales institutos deben ser motivadas y han de estar sometidas al control judicial lo que limita la posible arbitrariedad. El riesgo de arbitrariedad es, lamentablemente, inevitable, cuando se trata de tomar decisiones en relación con la conducta humana. Por esa razón, del mismo modo que, como admite Ferrajoli, en sede judicial el juez o tribunal, por razones de equidad, ha de tener cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar la pena (41) y ha de valorar aspectos como la intención o la gravedad

(40) Recomendación Rec (2006)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las reglas penitenciarias europeas (1) (adoptada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952.ª Reunión de Delegados de Delegados de Ministros). Sobre este documento puede verse, MAPPELLI CAFFARENA, B.: «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006.

(41) En este orden de cosas, es interesante constatar cómo Ferrajoli admite que los jueces, en su función de determinación de la pena (a su juicio, los jueces únicamente deben determinar la cantidad de pena, pero no la calidad de la misma, función que ha de corresponder en exclusiva al legislador), inevitablemente han de recurrir a juicios de valor, basados en referencias empíricas: los juicios de «gravedad» o «levedad» de un hecho suponen siempre valoraciones subjetivas no verificables ni refutables. Estos juicios de valor son, en su opinión, los que forman la discrecionalidad fisiológica de la comprensión judicial y sobre ellos sería vano pretender controles ciertos y objetivos, por lo que propone dos órdenes de indicaciones, en el método y en el contenido. En el plano del *método* los juicios no pueden ser sobreentendidos, sino explícitos y motivados con argumentaciones pertinentes que evidencien las inevitables premisas valorativas de los mismos (entre ellas, la de «indulgencia» y la «simpatía»). En cuanto al contenido, la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto: el juez no puede proponer finalidades de prevención general que

del hecho que no son verificables, durante el cumplimiento de la pena, los órganos de ejecución han de gozar de cierta discrecionalidad que les permita atender a los diversos factores que intervienen en el comportamiento humano.

De hecho, aunque el juez pueda tratar de determinar la pena más adecuada al caso, no es posible ajustar una pena exacta de la que pueda decirse que sea la «justa» y «equitativa» en el supuesto concreto. Cierta flexibilidad durante la ejecución permite también ir adaptando el castigo a la evolución de determinadas circunstancias individuales que, en muchos casos, no se han podido tener en cuenta por el juez a la hora de fijar la pena y que, sin embargo, han tenido que ver, de forma directa o indirecta, en su comisión (marginación social, desestructuración familiar, carencias de formación educativa y/o laboral, etc.). La actividad reglada y controlada de los órganos de ejecución permitirá de este modo completar una comprensión equitativa del comportamiento delictivo, teniendo en cuenta múltiples factores que difícilmente pueden ser apreciados en el momento de la actividad de juzgar.

En definitiva, en términos generales, y en defensa de un sistema penitenciario como el español que orienta el cumplimiento de la pena hacia la reinserción social, cabría añadir lo siguiente:

Primero. Algunas de las críticas que se han dirigido al modelo basado en la idea de la reinserción social no son en realidad críticas que respondan a defectos del modelo, sino a deficiencias de los sistemas penales en los que se aplica o se ha aplicado, caracterizados por el abuso de la pena de prisión, la consiguiente superpoblación penitenciaria y la falta de medios, que dificultan enormemente la labor de los agentes encargados de realizar las tareas de reinserción social (42). Del mismo modo, algunos de los fracasos de programas de tratamiento en el ámbito penitenciario no se han debido a la imposibilidad de modificar los hábitos delincuenciales del recluso sino a deficiencias de los programas mismos.

Segundo. La cárcel, el mero encierro no es bueno para nadie. El mero hecho objetivo de la estancia en prisión, como todos sabemos,

harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar. En FERRAJOLI, L.: «Derecho y Razón...», *ob. cit.*, pp. 402-406.

(42) Sobre el problema existente en la actualidad en Estados Unidos debido a la alta población penitenciaria y la liberación prevista de miles de condenados (se ha calculado que 1.700 al día), de los cuales la mayoría regresan a la comunidad sin haber contado con ningún tipo de tratamiento rehabilitador, GIDEON, L.: «Corrections in an Era of Reentry», LIOR GIDEON and HUNG-EN SUNG: «Rethinking corrections...», *ob. cit.*, pp. 1-17.

limita las expectativas sociales, personales y profesionales del recluso. El deber de la sociedad es, al menos, tratar de contrarrestar estos efectos, mediante instrumentos dirigidos a paliar los déficits y carencias preexistentes, a reducir las consecuencias negativas del encierro, e intentar ampliar el horizonte vital del penado y sus expectativas de participación social (43).

Tercero. Ciertas estadísticas muestran que el índice de reincidencia es notablemente más bajo cuando se trata de personas que han recibido algún tipo de tratamiento en prisión respecto de aquellas que no han recibido ningún tipo de tratamiento; igualmente, la tasa es claramente inferior cuando se trata de personas que han cumplido parte de su condena en tercer grado (44).

Cuarto. En concreto, en España, a pesar de que la Constitución habla de «reeducación y reinserción social» y que la LOGP regula el tratamiento en un sentido muy clínico (conjunto de métodos médico, biológicos, psicológicos, psiquiátricos...), la finalidad debe centrarse, como indicaba más arriba, en la idea de «reinserción social», más que en la idea de «reeducación». Se trata de una propuesta más realista y moderada, cuyo objetivo ha de ser, como ya he comentado más arriba, contrarrestar los efectos negativos de la prisión y, en la medida de lo posible, ofrecer al interno la posibilidad de mejorar sus capacidades, por medio de la formación laboral, educativa, cultural, deportiva, etc. Este es uno de los aspectos en los que la LOGP debería ser objeto de revisión.

Quinto. En la actualidad son muchos los programas de reinserción que se vienen realizando en centros penitenciarios españoles, que son la prueba de que es posible hablar de reinserción social (45).

(43) Señala la tendencia decreciente en el uso de la libertad condicional en España como una de las causas del aumento de la población penitenciaria y apunta la necesidad de invertir esta tendencia para lograr reducir la tasa de encarcelamiento, ROLDÁN BARBERO, H.: «El uso...», *ob. cit.*, pp. 04:4-04:16.

(44) Véase, LUQUE REINA, E.: «La reincidencia penitenciaria», en Cerezo Domínguez y García España (coords.), *La prisión en España: una perspectiva criminológica*, Granada, 2007, pp. 213-240; CID, J.: «El incremento...», *ob. cit.*, p. 29. Precisamente, la libertad condicional y el tercer grado han sido también utilizados en Finlandia como instrumentos para controlar el índice de encarcelamiento, con los buenos resultados que ya se han comentado más arriba, en LAPPI SEPPÄLÄ, T.: «Política criminal...», *ob. cit.*, p. 126.

(45) Por ejemplo –por citar sólo algunos de estos programas–, las «unidades terapéuticas y educacionales» que funcionan hoy en muchas de las prisiones españolas, destinadas a crear un espacio dentro de la prisión libre de drogas y ajeno a las normas que imponen los grupos de presión; o las salidas terapéuticas que se realizan, desde hace aproximadamente doce años, en la prisión de Mansilla de las Mulas (León): los internos salen a diversos lugares de la provincia para realizar cursos

Y, sexto: La orientación de la pena de prisión hacia la reinserción es un límite para la Administración penitenciaria que debe orientar su actuación hacia esa finalidad, lo que debe reflejarse en la actividad diaria de todos los trabajadores de los centros penitenciarios. La vulneración de ese límite puede ser objeto de queja o recurso por parte del interno. Y, lo que es más importante, es un límite para el legislador (que no puede imponer penas incapaces de cumplir ese objetivo) (46).

IV. DOS IDEAS CONTRAPUESTAS: REINSERCIÓN Y PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

En coherencia con todo lo anterior, esa –en palabras de Ferrajoli– «moderna barbarie» (47) que es la cadena perpetua, llamada en el ALOCP «prisión permanente revisable», en la medida en que pueda suponer una reclusión a perpetuidad, sería incompatible con la finalidad de reinserción social (48). Quienes hoy defienden esta pena se amparan en la idea de que es muy difícil –por no decir imposible– establecer una magnitud exacta a partir de la cual quepa afirmar, con carácter general, que una pena es contraria a los principios de reinserción y humanidad, y la prisión permanente en la medida en que es revisable en atención a criterios de reinserción social respetaría tales principios: como ha indicado el Tribunal Constitucional español, la calificación de una pena como inhumana o degradante no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que ésta reviste (49). Sin

formativos, tareas de mantenimiento de bosques y espacios naturales, acondicionamiento de patrimonio histórico, etc.

(46) Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, STC 75/98, de 31 de marzo, FJ 2.

(47) FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, *ob. cit.*, p. 412.

(48) Sobre las razones que hacen incompatible la finalidad de reinserción social con la prisión permanente revisable, puede verse CUERDA RIEZU, A.: «*Cadena perpetua...*», *ob. cit.*, pp. 40-41 y 59-81.

(49) SSTC 65/86, de 22 de mayo, FJ 4 y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9. En sentido semejante se manifestó en su día el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de esta Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas al afirmar: «la prolongación del plazo máximo de cumplimiento “efectivo de la pena” hasta los cuarenta años en caso de delitos especialmente graves, de gran contenido de injusto y de culpabilidad, puede ser la consecuencia de la ponderación del legislador sobre los intereses contrapuestos de la prevención general y especial, y su compatibilidad con la prohibición de penas inhumanas se garantiza suficientemente con un moderno sistema de ejecución de penas como el que inspira nuestra legislación penitenciaria» (en Consejo General del Poder Judicial, «Informe sobre el Anteproyecto

embargo, por un lado, cuanto más amplio sea ese tiempo máximo continuado en prisión más posibilidades habrá de que la pena resulte incompatible con los principios de reinserción y de humanidad y, más aún, si ese límite es indeterminado o puede no haber límite alguno (50). Y, por otro lado, el ALOCP establece largos plazos dentro de los cuales el interno, cualquiera que sea la evolución en su reinserción, no podrá disfrutar de permisos de salida (hasta que transcurran 8 o 12 años, según los supuestos –art. 36.1 ALOCP–) ni ser clasificado en tercer grado (hasta el cumplimiento de 15 o 20 años –art. 36.1 ALOCP–; o de 18, 22, 24 o 32, dependiendo de los casos, en el supuesto de concurso de delitos –art. 78 bis 1 y 3 ALOCP–), ni obtener la libertad condicional – que es regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la condena– (hasta el cumplimiento de 25, 30, 28 o 35 años, dependiendo de los diferentes supuestos –art. 78 bis 2 y 3 ALOCP–). Estos plazos, sin posibilidad de reconsideración alguna en atención a la evolución del interno, implican que la concreta regulación de la ejecución de la pena de prisión permanente y las modalidades que reviste vulneran los principios de reinserción y humanidad (51).

de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», pp. 9-11). En este mismo informe puede encontrarse una referencia a la jurisprudencia sobre esta materia del TEDH, en la que se declara que la cadena perpetua no viola el artículo 3 de la Convención, y de diversos Tribunales Constitucionales de diferentes países cuya legislación prevé la cadena perpetua, pp. 6-7. En relación con esta cuestión, De la Cuesta Arzamendi apunta que, efectivamente, la posibilidad de revisión suaviza las objeciones que la cadena perpetua genera debido a su indeterminación y desde la perspectiva del principio de resocialización, pero, en su opinión, no resuelve los múltiples problemas (criminológicos y jurídicos) que suscita la aplicación de los mecanismos de revisión, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «El principio de humanidad en Derecho Penal», en *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, p. 217.

(50) Precisamente, en el reciente informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal, de octubre de 2012, el Consejo General del Poder Judicial ha precisado que el Tribunal Constitucional consideró contrario al artículo 25.1 CE el establecimiento de una sanción pecuniaria sin límite máximo (STC 29/89) o la indeterminación absoluta del límite temporal de una sanción (STC 129/2006, de 24 de abril, FJ 3.º) y, en coherencia con ello, considera conveniente adecuar la regulación de la pena prisión permanente al principio de legalidad del artículo 25.1 CE y a la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones ínsita en dicho mandato, de forma que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena, más allá de los beneficios penales y penitenciarios de que el penado pueda ser acreedor, en «Informe al Anteproyecto...», *ob. cit.*, p. 42. El ALOCP, sin embargo, nada cambia en este sentido respecto de la propuesta previa a la que hace referencia el informe del Consejo.

(51) En este orden de cosas, puede ser interesante tener en cuenta, en relación con las concretas modalidades de ejecución que permitirían la compatibilidad de la

Por esta razón, aunque la pena sea revisable, los plazos tan largos que establece el Anteproyecto para efectuar una primera revisión (52), la incertidumbre sobre cuál será, en su caso, el máximo de pena a cumplir y, finalmente, la posibilidad de una reclusión a perpetuidad, hacen que la prisión permanente revisable sea incompatible con los principios de reinserción y humanidad (53). Lo que hace más tolerable y menos alienante la reclusión es la idea de poder volver a la libertad después de un no excesivamente largo o interminable período de tiempo (54); si se suprime esa idea ya no es posible hablar en serio de reinserción.

En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código

cadena perpetua con la Convención Europea de Derechos Humanos, la resolución del TEDH, de 18 de septiembre de 2012, en la que se condenó al Reino Unido por violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso de tres condenados a los que se les impuso una sentencia indeterminada (section 225 of the Criminal Justice Act 2003) y a los que, una vez transcurrido el plazo establecido para la revisión de la condena (a efectos de valorar si persistía su peligrosidad), la comisión de la libertad condicional decidió mantenerlos en prisión ante la inexistencia de datos sobre la rehabilitación de los internos o sobre la disminución de su peligrosidad. El Tribunal consideró vulnerado el artículo 5.1 del Convenio al no haber proporcionado a los condenados la posibilidad de participar en programas de rehabilitación, tal y como había sido recomendado en la sentencia, y no haber tenido la oportunidad real de reducir su peligrosidad (James, Wells and Lee v. The United Kingdom, nos. 25119/09, 57715/09 and 57877/09). ¿Sería compatible con el fundamento de esta resolución, una sentencia indeterminada en la que la valoración sobre la persistencia de la peligrosidad vaya a realizarse después de 25 años? ¿Va el Estado a proporcionar, durante esos 25 años, la participación de los condenados en programas de rehabilitación específicos orientados a reducir su peligrosidad?

(52) En la exposición de motivos del ALOCP se afirma que, «cumplida una parte de la condena que oscila entre 25 y 35 años de condena, el Tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida...». Sin embargo la regulación concreta de esta pena no es precisamente clara en este punto. Así, el artículo 36.1 establece que la prisión permanente revisable será «revisada» de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ALOCP. Pero este último precepto únicamente hace referencia a la suspensión de la ejecución y prevé entre sus requisitos que el penado haya cumplido 25 años de su condena. Por el sentido de lo dispuesto en el artículo 92 parece que el ALOCP utiliza como sinónimos «suspensión» y «revisión», pero en este aspecto el ALOCP no es precisamente claro.

(53) En esta misma línea, LASCURAÍN, J. A.: «Los males de la cadena perpetua revisable», en *El Mundo*, de 10 de junio de 2010. Defiende también la incompatibilidad de la prisión permanente revisable con los principios básicos del Derecho penal garantista y propone, en consecuencia, su eliminación de la propuesta de reforma del Código penal, ACALE SÁNCHEZ, M.: «Prisión permanente revisable: arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.) y Dopico Gómez-Aller (coord.): *Estudio crítico...*, ob. cit., pp. 180-187.

(54) FERRAJOLI, L.: «Derecho y Razón...», ob. cit., p. 414.

Penal, de octubre 2012, ha puesto de manifiesto la ausencia en la exposición de motivos de dicho Anteproyecto de las razones y motivos que han llevado a sus autores (el gobierno) a incluir la prisión permanente revisable dentro del catálogo de penas previstas en nuestra legislación penal. Así, el informe destaca, por un lado, que no se hace mención alguna a las circunstancias que en el momento actual aconsejarían que se instaure una pena privativa de libertad eventualmente perpetua en contra de lo que ha sido la evolución histórica del Derecho Penal español; y, por otro lado, que su introducción no se justifica en un incremento de los delitos para los que se prevé tal sanción (55). Aunque lo manifestado por el Consejo se refiere a una propuesta anterior, tales argumentos son igualmente predicables del nuevo ALOCP, de abril de 2013.

Además, como apuntan Díez Ripollés y Sáez Valcárcel, la prisión permanente revisable, así como otros institutos que introduce el ALOCP, demandan recursos personales y materiales muy elevados, que ni en este momento ni en un futuro próximo van a estar disponibles. Esto, en su opinión, parece sugerir que se trata de reformas legales de carácter simbólico o aparente (56). En esta misma línea se manifiesta Cuerda Riezu quien se pregunta de dónde van a salir los fondos económicos para hacer frente a los gastos económicos que supondrá la reforma, pues el ALOCP no va acompañado de un informe sobre las implicaciones económicas que supone (57).

Por su parte, Vives Antón, plantea la siguiente pregunta ¿Pertenece a ese núcleo absoluto de los Derechos Humanos el de no ser condenado a una pena potencialmente perpetua? A ello responde que «la idea de una privación potencialmente perpetua de la libertad choca, en mi opinión, con la imagen del hombre como un ser capaz de reflexión y razonamiento, como un ser que siempre puede cambiar y acabar dirigiendo su vida según unos mínimos de racionalidad. Esa imagen, que yace en el fondo de los ordenamientos democráticos, no puede, según creo, sino conducir a la conclusión de que la privación de libertad perpetua es una anomalía incongruente en ellos» (58).

Por último, creo que tiene razón Ferrajoli cuando afirma que la cadena perpetua –o la prisión permanente– es por su naturaleza con-

(55) Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto...*, *ob. cit.*, pp. 43-44. Sobre la escasa vigencia de la prisión de por vida en nuestra legislación histórica, MAPELLI CAFFARENA, B.: «La cadena perpetua», *ob. cit.*, pp. 28-29.

(56) Díez Ripollés, J. L. y Sáez Valcárcel, R., en *ob. cit.*, *El País* de 24 de abril de 2013.

(57) CUERDA RIEZU, A.: «Inconstitucionalidad...», *ob. cit.*, p. 30.

(58) VIVES ANTÓN, T., en *Tribuna Libre*, www.almendron.com/tribuna/

traría a los principios de proporcionalidad y de igualdad de las penas. Esta pena carece, en su opinión, de justificación: por un lado, porque es inhumana y no graduable equitativamente por el juez; y, por otro lado, porque se sustrae al principio igualitario de proporcionalidad en la medida en que tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los mayores (59).

En definitiva, y en todo caso, la prisión permanente supone la instauración de una sentencia indeterminada, lo cual ha constituido hasta ahora un límite infranqueable en el Derecho penal español de la etapa democrática. El establecimiento de esta pena y las razones a las que responde suponen la vuelta a un Derecho penal premoderno.

V. CONCLUSIÓN

Para concluir, creo que, en términos generales, habría que apelar al sentido de responsabilidad de todos los operadores jurídicos, políticos y mediáticos para que no utilicen el Derecho penal y el miedo al delito con fines electorales, partidistas o simplemente lucrativos. Los poderes públicos deberían sustraerse a esas demandas sociales que, en no pocos casos, responden a falsas creencias; lo que tendrían que hacer es promover una política social de mayor carácter preventivo, y un incremento del gasto social, lo que significa también atajar el problema de la delincuencia desde sus causas y no a partir de los síntomas.

Es cierto que en estos momentos hay importantes factores que dificultan esa política social y que contribuyen al desánimo de la población: la crisis económica; las altas tasas de paro; el descrédito de instituciones tan importantes como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial, cuyos miembros tienden a ser nombrados más en atención a su ideología o tendencia política que en atención a su prestigio profesional; los múltiples casos de corrupción política... Todos estos factores contribuyen sin duda a reforzar la ideología del individualismo y, en consecuencia, el modelo penal de la seguridad ciudadana, con la consiguiente e innecesaria introducción de penas como la prisión permanente revisable que suponen la quiebra del modelo penal garantista.

(59) *Ibid.*, p. 402. Cuerda Riezu añade el argumento de las características biológicas de los condenados que conllevarían el cumplimiento de muy distintos periodos de reclusión en función de la constitución y de la fortaleza física y psíquica de los mismos, lo que conlleva la vulneración, a su juicio, del principio de igualdad del artículo 14 CE, en CUERDA RIEZU, A.: «Inconstitucionalidad...», *ob. cit.*, p. 32; del mismo, «*Cadena perpetua...*», *ob. cit.*, pp. 87-88.

En suma, comparto la opinión de Joaquín Estefanía cuando afirma que: «Evitar la consolidación de ese triángulo compuesto por crisis económica, corrupción (política y económica) y desigualdad (de oportunidades, rentas, patrimonios y resultados) es cada día más urgente para evitar las explosiones sociales» (60).

Sobran reformas penales y faltan verdaderas reformas sociales.

(60) ESTEFANÍA, J.:«Ningún hombre es una isla», en *El País*, de 4 de febrero de 2013.

Rafael Salillas y Panzano penitenciario (1)

ENRIQUE SANZ DELGADO

Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

RESUMEN

Conferencia que aborda y reivindica la figura y pensamiento de Rafael Salillas como artífice de la ciencia y de la reforma penitenciaria de finales del XIX y principios del s. XX, inspirando los criterios tratamentales que hoy se aplican en los centros penitenciarios españoles.

Palabras claves: *Salillas; Tratamiento penitenciario; Tutela correccional, Individualización científica.*

ABSTRACT

Lecture at the Ateneo de Madrid trying to claim the figure and thought of Rafael Salillas as correctional science researcher and advocate for prison reform in Spain during the last years of the nineteenth and early twentieth century. His legacy inspires prison treatment criteria that are applied today in Spanish prisons.

Keywords: *Salillas, Correctional Treatment; Correctional Rehabilitation; Correctional Tutelage; Scientific Individualization.*

(1) Texto que recoge la conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid, durante el ciclo «Discípulos de Joaquín Costa», el día 24 de enero de 2012.

I

Debo agradecer, en primer lugar y muy sinceramente, a la Sección de Ciencias Históricas de este ilustre Ateneo y en especial al Prof. Dr. Alejandro Díez Torre, la posibilidad que me han brindado de sentarme hoy aquí ante Vds. Hablarles en esta institución, en este edificio, constituye para mí, además de un gran honor, una oportunidad única de homenajear a un insigne ateneísta, verdadero protagonista de este acto, vinculado a otros relacionados con su cercano amigo Joaquín Costa y que, en su principal momento, como socio número 5.254, llegaría a ocupar la presidencia de la Sección de Ciencias Morales y Políticas. Tal empeño se me aparece, no obstante, un formidable encargo, por cuanto la figura de Rafael Salillas y Panzano tanto ilumina, y en tantas áreas destacó y dejó su huella, que hablar de su vida y obra bien pudiera considerarse abordar desde la visión actual el acercamiento a un espíritu renacentista, integral, a caballo entre los siglos XIX y XX.

Casi todos los autores que han dado noticia de su obra o han tratado su figura, de una u otra forma, han estado vinculados científicamente con las ciencias penales. Contemporáneos suyos como Dorado Montero, realzando sus ideas en su obra «Los peritos médicos»; o, más tarde, alumnos y penalistas como Cuello Calón, Jiménez de Asúa o Antón Oneca, en el más brillante trabajo sobre su persona; y, más recientemente, Cerezo Mir, García Valdés, Fernández Rodríguez, Roldán Barbero, Sainz Cantero, Figueroa Navarro, Téllez Aguilera o, con menor entidad, quien hoy se dirige a Vds., destacaron diversas facetas de Salillas, señalando su capacidad para abordar todo tipo de materias relacionadas con el crimen y la pena. Se le ha considerado incluso el padre de la Criminología en España (Miranda). O permite afirmar, como lo hacía en el ecuador del pasado siglo Rico de Estasen, que «a medida que transcurren los días, la figura adquiere su auténtico relieve de hombre sabio, que transformó la Criminología en uno de los más interesantes aspectos de la ciencia aplicada». Así el Dr. Salillas, como su amigo y vecino de habitación, Costa, o como su compañero de bachillerato Cajal, aragoneses todos, fue un ejemplo de inteligencia entregada a la investigación de la vida social, criminológica y penitenciaria. Vinculando especialmente estas dos últimas facetas. Otorgándoles un sentido y porvenir. Su figura es por ello hoy recuperada en Angüés su población de origen. Y la Institución a la que sirvió, la hoy Secretaría General de Instituciones Penitenciarias asimismo le recuerda en piedra, en un edificio penitenciario con significado y ten-

dencia al futuro, un CIS o Centro de Inserción Social, con su nombre en Huesca.

Don José Antón daba en el clavo. Dejó impecablemente por escrito en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales que Salillas fue penitenciario de oficio y criminólogo de afición. Porque hablar de Salillas es referirse a una personalidad científica poliédrica, multidisciplinar, avanzada para su época. Siendo médico, se le ha considerado penólogo, criminólogo, antropólogo, jurista, literato, dramaturgo y político. No obstante, su perfil criminalista, tan fértil, ha sido el más atendido en la ciencia patria y foránea. Sus teorías criminológicas fueron ensalzadas por los más renombrados especialistas del momento en la materia, por entonces de la escuela italiana positivista como Cesare Lombroso, con críticas muy positivas en publicaciones internacionales. Tanta luz desde ese lado, ha causado cierta dificultad para atisbar lo que había más lejos, cierta miopía, llegando algún trabajo incluso a minimizar el otro perfil, penitenciario, que hoy reivindicamos, prácticamente a arrumbarlo, en favor de la faceta criminológica. Cuando hoy se revitaliza la vertiente clínica de la ciencia criminológica y se reafirma la idea tratamental (Cullen y Gilbert, Cullen y Jonson, Herrero Herrero), tras lustros de críticas, los postulados de Salillas resurgen y desvelan su prioridad científica. Entre otras, la raíz mediata del delito que hallaba Salillas en el entorno (García-Pablos) y su posible atención desde la acción tutelar correccional.

Y es que el rescate de la figura de Rafael Salillas y Panzano es, en todo caso, el medio para el mejor conocimiento del presente en el ámbito de la ejecución penal, aun a costa de las ácidas críticas y constantes diatribas que hubo de sufrir en vida y que perduraron por escrito. En 1907, en su espacio especializado de expresión, llegaba a decir: «el hablar de mí no es vanidad, sino exigencia histórica. He sido factor de los acontecimientos, y aún más que serlo me lo han hecho ser mis enemigos, y esto implica decir que estaba sólo, pero además sitiado». Le acompañó así la polémica en multitud de iniciativas que defendió. Su mayor dificultad hubo de encontrarla en la manifiesta enemistad por parte de alguno de los grandes prácticos y expertos en la materia, con responsabilidades determinantes, D. Fernando Cadalso y Manzano, cuyo poso en prisiones se ha percibido durante décadas.

El mismo Salillas previó esta posibilidad, cuando escribía: «Si la vida no fuese tan devoradora y se conservara en alguna biblioteca todo cuanto se escribe, un psicólogo del porvenir –si en el porvenir me exhuman los rebuscadores de curiosidades– tendría materia para hacer el estudio de los diversos cambios de presentación que de mi personalidad han hecho». Y es que, mientras duró la ascendencia de su citado

antagonista Fernando Cadalso, interesó impregnar la imagen de Salillas de un radicalismo inconformista. Y así lo hicieron, todavía a finales del s. XX, funcionarios como Zapatero Sagrado quien señalaba: «seamos sinceros, don Rafael Salillas fue más antropólogo, médico, publicista, criminólogo o político que penitenciario»; o cuando dice: «No era penitenciario. Si lo hubiera sido no hubiera intentado monopolizar el reclutamiento del personal penitenciario, ni suprimir la Junta Superior de Prisiones, ni valerse de sus influencias políticas (...) para la consecución de sus ideas pensadas para etapas no sedimentadas (...), ni enfrentarse con los expertos penitenciarios que acudían a él inteligente y dinámico don Fernando Cadalso»); o científicos como Fernández Rodríguez, cuando entre las conclusiones de su tesis doctoral relativa precisamente a Salillas, afirma: «del estudio de las obras que Salillas dedicó a cuestiones penitenciarias, se deduce que únicamente son fuente de conocimiento de su pensamiento científico-penitenciario: La vida penal en España, Informe al Expediente para preparar la reforma penitenciaria y la Crisis del sistema celular»; o cuando, la misma autora, concluye afirmando que Salillas encuentra «sus justos límites» en la explicación de la evolución penitenciaria, y que de su pensamiento «no puede desprenderse ninguna contribución científica penitenciaria entendiéndola, como tal en sentido estricto, toda aportación nueva de sistemas o métodos en la ejecución de las penas privativas de libertad».

Hoy podemos decir que no advertía la autora la proyección, en este ámbito, de la Escuela de Criminología que nace bajo su inspiración. Ni tampoco la relevancia de sus iniciativas la Comisión ponente para el Consejo Penitenciario con dictámenes como los relativos a la traslación de los presidios norteafricanos; en numerosas consultas al autor desde los organismos públicos, empero, con especial trascendencia, en lo relativo a la filosofía tutelar de tratamiento correccional, vinculada a los medios criminológicos y enfocada a la individualización científica, y más concretamente, en el contenido que lleva su impronta de los Reales Decretos de 22 de abril y 18 de mayo de 1903, de la mano del ministro Eduardo Dato), que dejaron una tremenda conmoción en los penitenciaristas del momento (García Valdés).

II

Unos breves trazos biográficos pudieran bien situar al personaje, al que como ha señalado Téllez Aguilera, todos conocían por Salillas, sin hacer uso de su nombre propio. Los caracteres descriptivos de la

persona pueden rescatarse de lo delineado por Jiménez de Asúa: «Era salillas hombre solitario, de gran fortaleza física, que no usó jamás abrigo. Destaca su optimismo, pues aunque fue un pícnico, no era un melancólico. Vivió soltero y al parecer no tuvo preocupación alguna por las mujeres. Sus necesidades fueron mínimas. Vivió en fondas más que hoteles, sin otros útiles que los indispensables».

Natural del pueblo oscense de Angüés, nace Rafael Salillas y Panzano el 26 de marzo de 1854, hijo de Ramón Salillas, comandante del ejército español, y de María Panzano. Tras la conclusión del bachillerato en Artes en 1869, cursa la carrera de medicina iniciándolos en Zaragoza y concluyéndolos en Madrid. Su salida de Angüés se lleva a cabo bajo la protección de dos personas cuyo apoyo inicial fue fundamental: el Teniente General Antonio Ros de Olano, compañero de su padre, también escritor y poeta, y su también buen amigo y paisano Joaquín Costa.

Ejercerá seguidamente durante algún tiempo como médico en Huesca, hasta que en 1880 ingresa en la entonces Dirección General de Establecimientos Penales, como oficial de quinta, desde donde se comenzará a formar de modo autodidacta. No será hasta 1885, año en el cual se hizo cargo del Negociado de Higiene y Antropología perteneciente al Ministerio de la Gobernación, que había sido creado por el entonces Director general Emilio Nieto, cuando su actividad se centre en torno a la problemática de la delincuencia. En el Negociado surge su primera colaboración con el Dr. Luis Simarro Lacambra, que tuvo como resultado la realización de un proyecto de ley sobre los manicmios judiciales presentado al Congreso por el diputado Manuel Alonso Martínez y que le introducirá en el ambiente criminológico.

En 1886 inició la publicación, en el diario *El Liberal* de Madrid y en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, de una serie de artículos en los que se recoge la problemática penal española de la época en toda su extensión. Su intención era la de ofrecer una visión avezada de la deprimente realidad del sistema penal y penitenciario. La recopilación de estos artículos se hizo en su más trascendente libro de 1888, *La vida penal en España*, obra con la cual se dio a conocer nacional e internacionalmente, recibiendo los elogios más considerados del propio Lombroso desde la Italia positivista. Ello sirvió para situar a Salillas en la primacía nacional dentro del campo antropológico criminal, y aumentar su fama y notoriedad en esa rama con la que, ya en 1887, había sido recibido al incorporarse al Ministerio de Gracia y Justicia. También en 1888 Salillas había logrado, gracias a su creciente reputación, organizar en la Exposición Universal de Barcelona una sección penitenciaria. El año 1888 aportó dos

hechos que vinculan a Rafael Salillas de forma directa e inequívoca al movimiento antropológico criminal, calificándolo como su máximo representante y mayor difusor a nivel nacional: por un lado la conferencia que Salillas impartía en este mismo Ateneo madrileño, el 6 de diciembre, bajo el título de «La antropología en el derecho penal; en la que proclamaba con notoriedad su defensa del positivismo antropológico criminal, a la vez que solicitaba de las instituciones docentes la modernización de sus enseñanzas en un sentido amplio, que recogiese esta actitud del positivismo frente a una disciplina tan inmovilista como el Derecho Penal»; por el otro, como se ha indicado, la publicación de su libro *La Vida Penal*. Aquella obra dejó, sin asomo de dudas, una profunda impronta en los estudiosos del momento y en el futuro de la disciplina científico-penitenciaria. En el contenido y en la forma. En el fondo de la crítica y en el estilo expositivo que reflejó, diáfana, la mirada de gran angular de su autor; su aforística escritura.

Otro logro científico lo fue el cercano en el tiempo Anuario penitenciario de 1888. Siendo ya ministro José Canalejas y Méndez, por virtud de Real Decreto de 21 de octubre de 1889, mandaba publicar el reflejo situacional de las prisiones españolas, con datos del año natural precedente; importante trabajo que junto a los Sres. Valdés y Teruel, que más tarde pasarían a la subsecretaría del Ministerio, elabora y redactara Salillas en seis meses de infatigable labor. Por entonces Auxiliar de la Sección de Penales del Ministerio, Jefe del Negociado de Higiene y Antropología, su sello personal se advierte sin duda en el texto. En el fondo y en la forma. Su prosa es inconfundible. No se cita él mismo, como no aparece firma en aquél excelente trabajo recopilador explicativo de la evolución y situación penitenciarias con vocación reformista, incluida toda la situación de Ceuta y el definitivo Real decreto de aquél año, pero sí hace mención, en el propio Anuario y posteriormente, el propio Salillas, a la labor necesaria del Negociado bajo su responsabilidad, en el trascendente Real decreto de 23 de diciembre de 1889 que «legalizó la situación consuetudinaria de Ceuta», instaurándose un primer sistema progresivo con sustento normativo, algo que también ha pasado casi desapercibido. En palabras posteriores del ministro que refrendaba la norma: «se organiza la colonia penitenciaria de Ceuta no copiando, ni en poco ni en mucho, la preceptiva del sistema progresivo irlandés, sino traduciendo en preceptos legales lo que espontáneamente había ido manifestando la tradición». La otra señal que apunta a Salillas en aquella capaz elaboración histórico-legislativa y estadística viene de la mano del propio Canalejas, cuando afirma: «Con ser uno de los más enérgicos y labo-

riosos obreros de la administración el auxiliar á quien encomendé que confeccionara el Anuario Penitenciario, y me refiero a D. Rafael Salillas, para que conociese el empeño que yo quería poner en la realización de la obra, empecé por mandar á su despacho al impresor, con la orden terminante de que no se retirara sin que le diesen original». Es 1889, pero Salillas ya había sido reconocido dos años antes, en 1887, cuando el ministro Manuel Alonso Martínez le distinguió confiándole la última mano en su Proyecto de Ley de prisiones. Aquél útil e intenso Anuario, en cuanto fue obra de Salillas, no obstante habría de estar, inevitable, en el punto de mira de la postrera crítica de Fernando Cadalso, incluso en 1924, quien entonces minimizaba su aportación, sin atender a la mención de la Revista de las prisiones de 24 de julio de 1899, que el mismo había de dirigir y en las palabras de Eduardo Dato, concluyentes, al respecto: «obra que por muchos conceptos, se puede calificar de excelente y utilísima».

En 1897 formará parte del profesorado que impartiría el curso anual de la Escuela Superior de este Ateneo de Madrid, encargándose del programa sobre Antropología criminal. Volvía aquí a coincidir con Luis Simarro, encargado del tema sobre psicología fisiológica, con quien mantendrá, a partir de este momento, una relación continuada a través de la cátedra de Giner de los Ríos, primero, y de la Escuela de criminología, después.

La actividad renovadora de Salillas estuvo presente y mantuvo su crédito bajo ministerios de distinto signo político, primando en mayor medida el factor y el prestigio personales. El político cambiaba y el técnico permanecía. Al respecto el protagonista afirmaba: «No es de extrañar que los que ya hemos visto la no interrumpida procesión de los cambios, y hemos recibido y despedido muchos Ministros, muchos Subsecretarios y muchos Directores generales, veamos sucederse las cosas con alguna filosofía». Conocedor de la historia, de los cambios acaecidos en Prisiones, provenientes de gobiernos dispares que dificultaban la necesaria continuidad y desnaturalizaron las más iniciativas valiosas, su cercanía a los altos cargos y ministros de distinto signo se nos parece hoy una estrategia de continuidad y de búsqueda inteligente de un futuro posible. Su nombramiento, más tarde, como Secretario del Consejo Penitenciario, rodeado de especialistas y políticos insignes le permitirá poner en práctica sus ideas.

La difusión de sus iniciativas le importaba, por ello, sobremanera. Son los años de la reforma y de su integración en el discurso oficial, institucional. Así, el ministro Joaquín Sánchez de Toca, por medio de Real Orden firmada en 24 de mayo de 1904, autorizaba la publicación de la Revista Penitenciaria como órgano de difusión de las iniciativas

del Consejo Penitenciario, y hacía referencia a la idea de «fomentar y mantener el espíritu favorable a la reforma». Consejo penitenciario que, desde el Ministerio de Gracia y Justicia, tenía por funciones, según su exposición motivadora, preparar y presentar reformas fundamentales de ley y fijar «la directiva capital que ha de presidir á la administración y gobierno en ramo de tanta trascendencia». Se encargará, con tesón, Salillas desde entonces de la redacción y publicación de tal órgano difusor de las actividades con futuro. Participa así, además, en las diversas comisiones que enfrentan las determinantes del momento. Asimismo es invitado en representación de la Dirección General de Establecimientos Penales para el Congreso Internacional de San Petersburgo en 1890. Al Congreso de Valencia de 1909 no acude ya Salillas, pero sí Díaz Sánchez, quien defiende más tarde las posiciones del maestro, tomando como referencia el Congreso de Washington que, en algunas cuestiones, había mantenido deliberaciones similares a sus planteamientos, sirviendo, a modo de ejemplo, su opinión contraria a la pena de muerte, o contra la asexualización.

III

Desde un punto de vista jurídico-penal, la sentencia indeterminada y su puesta en práctica como condena indeterminada se había convertido en el sueño inalcanzable de Salillas. Se preconizaba en Congresos como los de Cincinnati de 1870, o Estocolmo en 1878, impulsando la individualización en el tratamiento de los penados (Rothman). Conocía, asimismo, la idea surgida del modelo de Reformatorio de Elmira, cinco años posterior, y dado a conocer en España por su admirado Dorado Montero. Cuando tenga la posibilidad de impulsarla en la Reforma penal no lo dudará en los proyectos firmados por Villaverde y Ugarte.

Es por ello que entre las materias concretas penitenciarias con protagonismo de Rafael Salillas y que serán objeto de disputa científica desde entonces, cabe señalar como la de mayor trascendencia la relativa a los sistemas penitenciarios, esto es la orientación que había de tomar la ejecución penitenciaria que apuntaba, en su criterio, hacia la prevención especial más flexible. Y desde ahí normativamente surgiría la pugna entre los designios del Decreto de 1901 *versus* los del de 1903. Dicha terminante bifurcación ideológica, acompañada de la distancia personal con Fernando Cadalso, se conforma, especialmente, tras la promulgación del Real decreto de 18 de mayo de 1903. Hay un antes y un después de aquél en la discrepancia futura entre

ambos adversarios científico-penitenciarios. Es el auténtico y definitivo punto de inflexión.

Aquella norma flexibilizaba el sistema progresivo de cumplimiento de condenas, e introdujo una ideología tutelar correccional que vino a enfrentarse a una inercia imparable. Dicho régimen progresivo se había instaurado en nuestra legislación, al fin, tan sólo dos años antes con el Real decreto de 3 de junio de 1901, de la mano de Fernando Cadalso. La fractura que supuso entonces la normativa de 1903, le vinculaba. Dicha divergencia es conocida en la profesión, si bien minoritariamente atendida en la bibliografía histórico-penitenciaria. Únicamente se percibe y se trata expresamente, mucho tiempo después, en el número de marzo de 1954 de la Revista de Estudios Penitenciarios, con motivo del centenario del nacimiento de Salillas. Una perspectiva clara de tal divergencia en un párrafo de reconocimiento que expresaba el Dr. Eduardo Martínez, como sigue: «En su tiempo existían dos tendencias dentro del área de las soluciones al llamado problema penitenciario: una tendencia simplemente regimental, capaz del fecundo parto de unas nuevas ordenanzas de los presidios españoles, básicamente práctica, de rastrillos adentro, a tenor de la cual iban algunos penólogos espigando en el campo propio y en el ajeno sus conclusiones, y otra tendencia esencialmente científica, de profundo análisis del delincuente, del delito y de su terapéutica penitenciaria, y era la que encarnaba el pensamiento de Salillas, adelantado del progreso penitenciario».

Y es que el régimen progresivo había venido a ser, tras su plasmación en el Real Decreto de 3 de junio de 1901, en sus vertientes teórica y práctica, el resultado de un largo proceso. Se consagraba este régimen penitenciario, como señalara Bueno Arús, «*con cautelas, pero con más decisión que el R.D. de 23 de diciembre de 1889*». Ya no se trataba de salvar una situación puntual, localista, sino de implantar todo un sistema. Y es el momento de Fernando Cadalso, de su autoridad y del reflejo normativo de su iniciativa, que recuerda posteriormente en su «Instituciones penitenciarias y similares». Salillas, por su parte, lo llegaba irónicamente a conceptuar como «el sistema progresivo casero», pero no cabe duda que la norma de 1901 traía muchas esperanzas y tuvo sus partidarios, que apoyaron tal disposición en los años en que, en los círculos académicos, se empezaba a vivir el fervor tutelar.

En el procedimiento progresivo implantado en 1901, cabía, según disponía su Exposición de motivos, «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 prudentiales 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 fin de su condena». Según la disección normativa, el régimen progresivo implantado se dividía, en virtud del artículo 3.º, en los cuatro periodos 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 periodos, y el artículo 9.º vendría a regular el trascendente procedimiento de la progresión entre los mismos.

El Real Decreto de 1903 introdujo un vuelco frente al diseño citado: la ideología tutelar correccional y la individualización eran su espíritu rector; y, con ello aparecía una terminología diversa, adelantada al tiempo, apuntando los elementos claves de la reforma en los primeros preceptos de la norma que impulsaba la participación de la ciencia criminológica y otras de la conducta en la observación, el conocimiento y en el tratamiento posterior del penado. El mismo Salillas señaló que su fin no era otro «que preceptuar el estudio del hombre en toda su vida penal». Bastan tres artículos (1.º, 2.º y 6.º) para percibir la profunda transformación y su trascendencia futura. Así, se establecía en el artículo 1.º: «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». El artículo 2.º establecía las reglas como sigue: «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». El artículo 6.º añadía: «El sistema á que se refiere el artículo anterior (en referencia al militarizado de la Ordenanza de 1834), 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». Entre los defensores de la norma salillista, Díaz Sánchez resaltó la capacidad de la Administración

penitenciaria para «registrar escrupulosamente las concepciones de los penados. ¿No es este el fin primordial perseguido por el perspicaz Sr. Dato en el R.D. de tutela de 1903?».

La obra y diseño de Salillas plasmados en el Decreto de ideología tutelar de 1903 en, muy posterior y feliz expresión de Rico de Estasen, significaba una «síntesis de sus humanitarios afanes», cuando vino a resaltar que «se trata, según opinión de sus biógrafos, de una de las contadas disposiciones, que enraizando su preámbulo con el pasado, afirman lo accidental y formulista de articulado en el presente, para proyectar el jugo de su íntima sustancia en el futuro». El propio Director de la prisión escuela de Madrid rescató el nombre de Salillas para otra interpretación, que rememoraba la figura de Montesinos, objeto de su propio trabajo de 1948, dotando incluso de mayor relevancia al mismo.

La libertad condicional que cerraba el sistema progresivo de 1913 un año más tarde, encuentra otro precedente innovador en Salillas. Es cierto que el impulso decisivo para la implantación legal de tal institución extramuros en la península procede de su principal antagonista Fernando Cadalso y de Federico Castejón, plasmada en la definitiva Ley de 23 de julio de 1914, que incluía por la vía reglamentaria el sistema progresivo del decreto cadalsiano de 1901. No obstante, aun desatendida por muchos, la primera aproximación real normativa en nuestro país a esta institución vino de la mano del propio Salillas, con el diseño y la redacción del Real decreto de 22 de octubre de 1906, que articulaba la institución de la concesión de residencia, planteada por el propio Salillas a Álvaro de Figueroa como una de las soluciones provisionales, y que será finalmente impulsada por el Ministro de Gracia y Justicia Armada Losada, y firmada el día 25 de abril de 1907. La exposición de motivos de la citada norma incluía lo que sigue: «Al trasladar á la península los condenados que sufren condena en los presidios de Melilla y Ceuta, sólo han de quedar en estas plazas, conforme al Real decreto de 22 de octubre de 1906, los que obtengan concesión de residencia, forma de libertad condicional que amplía y mejora la de circulación libre, concedida por Real decreto de 23 de Diciembre de 1889. En la gradación de las penas, la libertad condicional, recompensando anterior buena conducta del penado, le prepara para la futura plena libertad». Y esta influencia, que significaba una inercia en la implantación de la institución, se dejará notar en las primeras disposiciones que, tras la publicación de la Ley por Real decreto de 2 de agosto de 1914, firmado por González de Castejón, y mediante el Reglamento que suscribe Dato en 16 de septiembre de 1914, regulan tal modalidad de vida penitenciaria precisamente para los pena-

dos, libertos, procedentes de Ceuta, pues no será hasta el Real decreto de 28 de octubre de 1914, cuando se regula específicamente lo relativo a los penados de la península.

En el punto álgido de su influencia, en 1906, Salillas es nombrado Director de la Prisión Celular de Madrid (conocida también como la Cárcel modelo que se ubicaba en Moncloa, donde hoy se encuentra el edificio del Ministerio del Aire), haciendo todo lo posible para poner en la práctica un sistema humanitarista e individualizador basado en tres presupuestos: Una disciplina educadora, que prohibía los rigores estériles, estableciendo en lo posible lazos de cordialidad entre funcionarios y presos; de otra parte, en terminología de Rico de Estasen, una disciplina ordenancista, con base en lo realizado por el Coronel Montesinos en el presidio correccional de Valencia en 1835; y por último, disciplina paternal: a similitud de lo hecho por Obermaier en Munich, basada en el refuerzo positivo y en la bondad prudentemente administrada. No obstante, su etapa de Director no tuvo para él los logros esperados. Le faltaron tiempo y el apoyo de colaboradores en su diseño que se identificasen con el mismo, pero el resultado de su acción tanto como Director de la Prisión Celular como de Director de la Escuela de Criminología que abría sus puertas ese mismo año de 1906 en el mismo edificio, dejaría una semilla importante. Su sistema de mejorar la alimentación de los presos, así como su higiene y su vestido, acabarán imponiéndose en toda España. El régimen penitenciario a partir de 1909 se transformó para hacerse más humano y científico, y la Administración penitenciaria empezaría a seleccionar a los funcionarios mediante oposición y cursos en la Escuela de Criminología de la que me ocuparé más tarde.

Salillas es renovador, y por ello incómodo a las dinámicas administrativas asentadas, opacas, escasamente maleables. No sólo sus ideas pretendían anticipar un futuro; también la terminología empleada por el mismo resurgirá tiempo después. En el Congreso de Zaragoza, en su Cuarta Sección dedicada a las ciencias sociales, de la que era Vicepresidente, presentaba su trabajo «Sentido y tendencia de las últimas reformas en Criminología», publicado en 1908, hacía mención al Sexto Congreso internacional de Antropología Criminal, cuyas conclusiones 5.^a y 13.^a, apuntalaban sus postulados criminológicos. En ambas se propugnaba que el tratamiento de los jóvenes delincuentes había de ser el prototipo del de los adultos. En sus palabras: «He aquí un acuerdo de trascendental significación en las orientaciones de la moderna criminología». Y es que su concepto rector pasa por reforzar el régimen de individualización y afirmando: «todo tratamiento deberá

ser comenzado y dominado por un servicio especial de observación psicológica con descripción sistemática».

Así, también señalaba ya, a modo de ejemplo, en el mismo año, el concepto y la autonomía del Derecho penitenciario, en referencia a las nuevas prácticas que advertía en otras legislaciones, un cuarto de siglo antes de explicitar ese término D'Aniello o Novelli en Italia, en referencia al remanente administrativo que quedaría tras la evolución del Derecho penal, como sigue: «en lo concerniente á 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 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 Salillas penólogo se advierte especialmente en dos oportunidades de reformar la Ley penal, esto es, en dos proyectos de Código Penal: una primera, cuando Raimundo Fernández Villaverde, político avezado e ilustre, le encargaba la formación de un Proyecto de Código penal en el año 1891. Villaverde, aun desde el punto de vista de un político conservador, ya hablaba en sus conferencias de ideas modernas en materia penal, procedentes en gran parte del propio Salillas. En una segunda ocasión, unos años más tarde, en 1905, también el ministro de Gracia y Justicia, Javier de Ugarte, pretendió modificar la legislación penal sin poderlo llevar a cabo por la crisis de Gobierno de Azcárraga. No obstante, en 1908, el propio Ugarte publicaría en su libro «Las Reformas de la Administración de Justicia», literalmente, las propuestas de reforma de Salillas. La más importante de sus aportaciones (aparte de criticar las modalidades punitivas existentes hasta el momento como la distinción entre penas aflictivas y correccionales, el nombre de presidios o indicar la necesaria desaparición de las penas de relegación y confinamiento), fue que la pena había de ser indeterminada resultando las determinaciones posteriores a la aplicación de las normas penitenciarias. Pero además, se preconizaba la sustitución de las penas y que las de arresto pudieran ser conmutadas por los Tribunales con penas de trabajo vecinal. El trabajo de los penados al aire libre sería otra de las propuestas de interés.

Otra de sus grandes iniciativas instauración de la insigne Escuela de Criminología. Preclara institución, señalada fuera de nuestras fronteras, supone el eslabón de natural enlace entre la faceta criminológica y el ámbito penitenciario, la columna vertebral del pensamiento trans-

formador de Salillas, su máxima ilusión y sus últimas energías. En el momento de su muerte aún ostentaba el cargo de Director de «su» Escuela. Así, se seguía la senda labrada por una histórica primera iniciativa de acción formativa en 1845 en el presidio modelo en el antiguo convento de San Vicente de Paúl (en la calle del Barquillo), donde se pretendía situar un presidio para que sirviera de modelo a los demás del reino y como escuela práctica para los empleados de prisiones. Aquella iniciativa fallida sería seguida tiempo después por el Laboratorio o Seminario de Criminología creado por Giner de los Ríos, que en 1899 se organizaba en la Universidad Central, y era dirigido durante dos años por el propio Rafael Salillas, como principal antecedente de la Escuela de Criminología. Entre su profesorado se contaba con Giner de los Ríos, Luis Simarro, Constancio Bernaldo de Quirós y el propio Salillas.

La Escuela, fundada por Real Decreto de 12 de marzo de 1903, ubicada en las dependencias de la Cárcel Modelo de Madrid, se convertía, desde su tardía puesta en funcionamiento en 1906 y desde su nombramiento como Director de la misma en 20 de enero de aquel año, en el estandarte de su iniciativa basada en el principio y compromiso reconocido en el Coronel Manuel Montesinos y Molina de que el personal lo es todo y la regla secundaria. Lo que subyacía como señaló en su momento uno de sus alumnos, Rico de Estasen, era la semilla y estudio del proceso individualizador en prisiones, esto es, «lo que la insigne pensadora Concepción Arenal difundió en sus libros; la sistematización científica de los preceptos geniales puestos en práctica por el Coronel Montesinos en el presidio de San Agustín de Valencia». Y, por representar el pilar que sustentara toda una nueva concepción de la ejecución penal, en el objeto de las críticas personalizadas del momento. Así la definía un doliente Salillas, frente a las detracciones que ya desde el Expediente de 1904 desplegaban su principal oponente Fernando Cadalso y sus incondicionales, como sigue: «Mi castillo roquero, la personal antipatía contra mí, la torre de todos los vientos desatados, la cúpula de todas las tronadas, lo fue, lo es y lo será una pequeña escuela, la Escuela de Criminología. Cuando se decretó le negaron vida; cuando se constituyó, le negaron la casa; cuando tuvo casa, le negaron las consignaciones; cuando tuvo consignaciones, soplaron fuerte para aventar los materiales de las obras; cuando todo estuvo hecho, le negaron el concurso y procuraron fomentar la huelga; cuando los aspirantes acudieron, le negaron confianza, le negaron eficacia; cuando fue eficaz el hecho, les negaron la posesión; cuando tuvieron la posesión, la enconada lucha quiso acudir en el asedio á cortar las provisiones; cuando fue insuficiente

tanto encono, negaron la realidad, y en el fracaso negativo de lo pasado y lo presente, se concentraron en negar lo porvenir». Concluía, no obstante, el maestro Salillas, con estas palabras visionarias: «La Escuela de Criminología tal vez sea una conquista anticipada, pero es una conquista de los tiempos. Es algo delante de los que vivimos tan atrás». Y ello fue así, pues ninguna otra Escuela con ese perfil se había diseñado hasta entonces. Entre los materiales a disposición de los estudiantes que podían hallarse en el museo-biblioteca de la Escuela se conservaban, a modo de ejemplo, numerosas fotografías y fichas dactiloscópicas de asesinos de renombre, así como maquetas de centros penitenciarios para el estudio de la arquitectura penitenciaria o, también, el modelo panóptico para el estudio del concepto de la vigilancia total. Su funcionamiento en los últimos años de vida de Salillas encontraría no obstante todas las dificultades presupuestarias y técnicas.

Fernando Cadalso es su principal escollo y oponente. Se enfrenta a ese diseño organizativo apartado de lo tradicional. Busca el corazón regimental, la administración organizada, y por ello desapruaba la falta de impartición en la Escuela de asignaturas como el Derecho Administrativo, etc., presentándolas como «las más necesarias para esta clase de servicios (...), que son más apropiados y de mayor importancia en los establecimientos». No obstante, al respecto de la Escuela hay un Cadalso liviano en Instituciones penitenciarias, más cuidadoso en su censura a la dirección que todavía ostenta Salillas, que difiere mucho del que se expresa en el Congreso penitenciario de Valencia de 1909, cuando aún no forma parte del profesorado; y, últimamente, en su obra «La Actuación del Directorio», ya desaparecido su antagonista, donde se diluye cualquier tibieza anterior. Tras promocionar el cierre de la Escuela en Valencia, en 1922 sólo aludía a «la necesidad de aumentar el número de los que han de enseñar, de ampliar los locales y de reorganizar el plan de estudios y consiguientemente el régimen interno de la institución», pero no hablaba aún de la reglamentación desactivadora y del cierre, si no se llevaba a cabo, que exigía, ineludiblemente, en 1924. En cuanto a la dirección de la misma, afirmó que aquella nunca tuvo reglamento, «se rigió siempre por el criterio del Director, que en esta materia como en otras muchas fué poco afortunado, según evidenciaron con su fuerza incontrastable los hechos y según tuvimos la lealtad de decírselo repetidas veces, de sostenerlo en discusiones y en actos de Juntas y de consignarlo en nuestros libros, en tanto que se halló encargado del Centro docente». Concluye el autor expresando un devenir, como sigue: «la experiencia nos enseña y la conciencia nos dice que la Escuela debe reorganizarse

o suprimirse, y así lo proponemos a quien tiene facultades para hacer lo uno o lo otro». Desde la dirección de la Escuela, que asume el propio Cadalso tras la muerte de Salillas en 1923, aquella resolución se precipitaría.

Ya la propia Exposición motivadora del Real decreto de 12 de marzo, en un ejemplo de pragmatismo inteligente, había dejado entrever las dificultades que podrían oponerse a la vida de la institución en estos términos: «(...) Si se tiene fe en que las ideas, por su propia virtualidad, son poderosas para transformar el mundo, como muchas veces se ha dicho, no puede regirse de modo alguno todo aquello que conduzca á encarnar las ideas de renovación en agentes propagadores. De aquí la eficacia de lo educativo y la necesidad de un organismo educador, en lo que se funda la reiteración de la propuesta iniciada en 1844, trazada en 1889 y desenvuelta en preceptos y en intenciones ahora mismo, con la esperanza de obtener resultados fructíferos (...). Aun premiando la implantación de esta reforma, en cuya virtualidad se fundan tan legítimas esperanzas, no puede tener efectividad mientras los presupuestos generales del Estado no autoricen las asignaciones necesarias para desenvolverla, y para que esto ocurra es indispensable que se conozca con antelación y en toda su integridad el pensamiento que preside á la reorganización de los servicios penitenciarios, á lo que obedece el siguiente proyecto de decreto creando la Escuela Especial de Criminología...».

La tibia presentación que se le hace al Salillas homenajeado en la Escuela y en la Revista de Estudios Penitenciarios en el número de 1954, no oculta la visión del régimen franquista respecto de la ideología y del concepto social del maestro. El órgano propagandístico que supuso la citada revista, recogió para tal ocasión opiniones que, aun en el homenaje, de soslayo o directamente, hicieron crítica mención a las ideas progresistas de Salillas, en frases como la que sigue: «don Rafael Salillas constituyó una preclara personalidad oscense, que no olvidó nunca sus lares. Por ello, Huesca debe recordar que, aparte sus errores políticos, el doctor Salillas tuvo siempre en su pensamiento un gran amor al desvalido y a su tierra». Otra nota característica de que las corrientes ideológicas imperantes tras Cadalso y Cuello Calón no dejaron muchas oportunidades al reconocimiento del pensamiento y figura de Salillas, es que hasta casi cumplidos los tres cuartos del siglo xx, no se exhibía un retrato de Salillas en la Escuela, y ello pudo llevarse a cabo únicamente gracias al recuerdo de Rico de Estasen y desde que fuera Director General de Instituciones Penitenciarias, don Jesús González Yerro.

El penal del Dueso y la traslación de penados para la colonización interna, ha sido, en la historia penitenciaria española, otro de los reve-ses por lo que no pudo ser. La traslación de los miles de penados resi-dentes en Ceuta se convertía en una medida de urgencia. Sánchez de Toca es el nuevo ministro que promueve la publicación en 1904 del Expediente general para la reforma penitenciaria y el que Funda el Consejo Penitenciario, nombrando a Salillas consejero y el resto de los miembros a éste Secretario General. En lo relativo a la coloniza-ción externa versus colonización agrícola o interior, Salillas defenderá sus posturas ante las de su opositor, Cadalso, plasmadas en el Expe-diente para la reforma, acudiendo para ello a la autoridad de lo dis-puesto por el Consejo Penitenciario y de sus ilustres intervinientes, en contra de la colonización externa y en favor de las iniciativas salillistas, como era la traslación al Dueso.

La idea de la colonización interior o agrícola, como una actividad abierta entronca asimismo con la actualidad, con el impulso a los sis-temas abiertos y a la externalización de la actividad laboral peniten-ciaria. El desarrollo de la Colonia penitenciaria de Santoña se iba por ello a convertir en otro de los entusiasmos de Salillas. Éste apadrinaba la solución de tal colonización interna. El Dueso impulsaba, por ello, una nueva dirección; y el trabajo de la tierra al aire libre, en palabras de Castejón, «*en un país como el nuestro, eminentemente agrícola*», resultaba una experiencia frustrada tan sólo unos años más tarde, frenándose una dinámica que «habría contribuido poderosísimamente á la solución del pavoroso problema de nuestra reforma penitenciaria».

Las críticas no tardarían en llegar, antes incluso de iniciarse el diseño y la organización. Pero Salillas ha sido un pilar estable, influ-yente, que ve pasar y cesar ministros y directores generales y no se abate fácilmente. A ellos pretende otorgar los méritos o al menos la autoridad institucional que le refuerza, si no la iniciativa en cuestiones discutidas como la traslación de los presidios norteafricanos. En enero de 1908, concluye Salillas el artículo que, para el último número que terminó siendo de la Revista Penitenciaria, recogía sus avatares en el Consejo Penitenciario y los cargos que en los recientes años le habían sido otorgados. La principal cuestión que el ya Director de la Escuela de Criminología trata en este extenso trabajo, es la relativa a la tras-lación de los presidios del norte de África. La urgencia de la medida a adoptar exigió, en cualquier caso, otra localización. El Consejo pen-itenciario, moderadamente controlado por Salillas, tomaba aquella decisión. Y en la Escuela de Criminología tuvieron lugar reuniones de relevancia, como las que llevaron a cabo Lorenzo de la Tejera y Rafael Salillas organizando los Planos y el proyecto de la penitenciaría de

Santoña. Salillas se referirá más tarde a la inteligencia de La Tejera a la hora de plasmar una idea de interés que parecía también anticiparse al tiempo en relación con el concepto de centro Tipo, polivalente, actual: «el proyecto consiste en haber conciliado la preceptiva celular con la expansión al aire libre. Es una penitenciaría agrupada simétricamente como una población, con espaciosas calles y plazas. Es una combinación, no solamente original, sino compatible con todas las exigencias expansivas de la higiene».

El definitivo traslado de los penados de los presidios norteafricanos al Penal del Dueso, se dilucida en reunión matinal que mantiene Salillas con el entonces recién llegado Ministro de Gracia y Justicia, Conde de Romanones, el día 21 de julio de 1906. Dos días más tarde, Salillas se dirigía a inspeccionar Santoña, telegrafando al ministro «con la afirmativa de que habría posible solución, para trasladar los Presidios de África a Santoña». El mismo autor nos reconduce al tipo de prisión que deseaba ver implantado con estos términos: «Me identifico con toda la corriente penitenciaria moderna, que se acoge á la fórmula del trabajo al aire libre, y el Dueso me impresionó favorablemente por esa circunstancia. Es un sitio aislado, expansivo y seguro: seguro sin necesidad de murallas». Argumentaba a su favor, asimismo, las opiniones de Griffiths y Concepción Arenal de la mejor ubicación de una prisión. Incluso justifica tal elección atendiendo a las bondades que prefiere del sistema progresivo. No obstante, Salillas pretendía escapar de lo que podría entenderse una opción personalista, habida cuenta de las críticas que de mano, por ejemplo, de Cadalso, ya había recibido, justificando tal opción en el Proyecto de Ley de Colonias penitenciarias agrícolas que el día 26 de febrero de 1906 se había presentado al Senado por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Manuel García Prieto, articulando la ponencia que el 15 de julio de 1904 Moret llevó a cabo ante el Consejo Penitenciario, abordando los dos aspectos que interesaban, el penitenciario y el de repoblación del territorio. En suma, Salillas explicaba que «la traslación de los Presidios de África fue entendida, no como un trasiego, sino como una cuestión penitenciaria planteada íntegramente». El mismo reconoce, en cualquier caso, su paternidad en aquella solución traslativa, su responsabilidad y su defensa de la misma frente a la oposición de Cadalso y otros. En sus términos: «Yo manifesté la indicación del Dueso como una solución posible; yo mantuve la solución del Dueso después de visitarlo; yo renové la tendencia; yo reiteré firmemente ese criterio contra un criterio opuesto; yo señalé todas las orientaciones favorables en el orden penitenciario y en el económico; yo colaboré asiduamente con mis medios; yo contribuí á anular las oposiciones y a

vencer los obstáculos». Cadalso no cesaría en su invectiva contra esta posibilidad.

La Revista penitenciaria se convierte en el medio transmisor de las iniciativas de Salillas. La misma resultó un instrumento utilísimo de difusión de la ciencia penitenciaria patria y de interés foráneo, que podía atestiguar Francisco Lastres, quien mantenía continuado vínculo con Francia para el envío de los números. Terminaba de publicarse, no obstante, en su tomo quinto, en su número de 1908. Y las razones apuntan al desánimo y a la censura que recibe Salillas, casi su único sostenedor y redactor, en reunión del Consejo Penitenciario de 9 de mayo de 1908, así como al torcido interés de sus opositores y superiores jerárquicos. Las críticas proceden del Director General Rendueles, ya muy influenciado por el Inspector General, Cadalso, cuando pretende «señalar una queja respecto á ciertas publicaciones que han aparecido en los números de la Revista Penitenciaria correspondientes al presente año», haciendo referencia implícita al número primero, que incluía el artículo referido al Año penitenciario de 1907, y servía de alegato personal de Salillas «tras veintiocho años de activa intervención en las cuestiones penitenciarias». El propio Salillas (cuyo ímprobo compromiso había sido el de redactar sesenta y cinco hojas mensuales para la revista, ya firmándolas con su nombre, ya con pseudónimos como el de Cristóbal Cerdán de Sandoval, o el de Mateo Tedesco, entre otros), defendería su trabajo escrito ante el Consejo aquél día de mayo.

Conforme pasa el tiempo mayor es el contenido de la discrepancia de Cadalso respecto de la obra y pensamiento de Salillas. Se anquilosa su criterio y se buscan, por su parte, nuevas motivaciones para la divergencia, por cuanto si en el origen las desavenencias entre ambos se conducían a puntuales cuestiones, tanto en su obra escrita de 1922 como en la de 1924, Cadalso ofrece otras muchas razones para el disenso; que, a nuestra vista, surgen innecesarias, resentidas. Desarticular las aportaciones de Salillas al estudio de la evolución penitenciaria parece la consigna. Y esto se ha dejado notar en el desconocimiento de algunas cuestiones por la doctrina penitenciaria posterior. El vacío institucional que, desde la desaparición de Salillas y especialmente a partir de reafirmarse la influencia de Cadalso, en posteriores decenios se hizo de la obra penitenciaria salillista, colaboró a tomar como referencias fundamentales las que ofrecía el gran especialista Cadalso, cuyas publicaciones, mucho más sistemáticas para el estudio de la disciplina, sí fueron objeto de atención y reconocimiento posterior continuado. Consecuencia trascendente de ello es el ya aludido desconocimiento mostrado por numerosos autores de los principios

individualizadores del Decreto salillista de 1903. Cadalso había minimizado su relevancia, arrinconándolo, como asimismo hiciera con el de 1913, en cuanto se separara del de 1901, de su creación, y lo hacía así cuando concluía, como ejemplo, al respecto en su obra más rotunda y sintética: «En 18 de Marzo de 1903, se promulgó un nuevo Real decreto tan sobrado de palabras como carente de ideas, aparte la capital, que en realidad fué la única, de combatir el anterior. Consta de 47 artículos y no tuvo ninguna eficacia. Se le llamó de tutela y de reforma, y ni tuteló ni reformó».

IV

Ante tal capacidad de acción y tantas iniciativas valiosas, solo cabe concluir con el asombro, pues semejante bagaje científico y profesional como penólogo o penitenciario, bastaría para acreditar suficientemente una presentación pública de su obra. Pero Salillas brilló de igual manera, como se ha dicho al inicio, en otras facetas adyacentes y más reconocidas. Gastó no obstante su energía profesional en recalcar el consenso institucional surgido hacia sus iniciativas. El Consejo penitenciario fue su aval. Mantuvo éste en la persona de su secretario un espíritu rector, un impulsor de iniciativas que buscaba, con convicción ilustrada y con pasión, la aquiescencia personalizada en ministros y directores generales, el refrendo ante el trabajo bien pensado y el fin modernizador. Su bagaje era la entrevista continuada, el frecuente contacto intelectual y el duro trabajo diario. Su reconocimiento descansó, desde sus inicios, en su infatigable labor puertas adentro, no en su académico balance. Canalejas dibujó expresamente al Salillas de entonces, aplicado y diligente.

El genio de Salillas trascendía los muros de la prisión teórica planteada por penitenciaros teórico-prácticos como Cadalso. Y ello se vino a plasmar y percibir como en ninguna otra época en la redacción legal, dejando aquella su impronta en el estilo de la norma renovadora de 1903. Tal determinación personal e implicación reformadora solamente será advertida tres cuartos de siglo más tarde en la persona y actividad de Carlos García Valdés, ya como Director General de Instituciones Penitenciarias.

La obra y pensamiento de Salillas ha permanecido así latente en cuantas polémicas han tenido lugar en el entorno penitenciario, pues su enfoque abarcó cada parcela relevante del sistema. Y hasta hoy en día. Desde un punto de vista penal y penitenciario, la controversia y las críticas científicas surgidas en el año 2003, con la promulgación

de la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, no suponen algo novedoso. Se trata solamente de nuevos modos de asistir a una vieja polémica. Y es que hoy sigue vigente la pretérita e imperecedera controversia entre seguridad y el impulso de la autorresponsabilidad; entre la inacción y la intervención. Es la pugna constante entre aquellas dos ideas, dos visiones, dos direcciones de futuro, que ha revivido en los últimos años al albur de la importación de modelos segregativos, incapacitadores, que en el entorno jurídico penal se han venido a localizar en el llamado derecho penal del enemigo o, si se quiere, derecho penitenciario del enemigo. En otros términos, flexibilidad *versus* estabilidad regimental. Porque no basta con la utilidad del sistema, hace falta también su inteligencia. La capacidad de adaptación del individuo al mismo y su favorable efecto inverso. La salida razonable ha de llegar por esa maleabilidad penitenciaria que preconizaba Salillas. Actualmente, instrumentos como el principio de flexibilidad, volvían a salvar los rigores de la ley penal y su derivación penitenciaria; y permanecen como la positiva herencia del pensamiento de un Rafael Salillas que admitía aquella permeabilidad, la capacidad de adaptación del sistema a las características individuales de los internos.

Si el modelo de la Ley Penitenciaria ha podido interpretarse, acertadamente, como casi revolucionario desde una perspectiva histórica, ¿qué calificativo quedaría para la iniciativa tutelar tratamental Salillista en el momento en que se planteaba? El modelo que adoptó el legislador de 1979 recuperó los mimbres salillistas y cadalsianos, y el que prevea una reformada y futura Ley penitenciaria habrá de seguir similares parámetros, desde la diversidad como signo propio del penitenciarismo hispano, pero en la esperanza de mantener los sólidos pilares que, surgidos entonces con las ideas del protagonista de esta conferencia, hayan de soportar los embates de la inocuización y la incapacitación selectiva, o las propuestas de cadena perpetua, o permanente revisable, que parecen hoy cernirse sobre nuestra órbita cultural.

BIBLIOGRAFÍA ELEMENTAL

- ANTÓN ONECA, J.: «Don Rafael Salillas», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVII, Fascículo II, mayo-agosto, 1974.
- CADALSO, F.: *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922.

- *La actuación del directorio militar en el ramo de prisiones*. Alcalá de Henares, Madrid, 1924
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*. Parte general I, Introducción. 6.^a ed., Madrid, 2004.
- CULLEN, F. T. / GILBERT, K. E.: *Reaffirming Rehabilitation*. 2.^a ed. Amsterdam, 2013.
- CULLEN, F. T. / JONSON, C. L.: *Correctional Theory. Context and Consequences*. London, 2012.
- DE RODY, A.: «El carácter, la devoción y el patriotismo del gran penólogo don Rafael Salillas», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 111, julio-agosto 1954.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario Administrativo y Estadístico*. Año natural de 1888. Madrid, 1889
- DORADO MONTERO, P.: «Sobre el último libro de Salillas y la teoría criminológica de este autor», en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 47 (94), año 1898.
- *Los peritos médicos y la justicia criminal*. Madrid, 1905.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a D.: *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*. Santiago de Compostela, 1976.
- FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo español*. Madrid, 2000.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Tratado de Criminología (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen)*. 2.^a ed. Valencia, 1999.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*. Madrid, 1991.
- *Del presidio a la prisión modular*. 3.^a ed. Reimpresión, Madrid, 2009.
- HERRERO HERRERO, C.: *Tratado de Criminología*. Madrid, 2013.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, Buenos Aires, 1964.
- MIRANDA, M. J.: «Rafael Salillas, padre de la criminología social en España». Estudio introductorio a Salillas, R.: *El delincuente español: Hampa y lenguaje*. Mod. Ed. Madrid, 2004.
- RICO DE ESTASEN, J.: «Un libro de D. Rafael Salillas», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Núm. 37, abril 1948.
- ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la prisión en España*. Barcelona, 1988.
- ROTHMAN, D. J.: *Conscience and Convenience: The Asylum and Its Alternatives in Progressive America (New Lines in Criminology)*, Boston, 1980.
- SÁINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho penal: Parte general*. Barcelona, 1979.
- SALILLAS, R.: *La vida penal en España*. Madrid, 1888.
- «Caracteres de los delincuentes según el licenciado Chaves (siglo XVI)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año cuadragésimo. Tomo 81. Madrid, 1892.

- «Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria», conferencia leída en el Ateneo de Madrid, en *Salillas/Azcárate/Sánchez Moguel: Doña Concepción Arenal y sus obras*. Madrid, 1894.
- «Informe del negociado de sanidad penitenciaria», en *Dirección General de Prisiones: Expediente general para preparar la reforma penitenciaria*. Madrid, 1904.
- «La Cárcel de Sevilla en 1597», en *Revista Penitenciaria*, Tomo II, 1905.
- *Memoria leída en la Sesión inaugural del Consejo Penitenciario*, celebrada el 19 de octubre de 1905. Madrid, 1905.
- «Un gran penólogo español: El Coronel Montesinos», reproducido en *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962.
- *La traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (historia palpitante)*. Madrid, 1906.
- «El año penitenciario 1907», en *Revista penitenciaria*, Año V, Tomo V, Madrid, 1908.
- «La Cárcel Real de esclavos y forzados de las minas de azogue del Almadén y las características legales de la penalidad utilitaria», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*, Tomo VI, sesión de 17 de junio de 1913, Madrid, 1914.
- «Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país á 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.
- *Evolución penitenciaria en España*, 2 tomos. Madrid, 1918.
- *Inspiradores de Doña Concepción Arenal*. Madrid, 1920 (también reproducido en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 200-203, 1973).
- SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid, 2003.
- «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 2006 (Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús).
- SERRANO GÓMEZ, A.: «La respuesta criminológica de Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 2006 (Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús).
- TELLEZ AGUILERA, A.: *Criminología*. Madrid, 2009.
- TOMÉ, A.: «Salillas penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 108, marzo 1954.
- ZAPATERO SAGRADO, R.: «Algo más sobre Don Rafael Salillas y Panzano», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 212-215, enero-diciembre 1976.

Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ

Profesor Ayudante Doctor
Departamento de Derecho penal y Criminología
Facultad de Derecho de la UNED

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad analizar la regulación del delito de acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales introducido por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio que, a este respecto, sigue las directrices marcadas por la normativa de la UE y otras regulaciones internacionales. Con ese objetivo se lleva a cabo, en primer lugar, una aproximación criminológica al referido fenómeno para determinar la necesidad y en su caso la eficacia de la vigente regulación penal. Seguidamente se procede al estudio de los aspectos más relevantes del vigente artículo 183 bis CP. Por último se lleva a cabo un examen del posible futuro legislativo de este delito a través del examen de las tres versiones del Anteproyecto de reforma de Código penal que el Gobierno español ha presentado hasta la fecha.

Palabras clave: Acercamiento a menores con fines sexuales, TIC, contacto, proposición de encuentro, actos materiales orientados al acercamiento, libertad e indemnidad sexuales.

* El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ABSTRACT

This article aims at the analysis of on line child grooming, an offence that was introduced in the Spanish legal system by the Organic Law 5/2010, June 22nd which in this particular aspect follows the EU and other international normative. In order to fulfill the mentioned objective a criminological approach of the phenomenon is carried out so as to assess the pertinence and the efficiency of the current regulation. Such approach is followed by the study of the most relevant aspects of the article 183 bis of the Spanish Criminal Code. Finally the possible legislative future of this offence is assessed by the examination of the three different versions of the Project of Reform of the Spanish Criminal Code that have been presented by the Spanish Government.

Keywords: On line child grooming, ICT, contact, proposal of encounter, material acts aimed at the approach, sexual liberty and integrity.

SUMARIO: I. Aproximación al fenómeno del acercamiento a menores con fines sexuales a través de las tecnologías de comunicación e información. II. Análisis del artículo 183 bis CP. 1. Introducción del nuevo tipo por la reforma de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: especial referencia a normativa internacional y de la UE. 2. Cuestiones terminológicas. 3. Análisis del artículo 183 bis CP. 3.1. El tipo básico. 3.1.1 La conducta típica. 3.1.2 *Iter criminis* y cuestiones concursales. 3.1.3 Los sujetos. 3.2. El tipo agravado. 3.3 El bien jurídico protegido. 4. Las versiones del anteproyecto de reforma de código penal: especial referencia a la presentada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013. 4.1. Aproximación a las tres versiones del anteproyecto de reforma. 4.2. Análisis del anteproyecto de reforma enviado al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013. III. Reflexión final. IV. Bibliografía.

I. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL ACERCAMIENTO A MENORES CON FINES SEXUALES A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

Resulta una obviedad afirmar hoy día que las Tecnologías de Comunicación e Información (en adelante TIC) (1) han revolucionado

(1) Como señala MIRÓ LLINARES, «...El término TIC es en realidad un acrónimo de Tecnologías de la Información y Comunicación (o de las comunicaciones, según las variantes). Aunque en ocasiones se usa en plural (TICs), parece más recomendable, siguiendo la regla que recomienda no añadir una «s» a las siglas, realizar el acrónimo como TIC y referirse con los determinantes al carácter singular o plural de las mismas...». Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, nota al pie número 1, p. 25. El mismo autor afirma que pese a que no existe una lista cerrada de los elementos que conforman las TIC, se destacan principalmente los siguientes: las redes (entre las que destaca Internet pero también se incluyen las de telefonía móvil y otras redes telemáticas), las terminales (entre las que prevalecen los sistemas informáticos consistentes

en muchos casos en un sentido positivo la forma en la que nos comunicamos, nos relacionamos y trabajamos. En la actualidad resulta inconcebible que pudiésemos realizar cualquiera de estas tres actividades tan esenciales para el ser humano prescindiendo de las TIC.

Pero no son todo ventajas lo que conlleva el uso de las TIC. Éstas se han convertido y además de manera progresivamente ascendente por su imparable popularización y expansión [se calcula que dos mil trescientos millones de personas se conectan a Internet en el mundo (2)], en una nueva vía a través de la que se pueden realizar distintas actividades delictivas. Es importante destacar que la criminalidad que se lleva a cabo a través de las nuevas tecnologías, antes conocida como criminalidad informática y más tarde como ciberdelincuencia (3), no constituye una categoría delictiva autónoma en el sentido técnico jurídico y ello porque a través de la misma no se atenta, en la inmensa mayoría de los casos, contra bienes jurídicos nuevos sino que los objetos de lesión o puesta en peligro existían antes de su aparición. Así, entre otros, el patrimonio, la intimidad, la libertad e indemnidades sexuales y la integridad moral (4).

El número de usuarios ha aumentado y con ello también el de infractores y potenciales víctimas. No obstante, para el delito que nos ocupa y para los bienes jurídicos relacionados con el mismo, ello implica un peligro más cuantitativo que cualitativo: es cierto que hay más usuarios y que una parte considerable de los mismos son menores (5) y que, por tanto, aumentan las posibilidades de que éstos sean

en ordenadores personales pero también comienzan a ser gran vehículo de comunicación las consolas) y los servicios (entre los que destacan la descarga de archivos en sitios de intercambio gratuito y en webs de pago, el comercio electrónico, la banca electrónica, la realización electrónica de actividades relacionadas con la Administración Pública y, cada vez más, las redes sociales). Los datos personales y el patrimonio son los principales objetos de los servicios en la Red. *Id.*

(2) MAGRO SERVET, V., «El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 *bis* del Código penal» en *Diario La Ley*, nº 7492, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2010.

(3) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 25.

(4) En palabras de MIRÓ LLINARES, «...la cibercriminalidad es hoy toda la criminalidad cometida en el nuevo espacio, al igual que la delincuencia tradicional es toda la ejecutada en el viejo. Es el lugar, en este caso, «el no lugar», el que define y marca los eventos sociales en él realizados y el que, por tanto, configura también como distinta la delincuencia en él ejecutada». *Id.* pp. 28 y 29.

(5) «En efecto, los menores y en particular los adolescentes, se encuentran en un periodo del desarrollo humano caracterizado por la búsqueda de la propia identidad lo que hace que se multiplique su necesidad de comunicación e interacción social (*Id.* pp. 275 y 276), lo que les avoca a utilizar con más frecuencia que los adultos Internet y a permanecer conectados durante más tiempo. Conforme a un estudio publicado en el año 2008, el 94% de los adolescentes norteamericanos utilizaba

objeto de ese acercamiento o seducción con fines sexuales que prevé el vigente artículo 183 bis CP, objeto del presente trabajo. Pero ello no significa, como más adelante se verá, que los bienes jurídicos en juego se vean amenazados por un mal cualitativamente más nocivo del que les venía acechando con anterioridad.

En efecto, este fenómeno de acercamiento o seducción a menores con fines sexuales, también conocido con el término inglés *grooming* (6), es muy anterior a la aparición de las TIC. Ese conjunto de

Internet, de los cuales un 63% lo hacía a diario y un 35% varias veces al día. Por otro lado, de acuerdo con análisis publicados en 2010, el 93% de los menores que utilizaban Internet en EEUU lo hacía en más de un lugar, aunque principalmente desde el propio domicilio (ver *Id.* pp. 276 y 277, haciendo referencia a los trabajos de Lenhart, A., Arafeh, S., Macgill, S. A. y Ranking, A. y de Patchin, J. W. e Hinduja, S.).

El panorama en Europa no se diferencia significativamente de la realidad estadounidense. En este sentido, de acuerdo con un estudio publicado en 2008, el 75% de los niños europeos utilizaban Internet de los cuales el 60% tenía entre 6 y 10 años de edad, el 84% entre 11 y 14 un y el 86% entre 15 a 17 (ver GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, pp. 207-258, Santiago de Compostela, 2011; la autora cita en concreto el estudio realizado por Livingstone, S. y Haddon, L. – *Id* nota al pie número 2 de la p. 208). La situación en España es muy similar a la del resto de Europa. Así y conforme al estudio antes citado, el 70% de los menores y adolescentes en España se conecta a Internet y, dentro de los mismos, el 52% tiene entre 6 y 10 años de edad, el 86% entre 11 y 14 y el 79% entre 15 y 17. Datos similares aporta DÍAZ CORTÉS en un exhaustivo y profundo análisis cualitativo de los estudios que se han realizado en España en los últimos años. De acuerdo con los datos manejados por esta autora entre el 71% y el 82% de los menores de una muestra de 12.919 individuos dispone de un ordenador con conexión a Internet en su domicilio en el que pasa un número significativo de horas (ver DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español –art. 183 bis CP–», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, nº 8 (julio 2012), p. 292). De acuerdo con otro estudio analizado por esta misma autora los menores de 15 a 17 años son los que más tiempo pasan conectados (*Id.*).

(6) El término en inglés procede del verbo «*to groom*» que se define como «... *Seleccionar, preparar y entrenar a una persona joven para una determinada carrera profesional.* » (ver *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 524). El referido término inglés no se traduce, al menos no desde el punto de vista etimológico, como « *seducción o preparación de niños con fines sexuales.* “, como sostiene GONZÁLEZ TASCÓN (ver GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El nuevo delito...”, cit., p. 216) sino que ese significado se confiere al término en el ámbito criminológico y psicológico para describir el proceso en virtud del cual un adulto realiza toda una serie de comportamientos a fin de ganarse la confianza de un menor y conseguir de esta manera mantener relaciones sexuales con el mismo o bien utilizarlo con fines pornográficos o de explotación sexual. Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen* cit., p. 97. Por otro lado y como se ha podido comprobar, tampoco es acertado afirmar, como hace RAMOS VÁZQUEZ, «... *que resulte harto complicado determinar qué es el grooming incluso fuera del ámbito estrictamente jurídico.*» (ver

comportamientos que un adulto lleva a cabo para establecer vínculos de confianza con un menor a fin de mantener relaciones sexuales con el mismo, explotarlo sexualmente o bien utilizarlo con fines pornográficos se lleva realizando desde tiempos inmemoriales en el espacio físico. A este respecto se habla de los adultos que merodean por las zonas de recreación frecuentadas por niños y adolescentes o por las inmediaciones de los colegios con los referidos propósitos. Se dice que en la era cibernética las posibilidades de llevar a cabo este tipo de conductas se han multiplicado exponencialmente por «la aparente impunidad que facilita el anonimato de las últimas tecnologías» (7) y se ha llegado a afirmar ignorando datos esenciales que arroja la evidencia empírica que «... Cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas» (8). Es decir que estos planteamientos pasan por considerar, erróneamente, que el acercamiento o seducción a menores que se hace a través de la red es igual al que se lleva a cabo en el ámbito físico. Ello ha conducido a la conclusión de que la libertad e indemnidad sexuales de los menores corren un mayor peligro que antes porque las posibilidades de este acercamiento son mucho mayores por las razones antes mencionadas.

Pero como apunta Miró Llinares el acercamiento físico no se puede identificar con el acercamiento cibernético.

En primer lugar por el perfil psicológico que presenta el sujeto activo en uno y otro caso. De acuerdo con los estudios analizados por el referido autor, el sujeto que se acerca al menor con fines sexuales en el espacio físico suele hacerlo como forma de auto gratificación que responde a una necesidad de ejercicio de poder, dominio, control o rabia y, por lo general, no es consciente del daño infringido. Por su parte, el que contacta con menores en la red con objetivos lúbricos acostumbra a tener mayor empatía con las víctimas, menos índice de desviación sexual y menos distorsiones cognitivas (9).

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado» en *Diario La Ley*, n.º 7746, Sección Doctrina, 29 de noviembre de 2011, Madrid, 2011).

(7) Ver PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código penal español (artículo 183 *bis*)», en *Diario La Ley*, n.º 1915, Sección Doctrina, 4 de septiembre de 2012, Madrid 2012.

(8) Como así se pone de manifiesto en el Dictamen de la Comisión publicado en el Boletín Oficial del Estado del Congreso de los Diputados de 28 de abril de 2010, en el que se recogía la enmienda núm. 350 presentada por el Grupo Popular y que fue la en último término dio origen al actual artículo 183 *bis* CP.

(9) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 255.

Por otro lado, la menor peligrosidad del acercamiento cibernético respecto del tradicional se aprecia a su vez por la edad de los menores que son objeto de contacto. En este sentido, la mayor parte de las proposiciones que se realizan en el medio virtual van dirigidas a menores que tienen entre 15 y 17 años, que cuentan con experiencias sexuales previas y respecto de los que se pretende mantener una relación íntima consensuada (10). Los menores de trece años que paradójicamente son los únicos susceptibles de ser sujetos pasivos del delito previsto en el art. 183 bis CP, no suelen ser objeto de acercamiento en la práctica lo que, entre otras muchas razones que se analizarán posteriormente, cuestiona la necesidad de dicho precepto. Como señala Ramos Vázquez, «...los contactos de contenido sexual con menores de 13 años constituyen un pequeño porcentaje—en torno al 11%— de los acaecidos respecto del global de menores. No sólo eso, sino que, en la inmensa mayoría de supuestos, el contacto de contenido sexual consistió simplemente en preguntas sobre el cuerpo de los menores, sin que hubiese una solicitud de encuentro. Más aún, en aquellos supuestos en los que el contactante solicitó al menor una fotografía de contenido sexual, ni uno solo de los menores aceptó. Y en los casos en los que sí hubo una propuesta de encuentro aceptada por el menor (ninguno de ellos, por cierto, menor de trece años) —supuesto que tuvo lugar en sólo un 2% de los casos— no se llevó a cabo ningún delito sexual sobre el menor con el que se tuvo el encuentro...» (11).

(10) *Id.*, pp. 277 y ss. y RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8 (julio de 2012), p. 219. Es de destacar que los hallazgos empíricos a los que hacen referencia estos autores corresponden a estudios que se han llevado a cabo en EEUU por lo que no se pueden extrapolar sin más a la situación española. No obstante, el ejemplo de EEUU es con todo ilustrativo de cómo podría ser la realidad de nuestras fronteras donde quizá el peligro que entraña el mundo cibernético sea menor toda vez que en EEUU existe un mayor desarrollo tecnológico y un mayor acceso de los menores a Internet (ver RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., pp. 219 y 220). Con todo, existen estudios de esta índole realizados en España que han sido profunda y exhaustivamente analizados por DÍAZ CORTÉS. Esta autora revela que, en efecto, el panorama español no difiere en exceso del norteamericano: los que más proposiciones sexuales han recibido por parte de adultos en la red tenían entre 14 y 15 años de edad. Ver DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., p. 297.

(11) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 220. De acuerdo con otros estudios, el 99% de los menores contactados en la red para fines sexuales tiene entre 13 y 17 años —dentro de los que son mayoría los que tienen entre 15 y 17 años de edad—, de manera que solo el 1% tiene menos de 13. Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen* cit., p. 287. Todo ello concuerda, según este autor, con la forma de comportarse de los jóvenes en Internet y con la evolución de la inocencia en los menores. En este sentido, hasta los 14 años los menores tienen a retraerse, a tener

El acercamiento a menores en el espacio real sin embargo suele recaer sobre personas con edades inferiores a los 13 años que, por lo general, presentan una mayor vulnerabilidad que los sujetos que son objeto de contacto en la red y que sin embargo quedan fuera del ámbito de protección del artículo 183 bis CP (12) que solo tipifica el acercamiento por medios tecnológicos. Esta circunstancia unida al perfil psicológico que suelen presentar los adultos que realizan este tipo de conductas, hace que en muchas instancias se hable de los mismos como depredadores y se les considere delinquentes sexuales ávidos de conseguir nuevas presas, dominados por una sed insaciable (13). Semejante perfil está mucho más cerca del mito que de la realidad de los delitos sexuales cometidos contra menores cuyos responsables se encuentran normalmente en el círculo más próximo al menor y que supuestamente está destinado a protegerle: su familia (14).

La confusión y las distorsiones expuestas han calado hondo en diferentes instancias mediáticas, legislativas e incluso académicas (15). Así, sobre la base de planteamientos carentes de sustrato empírico, se creó primero la idea de un delincuente sexual pedófilo que acechaba incansablemente a los menores en todos los ámbitos físicos donde los mismos se encontrasen. Y, de acuerdo con esta creencia, es ese mismo delincuente sin escrúpulos el que aprovecha el enorme margen que le ofrecen ahora las TIC para seguir perpetrando sus fechorías. El paso del ámbito material al cibernético se vive con

mucho cuidado a la hora de tratar temas de índole sexual y a mostrarse reacios a tratar con extraños en Internet. Esto cambia a partir de los 15 años cuando los menores comienzan a tomar riesgos, a contactar con personas desconocidas y a renunciar a parte de su privacidad.

A similares conclusiones llega DÍAZ CORTÉS en su estudio sobre la realidad criminológica de este fenómeno en España. De acuerdo con el análisis cualitativo que lleva a cabo esta autora, la mayoría de los menores afirma no haberse sentido molesto ni incómodo nunca o casi nunca utilizando Internet al igual que los que reconocen haber sido contactados por adultos con finalidad sexual representan una minoría que tampoco manifiesta haberse sentido a disgusto por ello. Ver DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., pp. 297 y 303, respectivamente.

(12) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 287 y 288.

(13) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 196.

(14) Principalmente entre sus progenitores. Es de destacar en este sentido el profundo e interesante trabajo realizado por RAMOS VÁZQUEZ sobre el por qué se crea este mito que tan alejado se encuentra de la realidad y qué razones hay para que el mismo, pese a su falta de base empírica, guíe la política criminal que ha inspirado la regulación de los delitos sexuales contra menores en los últimos años. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., pp. 195-227.

(15) Ver, entre otros, PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito...», cit., DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, n.º 7575, Sección Doctrina, 23 de febrero de 2011.

verdadero pavor ante las inmensas posibilidades que abre el segundo teniendo en cuenta los planteamientos antes descritos. Todo ello explica la aparición del ya mencionado artículo 183 bis que introdujo la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, que en un ejercicio de incoherencia con la evidencia empírica analizada, solo castiga el acercamiento virtual o telefónico con fines sexuales a menores de 13 años pero no el que tiene lugar en el espacio físico como se puso de manifiesto (16).

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 183 BIS CP

1. **Introducción del nuevo tipo por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio: especial referencia a normativa internacional y de la UE**

Como ya se puso de manifiesto, el acercamiento virtual a menores con fines sexuales fue introducido por primera vez en nuestra legislación penal en virtud de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio.

En la exposición de motivos de la referida disposición, se dan razones para la tipificación de esta conducta: necesidad de aumentar el nivel de protección de las víctimas de delitos sexuales, especialmente las más desvalidas; necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE, de 22 de diciembre, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; el hecho de que cuando se cometen delitos sexuales contra menores el bien jurídico adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Se dice que mediante las mismas no solo se vulnera la indemnidad sexual, «...entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor...» (17); el aumento del uso de Internet

(16) Más adelante se pondrán de relieve las lagunas de punibilidad a que esto puede dar lugar. Baste de momento resaltar que parte de la doctrina ha lamentado esta limitación a los medios virtuales o telefónicos como vía típica de contacto con el menor. Ver BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010)*, Iustel, 2010, p. 357.

(17) Ver el apartado XIII de la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «Boletín Oficial del Estado» núm. 152, de 23 de junio de 2010.

y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores.

Por todo ello, además de crear un Capítulo específico en el que regular las agresiones y abusos sexuales cometidos con menores de trece años (Capítulo II bis del título VIII del libro II del Código penal denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años»), se incluye dentro del mismo un nuevo precepto, el artículo 183 bis, que castiga al adulto que a través de los referidos medios se gana la confianza de menores con el fin de «concertar encuentros para obtener concesiones e índole sexual...previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño» (18). Concretamente el aludido precepto establece:

«El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Ya en este momento es preciso poner de manifiesto errores, incoherencias e imprecisiones en los que incurre el legislador de 2010.

Uno de tales errores consiste en el mero hecho de citar como razón de ser del nuevo precepto la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE, de 22 de diciembre. Primero porque la referida decisión no hace mención alguna al acercamiento a menores con fines sexuales (19) y segundo porque dicha decisión está derogada desde el 29 de marzo de 2010. En efecto, la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (20) de 29 de marzo de 2010 deroga la referida Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE. Llama la atención que el legislador se refiera a una Decisión Marco que no alude a la materia objeto de regulación y que

(18) *Id.*

(19) Ver Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. «Diario Oficial de la Unión Europea». L13/44, de 20 de enero de 2004.

(20) Ver COM (2010) 94 final. 2010/0064 (COD).

además llevaba derogada cerca de tres meses cuando la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, fue publicada.

A pesar de que la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, haga referencia a la Decisión Marco antes citada, la tipificación del delito ahora analizado se encuentra mucho más cerca de la infracción regulada en el artículo 23 de la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños contra su explotación y abuso sexual (celebrada en Lanzarote el 25 de octubre de 2007), norma internacional ratificada por países que están fuera de la UE. El referido precepto recoge la recomendación de que los Estados miembros criminalicen la denominada «Solicitud de niños con propósito sexual». Este comportamiento se define como la propuesta intencional por parte de un adulto, a través de las tecnologías de información y comunicación, de encontrarse con un niño que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual de acuerdo con el derecho nacional, con la finalidad de cometer contra el mismo delitos de abuso, agresión sexual o relativos a la prostitución, siempre que a la propuesta le sigan actos materiales encaminados al referido encuentro con el menor (21). Las diferencias entre la regulación española y la propuesta que contiene la Convención se concretan en que ésta no agrava las penas por razón de que las conductas se lleven a cabo mediante coacción, intimidación o engaño, no exige la finalidad de cometer delitos relativos a la pornografía infantil como sucede con la regulación española que a su vez omite la referencia expresa a los delitos relativos a la prostitución (a mi entender de manera acertada) y circunscribe la condición de sujeto activo al adulto.

Muy similar regulación a la contenida en el artículo 183 bis CP se puede encontrar en la ya citada Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil de 29 de marzo de 2010 que derogó la referida Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE. Su artículo 6 recoge el delito de «Seducción de niños con fines sexuales», de manera prácticamente idéntica a como lo hace el vigente artículo 183 bis CP salvo por el hecho de que no incorpora tipos agravados por el empleo de coacción, intimidación o engaño para lograr el acercamiento, exige que estas conductas se castiguen en todo caso con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años y circunscribe la condición de sujeto activo al adulto (mayor de 18 años), extremo éste no presente en la regulación española.

(21) Ver artículos 18, 20 y 23 de la *Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños contra su explotación y abuso sexual*. Referencia web:

http://www.coe.int/t/dg3/children/1in5/Source/Assembly/Handbook_es.pdf

No se entiende por qué el legislador de 2010 es tan impreciso en las fuentes normativas que cita como motivos del articulado que incorpora al ordenamiento nacional ni por qué no las sigue en extremos tan relevantes como las consecuencias jurídicas y la condición de sujeto activo. Y ello no tanto porque tales normas internacionales y de la UE se valoren positivamente, sino porque ya que las mismas se esgrimen como razones para cambiar el derecho nacional vigente sería deseable que el mismo las siguiera aunque solo fuera para no evidenciar la arbitrariedad y la falta de seriedad con las que parece operar el legislador español (22).

En otro orden de cosas, llama la atención la forma de concebir y definir el bien jurídico protegido por la regulación de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo es un menor de trece años de edad. El legislador circunscribe el mismo a la indemnidad sexual que define como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado y a la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Se advierte que el legislador incurre en un error pues la primera parte de su definición de la indemnidad sexual no puede referirse a la misma sino a la libertad sexual negativo estática que se cifra en el derecho a no participar en encuentros sexuales sin el debido consentimiento. Solo la segunda parte de la definición hace referencia a un derecho que sí se ha considerado abarcado por la indemnidad sexual: a la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

En relación con el bien jurídico protegido, que será analizado más adelante, es preciso no olvidar el cambio de paradigma que el legislador de 2010 incorpora con estos planteamientos: con anterioridad a la reforma de 2010 se entendía que el menor de determinada edad no podía prestar su consentimiento para mantener relaciones sexuales. La presunción *iuris et de iure* era clara en este sentido dado que el contacto sexual con menores de esa edad era en todo caso constitutivo de delito. Ahora se parte de la idea de que el menor tiene derecho a no verse involucrado en un contexto sexual «sin un consentimiento válidamente prestado», lo cual parece indicar que el consentimiento puede

(22) A este respecto también es preciso advertir que el delito analizado no estaba recogido en el *Anteproyecto de reforma de Código penal aprobado en fecha de 23 de julio de 2009* por el Gobierno y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales, por lo que no fue objeto de los informes preceptivos del CGPJ ni de la FGE. Como ya se puso de manifiesto, la incorporación del precepto analizado tiene lugar a partir del Dictamen de la Comisión publicado en el «BOE» de 28 de abril de 2010 en el que se recogía la enmienda núm. 350 presentada por el Grupo Popular, dictamen que, como también se demostró, es ajeno a la realidad empírica del fenómeno estudiado.

ser válidamente prestado en determinadas circunstancias pues de lo contrario no tendría sentido esa mención del legislador. Ello unido a la nueva exigencia típica de atentar contra la indemnidad sexual del menor de trece años en la nueva redacción de los abusos sexuales sobre este tipo de sujetos, implica que la ausencia de consentimiento por parte de dicho menor no es objeto de presunción *iuris et de iure* sino que será necesario demostrar que en efecto se atentó contra dicha indemnidad al establecer el contacto sexual (23). Esto tiene importantes implicaciones de cara a la interpretación del nuevo tipo delictivo que ahora nos ocupa como se podrá comprobar más adelante.

2. Cuestiones terminológicas

Se ha extendido mucho en la doctrina, en algunas normativas y en dictámenes procedentes de órganos vinculados a entidades con capacidad legislativa el término «ciberacoso» para hacer alusión al delito que estamos analizando (24) y dicha denominación, al menos desde el punto de vista técnico jurídico y desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico penal, es errónea por varias razones.

Así, el tipo del artículo 183 bis no exige, como sucede con el que regula el delito de acoso sexual (art. 184 CP) o del acoso laboral (art. 173.1 CP), la existencia de una pluralidad de conductas de idéntica o similar identidad que se reiteren (25). Como habrá ocasión de comprobar, el nuevo tipo solo exige contactar con un menor de trece años, proponer un encuentro con el mismo con el fin de realizar contra el mismo determinados delitos y llevar a cabo actos materiales encaminados al acercamiento. Por otro lado, el nuevo tipo no requiere,

(23) Ver, en este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 233.

(24) Ver, entre otros muchos, PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit., DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit., CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 235 y 236, MAGRO SERVET, V., «El «grooming» o ciberacoso infantil...», cit., RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit. Por su parte, MIRÓ LLINARES también utiliza el término ciberacoso sexual si bien poniendo de manifiesto que aunque no se trata propiamente de acoso sexual tal y como técnicamente se concibe por el ordenamiento jurídico español, el referido término podría resultar adecuado siempre que se le añada «a menores». Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 96 y 97.

(25) Ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante» en *Diario La Ley, Especial Reforma del Código penal*, n.º 7534, 23 de diciembre de 2010, Madrid, p. 41.

como sí lo hace el del acoso sexual del artículo 184 CP, que el sujeto haga una petición expresa de favores sexuales a la víctima en un determinado ámbito –laboral, docente o de prestación de servicios– y que con ello se cause para la misma una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La expresión «ciberacoso», que no se utiliza ni en la normativa internacional ni de la UE antes analizada (26), resulta por tanto desacertada desde el punto de vista técnico jurídico por lo que se debe evitar su utilización ya que además la misma genera confusión en cuanto a la percepción de la gravedad del nuevo delito, al menos en lo que respecta al tipo básico del mismo (27). El acercamiento sexual a menores de trece años por medio de las TIC no puede identificarse en esencia como una clase de acoso. La reiteración de los comportamientos en que el mismo consiste con el empleo de formas intimidatorias o coactivas debería dar lugar a la aplicación del tipo agravado o incluso de otros tipos más graves (cuestión ésta que se desarrolla más adelante) y a la apreciación, en su caso, de la continuidad delictiva o del concurso real de infracciones en función de las circunstancias en que se realizasen los distintos actos.

Por otro lado, el empleo del término «ciberacoso» tampoco es fiel a los hallazgos empíricos que describen el acercamiento a menores en la red. Si tenemos en cuenta lo expuesto *supra* en el primer apartado del presente artículo, la dinámica comisiva que acompaña con más frecuencia a este fenómeno no consiste en el hostigamiento o permanente acecho a un menor sino más bien en un proceso de paulatina aproximación en la que se intentan establecer lazos afectivos que conduzcan a la postre en un encuentro íntimo en el ámbito del espacio físico.

En conclusión, la expresión «acercamiento a menores con fines sexuales» (28) que es la que se viene utilizando desde del comienzo del presente artículo se considera adecuada con independencia de que

(26) Recordemos que el artículo 23 de la ya citada *Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños contra su explotación y abuso sexual*, lleva por rúbrica la «Solicitud de niños con propósito sexual», mientras que el artículo 6 de la también analizada *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* se refiere a la «Seducción de niños con fines sexuales».

(27) Otros sectores doctrinales se decantan por fórmulas como «acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales», «contacto con menor a través de medios telemáticos», «preparación para causar daño o preparación en línea». Ver, ampliamente, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., pp. 236 y 237.

(28) Es la que emplea, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN. Vid *supra* nota al pie anterior.

existan otras fórmulas igualmente satisfactorias que no incluyen el término «acoso» (29).

3. Análisis del artículo 183 bis CP

Como se desprende de lo ya expuesto, el artículo 183 bis regula el nuevo delito de acercamiento a menores con fines sexuales y dentro de su ámbito típico se pueden diferenciar dos tipos uno básico y otro agravado, siendo el medio comisivo el elemento que da lugar a tal agravación, como habrá ocasión de comprobar.

3.1 EL TIPO BÁSICO

3.1.1 *La conducta típica*

El tipo, tal y como está regulado, presenta una estructura compleja que exige la realización de varias conductas que se analizan a continuación. Estamos, como se podrá comprobar, ante un tipo compuesto en el que el sujeto debe realizar distintos comportamientos para cometer el delito sin que ninguno de ellos por separado constituya por sí solo un tipo distinto (30). No se trata, como han señalados algunos (31), de un tipo mixto acumulativo pues no se unen en la misma figura delictiva varias modalidades de ataque al bien jurídico cuya realización da lugar a la apreciación de varios delitos (32). Es necesario que el sujeto realice las tres conductas que seguidamente se van a explicar para que se aprecie la existencia del delito (solo de uno) que recoge el precepto ahora analizado.

a) Contactar.

El sujeto activo debe primero contactar con el menor de trece años a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra TIC. Contactar implica que el actor debe comunicarse con el menor lo cual significa que éste debe responder al mensaje o llamada de aquél. Ello se deriva

(29) Ver, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., pp. 236 y 237.

(30) Ver, ampliamente, GIL GIL, A., «La tipicidad como categoría del delito», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 184.

(31) Concretamente, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 245.

(32) GIL GIL, A., «La tipicidad...», cit., p. 185.

de una interpretación literal del verbo típico (33). No basta, por tanto, con que el sujeto activo envíe mensajes o realice llamadas al menor de trece años y éste no conteste (34).

Solo resulta típico por tanto el acercamiento a través de los referidos medios lo que deja fuera de la tipicidad el acercamiento tradicional al menor con fines sexuales, es decir aquél que se identifica con el realizado en el medio físico. Como ya se puso de manifiesto *supra*, con esta previsión el legislador puede estar paradójicamente desprotegiendo supuestos de acercamiento que revisten mucha más peligrosidad que los que acaecen en el mundo virtual tanto por el perfil psicológico de los sujetos que los realizan como por la proximidad física entre sujeto activo y pasivo. Algunos sectores doctrinales (35) han lamentado esta omisión legislativa que consideran una lamentable laguna de punibilidad.

Es importante asimismo destacar que el contacto puede ser inicial (cuando es el sujeto activo el que toma la iniciativa) o derivado (36): puede ocurrir que la comunicación la establezca el propio menor, de hecho así sucede en la mayoría de las ocasiones (37) y en tal caso, el sujeto activo deberá contestar para entender que se ha producido el contacto al que se refiere el tipo penal (38) (más allá del error de tipo sobre la edad de la víctima que en estos casos se puede producir que será analizado más adelante).

Que el contacto derivado resulte típico implica también la penalización de supuestos en los que el contacto inicial no ha sido virtual sino que ha sucedido en el espacio físico en cuyo caso tal contacto sería atípico, pero si a dicho contacto inicial le ha seguido un contacto virtual, éste ya entraría en el plano de la tipicidad. Es importante optar por esta interpretación dado que la evidencia empírica demuestra que

(33) El diccionario de la RAE define «contactar» como «*Establecer contacto o comunicación con alguien.*» y «contacto» como «*Acción o efecto de tocarse dos o más cosas*» o «*Conexión entre dos partes de un circuito eléctrico*». Ver *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Madrid, 2006.

(34) Véase TAMARIT SUMALLA, J.M., «Acoso sexual cibernético a menores de trece años» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 171 y ss., LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, pp. 193 y 194.

(35) Véase BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial* cit., p. 357.

(36) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit., PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit.

(37) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 275 y 276.

(38) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 246.

la mayoría de las veces el sujeto activo conoce a su potencial víctima en el espacio físico. Sigue siendo el entorno físico cercano al menor donde se producen con más frecuencia los contactos sociales que dan lugar después a la victimización (39).

b) Proponer concertar un encuentro con el menor a fin de cometer cualquiera de los delitos recogidos en los artículos 178 a 183 y 189.

Esta exigencia típica implica, de acuerdo con un sector doctrinal mayoritario, que menor y sujeto activo lleguen a un acuerdo sobre el momento temporal y el lugar del encuentro, es decir, es necesario que el menor acepte la propuesta de acuerdo con esta exégesis predominante que aboga por una interpretación restrictiva del tipo considerando atípicas las propuestas poco serias (40). A pesar de lo acertado del planteamiento descrito desde un punto de vista teleológico, lo cierto es que el tipo penal, desde su literalidad, no exige tal aceptación por parte del sujeto pasivo sino que requiere sin más que el sujeto activo proponga un encuentro (41).

Es importante destacar que el encuentro proyectado no tiene porqué tener lugar necesariamente en el espacio físico sino que cabe también planear un encuentro en el espacio virtual (42). Por ejemplo, el sujeto activo y el menor de trece años contactan en chat colectivo y aquél propone al éste un encuentro privado vía webcam a través del cual el sujeto activo pretende obligar o convencer al menor para que se masturbe mientras él le observa. Esa actividad que se pretende realizar durante el encuentro vía webcam podría ser constitutiva, según los casos, de un delito de abuso o de agresión sexual que ahora regula para este supuesto el artículo 183.1 CP, o bien del delito previsto en el artículo 189.4 CP («...el que haga participar al menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de éste...») ya que el contacto físico entre autor y víctima ya no es requisito del tipo en ninguno de los referidos delitos (43).

(39) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 275 y 276.

(40) Por todos, MARTÍN LORENZO, M., «Delito de ciberacoso sexual», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, Francis Lefebvre, Madrid, p. 104.

(41) Eso ha llevado a parte de la doctrina a negar la necesidad de que se produzca tal acuerdo. Por todos, ver GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Madrid, 2010, p. 731.

(42) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 247.

(43) Cugat Mauri, M., «Delitos...», cit., pp. 235 y 236. Ya desde la entrada en vigor del Código penal en 1995 se entendió que los delitos sexuales, como las agresiones y los abusos sexuales, no requerían necesariamente la existencia de un con-

Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el sujeto lleve a cabo esta propuesta de concertar el encuentro con el menor con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos recogidos en los artículos 178 a 183 y 189 CP. Se trata por tanto de un delito doloso (44) en la medida en que el sujeto, consciente y voluntariamente, contacta con el menor de trece años y le propone un encuentro. Pero además el sujeto debe hacerlo con una determinada finalidad: la de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 CP. Ello lo convierte en un delito de tendencia interna trascendente en el que no hay congruencia entre el tipo objetivo (la conducta que se exige por parte del sujeto activo) y el tipo subjetivo (lo que el sujeto activo pretende): la parte subjetiva excede de la objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación formal del delito. El objetivo de estas construcciones es adelantar la consumación formal del delito a un momento anterior a la lesión al bien jurídico. Se trata, en concreto, de un delito mutilado de varios actos en el que la parte objetiva del tipo exige solo la realización de una determinada conducta, pero la parte subjetiva debe incluir la voluntad de realizar otra u otras a continuación, que llevarán a la lesión del bien jurídico (45): los abusos, agresiones sexuales o los delitos relativos a la pornografía infantil.

Esta configuración subjetiva del artículo 183 bis CP plantea varios problemas.

Por un lado, la selección de figuras delictivas que se perfilan como el objetivo del sujeto activo es, cuando menos, cuestionable. Ello porque se incluyen conductas que no tienen como sujetos pasivos a los menores de 13 años, como son los delitos de agresiones y abusos

tacto corporal directo entre sujeto activo y pasivo ya que sin el mismo se podía vulnerar el bien jurídico protegido como se demuestra en el ejemplo propuesto. Ver, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «El llamado delito de violación en el NCP. La jurisprudencia sobre el delito de violación del periodo 1989-1996 (de la LO 3/1989 de 21 de junio a la LO 10/1995 de 23 de noviembre)», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 22; CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad sexual», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Curso de Derecho penal español. Parte especial.*, Madrid, 1996, p. 215; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Delitos contra la libertad sexual», en CÁNDIDO-CONDE PUMPIDO-FERREIRO, J., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 1997, pp. 2163 y 2164; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, pp. 332 y 333; ORTS BERENGUER, E., y SUÁREZ MIRA, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia 2001, pp. 71 y 72.

(44) Por todos, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 248.

(45) Ver, ampliamente, GIL GIL, A., «La tipicidad...», cit., p. 183.

sexuales previstos, respectivamente, en los artículos 178 y 179 y 181 y 182 CP (algún autor entiende que esta referencia puede tener sentido si la conducta del artículo 183 bis se realiza cuando el sujeto tiene menos de 13 y el contacto físico y ulterior comisión del delito sexual acaecen cuando el menor ha superado esa edad (46); no deja de tener sentido este planteamiento pero resulta poco plausible que un sujeto contacte con la intención de cometer el delito cuando la víctima supere la edad de consentimiento a fin de cometer un delito de agresión o abuso sexual). Por otro lado esta regulación revela que la edad de la víctima solo es relevante cuando se produce el contacto (47).

Asimismo, se dejan fuera los delitos relativos a la prostitución según ha objetado gran parte de la doctrina (48). Pero esta objeción carece de fundamento toda vez que el contacto cibernético o de cualquier otra índole con menores a fin de que éstos se prostituyan se puede perfectamente incluir en el artículo 187.1 CP ya que este precepto no determina de qué manera se debe producir la comunicación («...El que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con un menor de edad o incapaz...») que se castiga con una pena significativamente más grave que la prevista en el artículo 183 bis CP como es la acumulativa de prisión de uno a cinco años y multa de doce a 24 meses.

También se ha denunciado el hecho de que la comisión de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (49) haya sido excluida como finalidad típica del comportamiento previsto en el precepto ahora analizado.

Igualmente, es preciso determinar qué formas delictivas de las que se recogen en el artículo 189 CP puede constituir la finalidad del acercamiento a menores por medios tecnológicos. A este respecto la doctrina mayoritaria entiende que se trata de las conductas descritas en el apartado 1. a) del referido precepto («...Utilizar menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos para elaborar cualquier clase de material pornográfico...») (50). A mi modo de ver ello también se podría afirmar respecto del comportamiento que contempla el apartado 4 del referido precepto («...Hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la

(46) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.

(47) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 250.

(48) ASÍ BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal...*, cit., p. 357 y GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 250, entre otros.

(49) En este sentido se pronuncia MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosh, Madrid, 2011, p. 234.

(50) ASÍ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit. p. 1186.

evolución o desarrollo de la personalidad de éste...»). El resto de conductas se pueden considerar coincidentes con las que son abarcadas por el tipo del artículo 183 bis CP (51).

En otro orden de cosas, la configuración subjetiva del precepto estudiado plantea muchos problemas de prueba.

Más allá de que en los delitos que se cometen a través de las TIC sea muy difícil identificar al autor que está detrás del acercamiento (la IP de la terminal ya no es ninguna garantía desde el momento en que existen wifis gratuitas utilizadas por multitud de usuarios) (52), en la práctica será muy difícil probar la existencia de este elemento subjetivo del tipo y normalmente habrá que recurrir a la prueba indiciaria salvo que exista una manifestación explícita de tales intenciones típicas por parte del sujeto activo (53). Ello explica en parte que, desde su entrada en vigor, no existan aún sentencias condenatorias que apliquen artículo 183 bis (54).

Por otro lado, la prueba indiciaria también plantea problemas ya que el acercamiento del sujeto activo hacia el pasivo en estos supuestos reviste una ambigüedad de la que normalmente no se puede presumir la existencia de la referida intención sin quebrantar el principio de presunción de inocencia. Las prácticas de acercamiento más frecuentes en estos casos como hablar de temas sexuales con el menor, discutir con él sobre asuntos que normalmente se hablan entre adultos (problemas íntimos, personales, de pareja) o resaltar las afinidades que pueda haber entre el sujeto activo y el menor (como compartir hobbies) (55), difícilmente podrán considerarse indicios inequívocos que revelan la intención de cometer los delitos sexuales a los que se refiere el artículo 183 bis CP.

Además incluso en el caso de que se realicen insinuaciones de carácter sexual o propuestas explícitas de esta naturaleza, tampoco se podrá fácilmente demostrar que el sujeto quiere, por ejemplo, atentar contra la indemnidad sexual del menor de trece años tal y como se exige en el artículo 183.1 CP que regula el delito de abuso sexual. Como ya se indicó *supra*, antes de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, era indudable que cualquier contacto con un menor de 13 años constituya un delito de abuso sexual si era llevado a cabo por una per-

(51) *Id.*

(52) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 217, MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 294.

(53) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit. y PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit.

(54) RAMOS VÁQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 219.

(55) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.

sona susceptible de ser responsable penal (que cuente al menos con 14 años de edad). Después de esta reforma, el abuso sexual contra menores de 13 años exige explícitamente que se atente contra la indemnidad sexual del mismo. Ello, de acuerdo con un sector doctrinal significativo (56), implica que para el legislador no todo contacto sexual entre un menor de 13 y una persona susceptible de ser responsable penal necesariamente va a implicar un atentado contra la indemnidad sexual de aquél, siempre que el mismo tenga una edad mínima y presente un grado de desarrollo y madurez que le permita comprender la naturaleza y alcance de la sexualidad para poder prestar un consentimiento válido en una relación lúbrica (57).

Todo ello ha llevado a algunos autores a considerar que el tipo analizado es un delito de sospecha (58): una construcción que sin duda puede vulnerar el principio de culpabilidad. Y es que realmente puede resultar imposible demostrar semejante intención de cometer un delito sexual puesto que, en la mayoría de los casos, uno no puede saber con carácter previo qué hará en un encuentro íntimo futuro pues en gran medida su comportamiento dependerá de la conducta que presente la persona con la que planea encontrarse, extremo éste en gran medida imprevisible. En este contexto las intenciones pueden resultar vagas y confusas hasta para el propio portador de las mismas.

Semejante planteamiento cobra especial sentido en el contexto del acercamiento a menores a través de medios tecnológicos con fines sexuales pues, en la mayoría de los casos, los sujetos que cometen estas conductas buscan mantener relaciones sexuales consentidas con menores que ya hayan tenido con carácter previo experiencias de esta naturaleza, más allá de que las personas con las que normalmente que se contacta tienen entre 13 y 17 años lo cual queda fuera de la tipicidad, lo que cuestiona, como ya se apuntó, la necesi-

(56) Por todos, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 234 y MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos...*, cit., p. 120.

(57) Capacidad ésta que reconoce el legislador de la reforma de LO 5/2010 en la exposición de motivos de la misma como hubo ocasión de comprobar, y que algunos autores aceptan sobre todo cuando el sujeto activo es adolescente y, por tanto, próximo en edad y madurez al sujeto pasivo. Ver CUGAT MAURI, M., «Delitos cit.», p. 229 y CANCIO MELIÁ, M., «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual» en *La Ley Penal*, n.º 80, marzo 2011, p. 14.

(58) A esa conclusión llega MUÑOZ CONDE sobre la base de «... incluso requiriendo el acercamiento no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese acercamiento se hace realmente para cometer algún delito...». Ver MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 241.

dad de la creación de este delito y explica también su ausencia de aplicación en la práctica.

c) La propuesta de contacto debe acompañarse de actos materiales encaminados al acercamiento.

Este último requisito típico es el que más problemas de interpretación plantea dada la vaguedad e imprecisión (59) con la que el legislador ha descrito el mismo: solo se especifica la naturaleza de los comportamientos que se deben llevar a cabo, deben ser materiales, y su finalidad, deben ir orientados al acercamiento entre sujeto activo y sujeto pasivo (60).

Su determinación apriorística en términos generales resulta imposible por lo que solo se pueden poner ejemplos de conductas concretas que quizá satisficieran los aludidos requisitos típicos: la creación de un espacio virtual destinado al contacto privado entre sujeto activo y pasivo, que el sujeto activo acuda al lugar donde acordó encontrarse con el sujeto pasivo (61) (no es necesario que el sujeto pasivo se presente –solo se presenta en el 9% de los casos, de acuerdo con algunos estudios, lo que vuelve a cuestionar la necesidad de la creación de este nuevo tipo (62)–), que compre un billete para desplazarse al lugar donde se ha concertado el encuentro o acuda a los lugares que frecuenta la víctima para encontrársela (63).

(59) La doctrina se muestra unánime en este sentido y denuncia la vulneración del principio de taxatividad que implica semejante previsión legal. Ver, entre otros, SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 144; CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis y Taylor, Madrid, 2011, p. 821, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., *Código penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios*, Colex, Madrid, 2010, p. 693.

(60) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.

(61) Ver, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., pp. 247 y 248.

(62) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 275 y 276.

(63) En el ámbito del Derecho comparado existen ordenamientos que han concretado más este requisito típico y las conductas que se mencionan en el texto principal como posibilidades en las que se podría concretar el mismo, se han tomado de este tipo de regulaciones. Así por ejemplo, es de destacar el artículo 15 de la *Sexual Offences Act de 2003* que rige en Inglaterra y en Gales. Este precepto lleva por rúbrica «El encuentro con un niño tras haberse acercado al mismo» («*Meeting a child following grooming*») y en su contenido se mencionan múltiples conductas conducentes a ese encuentro. La *Sexual Offences Act de 2003* se puede encontrar en la red en la siguiente dirección web:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/15>

3.1.2 *Iter criminis* y cuestiones concursales

a) Consumación, tentativa y delito de peligro abstracto.

A efectos de consumación es necesario que el sujeto activo realice de forma sucesiva las tres conductas que fueron analizadas en el apartado anterior.

Para la práctica totalidad de la doctrina el artículo 183 bis CP supone la tipificación de actos preparatorios de determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (64), que de otro modo serían impunes pues difícilmente podrían constituirse en tentativa del delito sexual al que van orientados (65).

Un sector doctrinal minoritario considera sin embargo que los comportamientos recogidos en el artículo 183 bis CP presentan la suficiente gravedad como para merecer un reproche penal independientemente de que tales conductas estén encaminadas a la comisión de otros delitos sexuales. En este sentido, Cugat Mauri entiende que «... los medios a los que se refiere el tipo permiten establecer un contacto previo a la relación sexual directa con el menor de 13 años que puede favorecer una situación de subyugación moral al agresor de especial intensidad, en la medida en que el medio facilita la captación, almacenamiento, reproducción y difusión de confesiones o imágenes que luego pueden ser utilizadas para su chantaje sexual... Solo ello reuniría la gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales. Por ello, por la sola presencia del elemento subjetivo

(64) Ver, entre otros, CANCIO MELIÁ, M., «Delitos...», cit. p. 821, SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A., «Delitos...», cit., p. 144, ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II): Abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y acoso sexual», en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Parte Especial*, 3.ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 269 y 270, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 73, RAMÓN RIBAS, E., «La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 859, GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abuso sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2.ª edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624.

(65) ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II)...», cit., p. 270.

del injusto... no puede deducirse que estemos ante un mero acto preparatorio que atente contra el principio de última ratio...» (66).

A mi modo de ver el planteamiento de esta autora no resulta convincente dado que, por un lado, se basa en circunstancias que no están para nada presentes en el tipo penal analizado que solo exige que el sujeto activo contacte con el pasivo, le proponga un encuentro con la finalidad de llevar a cabo determinados delitos sexuales y realice actos materiales orientados al acercamiento. En modo alguno debe existir una subyugación moral ni un chantaje sexual sobre la base de la información compartida ya que el acaecimiento de tal circunstancia daría lugar a la apreciación del tipo agravado del delito analizado o de otros más graves como las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito reguladas en el artículo 169.1 CP (como más adelante tendremos ocasión de comprobar). Asimismo, dar por sentado el riesgo de que se produzca tal situación coactiva y sobre la base de este planteamiento, ajeno de todo punto a la realidad empírica que se conoce sobre el delito analizado, es sin duda cuestionable. En último lugar habría que decir una parte importante del argumento de la autora se basa en la presencia del elemento subjetivo del injusto y ya se ha demostrado que dicho elemento en caso de que concurra, lo que es harto infrecuente de acuerdo con los estudios empíricos analizados, es muy difícil de demostrar en la práctica.

Por todo lo expuesto se entiende que nos encontramos con la tipificación de lo que son actos preparatorios para la comisión de otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se trata de un adelantamiento de las barreras punitivas que casa mal con los principios de proporcionalidad, intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal. Los actos preparatorios son con frecuencia equívocos (ya se ha indicado lo ambiguo que pueden resultar el acercamiento a menores con fines sexuales a través de las TIC), no castigarlos favorece el desistimiento y, por lo general, no tienen todavía suficiente gravedad como para merecer reproche penal (67). De ahí la excepcionalidad con la que nuestro Código penal castiga los actos preparatorios como delitos autónomos y el que solo con carácter general, pero para un número reducido de delitos, castigue determinados actos preparatorios: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (68).

(66) CUGAT MAURI, M., «Delitos...», cit., p. 229.

(67) Véase GIL GIL, A., «*Iter criminis*» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 318 y ss.

(68) Véase artículos 17 y 18 CP.

Curiosamente entre esos delitos que tienen prevista de manera expresa y específica la punición de los actos preparatorios antes mencionados no se encuentran los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ello revela la incongruencia en la que incurre nuestro legislador como demuestra el ejemplo que se describe a continuación. Pensemos en dos sujetos que conspiran para cometer un delito de agresión sexual contra un menor de 13 años, es decir que se ponen de acuerdo para ejecutar el delito y resuelven ejecutarlo. Supongamos que tales sujetos conocen al menor porque son profesores del mismo y nunca llegan a ejecutar el delito porque el menor cambia de domicilio y de centro educativo. En tal caso, estos sujetos no serían penalmente responsables por el comportamiento realizado puesto que no está previsto el castigo de la conspiración en la regulación de las agresiones sexuales. Supongamos ahora que uno solo de estos sujetos contacta por Internet con un menor de trece años que vive a mil kilómetros de distancia, le propone un encuentro para abusar sexualmente del mismo, compra un billete de tren para acudir lugar de residencia del menor y, en último término, camino ya de la estación, decide no realizar el viaje (no cabría hablar de desistimiento porque en base a lo planteado el delito se habría consumado). Este individuo podría resultar penalmente responsable por el artículo 183 bis CP. La peligrosidad de la conspiración que se ha puesto como ejemplo no es en absoluto desdeñable comparada con la que entraña el acercamiento al menor con fines sexuales a través de Internet que lleva a cabo en solitario uno de los dos conspiradores que resulta sin duda, mucho menor.

En todo caso y en contra de lo manifestado por algunos autores (69), el delito analizado es compatible con las formas imperfectas de ejecución. Teniendo en cuenta que su regulación exige la presencia de tres comportamientos distintos que se han de realizar de manera sucesiva, al menos teóricamente es plausible plantear que en determinados supuestos el sujeto lleve a cabo una o dos de las tres conductas requeridas y no pueda llevar a cabo la última por razones ajenas a su voluntad. En tal caso habrá dado comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos externos realizando parte de los actos que deberían producir el resultado pero éste no acaece por causas independientes de la voluntad del autor, tal y como exige el artículo 16 CP. Se aprecia por tanto la compatibilidad con la tentativa inacabada. Con ello no se quiere en absoluto celebrar esta posibilidad dado que la misma, pese a su coherencia con el principio de legalidad, se traduci-

(69) En ese sentido GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., p. 249.

ría en el castigo de comportamientos aun menos lesivos de los integran la forma consumada del delito analizado.

A la vista de lo explicado se puede afirmar que se trata todo lo más de un delito de peligro pues no se requiere para su consumación la efectiva lesión de la libertad o indemnidad sexual del menor. Algunos consideran que se trata a la vez de un delito de peligro abstracto y de peligro concreto (70). Para los que así se manifiestan el delito analizado afecta a dos bienes jurídicos distintos: uno que tendría carácter individual y que se cifraría en la libertad e indemnidad sexual del menor y otro que tendría un carácter colectivo (71) y se identificaría con la infancia. De acuerdo con esta tesis, el delito sería de peligro abstracto en relación con el bien jurídico colectivo antes mencionado y de peligro concreto respecto del individual (72).

Con independencia de lo que se entienda como bien jurídico protegido, cuestión ésta que se abordará más adelante, lo cierto es que se debe rechazar el planteamiento descrito por cuanto el delito analizado es, en todo caso, de peligro abstracto (73). Parece que el legislador ha considerado que la conducta de seducir a menores utilizando determinadas tecnologías para cometer delitos sexuales es peligrosa en el sentido de que generalmente lo es para los bienes jurídicos que pudieran estar en juego. Se trata de una peligrosidad presumida por la ley que al tiempo no la exige como elemento del tipo. No ha pasado a ser un requisito cuya concurrencia el juez de probar para afirmar la realización del tipo: pudiera ocurrir que el sujeto activo contacte con el menor, le proponga un encuentro y lleve actos encaminados al acercamiento y después se demuestre que el menor simplemente tenía curio-

(70) Así DOLZ LAGO, M.J., «Un acercamiento...», cit.

(71) Como señala LACRUZ LÓPEZ, el reconocimiento de este categoría de bienes jurídicos «... supone en cualquier caso una anticipación a la tradicional protección de bienes jurídicos individuales. Es decir, la existencia de un bien colectivo no se entiende de un modo autónomo, independiente, sino siempre como expresión de la presencia de una serie de bienes jurídicos individuales cuyas barreras de protección quedan así adelantadas. Se trata pues de evitar situaciones que suponen un peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales». Ver LACRUZ LÓPEZ, J.M., «Conceptos básicos del Derecho Penal» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 10 y 11.

(72) De acuerdo con DOLZ LAGO, dado que el «... tipo penal exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento...» ello «... abonaría la tesis del peligro concreto si circunscribimos el bien jurídico protegido al ámbito individual de este menor. Pero si ampliamos el bien jurídico protegido a la infancia estaríamos más en la presencia de un delito de peligro abstracto...». Ver DOLZ LAGO, M.J., «Un acercamiento...», cit.

(73) Así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, cit., p. 241.

sidad y que por eso contestó al sujeto activo y que acordó encontrarse con él como un mero juego sin que jamás tuviese la intención de hacerlo y que para cuando fuese a tener lugar la cita el menor se encontrase a miles de kilómetros de distancia del lugar acordado. Este planteamiento nos conduce a considerar el delito como de peligro abstracto ya que el delito de peligro concreto requiere la existencia de una situación en la que un objeto entra en el radio de acción de una conducta peligrosa y en ese momento su lesión aparece como inminente (74). Y esto con independencia de que puedan darse esta clase de situaciones en el contexto de la realización del tipo del artículo 183 bis CP. Todo lo explicado abunda en la idea de la lejanía de la lesión al bien jurídico protegido en la que se encuentran los comportamientos subsumibles en precepto analizado.

b) Concursos de delitos.

Si el encuentro entre el menor de 13 años y el sujeto activo llega a tener lugar y se realiza algún delito sexual éste se castigará además del delito regulado por el artículo 183 bis CP dado que así lo establece expresamente el precepto que incluye una cláusula concursal en virtud de la cual las penas previstas para este delito «... se impondrán sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos». Por tanto, si a la seducción telemática le sigue la comisión de otro delito contra la libertad e indemnidad sexuales, ambas infracciones se castigarán en régimen de concurso real.

Un sector mayoritario de la doctrina considera que la posterior realización del delito contra la libertad e indemnidad sexuales a los que se orienta el acercamiento a menores con fines sexuales, impediría el castigo de tal acercamiento en virtud bien del principio de consunción (75) que recoge la regla tercera del artículo 8 CP o del principio de alternatividad (76) que prevé la regla cuarta del precepto mencionado. Pese a lo acertadas que puedan resultar estas interpretaciones (como sostiene Muñoz Conde, «... es muy cuestionable que el delito del artículo 183 bis siga manteniendo su autonomía punitiva si finalmente se llega a cometer el delito que lo motivó.») (77), las mismas deben considerarse de *lege ferenda* pues la regla que contiene el precepto analizado exige el castigo de ambas infracciones en régimen de concurso real.

(74) GIL GIL, A., «La tipicidad...», cit., pp. 188 y ss.

(75) En este sentido se pronuncian TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, y LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos...», cit., p. 194.

(76) GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 732.

(77) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit., p. 241.

Ello plantea serios inconvenientes en atención a ciertos principios que inspiran nuestro orden punitivo y que se ven vulnerados por esta regla concursal.

Por un lado, de acuerdo con el parecer doctrinal mayoritario, se quebranta el principio *non bis in idem* toda vez el acto preparatorio castigado como delito pone en peligro el mismo bien jurídico que resulta después lesionado por el delito sexual efectivamente cometido que sería la libertad e indemnidad sexual del menor (78).

Así mismo se denuncia la vulneración del principio de consunción (79). No se puede ignorar que en los supuestos de progresión delictiva las fases posteriores absorben a las fases anteriores del *iter criminis*: el delito consumado consume a la tentativa y a los actos preparatorios en caso de que éstos hubieran sido cometidos y del mismo modo la tentativa consume a los actos preparatorios punibles (80).

3.1.3 Los sujetos

a) El sujeto activo.

El delito que prevé el artículo 183 bis CP puede cometerlo cualquiera. Estamos por tanto ante un delito común susceptible de ser ejecutado por cualquier persona que pueda resultar penalmente responsable. El sujeto activo no tiene por qué ser un adulto sino que puede ser un menor que tenga entre 14 y 17 años. A este respecto se advierte, como se puso de manifiesto *supra*, una separación entre la legislación española y la normativa internacional y de la UE en las que la condición de sujeto activo para este tipo de delito se circunscribe al adulto.

(78) Véase, entre otros, GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales...», cit., p. 624, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, y LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos...», cit., p. 194. No obstante, algunos autores (ver, concretamente, GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., p. 249) consideran que esta vulneración no se daría si se aceptase que el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales constituye un delito pluriofensivo que, además de afectar a la libertad e indemnidad sexual del menor de trece años afecta a la seguridad en la infancia en el uso de las TIC. No obstante quien plantea esta posibilidad entiende que «... Desde la perspectiva de salvaguardar el uso seguro de las TIC por parte de la infancia, el nuevo tipo penal... presenta evidentes lagunas y suscita el interrogante de la necesidad de su existencia.».

(79) Véase, entre otros, GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales...», cit., p. 624, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, y LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos...», cit., p. 194.

(80) GIL GIL, A., «Unidad y pluralidad de delitos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 727 y 728.

Esta previsión añade más inconvenientes (81) a los ya señalados respecto de la regulación española del delito analizado: puede suceder que un menor de 14 años de edad contacte, proponga encuentro y lleve a cabo actos materiales orientados al acercamiento con otro menor de 12 años. Puede ser que el menor de 12 años de edad haya iniciado el encuentro y sea incluso el que haya dado un cariz sexual al contacto cibernético enviando al sujeto de 14 años fotografías del mismo desnudo o en actitudes lascivas (82). Pudiera ocurrir que ambos sujetos aunque la iniciativa del encuentro proceda del sujeto de 14 (susceptible de ser penalmente responsable en virtud de lo establecido en la LORPM), quisieran mantener relaciones sexuales y que ello no implique una lesión y ni siquiera una puesta en peligro de la indemnidad sexual menor de 12 años, máxime si el encuentro entre ambos nunca tiene lugar y por tanto tampoco el contacto sexual. Sin embargo, semejante comportamiento podría cuando menos dar lugar a una denuncia o querrela por la presunta comisión del delito que recoge el artículo 183 bis CP con muchas probabilidades de ser admitida a trámite pues, aunque no hubiese ánimo de abusar sexualmente del sujeto de 12 años de edad, están presentes todos los requisitos objetivos que recoge el precepto. La incoación de un proceso penal en estos casos que, siendo la víctima menor podría haberse impulsado por sus padres, es sin duda un despropósito ya con la intervención punitiva, lejos de proteger el espontáneo desarrollo de la personalidad del menor en el plano sexual, uno de los contenidos con el que se identifica la indemnidad sexual, se estaría atentando contra la misma.

b) Sujeto pasivo.

La condición del sujeto pasivo se circunscribe al menor de 13 años. Esta decisión legislativa puede resultar adecuada teniendo en cuenta que por debajo de dicha edad el individuo puede no estar en condiciones de comprender el sentido y alcance de la sexualidad y requerir una mayor protección. Sin embargo lo cierto es que esta previsión cuestiona como se puso de manifiesto *supra* la necesidad del nuevo precepto ya que en la práctica la inmensa mayoría de los menores que son objeto de acercamiento con fines sexuales superan dicha edad.

Por otro lado no se incluye a los incapaces mayores de 13 años como sujetos pasivos que también utilizan las nuevas tecnologías y

(81) Véase GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., pp. 243 y ss.

(82) Esta práctica, conocida como *sexting* en el ámbito anglosajón, es frecuente entre los menores que utilizan Internet. Sobre la incidencia de la misma, ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 93.

pueden presentar igual o mayor vulnerabilidad que los menores de esa edad no incapaces (83).

Por otro lado, que la condición de sujeto pasivo se circunscriba a una persona que tenga menos de 13 años plantea más problemas. Y es que semejante circunstancia debe ser abarcada por el dolo del sujeto activo. Si no lo es –algo probable en el medio en el que tiene lugar el contacto–, nos encontraríamos ante un error de tipo sobre un elemento esencial de la infracción (elemento esencial pues sin el mismo la conducta deviene atípica). Este error, regulado en el artículo 14.1 CP, sea vencible o invencible, da lugar a la impunidad de la conducta ya que el error de tipo vencible conduce, en su caso, a la posibilidad de castigar por imprudencia, pero el acercamiento tecnológico a menores de 13 años con fines sexuales no tiene prevista la comisión imprudente por lo que un error de esta naturaleza, sea vencible o invencible, daría lugar a la exención de responsabilidad penal (84).

3.2 EL TIPO AGRAVADO

De acuerdo con el último inciso del artículo 183 bis CP, las penas de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 14 meses se impondrán en su

(83) GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., pp. 244 ss.

(84) El artículo 12 CP establece que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Cabría preguntarse qué sucede si el sujeto activo cree erróneamente que el pasivo es menor de 13 cuando en realidad no lo es: supuesto de error de tipo inverso que se considera un caso de tentativa inidónea ya que el sujeto ha decidido realizar el tipo creyendo que concurren todos los elementos típicos cuando en realidad falta alguno de ellos (en este caso la existencia de un menor de 13 años de edad). Tal conducta debe considerarse atípica y no porque digan algunos que al ser el delito del artículo 183 bis de mera actividad no quepa castigar la tentativa –ver GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., pp. 249– (de hecho como se puso de manifiesto *supra* ello es perfectamente posible puesto que el delito se compone de la realización sucesiva de conductas distintas hasta llegar a la consumación por lo que a pesar de no exigir resultado típico alguno, es perfectamente compatible con las formas imperfectas de ejecución) sino porque hoy día la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria abogan por la atipicidad de la tentativa inidónea cuando la misma lo es sobre la base de una valoración *ex ante* de que se pueda realizar mediante la misma el tipo penal –ver GIL GIL, A., «El *iter criminis*...», cit., p. 343–: a lo cual hay que contestar claramente en un sentido negativo.

A este respecto habría que celebrar la diferencia entre nuestro ordenamiento y otros como el escocés en los que se castiga al adulto que contacta con un sujeto que tenga la edad de consentimiento sexual siempre que el adulto piense que no la tiene. De acuerdo con esta normativa y tal y como señala RAMOS VÁZQUEZ «... *se castiga como delinquentes sexuales a individuos que no han tenido contacto (ni virtual ni de ningún tipo) con un menor real. Esto es, se castiga por las malas intenciones más que por algo que se haya hecho o se haya dado la impresión de que se iba a hacer*». Ver RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 198.

mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El empleo del engaño como medio comisivo que agrava la pena plantea algunos problemas pues dada la naturaleza comisiva de delito analizado, algunos entienden que se está construyendo una agravante a partir de lo que es una modalidad natural de realización del delito (85). Ello sobre todo si por engaño consideramos la omisión de información. Algunos sin embargo abogan por una interpretación restrictiva del engaño en virtud de la cual el mismo solo se aplique como circunstancia agravante específica «... cuando se oculta a la víctima la verdadera razón del acercamiento, eso es, la pretensión del sujeto activo de cometer alguno de los delitos que menciona el tipo.» (86). No se comparte esta exégesis pues con la misma se castiga al sujeto que trata de no auto inculparse. En relación con esta razón se entiende además que el planteamiento descrito resulta poco plausible pues implica que el sujeto deje prueba escrita sobre sus intenciones criminales en un medio de fácil acceso como es el cibernético, algo que en principio no es de esperar. Por último cabe añadir que si el sujeto anuncia su intención de cometer un delito sexual contra el menor de trece años con el que contacta, estaría incurriendo en una amenaza o intimidación que darían lugar en todo caso a la aplicación del tipo agravado por lo que la interpretación descrita no resuelve el problema que pretende resolver.

El empleo de coacción o intimidación da lugar a un concurso de leyes que con respecto a las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito del artículo 169.1 CP castigadas con pena significativamente más grave que la versión agravada del artículo 183 bis (pena de 3 a 5 años de prisión si el sujeto activo consigue su propósito, o pena de 1 año 9 meses y un día a 3 años de prisión si no lo hubiese conseguido). Algunos consideran que la creación del tipo agravado del artículo 183 bis CP descarta la posibilidad de aplicar el delito de amenazas pese a que renunciando a la misma se esté beneficiado el sujeto activo (87). Por su parte, hay autores que optan por la aplicación del principio de alternatividad que recoge la regla cuarta del artículo 8 CP y así subsumen los hechos en el precepto que castigue la conducta con pena más grave (88).

A la vista de los dos planteamientos descritos parece que el primero resulta más coherente con el principio de legalidad sobre todo si

(85) GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 732.

(86) GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., p. 252.

(87) *Id.*, p. 251.

(88) GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 732.

tenemos en cuenta que, de acuerdo con el artículo 8 CP, el principio de alternatividad se aplica en defecto de los anteriores y uno de los mismos es el de especialidad que recoge la regla primera del referido precepto y que por tanto resulta de aplicación preferente y conduciría a optar por el artículo 183 bis CP que se perfila como precepto especial frente al artículo 169.1 CP. Esta conclusión revela la más que deficiente técnica legislativa que se utiliza en el precepto analizado y pone en evidencia la precipitación y la ausencia de reflexión con la que se abordan los cambios legislativos. Resulta irónico que la alarma social justificada o no que existe en relación con el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales encuentre respuesta en un precepto nuevo que castiga dicho fenómeno con penas significativamente menos graves que otros preceptos ya existentes. Se hace evidente una vez más el empleo simbólico del Derecho penal a partir de la creación de tipos específicos deficientemente diseñados que supuestamente van a resolver de forma también muy concreta los nuevos problemas que aparentemente afectan a la sociedad.

3.3 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Salvo contadas excepciones (89) se entiende que el artículo 183 bis se orienta a proteger la libertad e indemnidad sexual del menor

(89) Ya se comentó que algunos autores, como DOLZ LAGO consideran que además de los bienes jurídicos libertad e indemnidad sexuales, el delito analizado se orienta a la protección de la infancia cuyo contenido se identifica con «... *el proceso de formación del niño en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, para evitarle que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño, capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo, al alcanzar la edad de trece años cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que eventualmente, pudiera tener.*» (Ver DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.). Con respecto a esta teoría se puede decir que en realidad no identifica ningún bien jurídico distinto de la indemnidad sexual del menor o libertad sexual, entendida de acuerdo con la misma como su libertad sexual futura en un sentido positivo dinámico que más adelante se explicará.

Por otro lado y como también se explicó *supra*, GONZÁLEZ TASCÓN se refería a la seguridad en el uso de las TIC por parte de menores y al favorecimiento del desarrollo de los derechos fundamentales de libertad de expresión y comunicación (ver GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 242). No obstante, la mencionada autora reconoce que de considerarse que el nuevo delito protege el referido bien jurídico habría que entender que el mismo presenta numerosas e importantes lagunas y suscita «... *el interrogante de la necesidad de su existencia.*» (*Id.*). Pero es que además, dada su configuración típica en lo que respecta a los sujetos activo y pasivo, el nuevo delito puede precisamente causar el efecto contrario, es decir, cercenar lo que puede ser el ejercicio de la libre comunicación entre menores en la red, como hubo ocasión de comprobar.

de 13 años que se considera puesta en peligro cuando se realizan los comportamientos que tal precepto regula.

Como se puso de manifiesto en apartados anteriores, el propio legislador de la LO 5/2012 señala en la exposición de motivos a esos dos bienes jurídicos como el objeto de protección de las normas que conforman el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal y que regulan los delitos de agresión, abuso sexual y el ahora analizado. Se dice que mediante los comportamientos subsumibles en las mismas no solo se vulnera la indemnidad sexual, «... entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor...» (90).

Pues bien, el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado no se puede identificar con la indemnidad sexual sino con la libertad sexual en su vertiente negativo estática o derecho no ya del menor, sino de todo individuo, a no participar en los encuentros sexuales sin su consentimiento (91). La indemnidad sexual solo se puede identificar por tanto con el derecho a la formación y desarrollo de la personalidad en el ámbito sexual que es predicable tanto de los menores como de los adultos (92).

Al hilo de lo que se acaba de exponer resulta necesario realizar una serie de aclaraciones en torno al bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

(90) Ver el apartado XIII de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «Boletín Oficial del Estado» núm. 152, de 23 de junio de 2010.

(91) Hoy día, la práctica totalidad de la doctrina considera que la libertad sexual comprende dos facetas: la negativo estática, que ya ha sido definida, y la positivo dinámica entendida como facultad de escoger y practicar en cada momento la opción sexual que más plazca, la de utilizar o servirse del propio cuerpo en la esfera sexual, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena (ver ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...*, cit., p. 17). Por su parte, CARMONA SALGADO, define esta faceta de la libertad sexual como «*la libertad sexual que se presenta como el derecho a la libre disposición carnal, entendida esta última como la facultad de hacer o no uso del propio cuerpo*» (Ver CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981, p. 31).

(92) Los adultos que son víctimas de agresiones o abusos sexuales sufren muy frecuentemente consecuencias psíquicas que en muchas ocasiones implican una incapacidad temporal o permanente para mantener relaciones sexuales. La afectación de su personalidad en el plano sexual y el desarrollo de la misma es por tanto evidente. Ver, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 1 (2009), pp. 317-346.

Y es que desde el momento en que la libertad sexual se erigió como el objeto de protección de la regulación de tales infracciones (93), fue concebida, en su vertiente positivo dinámica (consistente en el derecho a practicar sexo cómo y con quien se desee sin más limitaciones que la libertad ajena con todo lo que ello implica), como una libertad valorativa; es decir que para ejercerla, el individuo tenía que ostentar determinadas capacidades intelectuales y volitivas que le permitiesen entender la trascendencia de las relaciones sexuales con otras personas a fin de poder prestar un consentimiento válido para participar en las mismas (94).

Sobre la base de este planteamiento se entendió que los menores de determinada edad y algunos sujetos psíquicamente discapacitados no podían ser titulares de ese derecho lo cual obligaba a identificar otra esfera de protección cuando tales individuos eran objeto de agresión o abuso sexual (95). Ese objeto de protección se concretó en la indemnidad sexual en virtud de la reforma introducida por LO 11/1999, de 30 de abril que, entre otras cosas, modificó la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código penal que pasó a denominarse «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

Todo este desarrollo teórico resulta visto desde el momento presente un tanto innecesario (96) pues nació sobre la base de un error de concepto que a día de hoy se sigue arrastrando. La libertad sexual en

(93) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, p. 201.

(94) A este respecto ver CARMONA SALGADO, C., *Los delitos...*, cit., p. 38 y GONZÁLEZ RUS, J.J., *El delito de violación en el Código penal español*, Colección de Estudios Penales n.º 4, Granada, 1982, pp. 265 y ss.

(95) Carmona Salgado, C., «Delitos contra la libertad sexual», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Manual de Derecho penal* (Parte Especial I; delitos contra las personas; la libertad sexual e indemnidad sexuales; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad; y los derechos laborales), Madrid, 2002, p. 178; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, p. 324; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, cit., p. 241.

Como se puso de manifiesto en apartados anteriores del presente artículo, la reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, supone un cambio de paradigma a este respecto ya que la misma abre la vía para afirmar que los menores de 13 años, siempre que se den determinadas circunstancias, pueden ejercer la libertad sexual en su vertiente positivo dinámica. Ello se desprende de lo manifestado por el legislador en la exposición de motivos y del contenido del artículo 183.1 CP que regula el abuso sexual de menores de 13 años exigiendo que en el mismo el sujeto activo atente contra la indemnidad sexual del sujeto pasivo.

(96) Algo que ya puso de manifiesto DIEZ RIPOLLÉS hace tiempo. Ver Díez Ripollés J.L., «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 6, Madrid, 2000, p. 197.

su vertiente positivo dinámica no se protege mediante la regulación de los delitos sexuales. Como señaló en su día Orts Berenguer (97), no se puede decir que la normativa penal en esta materia salvaguarde de forma directa el derecho del ciudadano a mantener relaciones sexuales. La vertiente de la libertad sexual que el Derecho penal tutela es la negativo estática y de ésta siempre han sido titulares tanto los menores como los incapaces pues ambos han sido siempre susceptibles de ser sujetos pasivos de las agresiones sexuales. En este sentido, a su negativa a participar en encuentros sexuales, que se ha de vencer mediante violencia o intimidación, se le ha dado siempre trascendencia jurídica.

Por otro lado, el abuso sexual tiene lugar cuando un sujeto se ve implicado en un contexto sexual sin que medie violencia ni intimidación pero tampoco su consentimiento. La afectación de la libertad sexual negativo estática es evidente también en este supuesto. Tal es por tanto el bien jurídico que directamente tutela la regulación de los delitos sexuales que conforman el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal. Cuestión distinta es que como consecuencia de estas infracciones, el desarrollo espontáneo del sujeto en el ámbito sexual resulte gravemente afectado lo cual le puede impedir o dificultar el ejercicio de su libertad sexual positivo dinámica en el futuro, circunstancia ésta que, como se puso de manifiesto, puede darse tanto en menores e incapaces como en adultos que sean víctimas de agresiones o abusos sexuales.

En conclusión, la libertad sexual negativo estática constituye a mi modo de ver el bien jurídico que teóricamente debería proteger el artículo 183 bis CP. Sin embargo, a lo largo de toda la exposición que precede a estas líneas se ha podido comprobar que este precepto da cabida a conductas que ni siquiera ponen en peligro el referido bien jurídico y, lo que es más grave, puede terminar por limitar de forma ilegítima el derecho de los menores de 13 años y de los menores adolescentes a compartir su intimidad sexual a través de las nuevas tecnologías, lo que en definitiva forma parte de ese espontáneo desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual tantas veces esgrimido como objeto de protección. Asimismo, desde el punto de vista de su configuración típica, el nuevo precepto resulta de todo punto inadecuado para otorgar la protección que pudiera resultar necesaria en determinados casos: hemos de recordar a este respecto las dificultades de prueba que entraña y el hecho de que su existencia privilegie el trato que recibirían los sujetos activos del mismo si llevaran a cabo la conducta típica con violencia e intimidación.

(97) ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...*, cit., p. 18.

El legislador vuelve a hacer uso del Derecho penal como símbolo para dar la apariencia de que el problema del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales le preocupa. De este modo trata de dar respuesta a las voces de alarma que se alzan desde determinados sectores como los medios de información. Todo ello se lleva a cabo con precipitación y sin tener en cuenta los estudios empíricos que existen sobre la realidad de la cuestión a tratar.

Quizá a algunos les convenga ignorar esta realidad pues la misma demuestra que los menores, sobre todo los adolescentes, comparten intimidad sexual a través de las nuevas tecnologías. Este tipo de prácticas está tan extendido (98) que actualmente se puede decir que la misma forma parte del espontáneo desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito sexual. Lo que no es de extrañar cuando vivimos en una sociedad de consumo donde el sexo se expone como sinónimo de éxito y poder, una sociedad que permite anuncios publicitarios de contenido sexual explícito dirigidos al público infantil y adolescente. En este contexto es previsible que el despertar sexual de los menores sea precoz y probablemente muchos así lo quieren y no me refiero a los supuestos depredadores sexuales sino a los que están detrás de las industrias y negocios orientados a los menores que ven en el sexo un reclamo para mantener a tan fiel y manipulable mercado. El legislador de 2010 revela esta hipocresía con la que nos manejamos: permitimos la sexualización del entorno mediático (99) que rodea a los menores pero al tiempo demonizamos su sexualidad y empleamos para ello el viejo recurso del Derecho penal y lo hacemos de forma ineficaz y al tiempo nociva. Y es que la intervención punitiva en este contexto puede resultar especialmente dañina para la víctima a la que supuestamente queremos proteger; esa víctima que sufre las consecuencias de nuestra esquizofrenia cuando se ve envuelta en un proceso penal por participar en un intercambio virtual de contenido sexual que concibe como normal porque así se lo hemos enseñado.

El problema, si es que existe, no se puede resolver con un precepto penal que por lo demás está tan deficientemente configurado que no se aplica. Antes de recurrir al castigo para luchar contra depredadores sexuales imaginarios (100), habríamos de mirarnos a nosotros mismos y a la sociedad que estamos creando para nuestros menores y cambiar por otras vías, que requieran mucha más implicación por nuestra parte, los aspectos que no nos parezcan adecuados.

(98) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 93.

(99) RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Depredadores...», cit., p. 214.

(100) *Id.*

4. Las versiones del Anteproyecto de reforma de Código penal: especial referencia a la presentada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013

4.1 APROXIMACIÓN A LAS TRES VERSIONES DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA

De todos es sabido que el Gobierno pretende realizar una profunda y extensa reforma del Código penal. El Consejo de Ministros ha presentado, en menos de un año, hasta tres versiones de un Anteproyecto de reforma del Código penal.

En la primera de ellas, presentada el 16 de julio de 2012, no se prevén modificaciones ni para el delito analizado ni para ninguno de los que conforman el Título VIII del Libro II del Código penal.

En la segunda versión, presentada el 11 de octubre de 2012, el delito en cuestión cambia de ubicación y pasa a ser regulado por el artículo 183.1 ter (101). Por otro lado, su contenido no varía sino que se amplía para tipificar en un segundo apartado de ese mismo precepto la conducta del que contacte con un menor de trece años a través de las TIC y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor.

Además de estos cambios, la versión de octubre de 2012 establece en el apartado X de su exposición de motivos que todo contacto sexual que se realice con un menor de 13 años será constitutivo de delito. Ello lleva a modificar el apartado primero del artículo 183 CP en el que se regula el abuso sexual contra un menor de 13 años que ya no exige que el contacto sexual que se establezca con el mismo atente contra su indemnidad sexual. Se vuelve por tanto al paradigma anterior a la reforma de LO 5/2010 en virtud del cual la relación entre una persona susceptible de ser responsable penal y un menor de trece años resulta en todo caso delictiva, con las implicaciones que ello tiene desde el punto de vista del bien jurídico protegido.

Por último, en la tercera versión, enviada al Consejo de Estado el pasado 5 de abril de 2013, el pre legislador introduce dos cambios

(101) El artículo 183 bis pasa a ser la sede de un delito no necesariamente relacionado con las TIC cuyo contenido es el siguiente: «*El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de quince años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.». Esta conducta podría subsumirse en el apartado 4 del artículo 189 CP. No obstante este precepto vigente prevé penas menos graves que el precepto proyectado.

respecto de la versión de octubre de 2012. Por un lado, se eleva la edad de consentimiento sexual a los 15 años lo cual afecta a todos los delitos que recoge el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal, cuya rúbrica pasa denominarse «*De los abusos y agresiones sexuales a los menores de 15 años*». Por otro, se añade un nuevo precepto, el 184 quáter (102), en virtud del cual se prevé una causa de exoneración de responsabilidad penal para el autor de los delitos regulados en el Capítulo II bis antes mencionado, que se aplica cuando el menor de 15 años preste su consentimiento libremente y el autor sea próximo en edad y madurez al mismo (103).

4.2 ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA ENVIADO AL CONSEJO DE ESTADO EL 5 DE ABRIL DE 2013

De acuerdo con lo apuntado en el apartado anterior y tomando en consideración la última versión del Anteproyecto de Reforma de Código penal, se procede a analizar las tres modificaciones que afectan al delito de acercamiento a menores con fines sexuales a través de las TIC.

Como pusimos de manifiesto este delito experimenta una ampliación de su contenido. A este respecto, en la exposición de motivos se afirma que «... La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor...» (104). Ello obedece además a la Directiva 2011/92/UE (105) Relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explota-

(102) Es de destacar el error en el que incurre el legislador al dar esta numeración a este precepto. La correcta hubiese sido 183 quáter que por lógica es el número que sigue al 183 ter. El error está presente tanto en la exposición de motivos como en el articulado del Anteproyecto de reforma. Por otro lado, el artículo 184 forma parte de otro Capítulo relativo al acoso sexual.

(103) Ver el apartado XII del referido Anteproyecto en su versión enviada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013. Referencia web:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html

(104) *Id.*

(105) En la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma de Código penal de 5 de abril de 2013 se cita erróneamente esta Directiva por parte del legislador que la nombra con la referencia 2011/93 cuando la referencia correcta es la que se ha

ción de menores y la pornografía infantil. El artículo 6 de dicha Directiva que lleva por rúbrica «Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos» prevé en su apartado segundo la obligación de los Estados miembros de castigar este tipo de comportamientos (106).

Si nos atenemos al tenor literal del apartado 2 del artículo 183 ter observamos que la conducta típica consiste, una vez más, en contactar con un menor de 15 años a través de las TIC y realizar «actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor».

Nos encontramos, como sucede respecto del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales, con un tipo compuesto por dos conductas que se deben realizar sucesivamente. Con respecto a la primera de ellas, «contactar», me remito a lo expuesto al analizar el delito ahora vigente. En relación con la segunda, habría que aclarar en qué pueden consistir los actos dirigidos a embaucar a un menor con la finalidad antes mencionada. El Diccionario de la RAE define «embaucar» como «Engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado» (107). Es decir que si nos atenemos al tenor literal del precepto se deberá probar la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que el mismo lleva a cabo prevaliéndose de la inexperiencia o ingenuidad del menor de 15 años. Esta regulación suscita, al igual que la prevista para el delito del 183.1 ter (que recoge, salvo por lo que respecta a la edad del sujeto pasivo, en los mismos términos en los que lo hace la LO 5/2010 el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales pese a todos los problemas que tal configuración típica plantea) problemas de prueba que pueden dar lugar a su inaplicación en la práctica. Por otro lado, de acuerdo con los datos empíricos que se conocen en España sobre la utilización de las TIC por parte de menores se observa que éstos tienen una idea clara de su intimidad y de lo que quieren o no compartir, sobre todo cuando se trata de adolescentes que con la regulación proyectada sí pueden ser sujetos

hecho constar en el texto principal. El contenido de la Directiva se puede ver en la siguiente referencia web:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:ES:PDF>

(106) Si bien en el ordenamiento de la UE este comportamiento no se castiga como delito autónomo sino como tentativa de otros delitos relativos a la pornografía infantil, concretamente los que recogen los apartados 2 y 3 del artículo 5 de la Directiva 2011/92/UE.

(107) *Diccionario...*, cit.

pasivos de este delito (108). También se ha demostrado que Internet es el medio que se percibe con la mayor de las desconfianzas (109).

Por otro lado nos encontramos nuevamente con un delito de tendencia interna trascendente en el que lo pretendido por el sujeto activo va más allá de lo exigido por el tipo ya que no se requiere que el material pornográfico o las imágenes se lleguen a enviar. A este respecto me remito a todo lo apuntado en relación con el delito de acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales.

Nuevamente el sujeto activo puede ser cualquier persona susceptible de responder penalmente: es decir cualquier persona que tenga 14 o más años. En este sentido es llamativa la resistencia del legislador español a circunscribir la condición de sujeto activo al mayor de edad y, por otro lado, el hecho de que proteja y a la vez condene a sujetos de la misma edad por la comisión de un determinado comportamiento: el sujeto de 14 años que a través de la red embauque a otro sujeto de 14 años para que le envíe material pornográfico. Con ello se está criminalizando ilegítimamente una práctica muy frecuente entre adolescentes como es el *sexting* que, como tal, no tiene por qué afectar al normal desarrollo de su personalidad en el plano sexual pero que puede dar lugar a comportamientos constitutivos de delitos de verdadera gravedad que son los que merecen reproche penal (110).

(108) Véase, ampliamente, DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., pp. 289 a 303.

(109) *Id.*, p. 301.

(110) A este respecto MIRÓ LLINARES afirma: «... Pero el riesgo del sexting no deviene exclusivamente de la propia violación del proceso de formación de la sexualidad que en algunos casos podría suponer, sino más bien de la utilización posterior de las imágenes para otros ataques en los que ya no habrá consentimiento. Concretamente el sexting puede ser el primer paso para posteriores conductas como el cyberbullying, un posible abuso o corrupción del menor o la exposición a un chantaje de tipo sexual relacionado con el denominado grooming. Además, la difusión de imágenes a terceros puede desencadenar en conductas de pornografía infantil e incluso puede suponer una presión de tal magnitud en el menor que se ha relacionado con conductas de intento de suicidio y suicidio consumado...». El autor se refiere a casos como los de Amanda Todd y Tim Ribberink. MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 94.

El Anteproyecto de reforma de Código penal incluye de hecho un nuevo tipo delictivo dentro de los delitos contra la intimidad que castiga esta posterior utilización a consecuencia de la cual dicha información cae en manos de terceros distintos de de aquél con la que libremente se compartió. Así, en el apartado XIV de la Exposición de Motivos de la última versión del referido Anteproyecto (la enviada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013), se pone de manifiesto que «... Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimi-

La segunda modificación tiene que ver con la elevación de la edad de consentimiento sexual a 15 años.

Si bien esta elevación de la edad podría resultar coherente desde el punto de vista criminológico (111), es importante destacar que la misma no aparecía ni en la primera ni en la segunda versión del Anteproyecto de Código Penal que el Consejo de Ministros presentó, respectivamente, en julio y en octubre de 2012. Esta modificación se ha introducido solo en la versión del Anteproyecto enviada al Consejo de Estado el pasado 5 de abril de 2013 (112) y no ha sido objeto de análisis ni de informe por parte del Consejo General del Poder Judicial que solo ha informado respecto de la versión de octubre de 2012 (113). Es

dad.». En consecuencia el pre legislador añade un apartado 4 bis al artículo 197 del Código penal, con el siguiente contenido:

«4 bis. Será castigado con una 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 aquélla que hubiera obtenido con su 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.»

(111) Ya se ha puesto de manifiesto que los menores que suelen ser objeto de acercamiento por parte de adultos con fines sexuales a través de las TIC tienen en su inmensa mayoría más de 13 años. No obstante los estudios tampoco son concluyentes respecto al efecto que tales acercamientos provocan en estos adolescentes lo sigue planteando la incógnita relativa a la necesidad de estos nuevos tipos. Ver, DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., pp. 289 a 303.

(112) En el apartado XIII de la Exposición de Motivos del la última versión del Anteproyecto, se explica el cambio en base a las siguientes razones: «... En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual hasta los quince años, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil...». A este respecto solo me queda añadir que ni en la Convención sobre los Derechos de la infancia, ni en la Convención sobre los Derechos del niño en la que se regula la creación, funcionamiento y competencias del referido Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, existe una sola referencia tácita o expresa a la edad adecuada de consentimiento sexual. Ver, respectivamente las siguientes referencias web:

http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/7_216_3.pdf
http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf

La única referencia a los 15 años de edad del niño se hace en relación a evitar que los menores de dicha edad participen en conflictos armados.

(113) El informe del Consejo General del Poder Judicial se publicó el 16 de enero de 2013 y por tanto versa únicamente sobre la versión de dicho Anteproyecto

desde luego sorprendente que un cambio de semejante calado no haya sido objeto de valoración e informe por el órgano de gobierno de nuestro sistema judicial.

Esta proyectada elevación de la edad de consentimiento sexual a los 15 años es, por otro lado, objeto de una regulación confusa. No se trata de un límite absoluto a efectos de determinar la ilicitud de los comportamientos de índole sexual cometidos contra los menores de dicha edad, dado que este mal numerado precepto 184 quáter exonera de responsabilidad penal al autor de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo II bis del Título VII del Libro II del Código penal, siempre que el mismo sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez y siempre que medie consentimiento libre del menor de 15 años. Esta causa de exoneración constituye la tercera y última modificación que va a ser objeto del presente análisis.

Sorprende que la exoneración se proyecte sobre todos los delitos del capítulo cuando, entre otros requisitos, medie consentimiento libre por parte del menor de quince años. Ello porque en el referido capítulo se prevén como medios comisivos de algunos tipos delictivos la violencia, la coacción, la intimidación y el engaño que desde luego son incompatibles con el consentimiento libre del menor, víctima de los mismos. Por ello, habrá que entender que tales conductas quedan excluidas de esta cláusula lo cual implica que los dos apartados del delito de aproximación a menores con fines sexuales también deben ser objeto de la misma exclusión salvo que aceptemos un ejercicio de verdadera esquizofrenia legislativa: en unos casos la conducta típica se realiza con la intención de cometer un ulterior delito sexual contra el menor de quince años y, en otros, la conducta pasa por engañarlo abusando de su ingenuidad. Sobre la base de estas premisas, ¿cómo aceptar la posibilidad de que haya un consentimiento libre del menor de quince años?, ¿es esto un reconocimiento tácito de que la regulación da cabida a la criminalización ilegítima de intercambios íntimos entre adolescentes?

Por otro lado, dicha cláusula suscita problemas de interpretación pues para su aplicación se exige que el autor de los hechos sea cercano en edad, grado de desarrollo y madurez del menor de

aprobada por el Consejo de Ministros en octubre de 2012. Referencia web donde se puede encontrar el texto íntegro de dicho informe:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPI/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal

quince años. ¿Cuándo se entenderá que hay cercanía en la edad más allá de los casos en que las edades coincidan o exista una diferencia de meses entre las mismas? Asimismo, por lo que se desprende de la proyectada regulación, la cercanía en edad no es suficiente a efectos de exoneración puesto que además el autor debe tener un grado de desarrollo y madurez similar al del menor de 15 años y tales términos son valorativos por lo que será imposible o al menos muy difícil establecer límites apriorísticos entre lo prohibido y lo permitido. Y ello no es cuestión baladí pues, más allá de suponer una quiebra de la seguridad jurídica, abre la vía de denuncias o querellas (114) por las que se incoen procedimientos que acaben sobreseyéndose al comprobarse que en el seno de los mismos, tras los correspondientes informes y demás pruebas, se dan los requisitos a los que el proyectado artículo 184 quáter CP se refiere. Se planean pues modificaciones que pueden contribuir a aumentar gratuitamente la sobrecarga que ya afecta de manera preocupante al sistema judicial español.

III. REFLEXIÓN FINAL

La vigente criminalización del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales que sigue los dictados la normativa de la UE y alguna otra regulación internacional suscita numerosos problemas.

En primer lugar, trata de responder a un problema de cuya existencia no existe respaldo empírico, de manera que puede suponer una

(114) Hay que pensar además que el sujeto pasivo es en todo caso menor de quince años y pueden ser sus padres o representantes legales quienes presenten la correspondiente denuncia incluso en contra de la voluntad del menor, no para evitar su libre desarrollo sexual, sino para controlar su vida íntima sobre la base de principios o ideas contrarias, por ejemplo, a la práctica de relaciones sexuales previas a alcanzar la mayoría de edad o anteriores al matrimonio. La regulación proyectada abre la vía a la utilización espuria del Derecho penal y no solo por el motivo apuntado. Las razones para denunciar en los supuestos a los que se está refiriendo el art. 184 quáter pueden responder a motivos de despecho o de venganza entre sujetos inmaduros entre los que se haya podido producir algún desencuentro o discusión. Sobre las características que se pueden atribuir a los sujetos menores, LLINARES considera, si bien con la «*prudencia que requiere el formular afirmaciones estereotipadas sobre menores*», que se trata de sujetos carentes de experiencia, de perspectiva, con una menor conciencia del riesgo y de las implicaciones de sus comportamientos y tremendamente vulnerables a la presión ambiental y de sus amigos y compañeros. Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 95 y notas a pie 131 y 132 en las que el autor cita trabajos de ZHANG y McLAUGHLIN, respectivamente.

intervención punitiva ilegítima que atenta contra muchos de los principios que deben limitar e inspirar el *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución. Por otro lado, la posibilidad de que pudiera otorgar protección en supuestos necesitados de tutela se ve cercenada por una más que deficiente técnica legislativa que se ha traducido en una inaplicación práctica del precepto que regula estas conductas.

También hay que destacar que, so pretexto de proteger la libertad e indemnidad sexuales de los menores de trece años, puede dar lugar justamente a lo contrario: a la criminalización del intercambio íntimo entre menores que puede ser fruto de un espontáneo desarrollo de su personalidad. Se advierte un afán por controlar la sexualidad de los menores que pone en evidencia la hipocresía y contradicción con que la sociedad actual concibe este tema.

Pese a todo, los cambios legislativos proyectados no resuelven ninguno de los problemas apuntados sino que añaden otros nuevos. Cabría esperar que tras cerca de treinta reformas de nuestro Código penal en 18 años el legislador hubiese aprendido de sus errores y hubiese renunciado a utilizar precipitadamente el Derecho penal como símbolo que resuelve problemas sociales, pero la lectura de la tercera versión del anteproyecto de reforma futura elimina cualquier expectativa que se pueda albergar en este sentido.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «El llamado delito de violación en el NCP. La jurisprudencia sobre el delito de violación del periodo 1989-1996 (de la LO 3/1989, de 21 de junio, a la LO 10/1995, de 23 de noviembre)», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010)*, Iustel, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual» en *La Ley Penal*, n.º 80, marzo 2011.
- CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad sexual», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1996.

- «Delitos contra la libertad sexual», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Manual de Derecho penal* (Parte Especial I; delitos contra las personas; la libertad sexual e indemnidad sexuales; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad; y los derechos laborales), Madrid, 2002.
- *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., *Código penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios*, Colex, Madrid, 2010.
- CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español –art. 183 bis CP–», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 8 (julio 2012).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección del Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 6, Madrid, 2000.
- DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, n.º 7575, Sección Doctrina, 23 de febrero de 2011.
- GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abuso sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2.^a Edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GIL GIL, A., «*Iter criminis*» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- «La tipicidad como categoría del delito», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- «Unidad y pluralidad de delitos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.
- *El delito de violación en el Código penal español*, Colección de Estudios Penales n.º 4, Granada, 1982.

- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, págs. 207-258, Santiago de Compostela, 2011.
- LACRUZ LÓPEZ, J.M., «Conceptos básicos del Derecho Penal» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal» en *Diario La Ley*, n.º 7492, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2010.
- MARTÍN LORENZO, M., «Delito de ciberacoso sexual», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, Francis Lefebvre, Madrid.
- MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosh, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante» en *Diario La Ley, Especial Reforma del Código penal*, n.º 7534, 23 de diciembre de 2010, Madrid.
- «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 1 (2009).
- *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II): Abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y acoso sexual», en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Parte Especial*, 3.ª Edición Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia 2001.

- PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)», en *Diario La Ley*, n.º 1915, Sección Doctrina, 4 de septiembre de 2012, Madrid 2012.
- RAMÓN RIBAS, E., «La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8 (julio de 2012).
- «El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado 2» en *Diario La Ley*, n.º 7746, Sección Doctrina, 29 de noviembre de 2011, Madrid, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Acoso sexual cibernético a menores de trece años» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Delitos contra la libertad sexual», en CÁNDIDO-CONDE PUMPIDO-FERREIRO, J., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 1997.

¿Es posible sancionar penalmente los cárteles económicos actualmente en España?

Propuestas de futuro (1)

DR. ÁLVARO MENDO ESTRELLA

Profesor de Derecho penal
Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad Católica de Ávila
Abogado

RESUMEN

En el presente trabajo, partiendo de un concepto más o menos aceptado de cártel, se analiza si los comportamientos normalmente considerados como tal pueden o no ser constitutivos de algún delito previsto en el Código penal vigente: así, del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas, del delito de desabastecimiento de productos esenciales con el fin de alterar los precios, del delito de alteración personal de los precios o del delito de alteración operativa de los mismos. Igualmente, se establecen una serie de consideraciones acerca de la criminalización de los cárteles en el futuro y, en este sentido, se reflexiona sobre si es necesaria o no la persecución penal de los cárteles, si deben o no establecerse tipos penales específicos, al tiempo que se proponen directrices que, en cualquier caso, no debiera olvidar una futura regulación, etc.

Palabras claves: *Cártel, delito, código penal.*

ABSTRACT

For this study which has been based on a more or less accepted view of price fixing, we analyze whether the behaviors normally considered as such may or may not

(1) El presente artículo se encuentra enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción», englobado dentro de los Proyectos de Investigación Fundamental no orientada de la Dirección general de Investigación y Gestión del Plan Nacional de I+D+i.

constitute an offense under the present criminal code, for example: the offense of altering prices in competitions and public auctions, the crime of creating a deficiency of essential commodities in order to alter prices, the crime of personal or operational alteration of crime rates. They also establish a future progression of deliberations about the criminalization of companies that price fix. Along this same line we will have to examine whether it is necessary or not to prosecute companies that price fix, whether or not to establish specific criminal penalties as regulatory guidelines in the future are proposed. In any case, future regulation should not be over looked.

Keywords: *Cartel, crime, penal code.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Sobre la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España actualmente. 2.a) Cuestiones preliminares. 2.b) Análisis de tipos penales actualmente vigentes: 2.b.1) De la alteración de precios en concursos y subastas públicas. 2.b.2) Detracción de materias primas o productos de primera necesidad. 2.b.3) De la alteración personal de los precios. 2.b.4) Alteración operativa de precios.–3. Opciones de futuro en la represión penal de los cárteles en España.–4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de las presentes páginas se centra en analizar la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España, tanto en el presente como en el futuro, poniendo de manifiesto que las dificultades para consensuar un concepto de cártel y, sobre todo, la ausencia de literatura científica en relación al objeto de este trabajo así como de antecedentes jurisprudenciales al respecto en nuestro país, dificultan, pero a la vez justifican, una investigación con este objetivo.

Partiremos para ello, aún siendo conscientes de las dificultades y ambigüedad al respecto, de la identificación normativa de los comportamientos constitutivos de cárteles, con el fin de comprobar si tales comportamientos pueden subsumirse en algún tipo penal vigente. En este sentido, analizaremos los tipos que a priori pudieran ser aplicables, pues solo así podremos concluir fundadamente si el comportamiento constitutivo de cártel encaja o no en el correspondiente tipo penal.

Quede por sentado desde este momento que quedarán fuera del análisis todos aquellos comportamientos accesorios o instrumentales al fin del cártel que por sí solos no constituyen una práctica anticompetitiva y que, muy posiblemente, sí puedan constituir algún tipo delictivo (por ejemplo falsificaciones documentales, delitos societarios, relativos a secretos de empresa, corrupción entre particulares, etc.).

La segunda parte del trabajo, como ya se ha podido advertir, versará sobre la posibilidad de criminalización de los cárteles en el futuro, posicionándonos sobre la necesidad o no de su persecución penal y, en cualquier caso, sentando principios, instituciones y reglas de juego que no debiera olvidar una futura ordenación al respecto.

El trabajo se cerrará, como es de rigor, con una serie de conclusiones derivadas de la investigación que se lleva a cabo.

Pasemos, por tanto, a analizar si existe la posibilidad de sancionar penalmente los cárteles en España actualmente.

2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE SANCIONAR PENALMENTE LOS CÁRTELES EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD

2.a) Cuestiones preliminares

Como acabamos de advertir, antes de analizar qué tipos penales vigentes pueden ser aplicables a los comportamientos constitutivos de cárteles, debemos partir de la base de un concepto jurídico de cártel lo más consensuado posible para, de esta forma, poder acotar los comportamientos considerados normalmente como cárteles en aras de la taxatividad y seguridad jurídica que debe imperar, especialmente, en el orden jurídico penal.

Tarea ésta en absoluto nada fácil, pues resulta verdaderamente complejo «acotar el concepto en un texto legislativo» (2) como pone de manifiesto el hecho de que existan dificultades y contradicciones (3) en las propias resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia a la hora de calificar determinadas conductas como cárteles, dificultad que se incrementa ante la ausencia de decisiones jurisprudenciales al respecto.

Existen varias definiciones de cárteles tanto a nivel legal como institucional. En este sentido, la propia Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007 establece, en su disposición adicional 4.^a, que a efectos de lo dispuesto en la ley «se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de

(2) RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. «¿Qué es un cártel para la CNC?», p. 7, enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».

(3) RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. *Op. cit.*, pp. 19 y ss. al tratar en el epígrafe quinto «algunas contradicciones en la línea decisoria de la CNC».

mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o las restricción de las importaciones o las exportaciones».

Evidentemente esta definición puede servir de orientación como base para el objeto de este trabajo, pero no de forma única o excluyente, pues su infalibilidad es muy cuestionable desde el momento en que la Comisión Nacional de la Competencia se ha visto obligada a defender una interpretación más amplia de cártel, al calificar como tal supuestos no secretos o prácticas claramente anticompetitivas, no incluidas en la definición trascrita (4).

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define el *hard core cartel* como «... an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce».

De interés resultan igualmente las definiciones propuestas por la Comisión Europea en sus Comunicaciones sobre clemencia en los años 2002 y 2006. En la primera Comunicación se hacía referencia a «los acuerdos secretos entre dos o más competidores que tengan por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones» destacándose su plena identidad con la definición, ya vista, de la LDC de 3 de julio de 2007.

Más amplia es la definición de la Comunicación de 2006 al considerar los cárteles como «acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores.»

Pues bien, a la vista de las definiciones trascritas, podemos concluir que existe acuerdo en cuanto a la finalidad que puede perseguir el cártel pero no tanto en cuanto a la conducta que da origen al cártel. Así, no hay mayor problema en considerar que la finalidad perseguida

(4) Así parece desprenderse en la Resolución Bombas de Fluidos de 24 de junio de 2011 al considerar como cártel una conducta que bien podría calificarse como recomendación colectiva, dado el esencial papel jugado por la correspondiente asociación.

por lo que debemos entender por cártel es la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, las pujas fraudulentas y las restricciones de las importaciones o exportaciones, todo ello con una finalidad anticompetitiva.

Más controvertido resulta sin embargo, como se acaba de decir, cuál es la conducta causal de esa finalidad: ¿un acuerdo?, ¿una práctica concertada?, ¿ambas?, ¿el acuerdo debe ser secreto? Considero que, teniendo en cuenta que la propia Comisión Nacional de la Competencia ha calificado como cárteles acuerdos no secretos o no totalmente secretos, que la definición aportada por la Comunicación de clemencia de 2006 no ha sido cuestionada por el Tribunal de Justicia y que es conveniente que el concepto de cártel que se adopte en España debe estar en armonía con lo previsto en el marco de la Unión Europea (5), debemos considerar como conducta causal de un cártel los acuerdos no secretos y las prácticas concertadas.

En conclusión y en aras de la taxatividad y seguridad que debe imperar en cualquier análisis penal, consideraremos como cártel para verificar si la legislación penal española lo sanciona actualmente, todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores con la finalidad de fijar precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, asignar cuotas de producción o de venta, repartir mercados, pujar fraudulentamente o restringir las importaciones o exportaciones.

2.b) Análisis de tipos penales actualmente vigentes

Realizadas las consideraciones precedentes, dedicaremos las siguientes páginas a analizar aquellos tipos delictivos vigentes en nuestro Código penal que, a priori, pudieran ser aplicables a los comportamientos constitutivos de cárteles para, a posteriori y como consecuencia del análisis, concluir si esa aplicación o subsunción es posible.

2.b.1) DE LA ALTERACIÓN DE PRECIOS EN CONCURSOS Y SUBASTAS PÚBLICAS

En el Capítulo VIII del Título XIII del Libro II del Código penal y bajo la rúbrica «De la alteración de precios en concursos y subastas públicas» (6), el artículo 262 establece que:

(5) RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. *Op. cit.*, pp. 7 y 9.

(6) Los dos primeros comportamientos típicos de este artículo, junto con el comportamiento recogido en el actual 284 del Código penal, se recogían en el Código

«1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

El análisis de este precepto cuyo bien jurídico protegido es, desde una perspectiva supraindividual, la correcta formación de los precios en los concursos y subastas a los que alude y, desde una perspectiva individual, la libertad de los licitadores y los intereses patrimoniales de los titulares de los bienes subastados, debe realizarse al hilo de los cuatro comportamientos claramente diferenciados (tipicidad objetiva) que describe:

1.º Solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública.

La acción típica consiste, por tanto, en la mera solicitud de dádivas, entendidas como dinero o bien de contenido económico, o de promesas, entendidas como anuncio firme de la entrega de la futura dádiva (7).

Mencionar que, en cuanto al sujeto activo, pudiera pensarse en aquél que se considera con posibilidades de realizar la mejor puja en el proceso de adjudicación, pues si así no fuera no tendría sentido su solicitud (8).

penal anterior bajo la rúbrica «De las maquinaciones para alterar el precio de las cosas» en los artículos 539 a 541.

(7) Así las define MESTRE DELGADO, E., «Los delitos de alteración de los precios en un sistema de economía de mercado», en LAMARCA PÉREZ, C (*et al.*) *Derecho penal, parte especial*, ed., Colex (Madrid, 2011), p. 355.

(8) *Ibídem.*

Resulta de interés precisar que la referencia a subasta debe entenderse hecha a las ventas públicas de bienes o productos y el concurso a aquellos procesos que tienen como fin la adjudicación de contratos y la gestión de servicios (9).

Por último, destacar que nos encontramos ante un delito de mera actividad por lo que el delito se consuma con la mera solicitud sin requerirse, en consecuencia, ningún resultado separable de la acción descrita. Cabe, no obstante, la tentativa inacabada (p. ej.: interceptación de la solicitud de dádivas o promesas).

2.º Intento de alejar a los postores mediante amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.

Por lo que respecta a este segundo comportamiento típico previsto en el artículo 262 del Código penal debemos destacar, al igual que en el comportamiento anterior, como el legislador adelanta la intervención punitiva, equiparando un mero intento con la consumación delictiva. En coherencia con ello, no es necesario para entender cometido el delito que quienes han recibido amenazas, dádivas, promesas, etc., no hayan tomado parte en la puja, bastando por tanto con el intento de alejarlos de la misma.

A diferencia del comportamiento anterior, el apartamiento de la puja no es buscado por el postor en cuestión sino por terceros que pueden ser otros postores o el promotor de la subasta.

De interés resulta destacar, por último, que la literalidad del precepto al referirse a «los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de...» autoriza a pensar que este comportamiento se refiere, únicamente, a las subastas y no a los concursos.

3.º Concertación para alterar el precio del remate.

El comportamiento típico que ahora comentamos se introduce por primera vez en nuestro texto punitivo con el vigente Código penal de 1995, añadiéndose por tanto a los dos comportamientos previamente señalados.

Al igual que los anteriores, el delito se consuma con la mera concertación para alterar el precio del remate sin necesidad de que, efectivamente, se altere y se consiga la adjudicación. No obstante, considero que al menos debe exigirse la presencia de alguno o algunos de los concertantes en el proceso de adjudicación y su intento de alterar el precio pues, de lo contrario, y con quiebra evidente del principio

(9) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (X): Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Alteración de precios en concursos y subastas públicas» [en CD] en VIVES ANTÓN, T (*et al.*), *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición (Valencia, 2010).

de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos, se estaría elevando a la categoría de delito un acto preparatorio conspirador, normalmente impune.

Debemos poner de relieve, cómo la mejor doctrina (10) ha considerado que este comportamiento típico está reservado, únicamente, a las subastas y no a los concursos, pues la referencia al precio del remate así lo sugiere.

4.º Quiebra o abandono fraudulento de la subasta habiendo obtenido la adjudicación.

Por lo que respecta al presente comportamiento resulta evidente que solo es aplicable, al igual que los dos anteriores, a la subasta, lo que resulta evidente en este caso al referirse de forma expresa únicamente a esta.

En este caso, el sujeto activo es el postor que ha obtenido la adjudicación y que, sin embargo, no formaliza los actos necesarios para la obtención efectiva del bien subastado, todo ello con carácter fraudulento entendiéndose por tal «la finalidad de provocar una nueva convocatoria de la subasta y obtener así el bien a un precio más bajo» (11).

Analizado el tipo objetivo del artículo 262 corresponde ahora, en sede de tipicidad subjetiva, destacar que este delito sólo puede ser cometido dolosamente lo cual resulta evidente pues no se recoge expresamente, como ordena el artículo 12 del Código penal, la punición imprudente. Pero es que además, la existencia de determinados fines o, dicho de otra manera, de otros elementos subjetivos del injusto expresamente previstos en el tipo (p. ej.: «... para no tomar parte en un concurso o subasta pública», «alejar a postores», «... con el fin de alterar el precio del remate», «... fraudulentamente») descartan igualmente cualquier clase de dolo que no sea el dolo directo de primer grado por lo que, en consecuencia, no cabe tampoco el dolo eventual.

En sede de antijuridicidad es prácticamente inimaginable la aplicación de alguna causa de justificación y en sede de imputabilidad, al menos teóricamente pero poco factibles, la minoría de edad, alteraciones psíquicas, estados de intoxicación o el error de prohibición.

Como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son aplicables las atenuantes de confesión y de reparación del daño y las agravantes de precio, recompensa o promesa, reincidencia y prevalimiento de carácter público.

(10) Claramente, en el sentido indicado en el texto, MESTRE DELGADO, E., *op. cit.* p. 355 y SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, parte especial*, ed. Dykinson (Madrid, 2011), p. 467.

(11) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*

Por lo que respecta a la autoría y participación son aplicables, sin más, las reglas generales, por lo que son posibles todos los títulos de imputación de autoría y participación.

En cuanto a la penalidad o, en general, consecuencias jurídicas del delito que comentamos, este se castiga con «pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años».

Además, como establece el apartado segundo, «El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

Si bien la penalidad suele ser, en casi todos los delitos, un elemento meramente descriptivo que no ofrece posibilidades de interpretación, los párrafos transcritos del artículo que comentamos sí merecen, sin embargo, algunas apreciaciones y comentarios de interés:

a) Se hace referencia a la inhabilitación para licitar en subastas judiciales, no entendiéndose bien por qué no se amplía dicha inhabilitación a otro tipo de subastas y a los concursos.

b) La mención expresa a Administraciones o entes públicos del segundo inciso del primer párrafo autoriza a pensar que el primer inciso también incluye las subastas privadas a pesar de su mención a concursos o subastas públicas (12).

c) La perfección técnica del párrafo referido al concurso o subasta convocados por Administraciones o entes públicos es dudosa (13), pues para imponer la pena de inhabilitación a «la empresa por él representada» será necesario, si dicha empresa ostenta personalidad jurídica propia, que el legislador haga referencia expresa al ar-

(12) Así lo considera la doctrina mayoritaria destacando, por todos, a MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *op. cit.*, quien, con buen criterio, señala que el término «pública» al que se refiere el primer inciso del 262.1 no es un elemento normativo del tipo sino un elemento descriptivo «que incluye no sólo los concursos y las subastas que posean carácter oficial (celebrados con arreglo a una norma determinada), sino también los privados, abiertos a la participación de cualquier persona».

(13) En este sentido MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 361.

título 31 bis), regulador de la responsabilidad penal de personas jurídicas.

d) La mención expresa, en el apartado segundo, al artículo 129 del Código penal (referido únicamente a entidades sin personalidad jurídica), supone, incomprensiblemente, la responsabilidad de estas entidades sin personalidad frente a la exención de entidades con personalidad jurídica.

Pues bien, llegados a este punto corresponde entonces, tal y como nos comprometimos al inicio de este trabajo, determinar a la luz del análisis realizado si alguno de los comportamientos (14) que habitualmente son considerados como cárteles pueden subsumirse en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas.

Pues bien, a priori, parece que no hay especiales inconvenientes en afirmar la identidad de comportamientos entre el acuerdo o práctica concertada para pujar fraudulentamente y el comportamiento típico consistente en concertarse entre sí con el fin de alterar el precio del remate.

En este sentido, algunos casos investigados por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, podrían ser constitutivos del delito analizado en la modalidad mencionada. Así, en el caso Gestión de Residuos Sanitarios (15) donde algunas de las empresas que conformaban el cártel se presentaban de forma selectiva a las licitaciones públicas; o el de Licitaciones de Carreteras (16) en el que se celebraban reuniones y se tomaban acuerdos de modificación de ofertas para la licitación convocada por Provinsa o, por último, en el asunto de Envases Hortofrutícolas (17) donde se concertaron las ofertas en procedimientos de licitación convocados por grandes clientes.

Decíamos anteriormente que, a priori, no había especiales inconvenientes en afirmar la identidad entre los acuerdos o prácticas concertadas para pujar fraudulentamente y el comportamiento típico de

(14) No nos referiremos aquí, por exceder el ámbito de este trabajo, a aquellos comportamientos accesorios o instrumentales al fin del cártel que por sí solos no son tal y que, muy posiblemente, sí puedan constituir algún tipo delictivo: por ejemplo, la entrega de dádiva a la autoridad o funcionario público convocante del concurso constituiría un delito de cohecho del artículo 424 del Código penal, por no hablar de posibles falsificaciones documentales o delitos societarios. Igualmente, es imaginable la eventual entrega a un postor de dádiva, promesa, etc., para alejarlo de la puja, constitutivo del segundo comportamiento del artículo 262 analizado.

(15) Resolución de 18 de enero de 2010 (Expte. S/0014/07).

(16) Resolución de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10).

(17) Resolución de 2 de diciembre de 2011 (Expte. S/0251/10).

concertarse para alterar el precio del remate. Pero solo a priori pues, como hemos puesto de manifiesto en el análisis del precepto, la mención expresa en el tipo penal al «precio del remate» debe relacionarse, según la doctrina mayoritaria, con las subastas y no con los concursos que, como también se ha señalado, se refieren a la adjudicación de contratos y gestión de servicios que es donde, en su caso, actúan principalmente los cárteles.

A modo de conclusión podemos decir que no es posible subsumir el acuerdo o práctica concertada para pujar fraudulentamente en el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (18) para lo que, como propuesta de lege ferenda, quizás debiera añadirse la expresión «precio de adjudicación» u «oferta» a la de precio del remate.

2.b.2) DETRACCIÓN DE MATERIAS PRIMAS O PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD

Bajo la rúbrica «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores» se enmarca el artículo 281 a cuyo tenor «1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas».

Por lo que respecta a la tipicidad objetiva, el comportamiento típico consiste en detraer del mercado materias primas o productos de primera necesidad con una finalidad expresa cual es desabastecer un sector del mismo, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores. Como podemos comprobar el tipo se encuentra cargado de elementos descriptivos tales como detraer, materias primas o productos de primera necesidad. Por detraer debemos

(18) No obstante, si concurre entre los partícipes en el acuerdo o práctica concertada ánimo de lucro (lo que no es difícil de imaginar), apariencia de veracidad asumida por el convocante de la licitación o demás postores y adjudicación a los defraudadores del contrato o servicio en cuestión con el consecuente perjuicio para terceros, no es descabellado pensar en la existencia de una estafa del artículo 248 del Código penal, que podría entrar en concurso con el tercer comportamiento del 262 si éste se extendiera a los concursos y no solo a subastas.

entender retirar (19) o apartar (20), por materias primas «los productos base del sistema industrial» (21) y por productos de primera necesidad «los destinados a cubrir las necesidades personales básicas en materia de alimentación, vestido, educación y sanidad» (22).

Nos encontramos ante un delito de mera actividad pues no se exige un resultado separado de la acción, bastando pues para la consumación del mismo con la detracción del mercado de los productos mencionados eso sí, acreditando que se realiza con alguna de las finalidades descritas en el tipo pero sin que sea necesario, como decimos, que éstas lleguen a producirse. En consecuencia y dado el carácter de delito de simple actividad, solo será posible la tentativa inacabada y la consumación.

En cuanto a la tipicidad subjetiva es este un delito eminentemente doloso pues no existe la cláusula expresa de imputación imprudente y la existencia expresa de tendencias subjetivas (intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores) permite descartar incluso la posibilidad del dolo eventual.

En sede de antijuridicidad es inimaginable la aplicación de alguna causa de justificación y en sede de imputabilidad, al menos teóricamente aunque poco factibles, la minoría de edad, alteraciones psíquicas, estados de intoxicación o el error de prohibición.

Como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son factibles las atenuantes de confesión y de reparación del daño y las agravantes de precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

Por lo que respecta a la autoría y participación son aplicables, sin más, las reglas generales, por lo que son posibles todos los títulos de imputación de autoría y participación. Debemos destacar sin embargo en este apartado la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica a tenor de lo dispuesto en el artículo 288 del Código penal.

Por lo que respecta a la penalidad el precepto comentado establece la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses fijándose la superior en grado, por razones evidentes,

(19) MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», en LAMARCA PÉREZ, C. (et al.) *Derecho penal, parte especial*, ed. Colex (Madrid, 2011), p. 387.

(20) Diccionario de la lengua española, ed. Espasa, 22.^a edición, Vol. I, 2001. Voz *detraer*, 1.^a acepción.

(21) MESTRE DELGADO, E., «Delitos relativos...», *op. cit.*, p. 387.

(22) *Ibíd.* En la misma línea MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), p. 509, al referirse a alimentos y medicamentos.

si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas; la agravación supondría una pena de prisión de 5 años y un día a 7 años y seis meses y una pena de multa de 24 a 36 meses. Por lo que respecta a la persona jurídica, y en coherencia con lo establecido en el artículo 288.1.II, puede establecerse una pena de multa de uno a tres años.

Por último, resaltar que para poder proceder por este delito es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales configurándose como un delito semipúblico si bien, y esto será lo más habitual, no será precisa la denuncia referida cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 287.2 del Código penal.

De nuevo y tras el análisis del precepto que comentamos corresponde entonces, tal y como nos comprometimos al inicio de este trabajo, determinar si alguno de los comportamientos que habitualmente son considerados como cárteles puede subsumirse en el delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad.

En este sentido creo que, a modo de conclusión, no hay especiales problemas en considerar posible esa subsunción si el acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra y de venta estriba precisamente en retirar determinados productos del mercado (materias primas o productos de primera necesidad) para lograr la consecuente y normal subida de precios al reducirse la oferta (23). No obstante nos encontramos ante una conducta muy específica que, por ello, muy poco va a contribuir en la prevención de los cárteles.

2.b.3) DE LA ALTERACIÓN PERSONAL DE LOS PRECIOS (art. 284.1.º)

Establece el artículo 284.1.º, también bajo la rúbrica de los delitos relativos al mercado y a los consumidores que «se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: 1.º Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles

(23) Este acuerdo será factible y posible siempre que, evidentemente, sea rentable y en este sentido no genere el riesgo de entrada de nuevos competidores en el mercado que aprovechen el desabastecimiento o que el beneficio por la subida de precios no supere el perjuicio por dejar de ofrecer temporal y espacialmente esos productos.

que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos».

Por lo que respecta a la tipicidad objetiva del delito que nos ocupa, y cuyo bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento del sistema de formación de los precios de los bienes objeto de contratación (24), debe resaltarse que la acción típica consiste en intentar alterar los precios pero no de cualquier forma, sino a través de los medios comisivos de la violencia, amenaza o engaño. Nos encontramos por tanto ante un delito de mera actividad donde no se exige un resultado específico separado de la acción, por lo que solo son posibles la consumación y la tentativa inacabada. Dos son, pues, los extremos que merecen comentario en relación al comportamiento típico: los precios y los medios comisivos.

En cuanto a los primeros vaya por delante que, al no distinguirse específicamente en el Código penal, la alteración puede consistir tanto en una alteración al alza como a la baja. Con el fin de perfilar adecuadamente el tipo de precios al que se refiere el precepto cabe destacar, siguiendo a GARCÍA PABLOS (25), que los precios «pueden ir referidos tanto al momento de la producción como al de la comercialización o distribución del bien o servicio. Y puede consistir lo mismo en una fijación directa que indirecta de los precios: afectando al precio mismo de la cosa o incidiendo en sus componentes o en el de las materias primas; en sus sustitutivos o accesorios...».

Igualmente, en cuanto a los precios, debe resaltarse que el precepto se refiere a precios libres es decir, que no será aplicable el delito que nos ocupa cuando los precios, de alguna manera, están sometidos a control o a autorización administrativa (26). El Código penal anterior, en el artículo 541.1.º, sí incluía esta clase de precios, siendo desde mi punto de vista poco adecuada la exclusión que realiza actualmente el precepto que comentamos.

En cuanto a los medios comisivos resaltar que la violencia y las amenazas debemos equipararlas a la vis física y psíquica, respectivamente, y el engaño al propio del delito de estafa (27) es decir, cualquier maquinación o artimaña susceptible de producir error en otro. Además,

(24) MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 356.

(25) Cit. por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Económico y de la empresa. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch, (Valencia, 2005), p. 288.

(26) *Ibíd.*, p. 282, refiriéndose a precios autorizados, comunicados o de vigilancia especial.

(27) En este sentido SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La manipulación de los precios del mercado» en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir), *Derecho penal español, parte especial (II)*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia 2011), p. 635.

en base al principio de intervención mínima, creo que deben tener la entidad suficiente para conseguir una alteración en los precios.

Continuando en sede de tipicidad objetiva, referir simplemente que nos encontramos ante un delito común que, por tanto, puede ser cometido por cualquiera, donde el sujeto de la acción, que no el sujeto pasivo, puede ser «cualquiera que intervenga en el proceso de formación de los precios (productores, fabricantes, intermediarios, consumidores...)» (28) y que el objeto de la acción son los precios libres, en el sentido antes indicado, de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles, que sean objeto de contratación, listado que debemos entender como meramente ejemplificativo pero, eso sí, excluyendo todo aquello que se encuentre fuera del comercio legal de los hombres.

Por lo que respecta a la tipicidad subjetiva nos encontramos, de nuevo y sin duda alguna, ante un delito exclusivamente doloso dados los medios comisivos ya citados, la intención expresa requerida por el tipo y, desde luego, la inexistencia de cláusula específica de punición imprudente.

En sede de antijuridicidad es inimaginable la aplicación de alguna causa de justificación y en sede de imputabilidad, al menos teóricamente aunque muy poco factibles, la minoría de edad, alteraciones psíquicas, estados de intoxicación o el error de prohibición.

Por lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son factibles las atenuantes de confesión y de reparación y las agravantes de precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

En cuanto a la autoría y participación son aplicables las reglas generales y no existe ningún inconveniente especial en admitir todas y cada una de las formas de participación teniendo en cuenta la expresa referencia a los medios comisivos de violencia, amenaza y engaño, estando prevista, igualmente, la responsabilidad penal de personas jurídicas según lo dispuesto en el artículo 288.

La penalidad establecida para el delito de alteración personal de los precios es de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Por lo que respecta a la persona jurídica, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 288.1.II, puede establecerse una pena de multa de seis meses a dos años.

(28) ESTEBAN MESTRE, E., *op. cit.*, p. 357.

Especial mención merece en este artículo la cuestión referente a los concursos, dada la referencia expresa que el precepto hace a la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

En efecto, entiendo que los delitos que pudieran derivarse de la violencia, amenaza o engaño (así, por ejemplo, lesiones, coacciones, amenazas o estafa), teniendo en cuenta que afectan a un bien jurídico muy diferente al tutelado en el artículo 284 que comentamos y donde el sujeto pasivo es bien diferente, deben entrar en concurso medial con el delito de alteración personal de los precios.

Analizado el precepto que comentamos, es momento de determinar si alguno de los comportamientos que habitualmente son considerados como cárteles puede subsumirse en el delito de alteración personal de los precios previsto en el artículo 284.1.º del Código penal.

Pues bien, concluyendo, no hay especiales problemas en considerar posible esa subsunción si el acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra y de venta se lleva a la práctica utilizando alguno de los medios comisivos expresamente previstos es decir, mediante violencia, amenaza o engaño (29). No obstante lo que deba entenderse, a título de ejemplo, por engaño (30), puede impedir la subsunción en este precepto de numerosos supuestos de cárteles y, en consecuencia, dejar fuera de su ámbito de aplicación supuestos verdaderamente graves.

2.b.4) ALTERACIÓN OPERATIVA DE PRECIOS (art. 284.3.º)

A tenor de lo dispuesto en el artículo 284.3.º del Código penal, «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que: Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

(29) Pudiera servir de ejemplo el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1979, en el que un colectivo de panaderos trató de forzar una alteración de precios mediante la práctica concertada de disminuir su peso en un 30 %.

(30) Si, como entiende la mejor Doctrina, debe reconducirse al entendimiento que del mismo se hace en la estafa, no será fácil argumentar un error en, por ejemplo, el consumidor u otro competidor derivado directamente de una maquinación por parte del cartelista/s.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador».

El artículo acabado de reseñar no es, ni más ni menos, que la incorporación al Derecho interno de lo dispuesto en la Directiva 2003/06/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. En efecto, el artículo 1.2 de dicha Directiva establece que «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por manipulación de mercado las transacciones u órdenes para realizar operaciones [...] que aseguren, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concertada, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, a menos que la persona que hubiese efectuado las transacciones o emitido las órdenes para realizar operaciones demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate».

Por lo que respecta a la tipicidad objetiva y en relación con el objeto del presente trabajo, debemos destacar como comportamiento típico el consistente en, utilizando información privilegiada y con el fin de fijar los precios de valores o instrumentos financieros en niveles anormales o artificiales, asegurarse una posición dominante en el mercado de dichos objetos financieros, todo ello por sí solo o en concierto con otros.

Según un importante sector doctrinal (31) nos encontramos también en este caso ante un delito de mera actividad en cuanto no se exige un resultado separado de la acción si bien no resulta tan claro como en los comportamientos analizados más arriba, pues considero que el precepto que ahora comentamos exige, al menos, el aseguramiento de una posición dominante en el mercado que bien podía no tenerse antes.

Nos encontramos de nuevo, técnicamente, ante un delito común, si bien el propio significado de alguno de los elementos del tipo restringe, de hecho, el círculo de potenciales autores.

En este sentido y continuando en sede de tipicidad objetiva, con el fin de aclarar algunos elementos del tipo, debemos entender por información privilegiada aquella «información de carácter concreto, no publicada, que es conocida por un círculo reducido de personas, que

(31) En este sentido MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 360, y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *op. cit.*, p. 641.

tiene capacidad para influir en los precios de cualquier bien o servicio, y que el autor conoce por cualquier medio» (32).

Igualmente, la exigencia típica de asegurarse una posición dominante en el mercado queda colmada bien porque se mantiene la que ya se tiene o bien porque, como consecuencia del uso de esa información privilegiada, se accede a una posición de tal carácter.

Por último, en cuanto a los precios en niveles anormales o artificiales, cabe preguntarse si la finalidad que exige el tipo debe estar encaminada a mantener dichos niveles en el tiempo o basta, simplemente, con que en algún momento hayan alcanzado dichos niveles. Pues bien, para contestar a esa pregunta, nada mejor que acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que en sentencia de 7 de julio de 2011 (33) declaró expresamente que, «para que pueda considerarse que el precio de uno o de varios instrumentos financieros se ha fijado a un nivel anormal o artificial, no se exige que ese precio se mantenga en un nivel anormal o artificial más allá de un cierto tiempo» es decir, basta con que en algún momento se haya alcanzado ese nivel.

Por lo que respecta al tipo subjetivo una vez más nos encontramos ante una conducta dolosa en la que, además del dolo genérico, se exige una finalidad concreta cual es fijar los precios de los instrumentos financieros que cita en niveles anormales o artificiales.

En sede de antijuridicidad y al contrario de lo que ocurre con el resto de delitos que hemos comentado, puede ser imaginable la del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo toda vez que la propia Directiva 2003/06/CE ya mencionada, recoge expresamente en su artículo 1.2 que no se considerará una manipulación del mercado siempre que el autor «demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate».

Por lo que respecta a la imputabilidad, no son imaginables ninguna de las causas de inimputabilidad previstas en el Código penal salvo, al menos teóricamente, el error de prohibición en su modalidad vencible.

Por lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son factibles las atenuantes de confesión y de reparación y las agravantes de precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

(32) BRAGE CENDÁN, S. *Los delitos de alteración de precios. Especial atención a los artículos 262, 281 y 284 del Código penal*. Ed. Comares (Granada, 2001), p. 232.

(33) Sentencia derivada de la petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beropep voor het Bedrijfsleven (Países Bajos).

En cuanto a la autoría y participación son aplicables las reglas generales destacando en este caso expresamente la posibilidad de la coautoría dado que el propio tipo penal se refiere expresamente a la realización «por sí o en concierto con otros», fórmula quizás superflua precisamente por la posibilidad de aplicación, sin más, de la cláusula general de la coautoría del artículo 28 del Código penal. Destacar igualmente, una vez más, la responsabilidad penal de personas jurídicas según lo dispuesto en el artículo 288.

La penalidad establecida para el delito de alteración personal de los precios es de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, previéndose expresamente para este delito la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente, mediador o informador. Por lo que respecta a la persona jurídica, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 288.1.II, puede establecerse una pena de multa de seis meses a dos años.

En cuanto a las relaciones concursales, merece destacarse la posibilidad de concurso con el delito previsto en el artículo 285 del Código penal según el cual «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años».

Pues bien, el problema concursal podrá plantearse cuando el autor del delito previsto y penado en el artículo 285 pretenda con su actuación, además, fijar los precios en niveles anormales o artificiales. En mi opinión, el concurso planteado debe resolverse como un concurso, seguramente ideal, de delitos y no como un concurso aparente de normas o concurso de leyes (34) pues, a pesar de la identidad de bienes jurídicos protegidos, el ámbito de afectación es diferente, ya que en el 285 puede causarse un perjuicio a determinado número de personas mientras que en el 284.3 no se trata de personas determinadas sino del propio mercado y de asegurarse una posición dominante en el mismo.

(34) Aprecia concurso de normas o leyes, a favor del 285, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., *op. cit.*, p. 641.

Siguiendo el esquema utilizado en los delitos analizados con anterioridad es momento ya, tras el estudio realizado del precepto que nos ocupa, de determinar si alguna conducta de las tenidas normalmente como cártel puede o no subsumirse en el delito tipificado en el apartado 3.º del artículo 284 del Código penal.

En este sentido creo que nada impide esa subsunción, pues el acuerdo o práctica concertada propia de un cártel tiene su reflejo en la expresión típica «concierto con otros», la finalidad habitual del acuerdo colusorio de fijar precios tiene su paralelo en el elemento subjetivo típico de «fijar sus precios en niveles anormales o artificiales» y, es más, la finalidad de repartir mercados, que también está presente en varios acuerdos considerados como cárteles, no plantea problema de ningún tipo para identificarse con la «posición dominante en el mercado» a la que alude el precepto penal. Todo ello sin olvidar, por supuesto, que en el contexto y en la ejecución del acuerdo o práctica concertada se esté utilizando información considerada como privilegiada (35).

3. OPCIONES DE FUTURO EN LA REPRESIÓN PENAL DE LOS CÁRTELES EN ESPAÑA

Como ya se adelantó en la introducción de este trabajo y tras analizar en qué tipos delictivos vigentes pueden subsumirse las conductas que habitualmente son consideradas constitutivas de cárteles, corresponde ahora reflexionar sobre la necesidad o no de su persecución penal y, en su caso, sentar los principios, instituciones y reglas de juego que no debiera olvidar una futura ordenación al respecto.

En este sentido y para responder a la cuestión de si es necesaria o no la criminalización de los cárteles, hemos de partir del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos que le está encomendado al Derecho penal. Así, el Derecho punitivo debe responder exclusiva-

(35) Si bien el sector no es el previsto en el artículo 284 (valores o instrumentos financieros) no son pocos los casos de cárteles en los que se ha tratado con información sensible, por lo que en algún momento podría darse también en el sector financiero. Como nos muestra CORTI VARELA, J., «Tipología de cárteles: un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC» pp. 21 y ss, en *Peluquería profesional* (Resolución de 2 de marzo de 2011), las empresas implicadas se intercambiaron datos comerciales de carácter sensible que les permitió conocer la política de precios de la competencia, coordinarse y mantener, precisamente, la posición de dominio en el mercado. O en *Asfaltos* (Resolución de 26 de octubre de 2011) donde hubo intercambio de información sensible sobre obras y clientes. El trabajo citado se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».

mente ante los ataques a los bienes jurídicos más importantes y de mayor trascendencia social, ya sean estos individuales o colectivos. La pregunta inmediata es obligada ¿qué se trata de proteger con la criminalización de los cárteles?

Al respecto podemos acudir a dos definiciones de cárteles que nos arrojarán algo de luz en este sentido. Así, el Consejo, en la resolución (36) sobre Peluquería Profesional consideró que «Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de las formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general» (F.D. 7.º).

Por su parte, la Dirección General de la Competencia (DGCMP), se refirió a los cárteles como «Acuerdo entre empresas competidoras destinado a limitar o eliminar la competencia entre ellas, con objeto de aumentar los precios y los beneficios de las empresas participantes, sin producir ninguna ventaja compensatoria objetiva. En la práctica, esto suele hacerse fijando los precios, limitando la producción, repartiendo los mercados, asignando clientes o territorios, coludiendo en los procedimientos de licitación o combinando varias de estas restricciones específicas. Los cárteles son perjudiciales para los consumidores y la sociedad en su conjunto debido a que las empresas participantes aplican precios más altos (y obtienen mayores beneficios) que en un mercado competitivo».

Pues bien, baste con atenerse a estas definiciones emanadas de importantes organismos en materia de competencia y, especialmente a lo destacado en letra cursiva, para darse cuenta que el objeto de protección de cualquier legislación que pretenda proscribir los cárteles es esencial, fundamental y de gran importancia e interés en cualquier sociedad que se precie: los consumidores, otros competidores, la sociedad o el interés general, materializado en el buen funcionamiento del mercado, son elementos que por sí solos justifican sobradamente la necesidad y conveniencia de una protección penal frente a prácticas colusorias como los cárteles que tiene como consecuencia el ataque a los elementos relacionados. Por tanto podemos concluir que, en coherencia con el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, la criminalización de los cárteles es necesaria (37) y está plenamente justificada.

(36) Resolución de 2 de marzo de 2011.

(37) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal» en SERRANO-PIEDRACAS FERNÁNDEZ, J.R. (Coord), *Cuestiones actuales de Derecho penal*

Dicho lo anterior, no obstante, hay que prestar atención a dos realidades: así, debemos tener en cuenta que «la política de represión especializada contra los cárteles, singularizada respecto de la realizada contra las demás prácticas antitrust, es relativamente reciente y se halla especialmente vinculada al desarrollo de una política de clemencia que se ha configurado como un instrumento de especial utilidad» (38). En el mismo sentido, «el desarrollo de la política de clemencia ha impulsado no solo la creación de unidades especializadas en la lucha contra los cárteles, sino que se haya incrementado notablemente el éxito en su detección y sanción» (39).

Estas dos afirmaciones, que nos ponen de manifiesto la existencia de una maquinaria administrativa incipiente a la vez que efectiva, entronca directamente con otro de los principios básicos y fundamentales que deben orientar toda política criminal y que es el principio de intervención mínima. Según este principio, el Derecho penal solo debe actuar en aquellos casos en los que han resultado o resultan insuficientes otras ramas del ordenamiento jurídico (normalmente el Derecho administrativo sancionador o el civil). Pues bien, si los mecanismos administrativos funcionan y están dando sus frutos ello debe ser considerado para modular el alcance de esa intervención penal que, ya hemos dicho, es no obstante necesaria y conveniente.

Y en este contexto, en coherencia con lo acabado de expresar, la criminalización de los cárteles en el futuro no debe dejar de lado ni olvidar algunas directrices esenciales (40). Así, en primer lugar, y tras el análisis realizado de cada uno de los tipos delictivos estudiados, considero que sería necesario incluir en el Código penal una sección, capítulo o tipos específicos dedicados a los cárteles. Y ello es así porque los delitos a los que nos hemos venido refiriendo en este trabajo, o bien no permiten o dificultan subsumir comportamientos constitutivos de cárteles (artículo 262 y 284.1.º) o se refieren a conductas muy

económico, ed. Colex (Madrid, 2008), pp. 308 y ss., destaca el efecto disuasorio de la conminación penal, el reproche que implica y la mayor eficacia de la misma al favorecer delaciones y enriquecer los medios de prueba como razones para criminalizar este tipo de conductas.

(38) RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A., «Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España (división de poderes y funciones con la U.E, reparto interno de las CC.AA., aplicación administrativa-judicial, dotación de recursos humanos y materiales)» p.3, enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».

(39) *Ibídem*, p. 13.

(40) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 319 ss., ofrece unas pautas para la configuración típica del hecho constitutivo de delito contra la competencia.

concretas y muy poco probables en la práctica (281 y 284.3.º), por lo que suponen una débil e ineficaz respuesta a unos comportamientos (los cárteles) para los que, desde luego, no fueron creados cuando se redactaron.

En segundo lugar considero que una nueva regulación debería dejar suficientemente claras las fronteras entre el Derecho de la competencia o el Derecho administrativo y el Derecho penal. En este sentido, por ejemplo, deberían considerarse las formas o medios de comisión, la penalización de aquellos acuerdos que tuvieran un carácter más o menos secreto pues, por su carácter oculto, justificarían un mayor reproche de culpabilidad, las dimensiones (geográficas, económicas, estructurales..), etc.

En tercer lugar y también como propuesta de futuro, estimo que una potencial y futura regulación debería integrar tipos que adoptaran la configuración de delitos de resultado de lesión y no elevar a la categoría de delito consumado lo que, realmente, es más próximo a una forma imperfecta de ejecución (tentativa acabada o inacabada). Así, se justificaría un aumento de la pena de prisión mínima superior a dos años, por lo que el carácter disuasorio de la pena aumentaría, máxime en este tipo de delitos que puede encuadrarse dentro de los delitos económicos.

Por último y en cuarto lugar, no podemos cerrar el presente trabajo sin referirnos al tratamiento y a las conexiones que la incipiente y valiosa política de clemencia debe tener en el ordenamiento jurídico penal. En este sentido cabe preguntarse si la solicitud de clemencia debiera tener alguna consecuencia en la responsabilidad penal del infractor.

Pues bien, a priori, son varias las opciones que se plantean acerca del tratamiento penal de la solicitud de clemencia: así, podría considerarse la atenuación de responsabilidad por la vía del artículo 21.5 estimando que tal actitud podría equipararse, en los términos del precepto acabado de citar, con disminuir los efectos del delito.

Otra opción podría ser plantearlo como una excusa absolutoria, al estilo de la regularización prevista para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (artículos 305.4 y siguientes del Código penal), que exime de responsabilidad penal al que regulariza sus deudas antes de iniciarse frente al defraudador actuaciones administrativas de comprobación o, en su defecto, antes de que se dirija contra él querrela o denuncia.

Por último, podría ser aplicable a la actuación que venimos comentando la atenuante del artículo 21.4 del Código penal consistente en «haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento

judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades» bien como tal o bien como atenuante analógica del artículo 21.7.

En mi opinión, quizás la excusa absolutoria sea la más adecuada pues, de lo contrario, probablemente los efectos sobre la política de clemencia serían muy perjudiciales ya que serían reducidas las solicitudes de clemencia por el miedo a las consecuencias penales (incluidas inhabilitaciones).

4. CONCLUSIONES

Dejando de lado todos aquellos comportamientos accesorios o instrumentales al fin del cártel que por sí solos no constituyen una práctica anticompetitiva y que, muy posiblemente, sí puedan constituir algún tipo delictivo (por ejemplo falsificaciones documentales, delitos societarios, relativos a secretos de empresa, etc.), alguno de los comportamientos normalmente considerados como cártel, principalmente los más habituales tendentes a alterar los precios podrían, a priori, encajar en los tipos delictivos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 Código penal), desabastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad con el fin de alterar los precios (art. 281), alteración personal de precios y alteración operativa de los mismos (art. 284.1.º y 3.º).

No obstante, y por lo que respecta a la alteración de precios en concursos y subastas públicas, la mención expresa en el tipo penal al «precio del remate», relacionado con las subastas y no con los concursos que es donde, en su caso, actúan principalmente los cárteles, impide subsumir el acuerdo o práctica concertada para pujar fraudulentamente en el delito de alteración de precios en concursos y subastas.

Por su parte no hay especiales problemas en considerar subsumible un acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra o venta en el delito tipificado en el artículo 281 del Código penal si ese acuerdo o práctica estriba precisamente en retirar determinados productos del mercado (materias primas o productos de primera necesidad) para lograr la consecuentemente y normal subida de precios al reducirse la oferta. Sin embargo, nos encontramos ante una conducta muy específica que, por ello, muy poco va a contribuir en la prevención de los cárteles.

En cuanto al delito de alteración personal de los precios (artículo 284.1.º) no hay tampoco especiales problemas en considerarlo de aplicación si el acuerdo o práctica concertada para fijar precios de compra y de venta se lleva a la práctica utilizando alguno de los medios comisivos expresamente previstos en el tipo es decir, mediante violencia,

amenaza o engaño. No obstante, lo que deba entenderse por engaño puede impedir la subsunción en este precepto de numerosos supuestos de cárteles y, en consecuencia, dejar fuera de su ámbito de aplicación casos verdaderamente graves.

Por último, un acuerdo o práctica concertada constitutivo de cártel puede encajar sin esfuerzo en el delito de alteración operativa de precios tipificado en el artículo 284.3.º del Código penal, pues el acuerdo o práctica concertada propia de un cártel tiene su reflejo en la expresión típica «concierto con otros», la finalidad habitual del acuerdo colusorio de fijar precios tiene su paralelo en el elemento subjetivo típico de «fijar sus precios en niveles anormales o artificiales» y, es más, la finalidad de repartir mercados, que también está presente en varios acuerdos considerados como cárteles, no plantea problema de ningún tipo para identificarse con la «posición dominante en el mercado» a la que alude el precepto penal. Todo ello sin olvidar, por supuesto, que en el contexto y en la ejecución del acuerdo o práctica concertada se esté utilizando información considerada como privilegiada.

Por lo que respecta a la criminalización de los cárteles en el futuro y a la conveniencia o no de su persecución penal, debemos concluir que la misma es necesaria y está plenamente justificada teniendo en cuenta la trascendencia de los objetos y los bienes jurídicos que se ven afectados por este tipo de prácticas.

Además, debiera incluirse en el Código penal una sección, capítulo o tipos específicos dedicados a los cárteles pues los delitos a los que nos hemos venido refiriendo en este trabajo, o bien no permiten o dificultan subsumir comportamientos constitutivos de cárteles (artículo 262 y 284.1.º) o se refieren a conductas muy concretas y muy poco probables en la práctica (281 y 284.3.º), por lo que suponen una débil e ineficaz respuesta a unos comportamientos (los cárteles) para los que, desde luego, no fueron creados cuando se redactaron.

Por otro lado, *lege ferenda* debieran tenerse en cuenta una serie de directrices orientadoras que conviene no perder de vista. Así, deben quedar nítidas las fronteras entre el Derecho de la competencia y el Derecho penal, pudiendo considerarse como parámetros diferenciadores, a título de ejemplo, las formas o medios de comisión, la penalización de aquellos acuerdos que tuvieran un carácter más o menos secreto pues, por su carácter oculto, justificarían un mayor reproche de culpabilidad, las dimensiones (geográficas, económicas, estructurales...), etc.

Del mismo modo, una futura regulación específica, debe incluir tipos penales que adopten la configuración de delitos de resultado de lesión y no elevar a la categoría de delito consumado lo que, realmente, es más próximo a una forma imperfecta de ejecución. De esta forma, además, se justificaría un aumento de la pena de prisión

mínima superior a dos años lo que reforzaría la función de prevención general negativa de la intervención penal.

Por último, también como propuesta de futuro, y teniendo en cuenta la importancia de la incipiente política de clemencia, la solicitud de la misma debe tener alguna consecuencia en el tratamiento de la responsabilidad penal del infractor, bien considerándola como una forma de excusa absolutoria, lo que parece más apropiado, o bien como una atenuación por la vía de la atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código penal o de la atenuante analógica del 21.7 en relación con la mencionada de confesión.

BIBLIOGRAFÍA

- BRAGE CENDÁN, S. *Los delitos de alteración de precios. Especial atención a los artículos 262, 281 y 284 del Código penal*. Ed. Comares (Granada, 2001).
- CORTI VARELA, J., «Tipología de cárteles: un estudio de los 20 casos resueltos por la CNC» enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal» en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R. (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, ed. Colex (Madrid, 2008).
- ÍÑIGO CORROZA, E. «La relevancia del fraude en los delitos de competencia. En concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art. 284 CP) y uso de información privilegiada» en SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a (dir), *¿Libertad económica o fraudes punibles?, riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, ed. Marcial Pons (Madrid, 2003).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (X): Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Alteración de precios en concursos y subastas públicas» [en CD] en VIVES ANTÓN, T (*et al.*), *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, 3.^a edición (Valencia, 2010).
- *Derecho penal Económico y de la empresa. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2005).
- MESTRE DELGADO, E., «Los delitos de alteración de los precios en un sistema de economía de mercado», en LAMARCA PÉREZ, C (*et al.*) *Derecho penal, parte especial*, ed., Colex (Madrid, 2011).

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, parte especial*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. «¿Qué es un cártel para la CNC?, enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».
- RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, J.A., «Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España (división de poderes y funciones con la U.E, reparto interno de las CC.AA, aplicación administrativa-judicial, dotación de recursos humanos y materiales)», enmarcado dentro del Proyecto de Investigación DER2011-27249 «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción».
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., «La manipulación de los precios del mercado» en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho penal español, parte especial (II)*, ed. Tirant lo Blanch (Valencia 2011).
- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, parte especial*, ed. Dykinson (Madrid, 2011).
- SOTO NIETO, F. «Alteración de precios en concursos y subastas públicas», La Ley, 1998.

Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

Doctora en Derecho
Universidad de Alcalá de Henares

RESUMEN

Se debe abrir un debate sobre el tema de los presos y, sobre el objetivo principal a perseguir por la prisión, desembocando en la cuestión de la reinserción. Hay que diseñar un modelo de cárcel coherente en base a la reinserción de los presos y más acorde con los principios constitucionales. Es preciso que, tanto la intervención penal como las normas penitenciarias, ofrezcan unos métodos y pretensiones más adecuadas para un mayor reconocimiento de los derechos fundamentales de los presos como personas que siguen perteneciendo a la sociedad. Por tanto, la idea de reeducación y reinserción social no debe ser rechazada, pues esa idea fue un gran paso en reconocer, por parte de la sociedad, derechos a todas las personas sin tener en cuenta el estatus de que se encontraban privadas de libertad.

Palabras clave: Prisión, prevención especial, reeducación y reinserción social, sistema penitenciario, resocialización, presos.

ABSTRACT

It should open a debate on the issue of prisoners and, on the main objective to be pursued by the prison, resulting in the issue of reintegration. We must design a coherent model based prison reintegration of prisoners and more in line with constitutional principles. It is necessary that both the criminal intervention as prison rules, methods and claims to offer more suitable for a greater recognition of the fundamental rights of prisoners as people who still belong to the society. Therefore, the idea of rehabilitation and social reintegration should not be rejected, since the idea was a big step in recognizing, by society, rights to everyone regardless of status who were deprived of their liberty.

Keywords: Prison, special prevention, rehabilitation and social reintegration, prison system, resocialization, prisoners.

SUMARIO: 1. Consideraciones generales.–1.1 El reconocimiento del derecho a la reinserción social. a) Teoría de la prevención especial.–2. Diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de libertad.–2.1 Resocialización, normalización o reintegración social.–2.2 Otras concepciones afines.–3. Los programas resocializadores.–4. Un fin constitucional para las penas privativa de libertad y las medidas de seguridad.–5. La cárcel, lugar de reeducación para reinserción. a) La prisión como escuela de reeducación. b) Incidencia de la reeducación en los derechos de los presos.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Atendiendo a la historia carcelaria, en un principio la prisión no existía para reinserter a los delincuentes; esta idea es propia del siglo XIX-XX. El punto clave es cuando comienza a evolucionar la teoría de las penas, dando lugar a críticas en cuanto a la existencia de una justicia ineficaz y arbitraria y a la desproporción entre los delitos y las penas. En definitiva, se lucha por el fin de la tortura (1). A título ilustrativo, Bentham (2) señaló el cambio aseverando que «toda casa de penitencia debe ser una escuela, [...] por qué se negaría el beneficio de la instrucción a unos hombres ignorantes que pueden hacerse miembros útiles de la sociedad con una nueva educación».

Es necesario situarnos dentro del contexto punitivo para entender que, partiendo de la idea reinsertadora del delincuente en la sociedad, se lleva a cabo en un lugar arquitectónicamente separado de la sociedad. El punto de partida viene a contemplar una serie de dificultades que se sintetizan en el ambiente corrupto de las prisiones, el cual sería el mayor enemigo de la resocialización. De otro lado, la superpoblación carcelaria impide, material y económicamente, desarrollar tratamientos individualizados, y se percibe la destrucción psíquica, asimismo, ocurre con los hábitos y roles de conducta nociva en las penas de larga duración (3). Es por ello por lo que se constata que, dado que el preso tiene que volver a la vida normal, cuanto más acorde sea la prisión o las actividades que lleve a cabo con la realidad de

(1) De ello, el gran elogio de la obra *De los delitos y de las penas* de Beccaria, cuya entrada en España no fue inmediata a su publicación debido a que fue prohibida por la Inquisición. *Vid.* mi artículo, LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. V, 2012, pp. 401-448.

(2) BENTHAM, J., *Panóptico*, La Piqueta, Madrid, 1791, p. 43.

(3) LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *Poder Judicial*, n.º 40, Consejo General del Poder Judicial, octubre-diciembre, 1995, p. 269.

fuera de los muros, mejor preparado estará para la salida. Siendo Schoen (4) quien sustenta que el éxito del sistema penitenciario depende de tres variables: la gente que está a cargo de la supervisión, sus métodos y sus posibilidades.

En consecuencia, resocializar al margen de la sociedad es una contradicción insalvable (5), abandonándose la vieja idea de que internamiento es igual a tratamiento. En este sentido, C. Arenal (6) afirmaría que la influencia del cautiverio en sí es mala. Con esta perspectiva, cabe subrayar que se resocializa para humanizar y dar sentido a la cárcel, no se debe entender el proceso de resocialización como un frío proceso mecánico dirigido a despersonalizar a un grupo de individuos convenientemente estigmatizados (7). Desde este ángulo, la acción despersonalizadora de la prisión tiene como función la adaptación del preso al sistema penitenciario (8).

La resocialización, por tanto, es el carácter prioritario de todo sistema penitenciario, Mapelli habla de *carta magna del recluso* (9). Además, el que se proponga a la reeducación y reinserción social como orientaciones primordiales de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, no está exigiendo tan sólo que en prisión se organicen programas de tratamiento o resocializadores en sentido propio, sino que obliga también a entender la resocialización en un sen-

(4) SCHOEN, B., "Administrative supervision of prison administration", *Monitoring Prison Conditions in Europe*, París, 1997, p. 93.

(5) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 17, afirma que se puede poner las primeras bases para el inicio de la resocialización pero, ésta sólo se conseguirá y comprobará fuera de los muros prisionales. De similar opinión son HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 319, argumentando que «en muchos casos la reeducación y reinserción social quedan o deben quedar necesariamente supeditadas a finalidades puramente de custodia o de seguridad».

(6) ARENAL, C., *El visitador del preso*, Asociación de colaboradores con las presas, Madrid, 1991, p. 52.

(7) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑAS, F., *Cárcel electrónica*, ob. cit., p. 18. Citando a Giménez Salinas al indicar que el tratamiento no es una «máquina de cambiar individuos», GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Penas privativas de libertad y alternativas», en «La individualización y ejecución de las penas,» *Consejo General del Poder Judicial*, n.º IX, Madrid, 1993, p. 119.

(8) RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, Colex, 6.ª ed., Madrid, 2011, p. 137.

(9) MAPELLI CAFFARENA, B., «Sistema progresivo y tratamiento» en VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Europa Artes Gráficas, Salamanca, 1989, p. 169; del mismo, *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 99. En sentido muy parecido MUÑOZ CONDE, F., «La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad», *I Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 104.

tido penitenciario, como principio informador del régimen de vida en prisión (no sólo de las actividades de tratamiento) y especialmente dirigido a la Administración penitenciaria, que debe estructurar aquél de modo que no acentúe los efectos estigmatizantes y desocializadores propios de toda condena penal (10).

Pero, esta finalidad resocializadora que se plasma en el precepto constitucional, concretamente en el artículo 25.2, para un sector de la doctrina, como es el caso de Téllez Aguilera (11) es una devaluación consistente en la confusión entre los fines de la pena y los derechos que tiene el condenado. Pese a ello, hay que añadir que no existen precedentes en los distintos textos constitucionales españoles como el indicado en el artículo 25.2 de la vigente Constitución, en el que se han orientado la pena privativa de libertad y las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social, es decir, ya no cumple la función de retribución o prevención general. La cárcel como sistema de control social pasa a ser una forma de pena, pretende la reintegración social. Para Pavarini (12) se produce la unión entre el contrato con la disciplina y la retribución con la reeducación, de manera que la pena carcelaria realiza la primera gran inversión funcional del aparato de control: la sujeción de la propia destructividad al parámetro contractual (el principio de la retribución), y la subalternidad de la propia función al proceso productivo (el principio de la reeducación).

Pero, un sector doctrinal, entre ellos Cobo del Rosal y Boix, considera que la medición de la pena en un Estado de Derecho debe realizarse por la gravedad del hecho culpable realizado y sería contradictorio que la misma se fundamentara, entonces, en criterios preventivos y no en la culpabilidad, como se deduce del derecho fundamental a la seguridad jurídica (13). Esta opinión se contrapone en el caso de que el preso se halle reeducado, es decir, la finalidad de la pena ya está lograda. La

(10) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», en BUENO ARÚS y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985, p. 103 (reimpresión 1989) (también publicado en *Papers d'estudis i formació*, n. especial: *La qüestió penitenciària*, abril 1987, pp. 103-130).».

(11) TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria, Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37.

(12) *Ibidem*, pp. 86-87. En el siglo XX dichas condiciones materiales van desapareciendo, lo que prima es la disciplina, en este sentido, manifiesta que es la sociedad disciplinar la que se extiende y la cárcel pierde progresivamente toda función real y toda primacía en la práctica del control en la medida en que ahora las disciplinas y el control están en otra parte, esto es, en lo social.

(13) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX, J., «Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social», *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, p. 220.

doctrina mayoritaria, representada por Mapelli Caffarena, Luzón Peña, García-Pablos, sustenta que la reeducación y la reinserción social sólo afectan a la pena o medida de seguridad impuesta, detallando que únicamente se refiere a la pena privativa de libertad y no a todo el sistema de sanciones, aunque existen críticas en cuanto a que no se detalla a qué medida de seguridad se refiere debiéndose concretar en las que consistan en la privación de libertad (14). En palabras de Jescheck (15), «de resultar aplicable una pena privativa de libertad, su ejecución debe tener lugar bajo el principio de resocialización, mediante una educación escolar, profesional y corporal del preso, el reforzamiento de su conciencia de responsabilidad y la estimulación de la colaboración activa en el establecimiento penitenciario».

En un sentido amplio, Kant (16) habló de una *retribución moral*, considerando la pena como una exigencia ética profunda e insuprimible de la conciencia humana. Plantea que «la ley penal es un imperativo categórico: actúa sólo con arreglo aquella máxima que tu quisieras al mismo tiempo que se convirtiese en una ley general» o «actúa como si la máxima de tu conducta se debería convertir por tu voluntad en ley general de la naturaleza». Por su parte, Hegel (17) habló de una *retribución jurídica*, postulando que la pena es la negación del delito y afirmación del Derecho. Afirma que la lesión que se le impone al delincuente no sólo es en sí justa sino que, al serlo, es al mismo tiempo la expresión racional, expresión de la libertad, su derecho. Al considerarse la pena en este sentido como su derecho, se honra al delincuente como ser racional. Si se justificase la pena por sus efectos preventivos, es decir por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente

(14) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob. cit., pp. 133 ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, p. 47; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979, p. 94. SSTC 1/1987, de 21 de enero y 150/1991, de 4 de julio, al manifestar que este fin de la pena (de reinserción) no excluye otros como la prevención general o el carácter retributivo; 19/1988, de 16 de febrero, la reeducación y la reinserción social no es el único objetivo admisible de la privación penal de la libertad, ya que las penas cortas tienen más dificultad en la consecución de tal fin; 120/2000, de 10 de mayo; STS 15 de noviembre de 2005, Sala 2.^a

(15) JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000, p. 74.

(16) KANT, E., *Metafísica de las costumbres*, ver la cita que hace CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, vol. 2. 6.^a ed., 6.^a reimp., Tecnos, Madrid, 2004, p. 22.

(17) HEGEL, G.W., *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, trad. A. Mendoza de Montoro, Claridad, Buenos Aires, 1937, ver la cita que hace CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español*, ob. cit., p. 22.

como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en su dignidad humana. Estos postulados retributivos de Kant y Hegel que entendían la pena como el castigo por el delito cometido han sido abandonados en el ámbito del Derecho Penal al prevalecer la idea del castigo *ne peccetur no quia peccatum est* para que no se cometan delitos en el futuro. Hegel sustenta, de esta forma, que no corresponde considerar la pena como un mal, ni como un bien, sino que se trata de analizarla como una violación al Derecho.

1.1 El reconocimiento del derecho a la reinserción social

a) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A efectos de nuestro estudio, nos interesa concretar la teoría de la prevención especial por el fin que persigue, fin considerado como primordial. Dentro de la prevención especial hay distintas doctrinas, así las moralistas de *la enmienda* (18), las naturalistas de *la defensa social* (19) y las teleológicas de *la diferenciación de la pena* (20).

(18) Teoría ya reflejada en Platón con *poena medicinalis*, en su obra *Georgias*, en Diálogos, trad. de L. Roig de Lluis, vol. I, 478d, Espasa-Calpe, Madrid, 1998, p. 73. Quien indica «el castigo modera a los hombres, los hace más justos y viene a ser como la medicina de la maldad»; 472e, p. 62; 477a, p. 70. Teoría que confunde el derecho con la moral ya que considera que el delincuente y preso es un pecador que hay que reeducar de forma coaccionada. Para Ferrajoli, las doctrinas pedagógicas de la enmienda son el resultado de una desafortunada mezcla de las ideas de Lombroso acerca del *delincuente nato* o *natural* y la desigualdad natural de los hombres, y de las de Spencer acerca de la sociedad como *organismo social* y las de Darwin sobre la selección y la lucha por la existencia, que, aplicadas a semejante *organismo*, le legitimarían para defenderse de las agresiones externas e internas, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 267.

(19) Dependiendo de si se trata de la doctrina positivista o la terapéutica de la defensa social, se perseguirá la prevención especial de los delitos asignado a las penas y a las medidas de seguridad el doble fin de curar al condenado en la presuposición de que es un individuo enfermo y/o de segregarlo y neutralizarlo en la presuposición de que también es peligroso, *Ibidem*, p. 266.

(20) Hace referencia a la orientación correccionalista en función de la prevención especial de las penas a su individualización y diferenciación, *Ibidem*, p. 267, citando a Grolman como el precursor de la idea de que la pena es medio de intimidación del reo, debiéndose adecuar judicialmente a su concreta personalidad. Tanto esta doctrina como la anterior, confunde derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como ser anormal al que hay que curar o eliminar, *Ibidem*, p. 270, citando a Ferri quien indica que «la pena debería pasar del campo etéreo de las amenazas legislativas al campo práctico de la clínica social de preservación de la

Desde este punto de vista, se debe advertir que todas se caracterizan porque tienen en cuenta al reo, esto es, a los autores de los hechos y no a los hechos delictivos en sí, siendo de gran relevancia las características personales y no cómo actúan para cometer el hecho delictivo. De otro lado, consideran al delito como una patología, lo que se defiende es que la pena va encaminada como terapia política a través de la curación o la amputación (21). Siendo T. Moro (22) quien señalara las primeras líneas de la privación de la libertad personal como pena orientada a la reeducación a través de la doctrina de la enmienda.

No obstante, el tema que se debe analizar es la prevención especial, fundamentada, en sentido general, en la evitación por parte del sujeto que ha cometido el delito de que cometa más, es decir, evitar la reincidencia. Se consigue a través de la educación y socialización del sujeto, como indica la Constitución y la normativa penitenciaria. La reeducación y la resocialización del que ya es recluso, buscando un tratamiento corrector del delincuente (23), esto es, la prevención especial positiva. Pero hay un sector que considera que la resocialización no previene el delito (24). En cuanto a la negativa, se refleja en el hecho de que la pena impuesta, que es la pena privativa de libertad, juega un papel intimidatorio (25) para el que ya ha cumplido la misma con el fin de que no vuelva a delinquir.

Matizando más la cuestión, como indica Castro Moreno (26), «la prevención especial consiste en la inocuización o el aseguramiento del

infección criminal y los penales en establecimientos de curación física [...]», FERRI, E., *Sociología criminal*, Alalacta, Pamplona, 2005, p. 726.

(21) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit. p. 270.

(22) MORO, S.T., *Utopía*, Libro I, trad. de P. Rodríguez Santidrián, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 88-89 y 119, establece la aplicación de los trabajos forzados para los ladrones. Además es utilizable como medida de prevención y de orden público, cuando pone como ejemplo a los vagabundos para experimentar el sistema.

(23) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, n.º 44, Dykinson, Madrid, 2008, p. 80.

(24) Es el caso de DE SOLAS DUEÑAS, A., GARCÍA ARÁN, M. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPV, Barcelona, 1986, p. 7.

(25) Sobre el efecto intimidatorio de la pena es importante el trabajo realizado por el Prof. José M. RICO, quien concluye que no existe prueba científica del valor intimidante de la pena, su concepto es ambiguo, *Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea*, Siglo XXI, México, 1979, pp. 12 ss.

(26) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 80; en el mismo sentido, GÖBBELS, H., *Los asociales: Esencia y concepto de la Asocialidad*, trad. de A. Linares, Morata, Madrid, 1952, p. 214; MEZGER, E.,

delincuente como forma de protección de la sociedad, que impide *físicamente* al individuo la reincidencia. En suma, la prevención especial se ejerce mediante la intimidación, la mejora y tiene su base en la peligrosidad del sujeto». Lógicamente, hay infinidad de bibliografía que trata la prevención especial pero analizaré, exclusivamente, la de los principales teóricos. Ya en Platón (27) se encuentran indicios; y Séneca (28) indica que «debe ser corregido quien yerra [...] y debe hacerse mejor tanto para sí como para los demás [...]. ¿No es en ocasiones el castigo necesario? ¿Y qué no? [...] no busca dañar sino que cura bajo la apariencia de hacer daño [...]. De la misma manera conviene que el custodio de las leyes y el gobernante de la ciudad en la medida en que pueda, con palabras y éstas las más suaves tutele los espíritus de forma que les persuada a cumplir con su deber y concilie en sus corazones el anhelo de lo honesto y de lo justo y suscite el odio a los vicios y el apremio por las virtudes [...]».

Pese a estas breves referencias históricas, es en la Escuela Sociológica Alemana o Joven Escuela del Derecho Penal a la que debemos prestar atención, cuyo principal exponente es Von Liszt (29), considerándose como el precursor de dicha teoría, para quien la pena cumple una función distinta en función del tipo de delincuente. Así, para los delincuentes ocasionales o racionales la pena cumple una función intimidatoria; para los delincuentes que son susceptible de una corrección la pena cumple una función de corrección; para los delincuentes habituales que no son susceptibles ni de intimidación ni de corrección, la función de la pena es la inoquización. Indica que, «[...] la pena no se dirige contra el delito, sino contra los delincuentes [...] debería adoptarse la siguiente clasificación: 1) corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección (para los que imponía la pena de prisión), 2) intimidación del delincuente que no quiere corrección y, 3) inoquización del delincuente que carece de capacidad de corrección, [...]. Del mismo modo que un miembro

Criminología, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1950, p. 284; VON LISZT, F., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. I, Berlín, 1905, p. 166, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 141.

(27) PLATÓN, *Las Leyes*, libro IX, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990, 870e; y en su obra *Georgias*, en Protágoras, Carta Séptima, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

(28) SENECA, L.A., *De la Cólera*, Libro I, caps. VI y XIV, Alianza Editorial, Madrid, 1986, y *Sobre la Clemencia*, Libros II y VII, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 43, 54, 55.

(29) VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, pp. 82 ss.

enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra vida social».

Junto a Von Liszt debemos citar a Krause y Röder, para aquél, la enmienda del delincuente es el fin único y justificativo de la pena, lo que significa que el Estado debe tutelar al delincuente como si se tratara de un menor de edad y reeducarlo para que actúe justamente (30). Para Röder, «la pena correccional es la más favorable al delincuente, a la vez que al Estado, como un verdadero beneficio para todo el cuerpo social y para el miembro enfermo» (31).

De otro lado, Lombroso (32) también fue seguidor de las teorías preventivas especiales, pero serían Ferri (33) y Garófalo (34) los difusores de sus ideas. En lo que respecta a España, destaca Dorado Montero (35), seguidor de la Escuela correccionalista-positivista, quien mantuvo que «[...] la función llamada Administración de justicia penal es una verdadera cura de almas [...] que es el pecador, más que el pecado ya cometido, propiamente, lo que importa», transformán-

(30) RÖDER, K.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, Maxtor, Valladolid, 2001, pp. 238-239; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 89.

(31) RÖDER, K.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal*, ob. cit., p. 253.

(32) Creador de la Escuela Positiva, aplica el método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y concibe al criminal como nato.

(33) FERRI, E., *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, trad. de I. Pérez Oliva, Góngora, Madrid, 1887, defiende la idea de que la pena debe imponerse como mecanismo de defensa social para evitar futuros delitos. Partidario de que no se puede establecer una pena fija en función del hecho realizado porque no se puede saber el tiempo que el delincuente va a necesitar en su reinserción social; del mismo, *Principios de Derecho Criminal. Delincuente y delito en la Ciencia, en la Legislación y en la Jurisprudencia*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933. También son partidarios de la sentencia indeterminada Von Liszt y Röder.

(34) GAROFALO, R., *La Criminología, estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, La España Moderna, Madrid, 1900, recoge las propuestas de Ferri para reducir la criminalidad.

(35) DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, tt. I y II, V. Suárez, Madrid, 1916, pp. 180 ss. En especial las pp. 193-194 en las que trata el tratamiento de los delincuentes. Asimismo, valora la peligrosidad social al afirmar que «lo que se pretende hacer con los delincuentes y en parte se está ya practicando en algunos sitios es conducirse respecto de los mismos de un modo análogo a aquel como se obra bastante generalmente y sin protestas apenas de nadie, con los débiles, enfermos y necesitados de toda clase, tales como los locos, lo alcohólicos, [...]»; del mismo, *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Analecta, Pamplona, 2003, p. 8.

dose, como se observa, en criterios de resocialización de forma individualizada.

Estas teorías son defendidas por Luzón Peña (36) quien subraya que «la misión de la pena no es realizar la justicia, sino algo mucho más modesto: la existencia de la pena (y del Derecho Penal) es una triste necesidad para conseguir fines racionales [...]»; y por Bacigalupo (37) quien sostiene que «en tanto la pena tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor, adquiere una función social utilitaria, consistente en la comunicación de un determinado mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de una norma infringida. Por ello, constituye un medio para lograr un fin socialmente positivo»; o por Gimbernat (38), entre otros.

En conclusión, la prevención especial positiva es la que tiene por fin la reinserción social de delincuente y la negativa la neutralización del reo; la positiva se orienta a que los ciudadanos respeten las normas, y la negativa consiste en la amenaza legal mediante la pena (39).

Ahora bien, la prevención especial está en crisis debido a que, en la realidad, los conceptos de reeducación y resocialización no son entendidos conforme a la realidad penitenciaria, asimismo no se sabe cuál es el modelo adecuado para la reinserción de los reclusos. Se ha demostrado que la cárcel no tiene los medios ni los métodos adecuados para resocializar, y teniendo en cuenta los elevados índices de reincidencia de los reclusos hace que demuestre que los programas de reeducación y resocialización no sean totalmente efectivos, por tanto, se habla de *crisis de prevención especial* (40) o

(36) LUZÓN PEÑA, E., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, ob. cit., p. 22.

(37) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1985, pp. 18 y 22, afirma que «La pena será legítima, en la medida en que sea a la vez justa y útil».

(38) Propone renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena. La pena encontraría únicamente su justificación y su media en las exigencias de la prevención general y la especial, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990. Además, asevera que la Constitución no impide, a pesar de su referencia expresa a la reeducación y reinserción social, que la pena cumpla también una función retributiva, pues lo que se ha hecho es recoger únicamente aquello que el constituyente consideraba una base doctrina de encuentro: que tiene un cometido de reeducación y reinserción social, del mismo, «El sistema de penas en el futura Código Penal», *La reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, p. 182.

(39) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, ob. cit., pp. 274 ss.

(40) *Vid.*, PAVARINI, M., «La pena útil, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo», in *Quali garanzie*, a cura di G. Cotturri e M. Romati, Bari, 1983, pp. 279-309; BOTTKE, W., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena» en, SILVA SÁNCHEZ, J.M., (Edit.) *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 41 ss.; SCHÜNEMANN, B.,

de fracaso (41) del tratamiento, y postulan un retorno a las ideas retributivas (42). Teoría que ha sido superada, incluso así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala 2º de 20 de octubre de 1994, Fj. 5 (43).

Se ha indicado de la *resocialización*, pese a que se trata de un concepto indeterminado y ambiguo, que «no existe acuerdo acerca de lo que debe comprenderse por resocialización, ni lo que significan otros múltiples términos empleados, tanto a nivel legislativo como científico, tales como reeducación, reinserción social, readaptación social.» Esta última, se justifica en base a un sujeto que se encuentra privado de libertad porque ha cometido un delito, vulnerando la normativa jurídico-penal, al haber actuado en libertad es donde radica la razón de su culpabilidad y la posibilidad de su corrección y readaptación social (44). En realidad, ello es producto de la ambigüedad de los conceptos, además, permite que sean defendidos desde posiciones doctrinales divergentes.

«Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en SILVA SÁNCHEZ, J.M., J.M., (Edit.) *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 279-294, entre otros.

(41) Vid. BOIX REIG, J., «Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución», *Escritos Penales*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología del Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979, p. 114; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 156; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de 1980 de Código Penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 3, 1980, p. 130 se refiere a la prevención especial como una ficción irracional y moralizante; BARATTA, A., «Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 24, trad. de García-Méndez y Sandoval, 1984, p. 547.

(42) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 22.

(43) «La alternativa de la prevención del delito, como razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho Penal a la realidad humana: El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que reclaman otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. Todo cuanto contradiga y se enfrente [...] comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales.»

(44) GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Edersa, Madrid, 1988, pp. 37-38; BERGALLI, R., *¿Readaptación social mediante la Ejecución Penal?*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1976.

Señalan Bustos Ramírez y Hormazábal Malarèe (45) que no resulta claro cuál debe ser el modelo de sociedad que deba tomarse como referente para efectuar la resocialización. Y desde una visión que entiendo acertada, Castro Moreno (46) señala que «si la criminalidad es un elemento integrante de la propia sociedad, ésta carecerá de legitimidad para imponer penas por unos hechos que ella misma produce, por lo que se ha planteado, incluso, el que deba ser la sociedad la que deba someterse a resocialización». Después de lo visto, quizás, el objetivo sería no resocializar sino que las sanciones penales y, especialmente, la pena privativa de libertad, no desocialice más a los sujetos que quedan sometidos a ella. De manera que, tiene aquí cabida los que han apuntado, los Centros penitenciarios son un «mecanismo excluyente por excelencia, a los que afluyen los grupos más excluidos y marginales de nuestra sociedad, lejos de reducir la exclusión social, no hace sino colaborar activamente a consolidarla, intensificarla y reproducirla día tras día» (47).

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la principal crítica es cómo se va a educar para la libertad en condiciones de privación de libertad, existiendo un amplio consenso en la jurisprudencia (STC 120/2000, de 10 de mayo y SSTS 2 de junio de 2000 y de 17 de mayo de 2000, por citar algunas sentencias ejemplificativas) al afirmar que la prisión no es el lugar más adecuado para alcanzar el fin de la pena privativa de libertad, la reinserción social (48); ya que en esa pena privativa de libertad se producen discriminaciones, desigualdades e incluso es considerada como pena inhumana (49), finalizando con el problema de la prisionización o de la reincidencia.

Mapelli (50) es quien describe los efectos de la prisionización indicando que «la sintomatología del aislamiento es fácil de reconocer. Quien la sufre tiene desde problemas sensoriales, como pérdida

(45) BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZABAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, Trotta, Madrid, 1997-1999, p. 51.

(46) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 96.

(47) CABRERA CABRERA, P.J., «Cárcel y exclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 35, 2002, pp. 83 ss.

(48) Vienen a indicar que «la reeducación y la reinserción social no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, sino que también persiguen una finalidad de prevención ya sea general o especial, y que la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad [...] no es un derecho subjetivo a favor de los condenados, sino que es un principio programático [...]».

(49) BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, ob. cit., pp. 167-168.

(50) MAPELLI CAFFARENA, B., «Contenido y límites del la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)»,

de visión (ceguera de prisión) debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculación con el exterior y del interés [...]».

Por su parte, Clemmer (51) definió la prisionización como el proceso de adopción de los usos, costumbres, valores, normas y cultura general de la prisión, es decir, la asimilación o interiorización de la subcultura carcelaria, en suma, se asume el rol de recluso, desarrollando nuevas formas de comer, de dormir, de comunicarse, etc., se aceptan costumbres y valores de la comunidad de presos. De manera que, de un lado, Clemmer entiende que la prisionización se alcanza de forma lineal y progresiva con el tiempo de estancia en la prisión, mientras que Wheeler (52) entiende que es más alta hacia la mitad del encarcelamiento y menor al inicio y al final del mismo.

En suma, Clemmer y Wheeler llegan a las siguientes conclusiones: la prisionización es un proceso que no puede ser descrito de forma constante, bien al contrario, podría representarse por medio de una línea en forma de U, de manera que los extremos corresponden al principio y fin del internamiento en la prisión, que son a su vez los momentos en los que aquel fenómeno se deja sentir más atenuadamente. Consideran que es imposible establecer con rigor una relación entre prisionización y reincidencia. Paralelamente a Clemmer, Goffman (53) realizó una descripción de los efectos de la prisión vinculándolo a la institución total, es decir, a las instituciones cerradas en general aunque el estudio lo hace a partir de hospitales psiquiátricos. Asimismo manifiesta que todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad; todas las actividades se desarrollan junto con otros; todas las actividades están estrictamente programadas, y todas las necesidades y los aspectos de la vida de los internos están sometidos a un plan predefinido. Estas constataciones, en la actualidad, son mantenidas-

en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dtor. D. Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 628.

(51) CLEMMER, D., *The Prison Community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958.

(52) WHEELER, S., «Socialization in correctional communities», *American Sociological Review*, n.º 26, 1961, pp. 679-712.

(53) GOFFMAN, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, trad. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, pp. 19-20.

por algunos autores y rebatidas por otros, así Bergalli (54) manifiesta que «el ingreso de un individuo en una institución penitenciaria se traduce en la deposición forzada de su propia determinación; en adelante, serán otras personas las que dispondrán de cada minuto de su vida. Los internos de tal tipo de establecimientos comienzan por sufrir un aislamiento psíquico y social de las personas de su relación; luego pierden la posibilidad de ejercer cualquier rol social. Finalmente todas las alternativas de satisfacer sus necesidades sociales, y materiales, como la movilidad psíquica y social, son reglamentadas y minimizadas». Aunque ello ya era reflejado por Foucault (55) al indicar que «el aislamiento de los condenados garantiza que se pueda ejercer sobre ellos, con el máximo de intensidad, un poder que no será contrarrestado por ninguna otra influencia».

El proceso de prisionalización no se ha logrado hacer depender exclusivamente del factor tiempo, es decir, no existe una relación matemática entre el tiempo de privación de libertad y el índice de prisionalización. También juegan los factores de las características personales del recluso (que a su vez depende de la edad, la orientación de su socialización hacia normas conformes o desviadas y del grado de estabilidad síquica y la capacidad de tolerancia de situaciones de tensión) y las del centro en donde ha permanecido recluido (mayor o menor apertura, su flexibilidad en la aplicación de las normas y su orientación hacia fines custodiales o resocializadores (56).

De otro lado, Manzanos Bilbao (57), asevera que se podrían distinguir hasta cinco etapas como consecuencia de la prisionización: a) *Ruptura con el mundo exterior*: que conlleva la separación física, con la consiguiente privación de estímulos físicos, visuales, auditivos, olfativos, b) *Desadaptación social y desidentificación personal*: mediante una compleja y variada sucesión de momentos y situaciones rituales de despojo y expoliación, la persona presa experimenta una verdadera «mutilación del yo», c) *Adaptación al medio carcelario*:

(54) BERGALLI, R., *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276.

(55) FOUCAULT, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Gallimard, París, 1975, trad. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 240.

(56) HOHMEIER, K., «Haftdauer und Resozialisierung», *MschKrim*, n.º 7, 1971, pp. 324 ss., citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 313-314.

(57) MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 106-124, ver la cita de CABRERA CABRERA, P.J., «Cárcel y exclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 35, 2002, pp. 87-88.

como mecanismo de defensa para intentar salvar los restos del naufragio personal se produce una readaptación al nuevo contexto físico y relacional, que algunos han llamado proceso de prisionización, d) *Desvinculación familiar*: a la dificultad para el contacto y el encuentro interpersonal que supone estar encarcelado suele añadirse la lejanía del lugar de internamiento, los traslados frecuentes, el aislamiento geográfico de las cárceles, que suelen construirse en lugares apartados y con malas comunicaciones, etc., e) *Desarraigo social*: la salida de la cárcel se ve envuelta en una pérdida de posibilidades de cara al empleo por efecto del estigma que implica la condición de ex presidiario, y también como consecuencia de la descualificación que acarrea el período de internamiento. Junto a ello suelen aparecer trastornos psicológicos de insomnio, sentimientos de ser perseguido, o una fuerte inseguridad.

Frente a las teorías negativas sobre la prisionización, se encuentra la de Caballero (58) que recoge algunas manifestaciones positivas. De esta manera, nos encontramos con la asunción de la subcultura carcelaria mediante la prisionización que otorga al preso un nuevo marco de interpretación de la realidad, con valores distintos y bien definidos, de los que se deriva un sistema actitudinal y una nueva forma de comportamiento.

Por su parte, Pérez y Redondo (59) argumentan el fenómeno citado indicando que «hay un aumento del grado de dependencia, debido al amplio control conductual, así como un desplazamiento del *locus* del control hacia el polo externo (60); una devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima; el aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo, que se traducirá en su mayor adhesión a los valores carcelarios; el aumento del nivel de ansiedad; y los efectos en la conducta posterior en términos de tendencia a la reincidencia». Siendo Alarcón Bravo (61) quien establece una serie de variables de la prisionización de los reclusos, como la oposición a la organización formal de la prisión. La estructura organizada de la prisión da lugar a

(58) CABALLERO, J.J., «El mundo de los presos», en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 269 ss.

(59) PÉREZ, E. y REDONDO, S., «Efectos psicológicos de la estancia en prisión», *Papeles del psicólogo*, n.º 48, 1991, pp. 54 ss.

(60) Sobre este tema, ROTTER, «Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement», *Psychological Monograph*, n.º 80, 1966, pp. 1-28.

(61) ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España», en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 178, citando a Thomas Poole.

una prisionización y, por tanto, es contraria a la rehabilitación; actitudes negativas al sistema legal; e identificación con la etiqueta de criminal.

Y, en cuanto a la reincidencia, en el siglo XVIII, Lardizabal ya se había dado cuenta de su existencia, indicando que «la experiencia nos demuestra que la mayor parte de los que son condenados por presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos». Habla de un necesario cambio en la legitimación racional de la pena (62). En suma, la mayor parte de la doctrina entiende que el tratamiento penitenciario es una utopía, afirmando algunos, como Muñoz Conde, que «[...] mientras que no se solucione este problema, el tratamiento seguirá siendo una utopía o una bonita expresión que sólo sirve para ocultar la realidad de su inexistencia o la imposibilidad de su realización práctica» (63).

Después de este paréntesis, buena prueba de la crisis indicada ha demostrado que parte de la doctrina, como Muñoz Conde y García Arán, entienda que no tiene cabida, solamente, la prevención especial de la pena, sino que, junto con otras finalidades, se puede conseguir un mayor acercamiento a la reinserción social (64). No faltan las manifestaciones de quienes indican que, partiendo del artículo 1.1 de la CE en el que se subraya que el Estado español es social y democrático de Derecho, «el adjetivo de social hace que sobre los fines de la pena se haga una clara referencia a la finalidad preventivo especial» (65), y el término *Derecho* puede recoger el reconocimiento de las garantías del principio de culpabilidad y las finalidades de la prevención general" (66), de modo que, «el imponer como único fin

(62) LARDIZÁBAL y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 47 ss. Por su parte Von Liszt habla de *subcultura carcelaria* o *código del recluso*, VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, ob. cit., p. 88.

(63) Por todos, MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», ob. cit., p. 639.

(64) En este sentido se ha dicho que «la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece», y de otro lado, «la pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales [...] (sin la cual) la convivencia humana en la sociedad sería imposible. Su justificación no es por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una *amarga necesidad*», MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 18.ª ed., rev., y puesta al día, Valencia, 2012, p. 50 y pp. 47-48.

(65) BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, ob. cit., p. 30.

(66) MIR PUIG, S., «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito», en *La reforma del derecho penal*, ed, Mir Puig, Barcelona, 1980, p. 529.

de la pena la prevención especial sería incompatible con la dignidad de la persona [...] de ahí que haya que entenderse que la norma del artículo 25.2 de la CE es un límite negativo, en el sentido de que el Estado no puede imponer penas privativas de libertad que supongan un obstáculo para su integración y participación en los procesos sociales» (67).

Pero reitero que, mayoritariamente, la doctrina entiende que el artículo 25.2 de la CE, en el que se expresa el fin de la pena, es, claramente, un fin de prevención especial positivo, a pesar de que el contenido primero de toda privación de libertad sea punitivo (68). Por consiguiente, la pena se piensa como la prevención de futuras recaídas e, igualmente, como protección de bienes jurídicos (69).

No obstante, se ha mantenido que no existe ninguna referencia a que el artículo 25.2 de la CE se refiera exclusivamente a la prevención, sea general o especial, sino que la reeducación es el fundamento de la pena (70). En consecuencia, autores como García-Pablos entienden que la idea de reeducación y reinserción social es inadmisibles ya que para ello es necesario un cambio previo en las estructuras por entrar en contradicción con la dignidad humana (71).

(67) BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, ob. cit., p. 52.

(68) BERGALLI, R., «Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de Derecho social y democrático: perspectivas socio-jurídicas», en BERGALLI, R. y otros, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 55.

(69) MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 21.

(70) En este sentido, Boix Reig, J., «Aspectos de la Criminología en España», *Revista General de Derecho*, n.º 440-441, 1981, pp. 15 ss.

(71) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 32, 1979, pp. 645-700; SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, J.E., «La constitución y la reeducación y resocialización del delincuente», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 12, 1980, pp. 93 ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., «Artículo 25. Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 222-223, manifiestan que no hay que olvidar que el art. 25.2 se encuentra entre los derechos fundamentales y las libertades públicas, y que se trata de que la ejecución de ciertas sanciones penales se cumplimente, en condiciones tales, que los penados puedan ejercer voluntariamente su derecho de reincorporación a la sociedad en condiciones satisfactorias. Es un derecho, por tanto, a que el Estado lleve a cabo las correspondientes prestaciones sociales, quiere decir, que debe conservarse la libertad de formación de su voluntad. Entienden que tal inciso «no afecta al fundamento ni a la estructura de la pena privativa de libertad, tan solo es una expresión constitucional [...] de derechos del condenado».

2. DIFERENTES CONCEPCIONES DOCTRINALES EN TORNO AL FIN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.1 Resocialización, normalización o reintegración social

Al abordar el tema en cuestión, se vislumbra un problema fundamental, consistente en la multiplicidad de denominaciones, dificultando, por eso, el concepto exacto. Las discrepancias doctrinales en cuanto a la utilización del término a emplear, creen, de un lado, que los términos de *reeducación* y *reinserción social* son ambiguos e indeterminados, por ello, hay autores que han empleado términos como *resocialización*, por ejemplo Mapelli, García-Pablos o Álvarez García (72), entre otros; *normalización*, caso de Giménez-Salinas Colomer (73), éste término hace referencia a llevar una vida normal, lo que supone cumplir con obligaciones y derechos; o *reintegración social*, –supuesto de Beristain o Baratta (74)–.

(72) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *Ponencia de las I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, p. 21; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo», *Anuario de Derecho Penal*, t. XXXII, 1979, pp. 659 ss., y p. 93, nota 250; ÁLVEREZ GARCÍA, F.J., «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.), *El nuevo Derecho Penal español*, Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñoz, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 38-39, no está de acuerdo con la definición dada por Mapelli, así como tampoco con los términos *enmienda*, *regeneración moral*, entendiéndolo que se trata, al igual que Dolcini, de términos que encuadran el principio constitucional en una visión ética del Derecho penal «acercándose en este sentido a la ideología retribucionista, más que a las utilitaristas»; BERGALLI, R., «Ideología de la resocialización. La Resocialización como ideología. La situación en España», *La qüestió penitenciària. Papers d'Estudis i Formació*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987, pp. 51-66; del mismo, «Resocialización y medidas alternativas (Extravíos conceptuales, políticas sinuosas y confusiones piadosas en las prácticas penitenciarias de España y Catalunya)», *Jornadas sobre Cumplimiento de la Pena-Associació Catalana de Juristes Demòcrates*, Lleida, 1991.

(73) GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Alternativas al sistema carcelario», *Cuadernos de Fundación Encuentro*, 1992, asevera que el término *normalización* depura al término *resocialización* de un componente ideológico, sin perjuicio de reconocer que la idea de tratamiento ha permitido «humanizar» las prisiones y en ese sentido que los reclusos reciban un tratamiento más digno; del mismo, «Penas privativas de libertad y alternativas», *La individualización y ejecución de las penas. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 7, 1993, pp. 73-92.

(74) BERISTAIN IPIÑA, A., «El sistema penitenciario: problemas y soluciones», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 30, 1986, pp. 541-558; BARATTA, A., «Cárcel y Estado social. Por un concepto de "reintegración social" del condenado», trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.), *Problemas de legitimación*

El concepto de *resocialización* no es ajeno a nuestro ordenamiento, lo que viene a significar que la reeducación y reinserción sociales a las que se refiere el artículo 25.2 de la CE se han interpretado, en numerosas ocasiones, como resocialización (75). Ésta ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, en especial por la europea, que hace referencia a que la reeducación es un término más significativo. En esta dirección, Mapelli (76) entiende que «el legislador constitucional ha evitado el término resocialización porque no era su intención orientar la pena privativa de libertad a la prevención especial. Tradicionalmente se ha entendido que el concepto de prevención especial está integrado por tres elementos: intimidación, inocuización y resocialización». Y reafirma que la resocialización tiene unas connotaciones preventivo-especiales de las que carecen los términos reeducación y reinserción social. En consecuencia, se considera que existe una crisis resocializadora ya que la pena privativa de libertad, en la actualidad, es considerada como pena (77). Con esta visión, la crisis afecta a la concepción de la prisión como instrumento de mejora o de reforma del recluso, reforma dirigida a impedir la desocialización que puede llevar aparejada la privación de libertad (78). Como pre-

en *el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, p. 139; del mismo, «Resocialización o control social: por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado», *Ponencia presentada en el Seminario de Criminología Crítica y Sistema Penal*, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.

(75) PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, nota 86, p. 145.

(76) En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob. cit., pp. 140 ss.

(77) Antes del siglo XVI era considerada como medida de custodia para una posterior condena.

(78) En este sentido, se utiliza el término *prisionización* por Clemmer, que lo define como la necesaria y progresiva adaptación que se va produciendo en el preso a la vida en la cárcel que, constituye una auténtica subcultura en la que rigen determinados valores y conductas que predominan en una sociedad determinada, en la que se supone debe integrarse de nuevo el penado, tras haber cumplido la condena, CLEMMER, D., *The prison community*, Rinehart & Winston, Nueva York, 1958; GOFFMAN, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, trad. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, habla de aculturación o desculturación; BROCKWAY, Z.R., «The American Reformatory Prison System», in *Prison Reform and Criminal Law*, C. R. Henderson, New York, Charities Publication Committee, 1910; BONAL, R., «La situación social del ex-recluso. Problemática de la reinserción», *III Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1997; MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Nueva Criminología, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 1978, p. 37 procesos de «socialización negativa», incompatibles con el ideal resocializador;

tende García Valdés (79), «a nadie se le enseña a vivir en sociedad si se le aparta de ella».

En la doctrina española, Mapelli es el autor más representativo de los que defienden la resocialización, así como, a mi juicio, ofrece las pautas más adecuadas sobre la resocialización en nuestro sistema jurídico, al propulsar que la constituya un índice corrector de la intensidad del castigo en manos de la Administración penitenciaria. Mapelli (80) define la *resocialización* como principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (*principio de nil nocere*). Lo denomina «resocialización penitenciaria» para distinguirlo de la resocialización como elemento integrante de la prevención especial. A estos efectos, esgrime que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, mientras que la reinserción social actúa a otro nivel, puesto que atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones individuo-sociedad.

Desde esta perspectiva, cabe subrayar que la reinserción se justifica en el *principio nil nocere*, por cuanto lo que se trata de evitar es la exclusión del recluso de la sociedad (81), de ahí que surja la importancia de las comunicaciones con familiares, relaciones con el exterior, etc. En suma, el objetivo de la resocialización como finalidad de las penas de cárcel no va a ser el tratamiento de la personali-

BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1976, p. 53.

(79) GARCÍA VALDÉS, C. y TRÍAS SAGNIER, J., *La reforma de las cárceles*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1977, p. 17.

(80) MAPPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 99 y 152.

(81) En este sentido, FRANCE, A. y WILES, P., «Dangerous futures: social exclusion and youth work in late modernity», *Crime & Social Exclusion*, Blackwell Publishers Ltd., Oxford, 1998; RUIDÍAZ GARCÍA, C., «Una mirada a la vida en las prisiones: los reclusos y su mundo», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 54, 1994, pp. 1443-1457; TEZANOS, J.F., *La sociedad dividida: estructuras de clases y desigualdades en las sociedades tecnológicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001; WACQUANT, L. y WILSON, W.J., «The cost of racial and class exclusion in the inner city», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n.º 501, 1989, pp. 8-25.

dad del delincuente, sino garantizar y promocionar condiciones objetivas para la posterior reintegración social (82).

Para otros, como es el caso de DE LA CUESTA ARZAMENDI, resocializar es igual a procurar el retorno del sujeto al grupo social o crear posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal (83). A mayor abundamiento, Álvarez García (84) entiende la concepción de la reeducación-reinserción como resocialización o recuperación social. Como hemos indicado con anterioridad, mantiene que el objetivo no es conseguir que el sujeto adquiera la capacidad de vivir en la sociedad con respeto hacia la ley penal condicionando al sujeto a los valores dominantes en una determinada colectividad. Pero ello supone la aceptación del llamado *programa mínimo* que se conforma con obtener el acatamiento externo de la norma con objeto de evitar la reincidencia y que no exigen por parte del penado su adhesión interna a determinadas escalas de valores. Es decir, se sigue afirmando el fundamental derecho del recluso a pensar de un modo distinto. Para otro sector doctrinal, como es el caso de Sánchez Concheiro (85), aunque no es la idea más extendida, la *resocialización*, tal y como se lleva a cabo en las prisiones, consiste en la educación para ser criminal y buen detenido porque la vida carcelaria favorece la formación de hábitos inspirados en el cinismo, el culto y el respeto a «la violencia ilegal».

Afinando un poco más la cuestión, supone una contradicción entre el binomio pena de prisión-resocialización. Es decir, el ingresar en prisión supone la aparición de unos efectos desocializadores y desestructurantes que dificultan la integración social. En este sentido, la doctrina ha formulado unas objeciones con respecto al concepto de resocialización entendiendo que se encuentra en crisis. Argumentan (86): *a*) el carácter coactivo de la resocialización a través de un tratamiento penitenciario al que no puede oponerse el interno y que,

(82) MANZANOS BILBAO, C., «Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras», en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Tercera Ponencia: «Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites», Bosch, Barcelona, 1994, p. 138.

(83) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El trabajo penitenciario», ob. cit., p. 152.

(84) ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», ob. cit., p. 41

(85) Es el caso de SÁNCHEZ CONCHEIRO, M.^a T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Sociedad y Opinión, Icaria, Barcelona, 2006, p. 109.

(86) Sigo la sistematización adoptada por TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., SAPENA GRAU, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho Penitenciario*, ob. cit., pp. 33 ss. También citada por CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y

por este motivo, podría atentar contra determinados principios constitucionales (87); *b*) la fundamentación de la resocialización en una visión reduccionista e, incluso, clasista de la criminalidad que impediría la imposición de la pena privativa de libertad a los reos de determinados delitos, como los denominados delincuentes ocasionales, pasionales, económicos o los de convicción, que no quieren la reeducación y que precisan una integración social (88); *c*) desde el punto de vista práctico, se han objetado también las escasas expectativas de éxito que tiene el desarrollo de un tratamiento que ha de llevarse a cabo en una institución penitenciaria, porque la naturaleza de la prisión como «institución total» acaba imponiendo su propia lógica, según la cual el individuo tiene que adaptarse a un medio diferente al del mundo exterior, hecho que a menudo supone una auténtica desocialización respecto del medio al que después tendrá que volver.

Frente a esta posición, se encuentra la teoría de Segovia Bernabé (89) al estimar que la *reinserción social* es como un horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. Se admite que la resocialización es la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales en que se desempeñaba quien por un hecho cometido y sancionado según las normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía (90).

Para Beristain Ipiña la ejecución de la pena privativa de libertad debe pretender principalmente la repersonalización y reintegración

REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 84.

(87) QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, citando a Morales Prats, Aranzadi, 3.^a ed., rev. y puesta al día, Navarra, 2002, p. 103.

(88) STS de 28 de diciembre de 1998, Sala 2.^a, Fj. 2.

(89) SEGOVIA BERNABÉ, J.L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED*, n.º 1, 2006, p. 1, citado por CARCEDO GONZALEZ, R.J. y REVIRIEGO PICON, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 85.

(90) BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, ob. cit., p. 33 citando a SCHELLHOSS, H., «Kleines kriminologisches Wörterbuch», Freiburg i. Br. Voz «Resozialisation», 1974. pp. 268 ss. Este autor estima que «el término resocialización no es adecuado porque hace referencia a un único grupo social, a un modelo de sociedad predeterminado. Considera que la resocialización está determinada, junto a la recaída en el delito, por la pertenencia a ciertos estratos sociales [...] «Resocialización» junto a la ausencia de delitos depende de comportamientos distintos, específicos de las clases bajas. Reincorporación a la sociedad sería entonces una «adaptación» tendenciosa a las esperanzas sociales de la clase media [...]». (pp. 45-46). Difiero de su opinión.

social, es decir, que el ex recluso lleve en el futuro una vida sin delitos. Y Baratta opina que la reintegración social dependerá del grado y forma del desarraigo social que se presentan en la vida del recluso. De otro lado, habla de la tesis de que la finalidad de una reintegración del condenado en la sociedad no debe ser abandonada, sino que debe ser *reinterpretada* y reconstruida sobre una base diferente, teniendo en cuenta los aspectos positivos y negativos. Mantiene que la reintegración social del condenado no puede perseguirse *a través* de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse *a pesar de ella*, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. El término de *reintegración social* es el preferido por Baratta antes que el de resocialización y el de tratamiento, ya que éstos presuponen un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones, creyendo que son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re)adaptado a la sociedad, al valorar a la sociedad como *buena* y al condenado como *malo*.

Piensa que el sujeto es manipulado y que el concepto de reintegración social requiere la apertura de un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, en el que los ciudadanos reclusos en la cárcel se reconozcan en la sociedad externa y la sociedad externa se reconozca en la cárcel. Significa, antes que transformación de su mundo separado, transformación de la sociedad para que reasuma aquella parte de sus problemas y conflictos que se encuentran *segregados* en la cárcel, es decir, corregir las exclusiones de la sociedad que sufren los grupos sociales de los que proviene. Bergalli (91), desde una perspectiva muy crítica nos habla de conceptos desfasados que provocan que se caiga en discursos autoalimentadores de prácticas penitenciarias negativas.

Para Baratta (92), la oportunidad de resocialización es mínima siempre que no exista una apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel, es decir, que simbólicamente los muros sean derribados, ya que no se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas.

(91) BERGALLI, R., «¡Ésta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)!, en RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Cárcel y derechos humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 7-22.

(92) BARATTA, A., «Cárcel y Estado social. Por un concepto de "reintegración social" del condenado», trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E. (coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 140-141.

En otro sentido, Bergalli (93) define la *resocialización* como la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales desempeñadas por quien, por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía. También es ésta la opinión de Lardizabal (94) al indicar que el fin de la pena es la corrección del delincuente para hacerle mejor, y que la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perder de vista el legislador en el establecimiento de las penas, y de García Valdés (95) que, en sentido crítico y acertadamente, indica que la idea de tratamiento es consecuencia próxima, desarrollo y, a la vez, desenlace de la idea de corrección. Se pasa de eliminar a retener y adaptar el comportamiento del recluso a la sociedad. En conclusión, no hay que olvidar que la resocialización no previene el delito, ha sido el que ha orientado los movimientos de reforma, buscando fórmulas más efectivas (96).

A mayor abundamiento, Rivera Beira (97) sustenta que «el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido de que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento. El sistema utiliza la dinámica premio-castigo. [...] una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social. Señala que el objetivo disciplinario del tratamiento penitenciario es organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y

(93) BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución de penas?*, ob. cit., p. 33; BERGALLI, R., «¡Esta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)!» ob. cit., pp. 7-22; FERNÁNDEZ MORENO, A., *Corrección*, Bilbao, 1921, pp. 209-210, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 12.

(94) LARDIZABAL, M., *Discurso sobre las penas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2001, pp. 77-78, citado por GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, ob. cit., p. 13.

(95) GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional*, ob. cit., pp. 27-28 y 117.

(96) DE SOLAS DUEÑAS, A., *Alternativas a la prisión: penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPU, Barcelona, 1986, p. 7.

(97) RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento penitenciario*, ob. cit., pp. 124 ss.

buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector. [...] el tratamiento penitenciario se convierte en un medio, en un instrumento, en uno de los recursos tecnológicos fundamentales para garantizar la custodia y vigilancia en las prisiones».

La clasificación de grados supone una recompensa y, los destinos, traslados, aislamiento en celdas de castigo suponen alargar el tiempo de condena y un plus de penosidad. Opina que existen tres espacios estructurales que configuran el tratamiento disciplinario: los lugares de aislamiento, los espacios de trabajo, actividades y rituales de vida en común (galerías, comedor, taller, etc.) y las actividades de «tratamiento penitenciario» (patio, escuela, sala de estar, etc.). Así como diversos profesionales pertenecientes al cuerpo técnico en relación con las actividades de tratamiento y asistencia, para hacer posible la reinserción social, manifiestan que se ven limitados por la preponderancia otorgada a las tareas administrativas, tareas derivadas de las propias funciones custodiales y represivas que se recogen en la enumeración expuesta de sus funciones: dictámenes para las clasificaciones en grados; informes periciales para los beneficios penitenciarios; control de liberados condicionales y presos en régimen abierto; etc. Hay una prioridad para clasificar y aplicar determinados beneficios a los presos: la capacidad de adaptación al régimen interior de la prisión observada durante el tiempo que ha permanecido como preventivo o penado; la duración de la pena impuesta, y el tipo de delito; es decir, se trata de criterios estrictamente penales y penitenciarios, relegando a un segundo término los demás: familiares, laborales o sanitarios, que se tendrán en cuenta de forma subsidiaria en las revisiones de grado para la reclasificación junto con otros nuevos criterios, también prioritarios, como son el expediente disciplinario que recoge el comportamiento que ha tenido durante el tiempo de estancia, la presencia o ausencia de sanciones, etc. Por tanto, el tratamiento que se aplica a los presos está presidido por principios conductistas y retribucionistas que inculcan, por una parte, un claro concepto de la adaptación social fundamentado en valores insolidarios, autoritarios y domesticadores, necesarios para mantener el orden y la disciplina en el sistema carcelario; y, por otra, una actividad incisiva y penetrante durante el tiempo que dura la reclusión que provoca efectos desocializadores, y que contribuye a reproducir las condiciones psicológicas y sociales que incitan al delito».

Los que utilizan el término de la *socialización*, lo definen como el proceso por el cual la persona aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socioculturales de su medio ambiente, los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de expe-

riencias y de agentes sociales significativos, adaptándose así al entorno social en que ha de vivir (98). Barbero Santos estima al respecto que «socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar» (99). En consecuencia, socialización es el proceso por medio del cual la persona humana aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio-culturales de su medio ambiente y los integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir (100).

Se defiende la tesis de que resocialización y socialización son dos conceptos diferentes. La resocialización ha de garantizar la libertad y la autonomía de la persona, de lo contrario se atenta contra los propios principios de todos Estado social, democrático y de Derecho. Lo que se pretende es reducir los conflictos sociales, lograr una participación del individuo, en este caso, del preso, de manera que estaría en una situación dependiente respecto de la sociedad (101).

De otro lado, se habla de *readaptación social*, argumentándose que «[...] el objeto de la readaptación social puede traducirse como las esperanzas mínimas de la sociedad en que un condenado no vuelva a serlo otra vez más, o sea, el evitar futuras recaídas en el delito con lo que debe avenir la reubicación del individuo en la sociedad [...]» (102).

No obstante, con independencia del término utilizado, tiene como finalidad una función correctora e, incluso, de mejora del delincuente (103). Surge la idea de que la resocialización dejará de ser un mito cuando se consiga un consenso en torno a tres cuestiones básicas:

(98) ROCHER, G., *Introducción a la sociología general*, trad. de *Introduction à la sociologie générale*, Herder, Barcelona, 1990, p. 133; GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., «El impacto carcelario», en BERGALLI, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 412.

(99) BARRANCO AVILÉS, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 80 y por FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El régimen disciplinario», en AA.VV., *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex, Madrid, 2001, p. 132.

(100) MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, Gakoa Liburuak, Guipuzkoa, 1991, pp. 58-59.

(101) MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 93, cita a LÜDERSSSEN, K., *Kollektiven Zurechnung-individualisierende Haftung. Ein «Grundwiderspruch» der modernen Kriminalpolitik?*, Lüderssen, Sack, Hrsrg., 1980, p. 737.

(102) BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, ob. cit., p. 14. A lo largo de la obra demostrará que no es así.

(103) ARANDA CARBONELL, M., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, p. 18.

qué objetivos concretos se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores, qué medios y técnicas de intervención se valoran en cada caso idóneos y eficaces y qué límites no debe superar jamás cualquier suerte de intervención (104).

El legislador ha preferido emplear en el texto normativo las expresiones *reinserción social* y *reeducación* en lugar de *resocialización* o *prevención especial*. No obstante, la expresión *resocialización* está teniendo una difícil entrada en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, que han optado, mayoritariamente, por el uso de términos más concretos y con más arraigo en la Ciencia Penal, sin embargo, no utilizar el concepto de prevención especial es debido a razones más profundas (105).

2.2 Otras concepciones afines

Sinónimos son la *readaptación social*, *corrección*, *enmienda*, *reforma*, *moralización*, *adaptación*, *rehabilitación* y *educación*. Con ellos se alude a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del hombre preso y al posterior reintegro a la vida social (106), comprendiendo la reeducación como resocialización o como recuperación social. No obstante, se critica cómo se ha implantado el término *resocialización* y como dicho término no tiene un contenido concreto (107). A tal efecto, Quintano Ripollés habla de *rehabilitación* como complemento de los sistemas penitenciarios, dice que en el Derecho Penal moderno la rehabilitación ha perdido su carácter de favor gracioso, para convertirse, ya no en un derecho del ciudadano, sí, al menos, en un complemento lógico y humano de los sistemas penitenciarios progresivos (108).

(104) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, 4.º ed., act., corr. y aum., Valencia, 2008, pp. 1120-1121.

(105) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 140.

(106) NEUMAN, E., «Aspectos penológicos», en NEUMAN, E. y IRURZUN, V.J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, reimpresión, Dalmata, Buenos Aires, 1977, p. 24.

(107) En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del derecho penal», ob. cit., pp. 22 ss.; MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», ob. cit., p. 64.

(108) QUINTANO RIPOLLÉS, A., «La evolución del Derecho penal moderno (contra corriente)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 10, 1957, pp. 283-298; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, t. I, Bosch, Barcelona, 1936, p. 711; del mismo, «Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 2, 1949, pp. 37-54;

Se consideraba que la *rehabilitación* es un derecho subjetivo, argumentando que será comprendida como tal en el momento en que el condenado exija que se haga a su favor dicha declaración de rehabilitación, esta posición también fue mantenida por Cuello Calón al decir que es un derecho adquirido por el penado mediante su conducta irreprochable, o por Ferrer Sama cuando dice que se caracteriza por el hecho de fundamentarla en la existencia de un verdadero derecho a la misma adquirido por el condenado al demostrar su arrepentimiento y su adaptación a las condiciones de la vida social (109).

Con independencia del término empleado, en definitiva, se trataría de separar para reparar, es el prefijo «re» el que define a cada caso para la finalidad y objetivo de las instituciones segregativas: reformar, resocializar, readaptar, reintegrar, reeducar, rehabilitar, etc. Se trata de llevar a cabo un proceso de aislamiento del entorno social cuyos principales características son: desocializador, desintegrador, desidentificador, producidos como resultado de las nuevas relaciones sociales que se generan en el seno de éstos (110).

3. LOS PROGRAMAS RESOCIALIZADORES

Programas resocializadores máximos. Se trata de un grupo de teorías que entienden la resocialización como reforma, en el sentido de transformación interna del condenado. Las teorías son la correccionista originada por Krause y Röder, y es desenvuelta en España por Dorado Montero o Montesinos. Críticamente, apunta Bettiol (111) que, en cuanto a la concepción de la resocialización, «la idea retributiva

CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *Alternativas a la prisión en el Código Penal de 1995*, XI Jornadas Penitenciarias Lucenses, Lugo, 1996, pp. 21-22, señala que «Se pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que forma parte de la misma sometido a un régimen jurídico particular».

(109) CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *La rehabilitación: Historia, doctrina, derecho extranjero y español, y un apéndice conteniendo las leyes, decretos y órdenes dictadas sobre la materia*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 25.

(110) MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, Donosita: tercera prensa, Gakoa Liburuak, Guipuzkoa, 1991, pp. 58-59 y 89. Afirma que «La reinserción se concibe así como la última fase de un proceso de recuperación social de tipo educativo o curativo consistente en la acción intensiva en un problema del sujeto», citando a ROCHER, G., *Introducción a la sociología general*, Herder, 1.ª ed., 13.ª imp. Barcelona, 2006, pp. 53-54.

(111) BETTIOL, G., «Colpa d'autore e certezza del diritto», *Revista Italiana di proc. Penale*, 1977, p. 419, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 8.

comporta la idea reeducativa». De tesis similar son los correccionalistas (112) al señalar que, con la ejecución de la pena, caben más posibilidades de que el sujeto reflexionase sobre su conducta delictiva, estimando que el término resocialización es poco adecuado para abarcar todo el proceso de rehabilitación al que era sometido el delincuente ya que el problema estribaba en la propia estructura personal y no en el sistema social, de tal manera que lo que se pretendía era el sometimiento a una metamorfosis total (113). Y, de otro lado, históricamente como refiere, hay una serie de teorías individualistas que parten del delincuente como único y principal objeto del tratamiento. Estas teorías se fundamentan en la expiación, mejora, pedagogía criminal y la nueva defensa social (114).

Ambas corrientes tienen en común la expiación de la pena. Para los retribucionistas, la expiación es inherente a aquélla debido a que ha sido justamente determinada y aplicada y, con ello, se agotan sus pretensiones reeducativas, y para los correccionalistas la expiación no tiene que acompañar necesariamente a la ejecución penal y, en los supuestos en que no ocurra, el Estado estará asistido del derecho de reeducar la personalidad del delincuente por otros medios (115). Sus teorías se apoyan en que hay que hacerle ver al delincuente que tiene que asumir la pena impuesta por el delito cometido, y en la mejora, esta última característica es propia del concepto de resocialización; la resocialización, comprendida en esta dirección, aparece ajena completamente al sistema penal y no puede esgrimirse ni como fundamento ni como fin de la pena (116). El objetivo de nuestro sistema es

(112) En la Escuela correccionalista española destaca GINER DE LOS RÍOS, F., *Estudios jurídicos y políticos*, J. Casano, Madrid, 1921; ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*, V. Suárez, Madrid, 1895; SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903; DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915, asumiendo las ideas de la prevención especial sin considerar la corrección como el fin exclusivo de la sanción penal.

(113) Opinión de MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 7.

(114) De semejante opinión es Ruiz Vadillo al defender que la pena cumpla un fin de intimidación general, de defensa social y que prevalezca la finalidad de reinserción y, Voz «Resozialisation», rehabilitación social del individuo en particular, RUÍZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativa de libertad»: El sistema penitenciario, *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 2, 1977-1978, p. 174. Desde mi punto de vista este planteamiento no funciona.

(115) PREISSER, W., «Das Recht zu strafen», *Festschrift Für Mezger*, 1954; DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Analecta, Madrid, 2003.

(116) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 10.

corregir no vengarse, de este modo lo señala Dorado Montero (117). Su mayor aspiración es la conversión de los Centros penitenciarios en hospitales para enfermos de almas, siendo interesante la cita que se refiere a que «perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda a destruir o entorpecer su sociabilidad impide su mejoramiento, por esto las penas, lejos de atacar deben de favorecer este principio fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda y aviso a los criminales, porque el oficio de justicia no es vengar sino corregir».

En lo que nos remite a la *mejora*, término propio de la concepción ética del concepto de resocialización, lo que se trata de establecer es que, a través de la pena, se estimule al delincuente a que acepte un código moral de la sociedad. Dicho término de mejora, puede referirse a una ética religiosa o social, pero en cualquier caso presupone la pena entendida como bien o como derecho que la comunidad otorga al delincuente (118). Hace referencia a un proceso individualizado a través del cual cada delincuente se corrige. Frente a la expiación y la mejora, Mapelli (119) habla de la «resocialización pasiva», es aquella doctrina que entiende que la resocialización del delincuente, en determinados casos, se convierte en la neutralización o eliminación total o parcial del individuo. Esta concepción no es defendible en esta investigación.

En las teorías de las expectativas, el proceso de socialización es un proceso continuado que tiene su origen en el nacimiento de la persona y finaliza con su muerte. Por tanto, es un proceso sin interrupción, lo que no impide que se divida en dos fases denominadas: socialización primaria y secundaria (120). Debido al carácter ininterrumpido, Schüler-Springorum (121) considera que no es consecuente la partícula «re» que precede al término resocialización, ya que ésta da a entender que el individuo o bien reinicia su socialización después de

(117) DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo derecho penal*, Analecta, Madrid, 2003, p. 127.

(118) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 12, y la nota a pie n.º 21 como aclaración de que tanto *expiación* como *mejora* no tienen por qué ser términos contrapuestos.

(119) *Ibidem*, p. 15, cita a Göbbels, manifiesta que hay que reducir por completo la posibilidad de que el asocial con su actitud individual influya de palabra o de hecho sobre la totalidad.

(120) *Ibidem*, p. 66, cita a GOTTSCHALCH, W., NEUMANN-SCHÖNWETTER, M. y SOUKUP, G., *Sozialisationsforschung. Materialien, Probleme*, Kritik, Frankfurt/M., 1974.

(121) *Ibidem*, pp. 66-67, citando a SCHÜLER-SPRINGORUM, H., *Strafvollzug im Übergang*, ob. cit., p. 158.

estar interrumpida o bien se ha encontrado en algún momento plenamente socializado. Siguiendo esta línea, Mir Puig (122) asevera que la pena desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal, la resocialización sólo puede ser comprendida como participación del sujeto y no como imposición de un determinado sistema de valores. De otro lado, es de la opinión de que concebir de esa manera la resocialización hace que exista una contradicción con la realidad penitenciaria ya que ésta impone una forma de vivir en la prisión a la que se tiene que adaptar el preso para poder sobrevivir.

Por otro lado, se entiende la *resocialización* como una terapia social, sistema que ha sido criticado ya que el utilizar métodos terapéuticos supone realizar cambios en la estructura del sistema penitenciario, además de no ser aceptado dentro de la criminología ya que no admiten modelos de conducta, lo que siempre haría necesario que el sujeto en cuestión realizase terapias sociales constantemente, realizar cambios de lo asocial hacia lo social. Pese a ser criticada, no es totalmente rechazada, siguiendo a Kaiser (123), la resocialización constituye una estrategia político-criminal. Un sistema de ejecución de penas que no ofreciese al condenado unas alternativas de resocialización por medio del tratamiento constituiría un sistema anacrónico e inadecuado para una sociedad establecida sobre unos principios democráticos. Así pues, Mapelli (124) afirma que la resocialización no es un tratamiento terapéutico dirigido a la integración social del condenado sino una tendencia humanizadora de la pena cuya importancia aumentará de acuerdo con la intensidad con que disminuya las exigencias de prevención general.

No es objeto del presente trabajo plantear si la terapia en el tratamiento penitenciario es válida o no, lo que pretendo señalar es que la terapia no puede constituir el objeto ni el medio para llevar a cabo los programas de resocialización en el sistema penitenciario.

(122) MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 23.

(123) KAISER, G., «Resozialisierung und Zeitgeist», *Kultur-Kriminalität-Strafrecht*, Festschrift für Th. Würtenberger zum 70 Geburtstag, Berlín, 1977, p. 359, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 76.

(124) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 77.

Por último, cabe ser citada la Nueva Defensa Social (125) desarrollada por Lambroso, Marc Ancel, Grammatica o Pinatel, y la Pedagogía Criminal, desenvuelta por Hellmer, entre otros. Dichas teorías parten de la premisa de que en el delincuente hay un déficit de socialización que se puede corregir mediante la pena (126). En opinión de Peiteado Mariscal (127) «desde la óptica del modelo de Estado social y democrático de Derecho, es problemático que el paradigma de identificación para *corregir* al delincuente sea una sociedad que es injusta y que, con sus estructuras injustas, contribuye a generar parte de la criminalidad que posteriormente reprime y pretende eliminar». Es decir, que puede suponer la imposición de unos valores a través de la pena, suponiendo, por tanto, la vulneración de derechos fundamentales individuales. Se preocupa por abarcar todos los ámbitos relacionados con la reinserción y el tratamiento, además entienden que el Derecho Penal no sólo tiene una función negativa de castigar.

Mapelli (128) indica que la pedagogía criminal debe valorarse como un medio para alcanzar la resocialización más que como una forma de interpretar ésta. Dicha corriente parte de la idea educacional como medio para resocializar, así como los partidarios consideran, además, que la resocialización es como un proceso total que afecta a la personalidad en su conjunto, y también les es común la idea del delincuente como un sujeto que sufre un déficit o una alteración en el proceso normal de educación. Es la doctrina positivista la que estima que la resocialización tiene como fundamento el «consenso, el determinismo y el cientificismo». De manera que, al considerar al delincuente como un sujeto que padece carencias, no utilizan sobre él el término «resocialización» por creer que el delincuente no se reduce a un desajuste con el sistema social sino que es algo originado por su

(125) Sobre este tema, BERISTAIN IPIÑA, A., *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, 1979; JORGE BARREIRO, A., «Consideraciones en torno a la nueva defensa social y su relevancia en la doctrina y la reforma penal alemana», *Ensayos penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1974, pp. 229 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 25 ss.

(126) Hay autores que utilizan el término *domesticar* o *domar*, GONZÁLEZ NAVARRO, F., «Poder domesticador del Estado y derechos del recluso», *Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Cívitas, Madrid, 1991, p. 1109.

(127) PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 148.

(128) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 16. La pedagogía criminal en Alemania se encuentra enfrentada, de un lado la concepción clásica es defendida por Peters y Hellmer y de otro lado, con una concepción más cercana a la sociología está Nass o Blau. *Ibidem*, pp. 16-17 y notas de pp. 31-33.

propia estructura personal, hablan de mejora, rehabilitación, corrección, higiene o profilaxis (129).

Programas resocializadores mínimos. Estos programas son seguidos por Baumann, Eser o Haffke. De todos ellos cabe destacar la teoría de Eser (130), quien es de la opinión de que difícilmente podrá conseguirse el fin resocializador cuando se satisface por medio de un proceso fundado exclusivamente en la adaptación represiva. Tras la denominación de Pedagogía de la autodeterminación se entiende que el concepto de *resocialización* se fundamenta en la consideración negativa de la resocialización, es decir, entendida exclusivamente como el ¡tú no debes!, referida a la normativa penal es insuficiente por sí sola para ofrecer una estabilización en la conducta del sujeto. Esta teoría surge frente a la posición de la doctrina de la resocialización legal y la resocialización encaminada a conseguir una moral para el recluso conforme a las normas legales existentes. Y entiende que ofrece una relación de dominio respeto del sujeto a tres niveles: el pedagógico, el institucional y el social, o sea, que el educado se defina como necesitado de educación y se le eduque respecto de un modelo perfecto, vinculado a presupuestos externos y empíricos que la potencian y permiten su desarrollo los cuales determinan a su vez el marco institucional, y ha de ser individualizada.

Para lograr semejante estabilización, los fines resocializadores deben ir dirigidos especialmente más que a la preservación de las normas penales, a la conservación de los valores representados por esas normas, para que así pueda adquirir la pena una dimensión más amplia que la meramente disuasiva. En vez de aspirarse a la imposición de una moral determinada debe buscarse la motivación positiva a través de la demostración de las razones, caminos y alternativas que puedan garantizar la defensa de los bienes jurídicos respectivos; y este ofrecimiento de alternativas al sujeto no impide que el propio educador se identifique con una determinada alternativa diferente a la de aquél. Es el precio que ha de pagarse a favor de una sociedad libre en la que pueden convivir diferentes ideologías. Dicha teoría no entra en contradicción con la terapia social ni es incompatible.

En contraposición, están aquellas que creen que hay que partir de los factores que genera la sociedad para que exista delincuencia. En

(129) *Ibidem*, pp. 6-7.

(130) ESER, A., «Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs», *Lüdersen/Sack, Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, Frankfurt/M., 1977, pp. 285-286, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 81-82 y 84-85.

este sentido, destacan las teorías psicoanalíticas que suscriben que la sociedad es la generadora de la delincuencia y la pena a imponer es la necesidad para compensar el sentimiento de culpa de la sociedad. Y las teorías marxistas piensan que la delincuencia es el resultado de unas determinadas relaciones de producción, comprendiendo que la delincuencia no es otra cosa que la expresión de las contradicciones que caracterizan la dinámica de las relaciones de producción en una determinada fase del desarrollo económico-social (131).

Ambas teorías encierran lo que se denomina como *instrumentalización de la persona*, en el sentido de que no se la culpa totalmente de la comisión del delito porque éste es generado por unos factores de la sociedad, destacando además las teorías de Freud sobre el miedo a la autoridad y el temor al Super-Yo (132). En la actualidad la sociedad busca la retribución por el delito cometido, si se trata de una orientación más conservadora entienden retribución como fundamento de la pena acentuando la prevención general y, si es más progresista, como límite a las exigencias de la prevención.

En estos programas mínimos se entiende que la resocialización está dirigida a lograr una mera adecuación de la conducta externa del condenado a las normas del ordenamiento jurídico, y se abandona la pretensión de incidencia en los valores propios del sometido a la pena privativa de libertad (133). Este programa también ha sido cuestionado por la posible contradicción entre la conducta externa y los valores internos del preso, así como la pena no tiene sentido. Se caracteriza porque la resocialización de los presos es mínima, en este sentido, Muñoz Conde (134) trata el principio resocializador basado en el principio de intervención mínima, es decir, de garantizar un mínimo de derechos del preso, así como de evitar el desarraigo, la desvinculación social, etc.

Estos programas resocializadores mínimos han hecho que un sector doctrinal –entre los autores, De la Cuesta Arzamendi– asuma que

(131) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 30 y 43.

(132) FREUD, S., *Obras completas*, Biblioteca Nueva, t. III, Madrid, 1973, nota 1636; del mismo, *Psicología de las masas y análisis del Yo*, trad. de L. López Ballesteros, disponible en www.elortiba.org, última consulta el 1 de septiembre de 2012, Freud ya había hecho una inicial distinción entre *Superyó* y *Yo*.

(133) PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, ob. cit., p. 149; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, ob. cit., p. 136; y «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», *Papers d'estudis i formació*, n.º 12, 1993, p. 7.

(134) MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., p. 59. También Kaufmann es partidario de esta idea.

la adecuación utilitarista de la conducta externa a la legalidad de las normas de la sociedad no sea una verdadera resocialización ya que sólo permanecerá en la resocialización cuando la coacción penal sea efectiva. Conllevando el riesgo de que, en un momento determinado, por contradicción entre el sistema de valores del individuo y la legalidad o por vacío moral o falta de autodeterminación del sujeto, pueda volver a recaer en el delito (135). Igualmente, si la intervención resocializadora sólo ha de pretender el respeto a la legalidad formal, resulta innecesaria para cuantos, incluso habiendo delinquido, acepten las reglas básicas de la convivencia social. De otro lado, desde la perspectiva más radical, la resocialización a la legalidad suscita el problema de fomentar el respeto acrítico a una legalidad que, en muchos aspectos, puede ser profundamente injusta. No obstante, asegura que tampoco vale para aquellos que hayan delinquido y acepten las normas infringidas como parte de los valores de la sociedad. Este autor es de la opinión de que atendiendo al Estado social y democrático de Derecho, preocupado por garantizar la autonomía individual y la dignidad de las personas, parece preferible la resocialización a la legalidad, reduciendo las influencias al respeto de los bienes y valores protegidos por las normas pena (136). Con esta pretensión, Bergalli (137) añade que no es aceptable este contenido de la resocialización porque las leyes pueden ser injustas de tal manera que la resocialización en los valores de la sociedad puede llevar al sujeto a una imposición de valores inadecuados.

Programas de ejecución no desocializadores. Se trata de unos programas que pretenden superar los programas máximos y mínimos. Parten de la idea de que a la vez que se *saca* a un delincuente de la sociedad, posteriormente hay que volverlo a introducir en ella, de ahí las expresiones re-educación, re-socialización, re-inserción social. De esta manera, la pena se impone como consecuencia de un acto o hecho y, a través de ella, como programas de resocialización, pretendiéndose cambiar una conducta interna del sujeto. Es decir, que la resocialización no la hacen desde la pena en general sino concretamente en la

(135) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, ob. cit., p. 137. En contraposición se dice que los sujetos no comparten los mismos valores sociales y eso no supone que delinquen, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, ob. cit., p. 54.

(136) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», ob. cit., pp. 7-8; del mismo, *El trabajo penitenciario resocializador*, ob. cit., p. 139.

(137) BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, ob. cit., p. 65. Citado por DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», ob. cit., p. 7.

pena privativa de libertad, de forma que no es el condenado el que debe ser resocializado, traduciéndose la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad en una ejecución *humanitaria* de la pena (138) o no *desocializadora*. Para Peiteado Mariscal es el programa más compatible con nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la finalidad de la pena como en la esencia propia de la pena privativa de libertad (139). Pero, ésta teoría ha sido criticada, entre otros por García-Pablos, indicando que únicamente se refiere a la pena impuesta sin cuestionar el papel de ésta como instrumento de control social. Y también es criticada por Bergalli al indicar que el Estado español tiene grandes fallos en la dimensión social, sobre todo en lo que se refiere a imponer al recluso unas condiciones de convertirse en un miembro activo de la sociedad. Concretamente dice «la intención resocializadora debe ser tacha de ideológica, en el sentido de falsa o errónea representación de la realidad" (140).

Programas basados en teorías del psicoanálisis y marxistas. Tratan de hacer programas dirigidos a la sociedad porque consideran que la propia sociedad, al ser injusta, genera la criminalidad. Se generan por principios sociológicos, no se apoyan en la pena privativa de libertad para poder resocializar sino en la sociedad como generadora de delincuencia. Ello me lleva a reafirmar la inseguridad social que hay, teniendo, pues, cabida las tesis de Wilson (141) sobre la ley y el orden.

Teniendo en cuenta las distintas tesis, a mi parecer, no se puede comprender la pena sin su ejecución. La función resocializadora se debe encaminar hacia el recluso, en valores y principios, y no sólo en la sociedad, puesto que, a pesar de que entiendo que la sociedad es la generadora de la criminalidad, el ser humano tiene capacidad de decisión para optar por un camino u otro, y el hecho de que haya elegido mal no le hace a la sociedad responsable. Es cierto que la resocialización guarda una estrecha relación con la política criminal y con los

(138) La resocialización como ejecución humanitaria es desarrollada por KAUFFAMANN, H., *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

(139) PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, ob. cit., 151.

(140) BERGALLI, R., «Los rostros ideológicos de la falsa resocializadora», *Doctrina Penal*, n.º 36, 1986, p. 595, citado por PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, ob. cit., p. 152.

(141) J.Q. Winson es un criminólogo asesor de Reagan y fundador de la nueva tendencia de la criminología, la administrativa, SÁNCHEZ CONCEIRO, M.ª T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Sociedad y Opinión, Icaria, Barcelona, 2006, p. 10.

factores socioeconómicos, en este sentido, Bergalli (142) considera que la política de empleo, de la vivienda, de la educación, de la inmigración, etc., supone luchar contra el delito de una manera individual.

Adentrándonos más en el tema, el sujeto que ha cometido el delito no acepta unas normas dominantes en la sociedad, normas que, generalmente, son admitidas por los ciudadanos, surgiendo un conflicto el cual da lugar al delito. Desde esta perspectiva, no sólo es responsable el sujeto sino también la sociedad, de modo que la resocialización se convierte en un conflicto entre delincuente y sociedad, porque, de un lado, se pretenden inculcar unos valores para una futura vida del delincuente en la sociedad sin delitos y, de otro, se pueden suponer vías de solución hacia una conducta *desadaptada* intentando salvar la libertad personal. Por ello, la resocialización pretende proporcionar al preso una capacidad y voluntad de llevar una vida responsable, lo que no determina una adaptación social. No se trata de una educación a una adaptación social o de una sumisión al Estado, sino de una formación para una independencia exterior que posibilita la positiva utilización de las capacidades individuales y de los bienes sociales. Deben desarrollarse responsabilidades y participaciones efectivas en la vida social (143).

(142) SOLÉ, C., PARELLA, S., ALARCÓN A., BERGALLI, V. y GIBERT, F., «El impacto de la inmigración en la sociedad receptora», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 90, 2000, pp. 131-158.

(143) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 81, citando en nota 177 a MÜLLER-DIETZ, H., *Wege zur Strafvollzugsreform*, Berlín, 1972, pp. 28-29; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, ob. cit., p. 23; HAFFKE, «Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze», *Lüderssen, Sack*, Hrsg., 1977, pp. 291-320, indica que «todo modelo de resocialización que pretenda ser consecuente tiene que dar una respuesta satisfactoria frente al binomio autonomía-dominio. Las aspiraciones resocializadoras tendrán que garantizar la autonomía personal frente al intento de dominio institucional. Entiende que la pedagogía de la autodeterminación de Eser ofrece una relación de dominio respeto del sujeto a tres niveles diferentes: el pedagógico, el institucional y el social. En el pedagógico, educación y terapia consisten en una influencia ajena, presuponen que el educado se defina como necesitado de educación y se le educa respecto de un modelo perfecto; Hentig reconoce esto cuando afirma que «los hombres tienen que ser obligados por medio de la educación a ser libres», HENTIG, V., *Spielraum und Ernstfall*, Stuttgart, 1973, p. 13; en la institucional: la pedagogía de la autodeterminación se vincula a presupuestos externos y empíricos, y la social: la pedagogía de Eser está orientada a un modelo de pedagogía individualizada. La pedagogía de la autodeterminación debe considerarse como fracasada. Mapelli habla de dos tipos de resocialización el preventivo y el penitenciario, el preventivo va unido a la prevención especial y el penitenciario se convierte en un principio de humanización de la ejecución de la pena privativa de libertad, materializando en el ámbito penitenciario el principio de intervención mínima.

Mapelli habla de la *resocialización legal* frente a las teorías de las expectativas (144). En cuanto a la resocialización legal en España es partidario Luzón Peña y Zugaldia (145), y próximo a estas ideas se encuentra García Valdés (146). Esta resocialización legal se basa en que al efectuarse no se vean alterados los valores de la personalidad del recluso. Aun con ello, García Valdés reconoce que para que se cometan nuevos delitos es necesario que el sujeto en cuestión pierda, total o parcialmente, su autonomía en el desarrollo de su personalidad. Esta teoría no es clara en cuanto a los métodos a aplicar para que el recluso se reinserte en la sociedad, los que sigan la teoría mencionada verán que su objetivo de resocialización y reinserción social no será alcanzado. En cuanto a la teoría de las expectativas engloba todo lo referente a las terapias sociales, siendo el propio sujeto el que determine el fin a que ha de abocar el proceso resocializador. En esta línea, resocialización es un proceso por el que se asigna al individuo un estatus social, resocializar es actuar en el campo social, no se pretende adaptar al individuo a unas normas sino crear las condiciones que obstaculicen la producción de un nuevo delito basándose en métodos de aprendizaje (147).

Todas las teorías mencionadas hasta ahora sobre la resocialización inciden en la relación recluso-sociedad, de manera que no podemos fijar un sistema penitenciario, ni una política que gire en torno al recluso, sino que, además, afecte a la sociedad, que se vea implicada en la existencia de penas y en la finalidad de las mismas siguiendo los principios sobre los que se sustenta el Derecho en un Estado social y democrático de Derecho (148). Pero, como correctamente afirma Schneider (149), «la mayoría de los delincuentes ni

(144) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 55-68.

(145) Respectivamente, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, y *Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal*, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1978.

(146) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, 2.ª ed., Madrid, 1980, pp. 10 ss.

(147) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 63 ss., citando a RUNDE, P., «Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches problema», en KAUFMANN, A., *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe, 1971.

(148) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 92.

(149) SCHNEIDER, H.J., *Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug*, München, 1976, p. 452, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 94.

son enfermos criminales, ni necesitan de tratamientos o curaciones. Pretender que la desviación social se adapte a la conformidad social por medio de la terapia es tan falso e inhumano como inefectivo». En definitiva, se concibe la resocialización desde un punto de vista funcional, representado por la teoría de la socialización, basado en la inserción al sistema social y, el modelo valorativo, representado por la teoría correccionalista en la que se pretende una mejora o enmienda (150). En cuanto al modelo valorativo, Dorado Montero piensa que el delincuente es un ser débil para quien la pena debe servir de medio de rehabilitación, rescate o regeneración; intervención a la que tiene derecho el sujeto por razón de su desgraciada situación psíquica que el delito ha puesto de manifiesto (151).

4. UN FIN CONSTITUCIONAL PARA LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Partiendo de la tesis de que la pena ha de consistir, necesariamente, en la inflicción de un mal, que se concreta en la privación de un derecho (152), no se puede afirmar que el fin de las penas privativa de libertad y de las medidas de seguridad sea la reeducación y reinserción social de los presos. Para Peiteado Mariscal, la función resocializadora sólo va referida a las penas, y no a las medidas de seguridad, ya que éstas están sujetas a la privación de libertad (153). Por otro lado, hay autores que sí consideran que la función resocializadora se extiende a las medidas de seguridad, como es el caso de Boix

(150) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», ob. cit., pp. 656 ss. Son seguidores de esta tesis, Sainz Cantero, Röeder, Dorado Montero, Giner de los Ríos, entre otros.

(151) DORADO MONTERO, P., «El correccionalismo penal y sus bases doctrinales», *Derecho protector de los criminales*, t. I, Madrid, 1915, pp. 192 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, ob. cit., p. 134; ALLEN, F.A., *The Decline of the Rehabilitative Idea: Penal Policy and Social Purposes*, Yale University Press, Nueva Haven, 1981; HUSSEY, F., «Just Deserts and Determinate Sentencing: Impacto in the Rehabilitation Ideal», *The Prison Journal*, t. LIX, 1980.

(152) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, L., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., citado por RUÍZ VADILLO, E., «La sociedad y el mundo penitenciario, (La protección de los derechos fundamentales en la cárcel)», *Eguzkilore*, n.º 13, 1999, pp. 63-78, y n.º extra 13, 1999, p. 208.

(153) PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas*, ob. cit., p. 166.

Reig (154). Y, siguiendo con que la imposición de la pena privativa de libertad no es para resocializar al preso sino para que cumpla condena, la resocialización se configura como un principio penal (155) y no un derecho fundamental, ya que no todo recluso quiere o necesita la resocialización.

En un sentido amplio, y como hemos venido reiterando, el planteamiento resocializador debe partir del respeto de los derechos del penado, es decir, el concepto de *reinserción social* debe ser reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el Estado social de Derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y del principio de la dignidad del hombre, con lo que el penado objeto de tratamiento se transforma en sujeto de derechos sociales (156).

A efectos de nuestro estudio, interesa determinar que la reinserción social nos sitúa frente a un condenado más real, más específico; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tienen su origen en su propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión, hacer buenos a los hombres, pero si puede, en cambio, tratar de conocer cuáles son aquellas carencias y ofrecer al condenado unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos (157). Por otro lado, se admite la posibilidad de que en un futuro el legislador, guiado por el principio de humanidad en la imposición de las sanciones, vaya reduciendo la presencia de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por otras modalidades de sanciones (resocialización) (158). Desde este punto

(154) BOIX REIG, J., «Significado jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución», *Escritos Penales*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología del Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979, p. 113. En este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español», en CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R.F., BERISTAIN IPIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C., (eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 3-32.

(155) En este sentido, CID MOLINE, J., «Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos», *Jueces para la Democracia*, n.º 32, 1998, pp. 36-49. Reitero que, a mi juicio, la reinserción social es un derecho fundamental por su ubicación en la Constitución.

(156) BARATTA, A., «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática», ob. cit., pp. 533-551.

(157) MAPELLI CAFFARENA, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, n.º 8, 2006, disponible en <http://criminnet.ugr.es/>.

(158) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., pp. 134 ss.

de vista, lo fundamental es evitar la desocialización, para ello habría que eliminar todo lo que pueda infligir al preso, un mal añadido al de la privación de libertad pero entra en contradicción con el sentido real de la prisión. Por su parte, Mapelli (159) clasifica en tres grupos las manifestaciones doctrinales: la que considera la resocialización como un fundamento de la pena, la que entiende que la resocialización es sólo un criterio ordenador de la ejecución penal (160), y la que sostiene que, estando fundamentalmente dirigida al ámbito penitenciario, tiene implicaciones importantes en otras instancias del sistema jurídico penal.

En un sentido amplio, Baratta señala los medios más adecuados para llevar a cabo la resocialización, así aboga por la desaparición paulatina de la pena de privación de libertad sugiriendo, como alternativa, una mayor relación entre la comunidad carcelaria y la libre. Por otro lado, Luzón Peña (161) opina que la resocialización no sería posible frente a los delincuentes por convicción o profesionales incorregibles, para los que entraría en juego cualquiera de los otros dos elementos de la prevención especial, discrepando con este autor porque el precepto constitucional señala que la resocialización y no la prevención especial es la que se debe aplicar a todos los reclusos (162). Mapelli es contrario a esta tesis ya que lo que se pretende es impedir la actividad delictiva sin modificar las convicciones del autor.

A la luz de lo establecido, el debate doctrinal se centra en averiguar cuándo o en qué fase debe aplicarse la reeducación y la reinserción social, es decir, si debe ser o no en la fase de ejecución de la pena. Pues bien, la posición más acertada es aquella que entiende que debe ser en la fase de la ejecución de la pena, puesto que se cree que, a pesar de que se trata de un derecho que se predica de los privados de libertad, la pena se mide «por la gravedad del hecho culpable» y tiene «como fundamento la reinserción social y la reeducación» (163). En

(159) *Ibidem*, p. 133. Este autor entiende que sólo tiene cabida en el ámbito penitenciario y que «la resocialización penitenciaria se traduce en el ámbito judicial y legislativo en un mandato ineludible de disminuir la presencia de la pena de prisión en favor de otras modalidades de sanciones».

(160) BARATTA, A., «Criminología crítica y Derecho penal», ob. cit., pp. 43 ss.

(161) LUZÓN PEÑA, D., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, ob. cit., p. 56.

(162) Recordemos que ni la Constitución española ni la normativa penitenciaria establecen los métodos que se tienen que desarrollar en los Centros penitenciarios para que los reclusos puedan *reincorporarse* nuevamente en la sociedad con una aptitud distinta frente a los valores sociales.

(163) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, I., «Derechos fundamentales del condenado. ob. cit., pp. 219-220, entienden que la norma constitucional fija un criterio por el que, en determinadas circunstancias, debe regirse la fase de ejecución de las

esta misma línea, la doctrina mayoritaria considera que el objetivo resocializador afecta, exclusivamente, al ámbito de la ejecución de las penas.

Además, Córdoba Roda (164) indica que la norma constitucional puede interpretarse, de un lado, en el sentido de que la reeducación y la reinserción social es «la única y exclusiva» función de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, en cuyo caso y, como consecuencia negativa, no podría imponerse la pena privativa de libertad en todos aquellos supuestos en los que «habiéndose cometido el sujeto un delito conminado con una pena privativa de libertad, no esté aquél necesitado de reeducación y reinserción social». Por otro lado, con dicho precepto se da entrada «a un principio de humanización que proscribiera la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado», o «inspiradas en un simple fin de castigo». En consecuencia, si la reeducación y la reinserción social son criterios que han de tenerse en cuenta, exclusivamente, en la fase de ejecución de la pena, dichos criterios no podrán identificarse con la fundamentación de la pena (165).

A esta cuestión le sigue la pregunta de qué tipo de presos o qué tipo de delitos han de realizar la resocialización, pero ni la Ley ni el Reglamento penitenciarios distinguen los presos en función de los delitos cometidos. A la hora de preguntarnos por la reinserción de los delitos de terrorismo (166) y el tratamiento penitenciario hacia ellos,

penas, (pp. 222-223) y, COBO DEL ROSAL, M. y QUINTANAR DÍEZ, M., «Comentario al Artículo 25. Garantía penal», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, p. 140.

(164) CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución española de 1978», *Papers*, n.º 13, 1980, pp. 158 y 139.

(165) CARCEDO GONZÁLEZ, R.J. y REVIRIEGO PICÓN, F., (eds.), *Reinserción, derechos y tratamiento en los Centros penitenciarios*, Amarú, Salamanca, 2007, p. 82.

(166) Es la Convención de Ginebra de 16 de noviembre de 1987, la que configura el terrorismo como un delito independiente y lo define como los actos criminales contra el Estado y cuyo fin es la de provocar el terror contra personalidades determinadas, grupos de personas o en el público. A esta definición se le une la dada por GONZÁLEZ CURSSAC, J.L., «El derecho penal frente al terrorismo», *Lección Inaugural del curso Académico 2005/2006*, Universidad Jaime I de Castellón, Castellón, 2005, al indicar que son actos de violencia que constituyen delitos comunes con una finalidad de subvenir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente si se realizan en el seno de una organización o se cometan individualmente; KAISER, G., *Introducción a la Criminología*, trad. de J.L. Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988; MARTÍNEZ-CARDÓS, L., «El terrorismo: aproximación al concepto», *Actualidad Penal*, n.º 26, 1998, pp. 479 ss., el terrorismo es un modo de consecución del poder político y un modo de dominación política, basado precisamente en el terror.

es como la de cualquier otro recluso, la normativa penitenciaria nada establece sobre si deben o no tener tratamiento, lo que sí señala es un trato diferente (167). En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 2.^a de 30 de mayo de 1992, Fj. 2 argumentando que: «no puede conseguirse, o resulta muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien [...] se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución» (168).

Con independencia del término que se utilice de *reinserción*, *readaptación*, *resocialización*, etc., todos van encaminados a la consecución de la misma finalidad, suponen un cambio de actitud que pueda permitir vivir una vida sin delito.

Pero, en realidad, al no hacer distinciones no está evitando que se produzcan discriminaciones, sino que está obviando problemas específicos y nos está mostrando que el sistema penitenciario está construido por y para las necesidades de un modelo de sujeto que podríamos definir como «masculino y nacional» (169). Por último, aunque la normativa penitenciaria sólo habla de los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, en cuanto a la reeducación y reinserción, no quedan, por ello, excluidos los preventivos, puesto que al tratarse de un derecho fundamental, queda incluido cualquier preso. No obstante, atendiendo al artículo 5 de la LOG se deduce que no hay reeducación ni reinserción social para ellos puesto que prima la presunción de inocencia hasta que un Juez o Tribunal emite una sentencia condenatoria. En consecuencia, si aún no es culpable no se le puede aplicar un tratamiento rehabilitador,

(167) *Vid.* art. 72.6 de la LOGP. Este apartado fue introducido por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

(168) De modo similar se pronuncia la STS, Sala 2.^a, de 20 de octubre de 1994, Fj. 6.

(169) BODELÓN GONZÁLEZ, E., «Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal», en BERGALLI, R. y otros, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 458.

sin embargo, gozan de las mismas garantías, derechos y deberes que el resto de los presos (170).

Por consiguiente, es doctrina reiterada que las finalidades de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad impone el art. 25.2 de la CE tengan un alcance genérico que el legislador no ha de obviar al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento, lo mismo que ocurre con los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, y con los órganos de la Administración correspondientes. Pero no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, que, como argumento esencial y prioritario, se impone en virtud del artículo 15 de la CE que proscribire las penas o los tratos inhumanos y degradantes (171).

5. LA CÁRCEL, LUGAR DE REEDUCACIÓN PARA REINSERTARSE

5.1 La prisión como escuela de reeducación

Partiendo de la idea de que la resocialización supone adquirir pautas distintas a las del momento de cometer el delito, se trata de hacer desaparecer roles del exterior, como ya indicaba Bergalli, los roles laborales, familiares y sociales. La imagen del mundo exterior va distorsionándose (172). Y, continuando con la idea del objetivo resocializador, que sólo se persigue en el marco de respeto a la libre voluntad

(170) *Vid.* la STC 128/1995, de 26 de julio, que asienta doctrina sobre la prisión provisional.

(171) Asimismo, la SSTS 15 de febrero y de 18 de julio de 1996; Sala 2.^a de 30 de enero de 1998; Sala 2.^a de 28 de diciembre 1998; STC 112/1996, de 24 junio, indican que la orientación a la reinserción y reeducación no es la única finalidad de la pena y que aunque «este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda disociarse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora». En el mismo sentido, de generalización ya se pronunció CASABÓ RUÍZ, J.R., *Comentarios al código penal*, ob. cit., p. 8.

(172) PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, citado por GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., «El impacto carcelario», en BERGALLI, R. y otros, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 415.

del recluso y al libre desarrollo de su personalidad (173), se llega a la conclusión de que la prisión no encaja como modalidad penal dentro de la filosofía de un Estado social y democrático de Derecho, ni tan siquiera un enfoque resocializador preventivo ha resuelto las tensiones que origina la privación de libertad en un Estado que considera ésta como un elemento nuclear del desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas (174).

Matizando lo dicho, se afirma por un sector doctrinal –Baratta, García-Pablos o Bergalli, entre otros– que la prisión no resocializa, ya que éste es un concepto que no está completamente definido, incluso se recalca que la resocialización es un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo (175). En definitiva, la prisión da lugar a desarraigo y desvinculación de la sociedad no concibiéndose cuando existe una pena larga (176), al igual que en una pena corta. En cuanto a éstas últimas, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 120/2000, de 10 de mayo manifiesta que cabe la resocialización en las penas cortas, en contraposición con la anterior STC 19/1988, de 16 de febrero. Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo también entiende que no cabe la resocialización en las penas cortas (STS de 9 de noviembre de 1998, y de 28 de diciembre de 1998). Sin embargo, otros argumentan –Muñoz Conde– que, si se ha procedido a eliminar la pena de muerte y los trabajos forzados, también se pueden extinguir algunas de las penas de hoy día y plasmar otras que posiblemente llevarían a un mayor éxito de la reinserción. Concretamente señala que «como no tiene cabida la reinserción en la cárcel lo que se debe propugnar es la abolición de la cárcel» (177). En sentido similar se pronuncia García-Pablos (178), pretendiendo que no se llegue a la desocialización del recluso.

Frente a ellos, otro sector de la doctrina estima que es necesario que el tratamiento penitenciario vaya enfocado a la reeducación y reinser-

(173) Es el caso de MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», ob. cit., p. 95.

(174) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 139.

(175) MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», ob. cit., pp. 94 y 105.

(176) CULLEN, F.T. y GILBERT, K.E., *Reaffirming Rehabilitation*, 39.^a ed., Anderson, Publishing Co., Ohio, 1985, pp. 243 ss.

(177) MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», ob. cit., p. 106.

(178) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho penal», ob. cit., p. 95.

ción de los reclusos. Así pues, Mapelli (179), partidario de esta tesis, manifiesta que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución.

Por lo examinado, con la resocialización como finalidad, lo que se pretende es que el penado no sea un ser eliminado de la sociedad sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad (180). Frente a esto, nos encontramos con la tesis de aquellos que mantienen que no nos encontramos delante de un instrumento al servicio de la integración, sino que se trata de un reforzamiento de la persona para que integre sus propias pautas de conducta, es decir, movilizar los recursos comunitarios y a la misma sociedad (181). Se considera a «la reinserción social como un trabajo de doble componente; se trata de dar soportes técnicos y medios adecuados a la persona en conflicto y/o con dificultades, para conseguir afrontar su problema y superar su situación personal [...] Los esfuerzos de la persona a la que se pretende ayudar es una parte importante de la finalidad de la reinserción; la otra parte pertenece a la comunidad. Es decir, reinserción social también es movilizar los recursos comunitarios y a la misma sociedad [...]. Resulta más difícil conseguir la actitud positiva de los componentes de la comunidad que de la persona, y esto explica muchos fracasos» (182). En síntesis, la resocialización del preso está en decadencia y no debe comprenderse como la crisis de las posibilidades de modificar el sentido de la pena de prisión, sino que se trata únicamente de una sobreestimación errónea de los medios y las condiciones en que se desarrolla aquella (183).

(179) MAPELLI CAFFARENA, B., «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», ob. cit., p. 22.

(180) *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 148, 15 de septiembre de 1978, citado por REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la Jurisprudencia constitucional*, Universitat, Madrid, 2008, pp. 26-27.

(181) RENOM, A., «La reinserción social: un proceso necesario para el retorno a la comunidad», *Generalitat de Catalunya*, Presó i Comunitat, Caixa de Barcelona, 1988, pp. 298-299.

(182) MANZANOS BILBAO, C., «Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca», ob. cit., p. 120.

(183) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 59.

5.2 Incidencia de la reeducación en los derechos de los presos

Se parte de la premisa de que la reeducación se realiza con el objeto de que el recluso pueda reinsertarse en la sociedad, y se plasma en el tratamiento penitenciario. De otro lado, se reconoce a la cárcel como el único ámbito para reeducar y reinsertar a los presos (184). Atendiendo a la normativa penitenciaria, el tratamiento es voluntario, pero la reeducación y la reinsertación son derechos fundamentales. De ahí las discrepancias doctrinales en la consideración de si el tratamiento penitenciario debe ser voluntario o impuesto, asimismo se plantea que si el tratamiento debe ser individualizado, la reeducación debe fundamentarse bajo el mismo principio. En opinión de un sector doctrinal, –Mapelli Caffarena (185)– la identificación entre resocialización y humanitarismo hizo frecuentemente bajar la guardia en cuanto a las garantías jurídicas mínimas a observar en la ejecución de la pena, sirviendo de apoyo a intervenciones coactivas manipuladoras y, de otro lado, eran «fuertemente atentatorias de los derechos individuales [...] hasta a la práctica de experimentos con los internos, incluso sin pretensiones terapéuticas» (186).

En contraposición, se encuentra la teoría del derecho a no ser tratado o el derecho a ser diferente, que todo Estado social y democrático debe respetar (187). Pero hay un sector doctrinal, como De la Cuesta Arzamendi o Garrido, que habla de *desviados*, arguyendo que no deben ser reinsertados o reintegrados nuevamente en la sociedad. De este modo, se entiende que «la idea rehabilitadora constituye el medio más adecuado [...] para la ocultación de las contradicciones reales tras la desviación de índole individual», en opinión de De la Cuesta Arzamendi, conviene seguir propugnando el mantenimiento del ideal resocializador (188).

(184) Opinión, también, de GARCÍA-BORÉS ESPÍ, J., «Psicología Penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una intervención institucional», en GARCÍA RAMÍREZ, M., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Eudema, Sevilla, 1994, p. 223.

(185) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob. cit., p. 256; SÁNZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del s. XIX*, Edisofer, Madrid, 2003.

(186) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», ob. cit., p. 17

(187) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», ob. cit., p. 102.

(188) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El trabajo penitenciario resocializador*, ob. cit., p. 147; del mismo, «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», ob. cit., p. 12; GARRIDO, V. y REDONDO, S., «El tratamiento y la intervención en las prisiones», *Delincuencia*, vol. 3 n.º 13, Generalitat

Ahora bien, nos encontramos con las cárceles de máxima seguridad, destinadas a los delitos de terrorismo, significando por lo menos para un sector de las Instituciones carcelarias la renuncia explícita a objetivos de resocialización. Lo que supone que la cárcel siempre ha ejercido y continúa ejerciendo la función de depósito de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma (189). En estos casos, lo que se pretende no es resocializar sino neutralizar, desde este punto de vista la pena carcelaria no representa una oportunidad de reintegración en la sociedad, sino una prevención especial negativa. Pero, en definitiva, lo que importa no es la cárcel en sí sino los métodos a utilizar para reinsertar a los reclusos. En este sentido, una Institución penitenciaria de escasos recursos estructurales puede ser mejorada mediante la introducción de sistemáticos cambios ambientales que reformen su funcionamiento. Pudiendo ocurrir –y viene ocurriendo– que una prisión con una inadecuada estructura sea compensada con un elaborado nivel de organización, produciéndose un resultado de razonable eficacia de la institución en el logro de sus metas; y, al contrario, puede suceder –y viene sucediendo– que una prisión nueva, de extraordinaria estructura y medios, tenga un nivel de renovación organizativa muy bajo o nulo, produciéndose, consiguientemente, una escasa o nula eficacia institucional (190).

Por lo examinado, no faltan las discrepancias doctrinales de cómo debe llevarse a cabo la reeducación para que no suponga una vulnera-

Valenciana, Valencia, 1991, p. 293; BASAGLIA, F., *La mayoría marginada: (la ideología del control social)*, Laia, Barcelona, 1977.

(189) BARATTA, A., «Cárcel y Estado social. Por un concepto de "reintegración social" del condenado», trad. de M. Martínez, en OLIVAS CABANILLAS, E., (coord.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 137-139. Este autor considera que se comenten dos errores iguales y contrarios, en la teoría del castigo y/o de la neutralización (es decir, en la que se considera que la pena de cárcel no puede resocializar, sino únicamente neutralizar) se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la «falacia naturalista»: se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. Desde el punto de vida idealista, es decir, la pena de cárcel debe ser considerada, *pese a todo*, como lugar y medio de resocialización, se incurre en la «falacia idealista»: se introduce una norma contrafáctica que no puede ser realizada, una *norma imposible*. Opina que la alternativa entre estos dos polos es una falsa alternativa. Para el caso de los que se encuentran en aislamiento se ha afirmado por los JVP que «[...] los internos sometidos a este régimen de vida ni es posible que se reeduquen, ni que se resocialicen [...]»; AJVP n.º 1 de Valladolid de 18 de noviembre de 1999, citado por RÍOS MARTÍN, J.C. y CABRERA CABRERA, P.J., *Mirando el abismo. El régimen cerrado*, disponible en www.scribd.com, última consulta el 5 de febrero de 2010.

(190) REDONDO, S., *Evaluar e intervenir en las prisiones. Texto impreso: análisis de conducta aplicada*, PPU, Barcelona, 1992 pp. 60-61.

ción de los derechos fundamentales de los reclusos. Al hilo de estas cuestiones, si se afirma, de un lado, que la función de reeducación y reinserción social del recluso debe comprenderse como obligación de la Administración penitenciaria de ofrecer al recluso todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición a la misma de entorpecer dicha evolución, nunca, como esencia de la pena privativa de libertad (191), se deduce que las obligaciones siempre vulneran algún derecho, en este caso, el de la libertad de elección.

De otro lado, si tomamos en consideración lo subrayado por Kaufmann (192) cuando indica que más que la idea de que determinados grupos de delincuentes puedan someterse a un tratamiento especial, a un tratamiento socio-terapéutico, triunfa la idea de que se desarrolle una ejecución de la pena humanamente digna, que sea posible durante la detención vivir como hombre y no vegetar como un número. Se trata de que los reclusos sean preservados del daño que supone estar sometido durante un tiempo a la detención. Se trata, además, de atenuar gradualmente la ejecución y de compensar en lo posible las condiciones de vida de los presos en libertad, que no suceda como ocurre frecuentemente que la pena empieza con la liberación.

Finalmente, pero, no por último, se trata de imponer la pena sólo allí donde es incondicionalmente preciso, aprovecharse de las posibilidades de resocializar en libertad. Esta postura se fundamenta en la pena antes que en el recluso, lo que puede dar lugar a una vulneración de derechos. Concepto compartido por Mapelli al que denominará *resocialización penitenciaria*, afirma que si entendemos que la resocialización debe comprender también las actividades que buscan directamente la reincorporación social del delincuente, entonces resultará que en base a un juicio de peligrosidad futura se está justificando un exceso en la pena por encima de las exigencias de la prevención general, aun dentro del marco del tipo legal. Esta solución es insatisfactoria en un doble sentido, por una parte, porque favorece el trato desigual entre los ciudadanos y, por otra, porque nos obliga a justificar la idea de que la pena no es un perjuicio para el que la sufre sino un beneficio, frente a esto está la pena determinada por la prevención especial. Pero es la prevención general la que reclama una pena

(191) BAJO FERNÁNDEZ, M., en el prólogo de la obra de ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo Macías-Picavea, Derecho Reunidas, Madrid, 1979.

(192) KAUFFMAN, A., «Strafrecht und Strafvollzug» ob. cit., p. 50, citado por MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob. cit., pp. 100-101; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, ob. cit., p. 59.

justa y la resocialización penitenciaria, que materializa el principio de intervención mínima, los únicos criterios capaces de garantizar que el aparato sancionatorio del Estado no se exceda en sus funciones,

La cuestión a debatir es que la pena debe aplicarse con un trato humano, entendiendo que la resocialización no es el medio para solucionar los problemas de la pena privativa de libertad, por ello hay autores que abogan por la desaparición gradual de las prisiones, entre ellos Baratta, Muñoz Conde o Mathiesen. En consecuencia, autores como Mapelli (193) piensan que la pena de prisión está en absoluta contradicción con el espíritu y los principios que informan nuestra Constitución, argumenta que la prisión atenta contra la libertad y la igualdad, tratándose no sólo de derechos fundamentales sino de valores superiores del ordenamiento jurídico.

Interesa subrayar, por tanto, que hay que hacer menos dolorosa y perjudicial la vida en la cárcel, de forma más individualizada, en base al respeto de los derechos de los reclusos. El objetivo inmediato es una cárcel mejor, y menos cárcel (194), ya que ésta tiene también otros objetivos «[...] castigar, disuadir, excluir, que les aseguran su permanente supervivencia; la prisión es, en la práctica, el poder último que el Estado democrático ejerce sobre el ciudadano» (195). En síntesis, difícilmente se puede reinsertar en la sociedad a quien previamente se ha de aislar, quedando al margen de la realidad social adaptándose a la nueva realidad del universo de la prisión (196). Por consiguiente, un recluso por su estatus deviene limitado sus derechos fundamentales llegándose a afirmar que la concepción resocializadora de la prisión obliga a entender la ejecución en un proceso de recuperación social del penado, es decir, en un proceso de recuperación de los derechos fundamentales restringidos por la imposición de la pena (197).

(193) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, ob. cit., p. 137.

(194) BARATTA, A., «Cárcel y Estado social. Por un concepto de “reintegración social” del condenado», ob. cit., p. 140.

(195) MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Nueva Criminología, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 1978, p. 9.

(196) ARNÁNZ VILLALTA, E., *Cultura y prisión. Una experiencia y un proyecto de acción sociocultural penitenciaria*, Popular, Madrid, 1988, p. 10; BERGALLI, R., «Realidad social y cuestión penitenciaria (una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista)», *Doctrina Penal*, n.º 31, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 363-377.

(197) RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demócrates, Primera Ponencia «Sistema penal y penitenciario y derechos fundamentales de los reclusos», Bosch, Barcelona, 1994, p. 35, dice que «todos y

Críticamente, Manzanos (198) asevera que se trataría de separar para reparar, siendo el prefijo *re* el que define a cada caso para la finalidad y objetivo de las instituciones segregativas: reformar, resocializar, readaptar, reintegrar, reeducar, rehabilitar, etc., esto se trata de llevar a cabo en un proceso de aislamiento del entorno social cuyas principales características son: desocializador, desintegrador, desidentificador, producidos como resultado de las nuevas relaciones sociales que se generan en el seno de éstos. Suscribe que «la reinserción se concibe así como la última fase de un proceso de recuperación social de tipo educativo o curativo consistente en la acción intensiva en un problema del sujeto». Socialización es el proceso por medio del cual la persona aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio-culturales de su medio ambiente y lo integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir (199). En definitiva, una correcta ponderación de los

cada uno de sus derechos fundamentales (a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica, a la defensa, al trabajo remunerado, al respeto de su vida privada, al secreto de su correspondencia, etc.) se encuentran <devaluados> en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando se refieren a quienes viven en libertad». Aquí se ve claramente cómo se ha construido un ciudadano de *segunda categoría*, (pp. 47 y 127). Asimismo, considera que «el sistema utiliza la dinámica premio-castigo [...] no es una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social». Señala que el objetivo disciplinario del tratamiento es «organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector». Afirmar, en consecuencia, que «el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido de que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento».

(198) MANZANOS BILBAO, C., *Cárcel y marginación social. Contribución e investigación aplicada a la Sociedad Vasca*, ob. cit., pp. 58-59. En este mismo sentido, PEITEADO MARISCAL, P., *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, ob. cit., p. 69, cuando afirma que es uno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico prevé para que la ejecución de estas penas no sea desocializadora. Pero, no olvidemos que la pena no puede dar un giro copernicano transformando en bondad y solidaridad lo que no es más que una acción represiva del Estado, MAPELLI CAFFARENA, B., «Tendencias modernas en la legislación penitenciaria», VV.AA., *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 6 de diciembre de 1993 a 12 de marzo de 1994, p. 32.

(199) MANZANOS BILBAO, C., «Cárcel y marginación social», ob. cit., p. 89, citando a ROCHER, H., *Introducción a la sociología general*, ob. cit., pp. 53-54.

derechos fundamentales en el ámbito penitenciario obliga a ofrecer los métodos terapéuticos al recluso como algo diferente a la ejecución de la pena de prisión (200).

A efectos de la cuestión planteada, interesa ver que el principio resocializador impuesto en los Centros penitenciarios opera como modulador en cuanto a la posible limitación de derechos, ya que, al ser un mandato constitucional, impone la obligación de interpretar los derechos fundamentales de una manera más favorable a su integración futura en la sociedad, lo que supone una obligación difusa, pero en ningún caso una cláusula absolutamente abierta (201). En definitiva, lo que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico con respecto a los derechos fundamentales es la imposible limitación de los mismos por ser la base del sistema constitucional.

(200) MAPELLI CAFFARENA, B., «Sistema progresivo y tratamiento», en BUENO ARÚS, y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., 1989, p. 149.

(201) URÍAS MARTÍNEZ, J., «El valor constitucional del mandato de resocialización», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 63, 2001, p. 77.

El delito de negacionismo. Su problemática en el Perú

BERLY GUSTAVO CANO SUÁREZ

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Católica de Santa María. Arequipa-Perú

RESUMEN

El Derecho cuyo principal objeto es regular conductas en sociedad, en aras de mantener la paz y tranquilidad en un marco de respeto y defensa de la Constitución y de la legalidad, permite formular interrogantes tales como: ¿Se puede delimitar el pasado de un país y configurarse en una sola verdad histórica real y absoluta? ¿Puede producirse un conflicto jurídico entre la libertad de opinión y la aplicación vasta e imprecisa de una norma legal que sanciona el negacionismo referido a delitos de terrorismo u otros? ¿La estabilidad democrática se afectará con la dación y vigencia de normas en ese sentido promulgadas? ¿Cuál es el verdadero origen y alcances en la configuración normativa del tipo de negacionismo? ¿Existen medios alternativos alejados del instrumento penal para conservar la memoria histórica y de esa manera no desvirtuarla en aras de afectar intereses jurídicos? Las respuestas a tales interrogantes se tratan de pergeñar en este artículo.

Palabras clave: Negacionismo, democracia, historia, terrorismo, verdad, normativa.

ABSTRACT

The law whose main purpose is to regulate behavior in society in order to maintain peace and tranquility in a framework of respect and defend the Constitution and the law, can ask questions such as: Can you define a country's past and configured in one real and absolute historical truth? Can there be a legal conflict between freedom of opinion and the vast and vague application of a law which punishes the denial referred to terrorist offenses or other? Does it affect democratic stability with the enactment and enforcement of rules promulgated in that sense? What is the true origin and scope in the configuration rules such denial? Are there alternative means

away from criminal instrument to preserve historical memory and thus distort it in order not to affect legal interests? Answers to such questions is concoct in this article.

Keywords: *Negacionism, democracy, history, terrorism, true, law, rules.*

SUMARIO: I. Introducción. 1. Lineamientos históricos generales que marcan la génesis del delito de negacionismo en el área internacional. 2. Deslinde conceptual de negacionismo, antinegacionismo y revisionismo histórico. 3. Una mirada a la realidad peruana. Proyecto de ley del Negacionismo. 3.1. Estructura típica del delito de negación del terrorismo. 3.2. Entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar cualquiera de los cuatro fines taxativamente propuestos por la norma. 3.3. Derecho fundamental: libertad de expresión y opinión. 3.4. Del análisis y crítica al proyecto de ley de Negacionismo de delitos de terrorismo. 3.5. De la vía alternativa referida a otros medios extrapenales. 4. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

1. **Lineamientos históricos generales que marcan la génesis del delito de negacionismo en el área internacional**

El mentado delito nació dentro de una corriente del pensamiento pseudohistórico que propendió a reinterpretar los hechos acaecidos en un determinado espacio-tiempo. Es así que el término negacionismo o «négationnisme», éste último en francés, fue acuñado por Henry Rousso en su obra *The Vichy Syndrome* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), vocablo que cobró paulatinamente importancia por el interés de tutelar bienes jurídicos que se indica han de ser amparados por el Derecho Penal (1), buscando reprimir conductas negacionistas que asumen determinados individuos que no vacilan en desarrollar denodados esfuerzos para cambiar deliberadamente el curso de la historia, minimizando, negando o haciendo caso omiso de hechos criminales innegables que han afectado gravemente a la sociedad y al Estado y de esa forma, obtener una reescritura de la historia,

(1) Según Koenraad Elst, el negacionismo significa la negación histórica de los crímenes de lesa humanidad. No se trata de una reinterpretación de los hechos conocidos, sino la negación de los hechos conocidos. El término negacionismo ha ganado popularidad como el nombre de un movimiento que niega un crimen de lesa humanidad: el genocidio nazi de los Judíos en 1941-45, también conocido como el holocausto (griego: sacrificio de fuego) o la Shoah (hebreo: catástrofe). El negacionismo es mayoritariamente identificado con el esfuerzo de re-escribir la historia de tal manera que el hecho del Holocausto se omita.

negando lo innegable y auspicando se repitan nefastos sucesos similares a los acaecidos históricamente y que tratan, con intención y voluntad, de ser negados.

Verificamos la aparición del negacionismo con ocasión del holocausto acaecido en la época de la segunda guerra mundial y que marcó un hito importante en la historia, registrándose crímenes de lesa humanidad perpetrados con insania por quienes liderando un país, Alemania, e imbuidos en la histeria de un nazismo hitleriano recalcitrante, incurrieron en un genocidio. Tal situación real y repugnante generó la aparición posterior de personas que en ese y otros países, bajo la perspectiva de justificar lo que no tenía posibilidad de descargo alguno, asumieron el rol de reinterpretar los hechos acaecidos en Europa entre los años 1941 y 1945, acatando la doctrina según la cual el genocidio practicado en agravio de los judíos no existió, sino que fue producto del mito, de la fabulación o del fraude (2).

En general, la tesis de tal reinterpretación propendió seriamente a cuestionar o negar el asesinato en masa del cual fue víctima el pueblo judío y otras minorías bajo el Tercer Reich y los países ocupados por éste entre 1933 y 1945 y que marcó internacionalmente la aparición del delito de genocidio, genticidio o genixicidio.

El eje común de esta corriente se plasmó en el rechazo de hechos históricos comprobados, tales como que el régimen nazi tuvo y desarrolló un plan deliberado de exterminar a los judíos o a otros grupos étnicos, muriendo millones de ellos apelándose a dispositivos funcionales para su desaparición masiva, tales como las cámaras de gas, cámaras incineradoras y otros que se ubicaban en los llamados campos de exterminio.

Se verifica que en el negacionismo, se identifican dos posturas en función del grado en que se nieguen hechos históricos vinculados con el llamado holocausto; una que indica es totalmente falso se hubiere producido un asesinato masivo y por consecuencia, califica de falaces las expresiones que señalan estuvo probado la existencia de cámaras de gas y otros elementos de procurar muerte masiva y cruel y la otra, que no niega en sí el genocidio ni los instrumentos utilizados para tal fin, sino que rescata la inocencia e irresponsabilidad de Hitler, asegurándose no tuvo él conocimiento sobre las ejecuciones acometidas en masa; connotando que fue el escritor británico David Irving quien enarboló tal tesis (3) aseverando de manera contundente que: «Hitler

(2) Artículo sobre la negación del Holocausto. Un problema de metodología histórica.

(3) Irving, David, *Hitler's War (La Guerra de Hitler)*, *passim* (hay edición on line en www.fpp.co.uk/books/Hitler/2001/HW_Web_dl.pdf)

fue víctima de sus subordinados», «fue víctima de las circunstancias», «no se le puede imputar responsabilidad sobre hechos que él desconocía», o «escapaba de su marco de actuación». «El Holocausto sería un mito creado inicialmente por los Aliados para satanizar a los alemanes. Los judíos habrían difundido este mito como parte de un complot con la intención de permitir la creación de un hogar nacional judío en Palestina y para continuar apoyando actualmente al Estado de Israel». «Adolf Hitler y el nazismo serían inocentes, al menos, del crimen de genocidio contra el pueblo judío» (4).

El nombrado escritor expresó tales ideas en muchas entrevistas y publicaciones incluso por medio de la prensa escrita y televisiva, sobre todo en países en los que aún no se había positivamente tipificados en sus ordenamientos legales el delito de genocidio y menos aún el de negacionismo. Estando al sinnúmero de activas expresiones públicas vertidas por Irving negando autoría a Hitler y a su comando central por la matanza de judíos en el marco de la Segunda Guerra Mundial, fue condenado en Austria a la pena de prisión por un año el año 1989 (5), calificando su arresto y proceso penal como una vulneración a su libertad de expresión y opinión.

En las páginas de la historia, no se puede dejar de mencionar el caso de la pertinaz negación del genocidio armenio que significó una refutación de los acontecimientos ocurridos en el Imperio Otomano después del 24 de abril de 1915 y los efectos de la Ley Tehcir de mayo

(4) De acuerdo al Proyecto Nizkor, los negacionistas políticamente motivados utilizan técnicas para respaldar sus argumentos que no siempre se perciben para los no especialistas. Nizkor Project (que significa «recordaremos»), ha recopilado la colección más grande de materiales relacionados con el Holocausto que se puede encontrar en Internet –literalmente miles de documentos–. Su objetivo es ofrecer una refutación punto por punto de los materiales de la negación del Holocausto de sitios web revisionistas y antisemitas. Robert L. Hilliard y Michael C. Keith. *Waves of Racism: tuning in the radical right*, Me Sharpe, 1999, p. 250.

(5) Caso Irving: En 1998, el más conocido de los negacionistas del Holocausto, David Irving denunció a la investigadora norteamericana Deborah Lipstadt y la Editorial Penguin por incluirle en su libro «Negando el Holocausto» Irving se sirvió de la legislación británica para poner una denuncia por difamación. Lipstadt le acusaba en su libro de dar informaciones tendenciosas y le definía «como uno de los más peligrosos negacionistas». El objetivo de David Irving era silenciar las críticas y dar amplia publicidad a sus puntos de vista a través del juicio. Los negacionistas suelen recurrir a la libertad de expresión con el fin de difundir sus ideas como igualmente legítimas que las de otros. Gracias al trabajo de Lipstadt y otros historiadores, la denuncia de Irving fue rechazada. En noviembre de 2005 fue arrestado en Austria cuando se disponía a dar una conferencia a un grupo de estudiantes de ultraderecha. Fue acusado de negar la existencia de las cámaras de gas en Auschwitz en un discurso y en una entrevista concedida en 1989. Pasó un año en prisión. Fuente: Jones, Adam. *Genocidio, Una Introducción Comprensible: Routledge, 2006.*

de 1915 que generaron un genocidio organizado por el Estado contra la población armenia del mentado imperio.

Se rememora que los gobernantes de la República de Turquía negaron persistentemente que las autoridades otomanas intentaran siquiera eliminar al pueblo armenio y si bien admitieron que muchos componentes de ese pueblo fallecieron en la Primera Guerra Mundial, se sostuvo que al igual que aquéllos, murieron por igual turcos, generándose sendas y recíprocas masacres entre los protagonistas del conflicto y bajo el calor de una violencia inter-étnica y el clima conflictual que produjo la señalada guerra mundial.

Francia reconoció no sólo la realidad del genocidio armenio, sino que además, se manifestó contundente y diáfana en contra del negacionismo que empezó a cundir sobre tales hechos, arguyendo eran equívocos cuando se acreditó que eran inequívocos. Se promulga en Francia la ley de negacionismo en la circunstancia temporal que el líder de su Frente Nacional, Jean-Marie Le Pen fuese condenado en 1997 y en otras varias ocasiones por delitos de complicidad en el delito de apología de crímenes de guerra y contra la humanidad y en razón de haber emitido elogios a las posturas antisemitas y a los procedimientos empleados en su pragmatización, rememorándose cuando aquél al hacer mención a las cámaras de gas, expuso que simplemente constituyeron un «detalle de la historia» (6).

España en su Código Penal de 1995 (7) previó en el artículo 607º la tipificación del delito de genocidio, comprendiendo la punición a la conducta que importase la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, fijando una pena de prisión menor de uno a dos años. Tal previsión legal en amplitud de su comprensión fáctica abarcó toda clase de acciones que tuvieran como objeto realizar actos genocidas, siendo que la amenaza de sanción a la conducta de negar la realidad producida de tales actos mereció un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que al pronunciarse sobre el término «nieguen», estimó que tal calificación delictiva devenía en inconstitucional, lo que ocurrió el año 2007 (8). Dicho pronunciamiento se sustentó en que la previsión

(6) Condenan a Le Pen por apología del nazismo, *20 minutos*, 8 de febrero de 2008.

(7) Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.12t24.html#a607 (Abril, 2012).

(8) Declarada inconstitucional y nula la inclusión del expresión *nieguen o* por Sentencia n.º 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, del Tribunal Constitucional.

penal legal de sancionar el negacionismo vulneraba el derecho a la libertad de expresión (9).

Sin embargo, ello no ha impedido que España sancione los actos antinegacionistas al haberse adherido a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, relativa a «la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal (10).

Estados Unidos pese a ser el país en el que se creó y funciona el Institute for Historical Review (Instituto para la Revisión Histórica) que es considerado como la principal organización negacionista del mundo, adopta una postura de no criminalizar el negacionismo y por ende, estima que las disposiciones emitidas por el Consejo de Europa no son compatibles con su ordenamiento constitucional rechazando la suscripción internacional de protocolos.

Se verifica, por ende, una notoria ausencia de uniformidad en el contexto internacional sobre si debe ser o no punible el negacionismo, debiendo sí precisar que en aquéllos Estados que lo consideran legalmente como delito, consideran como conducta que ingresan en el tipo

(«BOE» n.º 295. Suplemento, de 10 de diciembre de 2007). Disponible en: <http://bcn.cl/cs7q> (Abril, 2012).

(9) Cooper, Norma, en Revista del Medio Oriente. «La libertad de prensa frente al negacionismo del Holocausto: España, El Mundo y David Irving». Disponible en: <http://bcn.cl/cs81> (Abril, 2012).

(10) En Alemania negar el holocausto es delito y esta filosofía es la que muy recientemente el partido UPyD quiere trasladar al ordenamiento jurídico español, lo que discutirá el Parlamento a través de una proposición no de ley del grupo que dirige Rosa Díez. Se trata de castigar el negacionismo ya sea sobre «los crímenes de ETA o sobre los del franquismo», explican en UPyD. Sus autores no ocultan su preocupación ante el intento «de la izquierda abertzale de negar la existencia de los crímenes y, por ende, de la propia democracia en España». Este grupo considera que no es excusa la apelación a la libertad de expresión que aunque esta supone un eje central en los regímenes democráticos modernos con la consideración de derecho fundamental, este «no puede suponer un derecho absoluto, sino que debe someterse a ciertos límites». El debate lo va a propiciar UPyD y tendrá apoyo aunque el resultado aún es incierto. Este grupo quiere que se cree un delito para el negacionismo a fin de evitar que «se reinterpreten los crímenes tanto de ETA como del franquismo» y, además, que se castiguen «las conductas lesivas para la convivencia en una sociedad democrática». Negar la existencia de crímenes supone «un comportamiento execrable» que debe ser castigado. Para UPyD, un «ejemplo paradigmático» de este fenómeno es la negación del holocausto nacionalsocialista, que defiende la no existencia del genocidio practicado por la Alemania nazi contra los judíos y los gitanos. Artículo: *El Congreso debatirá que sea delito negar los crímenes de ETA y del Franquismo*. Artículo de Anabel Díez, publicado en el Diario «El País», Madrid, España (24/06/2013). Esto es un hecho realmente descabellado, que no se puede permitir porque pondría en peligro la seguridad y tranquilidad del País Vasco, es la opinión que fluye de los órganos de prensa consultados.

la ridiculización u ofensa a las víctimas de delitos de lesa humanidad, la difamación de la memoria de los muertos, la incitación popular, instigación al odio racial, negación de asesinatos colectivos en el cuadro del genocidio y del terrorismo, como la negación puntual del exterminio judío (11).

2. Deslinde conceptual de negacionismo, antinegacionismo y revisionismo histórico

Negacionismo es un término empleado para describir un fenómeno cultural, político y jurídico que se manifiesta en comportamientos y discursos que tienen en común la negación, al menos parcial, de la realidad de los hechos históricos percibidos por la mayor parte de la gente y que se valoran como actos que encierran una máxima injusticia y por tanto, son objeto de procesos de elaboración científica y/o judicial para la determinación de las responsabilidades que se derivan de ellos y de la aplicación de sus consecuencias con criterio de proporcionalidad y legalidad (12).

El negacionismo es pues una distorsión ilegítima del registro histórico de tal manera que ciertos eventos aparezcan de forma más favorable o incluso, desfavorable (13).

En cambio, el revisionismo histórico se ocupa de la corrección legítima del conocimiento existente sobre eventos ciertos y comprobados acaecidos en el tiempo pasado y supone un intento de crítica a los dogmas establecidos, que de modo alguno puede ser conceptual

(11) La Jornada, 21 de febrero de 2006.

(12) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Christian Fintersbusch. Asesoría Técnica Parlamentaria.

(13) Berger, Ronald J. *Fathoming the Holocaust: A Social Problems Approach*. Aldine de Gruyter. Nueva York, p. 154 «Las dos exposiciones críticas más importantes de negacionismo del Holocausto en los Estados Unidos fueron escritas por historiadores Deborah Lipstadt (1993), Michael Shermer y Alex Grobman (2000). Estos académicos hacen una distinción entre revisionismo histórico y negacionismo. Desde su perspectiva, el revisionismo conlleva un refinamiento del conocimiento existente sobre un evento histórico, no una negación del evento en sí, que viene por medio del análisis de nueva evidencia empírica o una reexaminación o reinterpretación de la evidencia existente. El revisionismo histórico legítimo reconoce un "cierto cuerpo de evidencia irrefutable" o una "convergencia de evidencia" que sugiere que un evento —como la plaga negra, la esclavitud norteamericana o el Holocausto— en realidad ocurrió (Lipstadt 1993:21; Shermer & Grobman 200:34). Por otro lado, la negación rechaza todos los cimientos de la evidencia histórica.»

como una forma de negacionismo que busque refutar la realidad de hechos no sólo reconocidos sino fatalmente acreditados (14).

El antinegacionismo se le entiende como una conjunción de ideas y prácticas que niegan toda actitud y actividad de justificación moral y/o legal del negacionismo y una postura de combatir la negación de delitos de lesa humanidad y con especificidad del genocidio, invocando se erija internacionalmente un consenso plasmado en cuerpos mundiales de carácter penal que tipifiquen como delito la conducta mentada de negar la realidad de tales ilícitos, debiendo la represión penal en ser el medio eficiente y eficaz que permita la ejecución de una preciada acción política que administre con énfasis y justicia un continente vasto de acciones de prevención (15).

3. Una mirada a la realidad peruana. Proyecto de ley del Negacionismo

Como producto del paso inexorable del tiempo, de intentos de lograr un reconocimiento oficial como partido político de una agrupación conformada por integrantes y ex integrantes cuanto de simpatizantes y de seguidores ideológicos de organizaciones que mediante acciones de terrorismo asolaron el país y bajo el lema de que dicho delito, aunque la Constitución Nacional lo niegue expresamente y la realidad lo confirme, es un ilícito político social, de una peculiar coyuntura socio política nacional en la que la ausencia de partidos debidamente organizados y coherentemente cohesionados es su nota distintiva es que ha nacido un Proyecto de ley sobre negacionismo que ha sido presentado por el Poder Ejecutivo el 28 de agosto de 2012 ante el Congreso de la República, siendo que en esta institución, uno de sus miembros, Omar Chegade ha destacado la iniciativa y el trabajo desplegado en torno al proyecto alcanzado, señalando que si el delito de negacionismo sólo se limitara en sancionar la acción de negar, justificar, minimizar o aceptar el terrorismo, se trataría de un exceso probablemente violatorio de los derechos fundamentales; pero como en el texto sustitutorio se ha especificado que se sancionarán a quienes nieguen los delitos de terrorismo acontecidos y juzgados en la historia peruana con la finalidad de seguir promoviéndolos o hacer apología

(14) Fort, Jeff; Derrida, Jacques; Roudinesco, Elisabeth (2004). *For what tomorrow--: a dialogue*. Stanford, Calif: Stanford University Press, p. 204.

(15) Luther, Jorge. «El antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada». Disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm#tres> (Abril, 2012).

y/o utilicen tal acción como medio para adoctrinar con fines terroristas, sí es totalmente justificable y respetuoso de los derechos, erigir como delito tal proceder (16).

Las motivaciones del proyecto de ley, incluso desarrolladas por la prensa que la tildan como un recurso ante la pretensión de grupos de marcada identificación con organizaciones terroristas como lo son el MOVAREDEF y el CONARE que han ingresado a acciones de reclutamiento y adoctrinamiento en universidades y que bajo las conocidas y huecas proclamas de lograr una justa distribución de la riqueza y una igualdad plena entre quienes son desiguales, han sido y continúan siendo criticadas en diferentes sectores como una suerte de ideología encubierta que procura violentar derechos humanos; señalándose que la política adecuada no se halla en criminalizar más conductas en una política ya emprendida de ampliar extensivamente las normas del Código Penal bajo el espejismo que ello importa una solución, sino es la de permitir legalmente que tales grupos se constituyan en partidos políticos y de esa manera y ante la probabilidad no merezcan la adhesión y por el contrario el repudio de un pueblo que recusa la ideología en que se sustentaron los grupos de Sendero Luminoso, Túpac Amará, Apu Llacta y otros de los que tales grupos son sus «brazos», fenezcan no por la amenaza de una pena sino por la sentencia popular de una sociedad que anhela vivir en paz.

El presidente de la Comisión de Constitución, D. Santiago Gastañadui, ha señalado que son proporcionales y equitativas las penas conminadas para quienes incurran en el negacionismo y que son de privación de libertad con un mínimo de cuatro y un máximo de ocho años, puntualizando que para la configuración del tipo de injusto no sólo se debe negar un hecho terrorista que haya merecido condena judicial firme, sino que mediante esa negación se procure promover actos del mismo tipo y/o contribuir a ello vía el adiestramiento, descartando que la tipificación pueda significar un peligro para la libertad de prensa, pues la opinión periodística en sí no representa un acto de negacionismo.

El parecer de otros legisladores adversa a la criminalización se sustenta en que el proyecto adolece de vacíos y defectos y que en todo caso, el delito de negacionismo surgió para prevenir los crímenes de lesa humanidad, sin embargo, en el Perú lo que se está buscando es afrontar a la parte subversiva que no es política, pretendiéndose convertir al juez en un historiador a quien se le ha de confiar la delicada

(16) Artículo periodístico publicado en «El Comercio», Lima, Perú. 12 de diciembre del 2012.

labor de analizar el valor histórico de los hechos, desnaturalizando su esencia de función.

3.1 ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE NEGACIÓN DEL TERRORISMO

El proyectado artículo 316-A, a incluirse en el Código Penal establece: «Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años el que públicamente apruebe, justifique, niegue o minimice los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas, previstos en el artículo 2.º del Decreto Ley N°25475 y establecidos en una sentencia judicial firme, de modo tal, que el contenido de esas expresiones resulte idóneo y suficiente para cualquiera de los siguientes fines: *a)* Menospreciar, hostilizar u ofender gravemente a un colectivo social, *b)* Enaltecer a los responsables de dichos delitos. *c)* Propiciar o estimular la violencia terrorista. *d)* Sirva como medio para adoctrinar con fines terroristas.»

Se sustenta en cuatro verbos rectores: *Negar*: que es la conducta más evidente para alterar las condiciones mínimas de tranquilidad pública, pues refuta frontalmente la verdad histórica innegable; *Aprobar* que es la expresa calificación de un hecho como bueno o correcto; *Justificar*: tratar de probar contundentemente y *Minimizar*, esto es, restarle intencionalmente importancia a actos terroristas inconcusamente acreditados. (17)

Se justifica en que es indispensable proteger como interés jurídico esencial las condiciones de una deseable tranquilidad pública, pues a través de la negación sobre la existencia real de la comisión de execrables delitos; llámense terrorismo, tortura, desaparición forzada y otros que producidos en una época de convulsión y conflicto interno cruento, cuya vigencia sobrepasó las dos últimas décadas entre los años ochenta y noventa, se está apuntando a deformar dolosamente el curso histórico de determinados hechos innegables para la ciudadanía, producir una suerte de amnesia y propender a la adopción de acciones similares y más sofisticadas destinadas a crear zozobra en la población.

En nuestro país, el consenso general es que debe quedar interiorizada nuestra realidad histórica, plasmada y vívida en nuestro acervo cultural y por lo mismo, se señala que la descripción típica no es constrictiva en el plano de tipicidad objetiva a criminalizar *per se* las acciones de negar, aprobar, justificar, minimizar, sino que condiciona que tales se ejecuten en forma pública y que tengan orientación activa de corte lesivo, como medios idóneos para ofender o deshonorar un colec-

(17) Proyecto de Ley núm. 1464/2012.PE. P. 7

tivo social, auspiciar el retorno de acciones de violencia y generar la sucesión de más y nuevas víctimas de hechos terroristas.

Se ha requerido identificar cuál es, en concreto, el bien jurídico amparado en el delito proyectado, pues el sostener como lo hace el que postula la sanción de la ley, que es proteger particularizadamente a las víctimas del terrorismo o a sus familiares, ciertamente estaría dejando puerta abierta para hacer una interpretación extensiva de la norma con el grave riesgo que ello conlleva a la libertad individual (18).

Presupuesto fundamental para la configuración del delito de negacionismo según el proyecto de ley en cuestión es el hecho se realice públicamente, esto es, que no tenga un destinatario particularizado, excluyendo del ámbito penal las conversaciones privadas o simples comentarios sin alcance o repercusión pública, respetando de esa forma el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en torno a la apología del terrorismo y que se plasmó en su sentencia recaída en el Exp. núm. 010-2002-AI/TC de 3 de enero del año 2003, párrafo 88. (19)

De cara a los cuestionamientos de índole constitucional relacionados específicamente al conflicto con el derecho fundamental traducido en la libertad de expresión y opinión, resulta particularmente relevante para la propuesta normativa el que en ésta se haya incorporado como elemento de tipo un propósito ulterior conocido en la doctrina como elemento de tendencia interna trascendente, que deben asumir las conductas de negar, justificar o minimizar los actos terroristas, por lo que no se limita a un sancionarlas aisladamente, sino se requiere que dichas conductas pongan en peligro intereses colectivos.

Se exige que el contenido de las expresiones vertidas por el agente del delito tengan la entidad lesiva idónea y suficiente para alcanzar cualquiera de los cuatro fines que taxativamente propone en la norma. Es importante señalar que se deja un margen para la interpretación valorativa que es congruente con el principio de legalidad y con el mandato de determinación.

A este respecto, el análisis de forma nos lleva al jurista peruano García Toma quien califica a la norma de controversial porque claramente está abierto al amplio marco de interpretación que de ella pueda hacer el juez. Una de las interpretaciones que a modo de ejemplo

(18) Por su parte, el profesor y abogado penalista Roger Yon concluyó que el proyecto de ley del negacionismo no es necesario, porque el bien jurídico que protege no es correcto: «se pretende proteger a los muertos (víctimas) del terrorismo, y eso es absurdo».

(19) STC recaída en el Exp. núm. 010-2002-AI/TC del 3 de enero de 2003, párrafo 88.

señala: «no solo debe exponerse públicamente el «Viva el presidente Gonzalo», sino que también debe haber una incitación a la violencia con el «llamado a la lucha armada». O, por el contrario, otro juez puede interpretar a la ley conque basta que se cumpla uno de los requisitos y que se haga de manera pública para imponer esta especial sanción».

3.2 ENTIDAD LESIVA IDÓNEA Y SUFICIENTE PARA ALCANZAR CUALQUIERA DE LOS CUATRO FINES TAXATIVAMENTE PROPUESTOS POR LA NORMA

Es determinante el *animus* en el accionar de la persona que puede ser sujeto activo en la comisión del delito, siendo sólo es dable su configuración a título de dolo, esto es, de conciencia y voluntad de realizar el tipo penal, lo que importa que el tipo debe revestir una peculiar aptitud lesiva, perturbadora y desestabilizadora de la tranquilidad pública, lo que limita las conductas que conforman el negacionismo del terrorismo y que permite excluir otras, que aunque jurídicamente inaceptables, carecen de idoneidad para alterar el orden social.

El sustrato ideológico, fundamentalista y extremista que subyace en la violencia terrorista y que es la ratio de la norma en proyecto, le asigna un componente gravitante que por tratarse de un tipo de particular y repudiado de práctica violenta (20), marca un amplio apoyo popular para su aprobación.

3.3 DERECHO FUNDAMENTAL: LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN

El tipo penal de negacionismo de delitos terroristas, al estar redactado en términos lingüísticos amplios y según el Informe de la Human Rights Watch's Americas Division (HRW), a cargo del Dr. José Miguel Vivanco ha señalado que: «La mejor manera de contrarrestar expresiones objetables es refutándolas con argumentos y no a través de la censura». El lenguaje poco preciso, atenta contra la libertad de expresión» (21).

(20) Proyecto de Ley de negacionismo del terrorismo. Pp. 8 y 9.

(21) Además, señaló que «podría inhibir expresiones legítimas, tales como criticar una sentencia judicial relativa a actos terroristas o publicar una entrevista a personas condenadas por terrorismo». La organización de derechos humanos recordó su postura acerca de que «todas las leyes que tipifican el "negacionismo", independientemente de las religiones o minorías que procuran proteger tales normas, implican una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de expresión». «Las prohibiciones draconianas pueden convertir a los fanáticos en mártires, generando incluso un

Resulta oportuno efectuar una delimitación y precisión exacta sobre si con la dación de esta nueva norma del delito de negacionismo del terrorismo se afecta o vulnera de manera directa o indirecta a la libertad de expresión, que es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política Peruana y refrendado con jurisprudencia iterada y vinculante del Tribunal Constitucional.

Es así que en cuanto a los errores de fondo que se alega presenta el proyecto y particularizadamente el referido a la «libertad de expresión», es imperioso recordar que como todo derecho que no respecta específicamente a la vida e integridad sicofísica, sí puede registrar límites como lo ha indicado el propio Tribunal Constitucional (22). Se trata de una ponderación de intereses entre la protección de la libertad de expresión y el reconocimiento de un derecho colectivo a desarrollarse en un ámbito de paz pública; pudiéndose aseverar que la libertad de expresión es un derecho que encierra un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico y que en el actual, debe priorizarse la paz pública.

El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el numeral 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no considera violatorio sancionar conductas dolosas dirigidas a incitar violencia o la comisión de delitos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto y sus restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática (23).

Por lo tanto, no es admisible que en un Estado aunque sea democrático se toleren mensajes que atentan contra la tranquilidad pública pues se dirigen a teñir de legalidad hechos pasados marcada, legal y

interés mayor para atraer adeptos a estos grupos», alertó. *José Miguel Vivanco Director de la Human Rights Watch (HRW)*.

(22) [...] por tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

(23) Fundamento núm. 7. Acuerdo plenario núm. 3-2006/CJ-116 Concordancia Jurisprudencial Art. 116° TUO LOPJ Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.

éticamente declarados por el Poder Judicial como graves delitos de terrorismo.

Hoy está fuera de discusión que los mensajes que transmiten los miembros del MOVADef son de odio a las instituciones públicas y alabanzas a Sendero Luminoso (24), por ello y en aplicación de la ley de Partidos, el Jurado Nacional de Elecciones negó la inscripción de este grupo para constituirse como partido político, lo que ha acentuado el proceder de esa asociación de personas para adoptar una postura radical de corte negacionista frente al fenómeno terrorista por el que se juzgó y condenó a personas que destruyeron vidas y patrimonios de sus connacionales en un demencial proceder.

El indicar que resulta injusto se pretenda limitar la presencia de un grupo político que aunque extremista y diferente debe ser por fuerza aceptado en un país como el Perú en el que su legislación abre las puertas a grupos con ideas diferentes o incluso abiertamente contrarias a la democracia, incurriendo en un defecto que es la propia virtud de la democracia, constituye una posición que reviste de logicidad y de razón, pero no con un carácter absoluto, pues asimismo ha de valorarse que el Estado aún en aires de democracia participativa plena, no puede pecar en ingenuidad pues siendo garante de los derechos fundamentales de los que viven en la Patria, está obligado a reaccionar ante embates de un resurgimiento del terrorismo que fija como punto de partida mensajes de justificación al fenómeno terrorista, siendo que el propio proyecto de ley señala: «la sociedad peruana no puede tolerar los mensajes de loas, enaltecimientos y fanatismo al terrorismo porque ésta sufrió las crueldades de los años de la guerra interna, iniciada por Sendero Luminoso» (25).

El Poder Ejecutivo Nacional a través de su primer ministro ha señalado que el proyecto no afecta la libertad de expresión sino todo lo contrario, procura «que exista una libertad de expresión plena», que tal proyecto lo que busca es proteger a víctimas del terrorismo, señalando: «Vemos cómo día a día estos personajes que por ahí siempre circulan, tienen expresiones que son francamente lamentables, sobre la destrucción, el odio y la muerte que sembró el terrorismo en el país» (26).

(24) Artículo publicado en el Diario «El Comercio». Lima, Perú. Cecilia Castillo Cieza. También en <http://red.pucp.edu.pe/ridei/files/2012/12/Ensayo-conversatorio-PD1-Cecilia-Castillo.pdf>.

(25) *Ibidem*.

(26) El «Comercio». Perú. «PCM: Ley del Negacionismo es necesaria para luchar contra terrorismo». 17 de enero de 2013.

Es de apreciarse que el comentado proyecto de ley reviste gran importancia, por sus implicancias, legales y sociales, es de incidir que el mismo merece especial atención en su tratamiento, en el que no puede descuidarse encarar los antecedentes históricos y culturales del pueblo peruano y su problemática real derivada de un caos que duró más de veinte años en el que la violencia, el terror, el caos, el desorden y la muerte fueron sus notas caracterizantes.

No es suficiente una norma que erija como delito al negacionismo, pues es indispensable que ese execrable hecho sólo podrá ser eficazmente erradicado en la medida que apelando a la racionalidad y sobre todo a la educación, aseguremos un formación de los que pueblan el Perú que internalice en cada quien la cultura e historia que son parte de su identidad y cultura.

3.4 DEL ANÁLISIS Y CRÍTICA AL PROYECTO DE LEY DE NEGACIONISMO DE DELITOS DE TERRORISMO

La exposición de motivos del Proyecto de Ley de negacionismo tiene por finalidad evitar la «deformación dolosa de la verdad histórica»; sin embargo, esta concepción parte de un paradigma errado de lo que significa la verdad, pues no existe una llamada verdad histórica como tal, o en todo caso, una única versión de esta verdad. Lo que existen son versiones de los mismos acontecimientos y, por tanto, una variedad de relatos que interpretan hechos; siendo así la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) calificó su informe final como un «relato perfectible» admitiendo que su labor se sustentó en recepción de narraciones o relatos aparentemente fidedignos que no permitirían asegurar el encuentro de una «verdad histórica» (27) que podría ser mantenida inmaculada ante cualquier revisión posterior.

De allí la crítica esencial del proyecto, al basarse en sancionar la negación de la verdad, pero ¿cuál es tal verdad?; y, en todo caso, ¿a quién compete consagrarla como dogma?; por ello, debe entenderse que el delito de negacionismo busca defender no una verdad, sino a la sociedad de delitos de terrorismo y de la inestabilidad democrática, resultando un yerro del proyecto en una clara descontextualización, deliberada o no, que se proclame sancionar a quien niegue abiertamente la verdad histórica sobre nuestro pasado y que, considerando los altos índices de corrupción

(27) «Verdad» es un relato perfectible. El relato de la CVR se refiere a sucesos ocurridos en la historia del Perú y a procesos sociales ligados a una memoria conflictiva y fragmentada. Propones una narración, que al recuperar nuestra memoria como país, se proyecta al futuro, y debe por eso ser continuada y enriquecida con la participación de la sociedad civil. El Estado y los organismos que habrán de crearse para vigilar el cumplimiento de las recomendaciones del Informe.

de los gobernantes, las inconsecuencias políticas y otros crímenes que se encierran en la realidad nacional, pueda surgir el riesgo de criminalizar a futuro la acción de negar su carácter delictivo.

La crítica de que se ponga en peligro la libertad de expresión o se otorgue a los jueces un elemento adicional de manipulación de la justicia emprendiendo cacerías de brujas se minimiza frente a la objeción sobre que no se expresa el real contexto que marca la iniciativa de su propuesta ni contempla la existencia de una suerte de negacionismo opuesto, que da vida a formas de hacer política contra los intereses nacionales en conjunción con la corrupción y desprecio a los ideales que conlleven a una sociedad más justa y democrática (28).

Es imperioso un decisivo, inteligente y eficiente control de la legalidad que apunte a una concienzuda internalización de la norma, una real asimilación del objeto y finalidad de ella y a su correcta aplicación en casos específicos; verificando que el proyecto de ley en comento, al señalar que lo que se protege a ultranza es una verdad histórica vinculada al terrorismo, lleva y como lo ha indicado Emanuela Fronza (U. de Trento/Italia) (29), a imponer al Juez una función de historiador y no evidencia claramente un objeto de tutela, olvidando la diferencia entre el método histórico y el judicial, obviando que el Juez sólo valora la prueba en relación a los hechos contenidos en la acusación, construyendo una «verdad judicial o procesal» en un plazo razonable, mientras que el historiador puede revisar el hecho ya analizado, una y otra vez, sin violar la cosa juzgada y sin límites temporales.

Se critica también el proyecto pues los supuestos de hecho previstos en los literales *c*) y *d*) ya estarían subsumidos en el artículo 316° del Código Penal que concierne a la apología pudiendo generar confusión o interpretación errónea.

El delito de apología es uno de enaltecimiento (30) o de justificación por cualquier medio de expresión pública o de difusión de los

(28) Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Christian Fintersbusch. Asesoría Técnica Parlamentaria.

(29) FRONZA, Emanuela: «El delito de negacionismo. El instrumento penal como guardián de la memoria», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, 2011, pp. 97-143.

(30) CAMPO MORENO, Juan Carlos: El enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo, en *Diario La Ley*, 24 de enero, 2001, p. 1753, exigiendo este autor, el elemento subjetivo incitador aunque sea indirecto. En la legislación anterior al CP de 1995, la apología, no comprendía una finalidad específica de provocación, sino que consistía en manifestar públicamente, en términos de elogio o exaltación, un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones terroristas, porque los efectos perturbadores de la conducta se extendían más allá de la acción concreta,

delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución, es decir, conductas de elogio o alabanza o exaltación de los autores o responsables –apología subjetiva– o de los actos terroristas –apología objetiva (31)– en tanto haya condena judicial en su referencia, protegiéndose la tranquilidad pública y en específico la paz radicando su punición en el peligro para la comisión de nuevos delitos, en tanto en el delito de negacionismo no sólo se busca evitar nuevos delitos sino que se sanciona menospreciar a las víctimas de delitos ya cometidos tiñendo las acciones como legales o legítimas.

El Procurador Público para casos de terrorismo en el Perú ha señalado que: «La justicia debe contar con este mecanismo (en alusión a la ley de negacionismo), para que los integrantes de grupos terroristas reconozcan el daño que hicieron al país y que no sigan burlando a todos los peruanos. Se pretende que los criminales no sigan mofándose y reconozcan el daño que han ocasionado al país y no continúen distorsionando la verdadera historia del Perú, sobre todo por el terror que impusieron y que ahora niegan ante toda la sociedad» (32).

La postura adelantada del Tribunal Constitucional Peruano sobre el proyecto de ley de negacionismo, vertida por su ex presidente del Tribunal Constitucional consistió en una expresión de necesidad de su aprobación pues: «La sociedad exige que sus representantes en el Congreso asuman su compromiso. De nada sirve manifestar con elocuencia o una gran brillantez posiciones contra el terrorismo si es que no se aprueban estas normas antes de terminar la legislatura».

Según agregó, el país tiene que construir una democracia defensiva capaz de penalizar actos relacionados a la difusión de contenidos violentos o la legitimación del terror como mecanismo para obtener poder político. «Esos elementos deben ser recogidos por una ley, con cargo a perfeccionamiento posterior, orientada a defender a la sociedad en su conjunto».

El 11 de diciembre del 2012, la norma fue aprobada con algunas modificaciones en una sesión conjunta de las Comisiones de Justicia y de Constitución por el Poder Legislativo, fijando la penalidad entre

atacando valores fundamentales de la organización política, y era en la prolongación del daño donde la apología encontraba su fundamento legal, en la medida en que tendía a legitimar una actividad que quería presentarse justificada y legítima desde la óptica del delincuente, acentuando y prolongando las consecuencias dañosas del terrorismo. No era, por lo tanto, un acto preparatorio de incitación al delito.

(31) Clasificación que utiliza la doctrina como MESTRE DELGADO, Esteban: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 214.

(32) Artículo publicado en «El Comercio». Lima, Perú. «*Procurador Antiterrorismo pide que ley de negacionismo sea discutida*», 16 de enero de 2013.

seis a doce años de privación de libertad para quien niegue el delito de terrorismo o incite a cometer actos terroristas, esto último, no estaba comprendido en el proyecto, desnaturalizándolo (33).

La crítica que el Derecho Penal racional sólo debe sancionar actos ejecutivos y no preparatorios ni mucho menos de etapa intermedia, esto es, cuando la decisión criminal se externaliza sin siquiera iniciar el acto preparatorio como en los supuestos de conspiración, proposición, provocación, inducción o instigación, apología y negacionismo hoy se halla avasallada a nivel internacional pues los delitos que sancionan tal clase de conductas se justifican lamentablemente bajo el prurito de prevenir la delincuencia.

3.5 DE LA VÍA ALTERNATIVA REFERIDA A OTROS MEDIOS EXTRAJUDICIALES

A nivel internacional la aparición de organizaciones europeas como «Nunca Más» en Polonia, «Ciudadanos contra el Racismo» en Eslovaquia o el «Movimiento contra la Intolerancia» en España son las encargadas de luchar contra el antisemitismo y el negacionismo mediante publicaciones, campañas y controlando el odio en internet, los propios gobernantes de países en ese continente siempre llevan al recuerdo de los ciudadanos los efectos del holocausto como una fase de la historia que no ha de repetirse, así como en relación al terrorismo se emprenden campañas de concienciación ciudadana sobre realidades que permiten la entronización de conductas de repudio hacia ese fenómeno criminal.

Las voces de personajes destacados como la del superviviente del holocausto y líder del levantamiento en el ghetto de Varsovia Marek Edelman en Polonia o la de Elie Wiesel, rumano de nacimiento y también superviviente que rechazan el negacionismo, producen un mayor impacto social que las prescripciones legales de amenaza de pena; sin omitir evocar Programas Educativos de sensibilización implementados por gobiernos y ONG'S que ayudan a combatir el negacionismo en muchos países, como verbigracia el Museo de Anne Frank en Holanda en cooperación con una organización ucraniana que ha desarrollado un programa de educación sobre el Holocausto en las escuelas bajo el núcleo de la exposición dirigida a los jóvenes denominada «Ucrania y el Holocausto» (34) o la Escuela Internacional para el Estudio del Holocausto Yad Vashem que emprende actividades escola-

(33) El «Comercio». Perú. «*TC pide al Congreso aprobar Ley del Negacionismo antes de culminar legislatura*». 11 de diciembre de 2012.

(34) Más información en: www.annefrank.org

res a nivel primario y secundario para concienciar sobre el significado de los genocidios y sobre el antisemitismo en Europa (35).

En la realidad peruana, desgraciadamente se pospone la pedagogía como instrumento regulador de la conducta humana y si bien pudiere decirse que por eso se recurre a la coacción penal, ello ha sido refutado por el antropólogo Luis Mújica quien indica que tal proceder sólo es válido cuando existe un verdadero riesgo para la pacífica convivencia social, pero que en este caso específico, el Estado crea un enemigo inexistente, pues de sus viajes a diferentes y variados lugares del territorio nacional se ha convencido que lo que aqueja actualmente a la población no es el terrorismo, calificando de peligroso el crear un enemigo ficticio pues con ello emerge el miedo y se concede poder a ese supuesto enemigo, preguntando si acaso tal creación obedezca a la política de no encarar los verdaderos problemas de la pobreza y la desigualdad social.

El periodista nacional César Hildebrandt explica que el terrorismo no es un problema actual y si bien existen representantes del MOVADDEF que protestan por sus «derechos violentados» en las embajadas peruanas de México y Argentina, su número en realidad es insignificante como para que sea un problema central y necesario de erradicación acudiendo a la vía penal. Es más, culpa a los medios de comunicación de agrandar el tema del MOVADDEF al aludir que se está «internacionalizando».

Es racional invocar a la educación y a la generación de debates para que los ciudadanos que habitan en el territorio peruano, comprendan el significado del fenómeno terrorista y al así hacerlo, lo erradiquen sin necesidad de la conminación penal.

La internalización de valores, adquisición de conocimientos fortalece la memoria histórica, para modificar conductas que colisionan con el sistema democrático que no están inmersos en un ámbito de permisibilidad jurídica (36).

4. Conclusión

La aprobación definitiva del delito de negacionismo reclama de un mayor estudio y análisis de sus implicancias y repercusiones y pone

(35) El programa está disponible en varias lenguas en la página web de Yad Vashem website: www1.yadvashem.org/education/antisemitism.html

(36) Es de vital importancia, que el negacionismo no sea solo combatido con medidas legales. Ken Stern afirmó que «las leyes son insuficientes en esta lucha, ya que también se trata de una cuestión cultural, académica y política. Y una estrategia útil requiere un enfoque multifacético». (Stern, Kenneth. 1999. Negacionismo del Holocausto: Comité Judío Americano)

sobre el tapete de que nuestro país como Estado democrático, soberano, transparente y con identidad nacional al servicio de su pueblo no debe pretender solucionar problemas apelando a la fuerza punitiva del Derecho Penal, si es que previamente no ha intentado la internalización de leyes, valores y conocimientos en los gobernados, entronizando a la educación en la principal herramienta de su desarrollo.

Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica

DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ(1)

RESUMEN

El presente trabajo estudia los sistemas penitenciarios latinoamericanos y la restricción que, en tales modelos, han sufrido los beneficios penitenciarios y su posibilidad de aplicación a la delincuencia organizada y otros delitos conexos.

Palabras clave: Derecho penitenciario; ejecución penal; beneficios penitenciarios; crimen organizado; Iberoamérica.

ABSTRACT

This paper addresses the study of the prison legal institutions and legal types of prison benefits, that have been restricted to the perpetrators of crimes related to organized crime and related offenses in Latin American criminal and penitentiary laws.

Keywords: Penitentiary Law; Law enforcement; prison benefits; organized crime; Latin América.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Expansión del crimen organizado y la sensación de inseguridad como corolario de la misma.–3. La restricción de beneficios penitenciarios como respuesta a las demandas mediáticas de punibilidad: ¿El cuarto poder también legisla?–4. La restricción de los beneficios penitenciarios en los ordenamientos iberoamericanos.–5. Conclusiones.

(1) Abogada. Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima-Perú), Miembro fundador del Instituto de Ciencias Penales Cesare Beccaria en Lima-Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Los hechos acaecidos el 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica marcaron un punto de inflexión en la historia legislativa y doctrinal del ámbito jurídico-penal. A partir de este suceso, la política criminal tomaba un nuevo rumbo que se expandía internacionalmente y que aún permanece. Los legisladores, políticos y especialistas de occidente, preocupados por la sensación de amenaza vertida sobre la seguridad ciudadana, introdujeron entonces políticas normativas de tolerancia cero. Estas directrices de *ley y orden*, a todas luces más severas, se vieron reflejadas en la construcción de un nuevo modelo dogmático, que desde el ordenamiento alemán es ya bien conocido como *Derecho penal del enemigo* (2). El fundamento de esta interpretación y construcción dogmática, lejos de servir como límite a la expansión del crimen organizado, envilece los derechos fundamentales de los delinquentes, después internos, al concebir como *no persona* a aquel que supuestamente ha socavado las instituciones del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el problema radica en su difícil compatibilidad con los principios básicos del Derecho penal del Estado de derecho (3). No obstante, en aras de garantizar la seguridad (4) de la sociedad, o al menos de favorecer cierta sensación de

(2) Esta construcción dogmática, ya bien conocida y denominada *Derecho penal del enemigo* engarza los fenómenos de expansión y simbolismo del Derecho penal, y ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina alemana por Günter Jakobs, su principal impulsor y por sus discípulos españoles. *Vid.*, al respecto, entre otros, JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, *passim*; JAKOBS, G./POLAINO NAVARRETE, M./POLAINO-ORTS, M., *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuidor, México D.F., 2008, *passim*; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 33 ss. Como recuerda Téllez, el origen de esta «forma de hacer» se encuentra en la emisión de la *Patriot Act*, de 26 de octubre de 2001, cuyo texto permite la detención de un extranjero sin presentar cargo alguno en su contra, solo basta la mínima sospecha de vinculación terrorista. *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 62-63.

(3) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., ¿Hacia un Derecho penal del enemigo?, en Diario «El País», 15 de enero de 2003, en http://elpais.com/diario/2003/01/15/espana/1042585218_850215.html, consultado el 13 de mayo de 2013.

(4) A propósito del incremento de la sensación de inseguridad que genera alarma en la población, en los países latinoamericanos hay cierta tendencia a crear Ministerios de Seguridad, cuya labor consiste no solo en cuestiones administrativas sino también en la construcción de un gobierno civil donde no se infiltren cuestiones autoritarias. *Vid.* DAMMERT, L., «Seguridad democrática: De las propuestas a la implementación de las políticas públicas», en *Relatoría Seminario del cono sur*, Washington, Woodrow Wilson Center Update of Americas. Latin american Program, 2013, p. 3.

seguridad –como no es igual la temperatura real que la sensación térmica–, los legisladores iberoamericanos, de la mano de los gobiernos de turno, han creído conveniente –a manera de prevención general (5)

(5) Para mayor información acerca del desarrollo de la prevención general y de la especial como fines de la pena. *Vid.*, entre otros, DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales* (Reimpresión facsímil de Analecta, Pamplona, 1999), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915, pp. 315 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1915, pp. 7-74; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, Tomo I, Akal, Madrid, 1949, (2.ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, por la que se cita), pp. 34 ss.; el mismo, «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», en *Obras*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, pp. 7-97; CUELLO CALÓN, E., *La Moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delinquentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Tomo I y único, Bosch, Barcelona, 1958 (reimpresión, Barcelona, 1974), pp. 15-28; NEUMAN, E., *Las penas de un penalista*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976, pp. 33-55; JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Vol. I, (Trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 6-13; HASSEMER, W., «La filosofía social del Derecho penal orientado a las ciencias sociales», en VV.AA. (Mir Puig, Ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, pp. 117-139, el mismo, *Fundamentos del Derecho penal*. (Trad. y notas, Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona, 1984, pp. 347-394; 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, pp. 25 ss.; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed., (Gómez Martín, Ed.), Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 77-99; STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General. I. El hecho punible*, (Trad. de la 2.ª ed. alemana de Gladys Romero), Edersa, Madrid, 1982, pp. 9-20; ZIPF, H., «Alteraciones dogmáticas en los fines de la pena de la prevención especial y de la prevención general», en VV.AA., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal* (Trad. Polaíno Navarrete), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 85-93; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 11-24; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Teoría de la pena*, Akal, Madrid, 1991, *passim*; BOTTKE, W., «La actual discusión sobre las finalidades de la pena» (Trad. Benlloch Petit), en VV.AA. (Silva Sánchez, Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 41-71; PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en VV.AA. (Silva Sánchez, Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 73-88; SCHÜNEMANN, B., «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», (Trad. Sánchez-Ostiz), en VV.AA. (Silva Sánchez, Ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 89-100; LESCH, H., *La función de la pena* (Trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Dykinson, Madrid, 1999, pp. 7-52; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Trad. Luzón Peña), Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 1999, pp. 81-108; RIGHI, E., *Teoría de la pena*, José Luis De Palma Editor, Buenos Aires, 2001, pp. 78-139; ÁLVAREZ GARCÍA, F., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento Constitucional español*, Comares, Granada, 2001, pp. 87-174; CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código

negativa— aplicar una «demagogia punitiva» (6), esto es, incrementar el marco abstracto de la sanción penal para los delitos relacionados con el crimen organizado, así como restringir el acceso de tales sujetos a los beneficios penitenciarios. Por consiguiente, desde tales directrices no solo se ha actuado a nivel de la norma penal material o sustantiva, de modo intensivo y extensivo, sino también en el ámbito de su ejecución.

Asimismo, no se puede desconocer que tales políticas restrictivas se han visto respaldadas por los medios de comunicación, cuya prensa sensacionalista ha utilizado para crear y sigue creando zozobra en la población, en la medida en que pareciera surgir una amenaza para la seguridad ciudadana o un incremento circunstancial de la alarma social (7). En consecuencia, en la mayoría de los casos, por parte de

penal de 1995», en *Temas fundamentales del Derecho penal*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pp. 125-130; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I, Introducción*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 22-38 y 143 ss.; el mismo, «Los fines de la pena en la Constitución y en el Código Penal, después de las reformas del año 2003», en VV.AA. (Bajo Fernández, Jorge Barreiro, Suárez González, Coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 217-236; ABEL SOUTO, M., *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*, Dilex S.L., Madrid, 2006, pp. 13-78; ARANDA CARBONELL, M.^a J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2006, pp. 13 ss.; CANCIO MELIÁ, M./FEIJOO SÁNCHEZ, B., «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar», en JAKOBS, G., *La pena estatal: Significado y finalidad*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 27 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günter Jakobs, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIX, año 2006, pp. 111-134; asimismo, el reciente y exhaustivo análisis de la evolución de las teorías de la pena del mismo autor, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Julio César Faura/BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2007, pp. 8 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., Civitas, Navarra, 2011, pp. 61 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3.^a edición ampliada, Edisofer/Bdef, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2011, pp. 11 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Manual de Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 15-19.

(6) Cfr. DAMMERT, L., «Seguridad democrática: De las propuestas a...» *ob. cit.*, p. 3. Bajo esa misma orientación, no es menos conocido que los gobernantes, en aras de obtener mayor número de sufragios prometen incrementar la pena para determinados delitos que generan conmoción social. Vid. GARCÍA, J., «Fragmentos elementales sobre penas y penalistas», en *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 0, junio 2012, pp. 86 ss.

(7) Vid. el análisis sobre los conceptos difusos de seguridad ciudadana y alarma social desde diferentes ámbitos, en: VV.AA., (Serrano Gómez, Dir.), *Tendencias de la criminalidad y percepción social de la inseguridad ciudadana en España y la Unión Europea*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 23 ss.

los poderes públicos se legisla a «golpe de noticiero», a la búsqueda de ofertar al electorado un escaparate de soluciones de dudosa fertilidad, pero con receptividad social, caracterizadas por la apreciación de principios retributivos, y preventivo-general negativos. Ello, en fin, ha derivado en una política criminal populista (8) –errática e ineficaz– y en la «actual evolución expansiva del ordenamiento penal» (9).

Por todo ello, en los siguientes párrafos se llevará a cabo una breve referencia a la expansión del crimen organizado y a la sensación de inseguridad que tal incremento ha desplegado en los ciudadanos; así como al papel de los medios de comunicación a la hora de percibir y difundir tales consecuencias; y, principalmente, a la expansión de la opción legislativa de restringir los *beneficios penitenciarios* respecto de los delitos vinculados al crimen organizado en los ordenamientos iberoamericanos, habida cuenta de la comisión sistemática y reiterada de delitos particularmente graves por razón a los bienes jurídicos vulnerados; por tanto, no solo se abordarán los impedimentos y limitaciones legales de los beneficios penitenciarios respecto del crimen organizado, sino también respecto de otros delitos que mantienen un nexo o vinculación como el terrorismo, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, entre otros.

Ahora bien, antes de desarrollar tal objeto de estudio, y ante la disparidad de concepciones desde el ámbito internacional respecto de tales instituciones jurídicas, es menester señalar qué entendemos por *beneficios penitenciarios*. Estos instrumentos normativos, en la historia penitenciaria y en la actualidad, adoptando la visión normativa del enfoque español, han servido y sirven para acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir o disminuir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión. Desde tal concepto normativo, extendiendo sus posibles manifestaciones, no solo aceptamos la visión restrictiva que comprende en la actualidad como tales el adelantamiento de la libertad o el indulto particular, recogidos en el segundo párrafo del artículo 202 del Capítulo III del Reglamento penitenciario español

(8) *Populismo punitivo puro y duro –carente de todo fundamento criminológico y pragmático penitenciario–*, que se traduce en el uso del Derecho penal, por parte del Ejecutivo, para endurecer las penas y recortar beneficios penitenciarios, obteniendo así, ganancias electorales. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas...*, ob. cit., p. 53.

(9) Cfr. CANCIO MELIÁ, M., «Sentido y límites de los delitos de terrorismo», en VV.AA. (García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Guirao y Valle Mariscal de Gante, Coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1884. En torno a la expansión del Derecho Penal, Vid., por todos, las causas de tal expansión, así como la «administrativización» del Derecho penal, en SILVA, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, ob. cit., pp. 11 ss.

(aprobado por Real Decreto núm. 190/1996, de 9 de febrero), sino también hemos creído conveniente integrar otras figuras penitenciarias (v.gr. permisos de salida, semilibertad, libertad condicional, extramuros, etc.) desde un concepto amplio de tales beneficios, como así se vislumbra en algunos ordenamientos en cuanto que suponen acortamiento de la pena privativa de la libertad o reducción del tiempo efectivo de internamiento. En cualquier caso, estos instrumentos del régimen penitenciario en todo tipo de regímenes políticos que los han incluido en sus ordenamientos, en la actualidad se nutren del fundamento constitucional reinsertador, esto es, de aquel fin primordial al que la Constitución y la ley penal, dirigen las instituciones penitenciarias. Es por ello que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, tales expectativas del interno, debieran encontrar su acogida legal, no solo en normas de carácter administrativo que emita el gobierno de turno (Reales Decretos como lo son los Reglamentos), sino que exigen el amparo orgánico legal para otorgar la seguridad jurídica y la base parlamentaria suficiente que toleren tales mecanismos reductores de las condenas. Y ello porque tales mecanismos motivacionales efectivamente supondrán una reducción del tiempo en prisión y la exigencia orgánica legal encontrará su fundamento en la anuencia de la mayor parte del arco parlamentario, esto es, de la mayoría de la población española que otorga el poder legislativo a sus representantes.

2. EXPANSIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO Y LA SENSACIÓN DE INSEGURIDAD COMO COROLARIO DE LA MISMA

Desde una visión histórica, se vislumbra que el interés para formar grupos o asociaciones colectivas con carácter delictivo data del siglo VI d.C. Como ejemplo de ello tenemos los fenómenos asociativos de la Roma republicana y de la protohistoria germánica; los planes de concentración de poder político y económico de los reyes francos irrumpiendo los bienes de los nativos con el fin de costear sus campañas bélicas en los siglos VIII y IX; las estructuras organizativas de Las Cruzadas y los «caballeros salteadores», quienes explotaban a sus campesinos a través del «derecho de paso y portazgo»; la existencia de bandas del crimen en el siglo XVII dedicadas a la falsificación y puesta en circulación de monedas en Europa; el bandolerismo en España del siglo XVIII. Estos son algunos ejemplos de fenómenos asociativos cuyos «vestigios organizativos se pierden en

la historia» (10). Empero, las investigaciones criminológicas coinciden en señalar al crimen organizado como un fenómeno característico de nuestra época (11), la que precisamente ha servido para sacar ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos que tantos beneficios acarrearán a la humanidad (12). Sin duda este abanico de aspectos positivos ha posibilitado que el crimen organizado traspase fronteras, cuya expansión en sus diferentes manifestaciones (13) ha generado y sigue produciendo cierta sensación de inseguridad en el colectivo social. Por ello, la comunidad internacional preocupada por un problema mundial demostró interés y voluntad política para abordarla con una reacción a escala global (14).

Sin embargo, tal reacción ha venido a rebasar ciertos límites, esto es, ante la existencia de una amenaza para la seguridad ciudadana o un incremento circunstancial de la alarma social producto de la expansión de los delitos de crimen organizado, los legisladores iberoamericanos han creído conveniente incrementar el marco abstracto de la sanción penal para tales conductas delictivas, así como restringir el acceso a los beneficios penitenciarios. La aplicación de ciertas políticas irreflexivas y de tolerancia cero que desembocan en la restricción de los beneficios penitenciarios para los delitos de crimen organizado, bajo argumentos

(10) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada», en (Gutiérrez-Alviz, F., Dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 53.

(11) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Problemas de la ejecución penal frente», *ob. cit.*, p. 55.

(12) Vid. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General) celebrada en Palermo (Italia) el 15 de noviembre de 2000, p. iii.

(13) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional enumera una serie de delitos relacionados al crimen organizado, tales como los de *terrorismo, tráfico de drogas, trata de personas, blanqueo de dinero, corrupción, tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción, contra el patrimonio cultural*. Vid. artículos 2, 5, 6, 8 y 23 de la Convención de Palermo. Asimismo, en latitudes andinas por ejemplo, *la minería ilegal e informal* cobra fuerza y se considera vinculada a los delitos de crimen organizado. Para mayor información al respecto, Vid., los siguientes enlaces: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/156-captura-de-rentas-publicas/4516-oro-y-crimen-mineria-ilegal/>, consultado el 28 de abril de 2013; <http://www.semana.com/nacion/articulo/oro-crimen-mineria-ilegal/338107-3>, consultado en la misma fecha. Igualmente, en Córdoba (Colombia) se puede apreciar como manifestación del crimen organizado la *lucha por el territorio*. Vid. el siguiente enlace: http://www.verdadabierta.com/index.php?option=com_content&id=4445, consultado el 30 de abril de 2013.

(14) Vid. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas..., *ob. cit.*, p. iii.

de luchar contra el crimen, vulneran no solo el objetivo medular del Derecho penitenciario o de ejecución penal, sino también del derecho fundamental a la igualdad recogido en las cartas fundamentales de los países iberoamericanos (v. gr. Argentina, art. 16; Bolivia, art. 8 segundo párrafo; Chile, art. 19 numeral 2; Colombia, art. 13; Costa Rica, art. 33; Cuba, art. 12 numeral 2; Ecuador, art. 11 numeral 2; España, art. 14; Honduras, art. 60; México, art. 4; Nicaragua, art. 27; Paraguay, art. 46; Perú, art. 2 numeral 2; Uruguay, art. 8; Venezuela, art. 21).

No obstante, los incrementos en el *quantum* de la pena tanto en la parte general como material, así como las restricciones en el ámbito de su ejecución, parecen haber servido tan solo para aplacar la alarma social generada en la población, y otorgar una *falsa seguridad o sensación de seguridad* (15) a sus ciudadanos (16). Este concepto de *seguridad* no debería estar enfocado en endurecer las penas, sino que debiera reposar en el aseguramiento de los derechos de toda persona, incluidos los de los delincuentes. Bajo este axioma, un Derecho penal civilizado (17) incide en que ningún inocente pueda ser declarado cul-

(15) El Catedrático de la Universidad de Málaga, ha realizado un análisis respecto al *miedo al delito* generado por los medios de comunicación que se traslada a la población. Vid. Díez RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 23 ss.; el mismo: *La política criminal en la encrucijada*, BdF, Buenos Aires/Montevideo, 2007, pp. 69 ss.; el mismo: «Los beneficios políticos de las penas», en *Revista especializada en delincuencia, Hoppes*, núm. 9, en <http://hoppes9revista.wordpress.com/2012/02/05/los-beneficios-politicos-de-las-penas/>, consultado el 15 de mayo de 2013.

(16) La implantación social de la sensación generalizada de inseguridad constituye uno de los rasgos más característicos de las sociedades postindustriales. Esta sensación de inseguridad ha provocado una sociedad del miedo, «en donde la vivencia subjetiva del riesgo es claramente superior a la propia existencia de ese riesgo. Y a ello contribuye decididamente lo que se denomina *las nuevas fábricas del miedo*: los medios de comunicación, de los que se afirma que son el instrumento de la indignación y de las cóleras públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización y de nuevo introducir en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos». Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas...*, *ob. cit.*, p. 55.

(17) Bajo similares términos, el connotado jurista y docente Florentino Ferrajoli ha enfatizado en la asimetría entre la civilidad del derecho y la incivilidad del delito como sigue: «Un elemento decisivo en la lucha contra la criminalidad es la asimetría entre la civilidad del derecho y la incivilidad del delito. La idea de una equivalencia eleva el delito al nivel del derecho y viceversa. La respuesta institucional debe ser asimétrica y con pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado. Esta asimetría es la fuerza del estado de derecho». *Vid.*, Entrevista realizada al Profesor Luigi Ferrajoli por alumnos de la Universidad Pontificia Católica del Perú, en <http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/garantismo-y-derecho-penal/>, consultado el 30 de abril de 2013. Estas certeras palabras del Profesor italiano trastocan las políticas irreflexivas

pable y no al contrario -que ningún culpable sea declarado inocente-; por su parte, en el Derecho penitenciario, se debería optar por reducir el tiempo de cumplimiento de la pena en prisión (18), para que el penado, mediante tales acicates, adapte su conducta, progresivamente, al orden jurídico establecido, pretensión de mínimos que conforma el moderno sentido resocializador.

En efecto, uno de los principales fines de la prevención especial positiva, que impregna numerosas normas constitucionales en lo que a la pena privativa de libertad se refiere, es evitar la desocialización de los penados. Por ello, parece conveniente la disminución del tiempo de cumplimiento de la pena en prisión, variando el modo de ejecución de la pena, por ejemplo, a través de la aplicación, cuando se cumplan los requisitos, de los beneficios penitenciarios. Para acceder a tales instituciones, los internos adaptan su conducta al régimen penitenciario, trabajan o estudian para redimir la pena, lo que les permitirá obtener en el futuro un pronóstico favorable de reinserción social. La evolución positiva del tratamiento del interno no ha sido en todo caso gratis, sino producto de un constante esfuerzo multidisciplinar durante su estancia en prisión. En definitiva, los beneficios penitenciarios constituyen una herramienta muy útil y necesaria dentro del sistema penal, en tanto suponen un mecanismo motivacional, dirigido al fin reinsertador. De este modo, erradicarlos denotaría un vago conocimiento de cuáles son los elementos esenciales para la consecución de tales metas constitucionales, como para el buen funcionamiento de un centro penitenciario y de un sistema al completo. Una de las primeras consecuencias negativas se desencadenaría en la obtención de centros penitenciarios hacinados, más violentos, peligrosos, originando caos, desorden, inadaptación de la conducta de los penados al régimen, a partir de motines, intentos de secuestros (19), entre otros problemas.

que se vienen aplicando en el ámbito iberoamericano bajo argumentos de lucha contra la criminalidad simétrica, esto es, ante la perpetración de delitos que generan conmoción social, el legislador iberoamericano actúa de la misma manera, incivilizadamente, incrementando los límites cuantitativos de las normas penales así como restringiendo beneficios penitenciarios, en vez de otorgar una respuesta asimétrica que se supone debiera dar civilizadamente el Derecho penal y no al revés.

(18) Vid. JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho penal» en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, año 1, núm. 9, octubre 2004, p. 13.

(19) Los internos del Centro Penitenciarios más peligroso de Lima, San Juan de Lurigancho, planeaban secuestrar a su Director. Vid. «Internos planeaban secuestrar a Director de San Juan de Lurigancho», en *Diario El Comercio*, 9 de mayo de 2012, Vid. en, <http://elcomercio.pe/lima/1412203/noticia-internos-planeaban-secuestrar-director-penal-lurigancho>, consultado el 10 de abril de 2013.

Ahora bien, la eliminación de los beneficios penitenciarios se ha enfocado hacia aquellos delitos que generan conmoción o alarma social y más específicamente en los últimos años respecto a los delitos de criminalidad organizada (20) y sus diversas manifestaciones, cuyas consecuencias negativas sí se manifestarían para este sector delictivo. Por consiguiente, como se ha apuntado, nos hallamos ante un trato desigual que vulnera la norma fundamental, otorgando beneficios para determinados delitos y restringiéndose para otros.

Por otro lado, desde el punto de vista político, con tal limitación, se pone de manifiesto el mensaje de desconfianza de los legisladores iberoamericanos, tanto respecto de sus instituciones penitenciarias, de su sistema administrativo, y más específicamente en relación a sus órganos penitenciarios (equipos de tratamiento), a quienes corresponde evaluar el estado favorable de reinserción social y de evolución del interno; cuanto de sus órganos jurisdiccionales especializados, quienes finalmente conceden los beneficios penitenciarios. El desapego del legislador hacia los órganos penitenciarios radica principalmente, según mi opinión, en las constantes tasas de corrupción percibidas en un gran número de centros penitenciarios en Latinoamérica. Ello obedece principalmente a los bajos salarios que tales empleados perciben mensualmente, así como a la constancia de una falta de preparación y formación adecuadas para llevar a cabo las labores indicadas en un modelo de correcto tratamiento penitenciario. A todo ello habría de añadirse el incremento de una suerte de victimismo de los grupos terroristas y de criminalidad organizada, otorgándoles argumentos más sólidos para su supervivencia (21).

En cualquier caso, se ha comprobado estadísticamente que el incremento de los marcos abstractos de las normas penales, así como la restricción de los beneficios penitenciarios en diversos delitos, no ha resultado en una disminución de los índices de criminalidad en nin-

(20) En el ordenamiento jurídico español, no contentos con la restricción de beneficios penitenciarios para los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, actualmente se está evaluando modificar el Código penal, para introducir una «medida de seguridad» *postpena*, lo que –a similitud de la antigua cláusula de retención– implicaría mantener en prisión a un condenado por un máximo de diez años, después de haber cumplido su condena si es que no se encontrara resocializado. *Vid.* «El Gobierno mantendrá en la cárcel a los agresores sexuales no reinsertados», en *Diario El País*, 14 de mayo de 2012, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/14/actualidad/1336993862_739049.html, consultado el 14 de abril de 2013. En el mismo sentido, *Vid.* «Populismo punitivo», en *Diario El País*, 16 de mayo de 2012., en http://elpais.com/elpais/2012/05/15/opinion/1337109089_595607.html, consultado el 20 de abril de 2013.

(21) *Vid.* JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento...», *ob. cit.*, p. 16.

guna experiencia jurídica. La respuesta del Derecho penal «es necesaria pero no es una varita mágica que transformará la realidad y reducirá la delincuencia» (22). Para evitar tales funestas consecuencias, debe existir un nexo entre el garantismo social y el garantismo penal: solamente será posible reducir la criminalidad si los derechos mínimos vitales, tales como la alimentación, empleo, educación, etc., se encuentran garantizados a través de políticas sociales. A contrario, si el Estado no ha garantizado tales derechos fundamentales, ni aplica políticas de prevención, una persona excluida de la sociedad civil está más dispuesta a ser incluida en las organizaciones criminales (23). Y, lamentablemente esta es la cruda realidad en Latinoamérica.

3. LA RESTRICCIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS MEDIÁTICAS DE PUNIBILIDAD: ¿EL CUARTO PODER TAMBIÉN LEGISLA?

La prensa, cómplice de una irreflexiva y precipitada política criminal, está ganando terreno y avanza a pasos agigantados, cómo si se tratara de un legislador más. En este contexto cabe preguntarse: *¿Es correcto que la creación de normas jurídicas atienda a demandas mediáticas de punibilidad al albur de circunstancias concretas y populistas?*

Sin duda, la promulgación de normas penales materiales así como aquellas que restringen la concesión de los beneficios penitenciarios para delitos de crimen organizado no debiera responder a tales criterios ni utilizar al Derecho penal como una salida oportunista e interesada (24). Por el contrario, el Derecho penal como forma de control social formal, debe ser aplicado como *ultima ratio* (25), es decir, cuando otros medios de control previos –incluso administrativos– no han dado una solución satisfactoria al problema (26). Este argumento, a modo de ejemplo, ha sido recogido por la Sala Penal Transitoria de

(22) Cfr. Entrevista realizada al Profesor Luigi Ferrajoli..., *ob. cit.*

(23) *Vid.* Entrevista realizada al Profesor Luigi Ferrajoli..., *ob. cit.*

(24) *Vid.* SANZ DELGADO, E., «Incorporar mayores penas no siempre es suficiente», *Diario El Pueblo*. Arequipa-Perú, de fecha 18 de marzo de 2012.

(25) Una adecuada aplicación de este concepto, tan proliferado en el Derecho penal, disminuiría la sensación pública de ineficacia de las normas penales. *Vid.* MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal», en *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Año 1, núm. 1, enero, 2004, p. 15.

(26) *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General...*, *ob. cit.*, pp. 117-118.

la Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Recurso de Nulidad núm. 3437-2009-Callao, de fecha 19 de abril de 2010, (fundamento jurídico núm. 6), en estos términos: «La pena no puede actuar según las demandas sociales o *mediáticas de punibilidad*, al margen de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pues dentro de un Estado de Derecho la reacción estatal contra el delito –y en especial la determinación judicial de la pena– se funda sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias y la culpabilidad del agente. Estos son los criterios que se deben valorar para medir e individualizar la pena en el caso concreto (...) la pena a imponerse no solo debe responder a las circunstancias de la comisión del injusto, la naturaleza y alcances de este, y a las condiciones personales del encausado, sino también a las *preocupaciones de la política criminal contemporánea tendiente a reducir y humanizar los espacios de aplicación de las penas privativas de libertad*; por ende, no basta con recorrer el marco penal abstracto del tipo legal en toda su extensión, sino que se debe examinar los aspectos concretos del hecho realizado por el encausado, y sobre la base del hecho cometido, sus circunstancias, así como la culpabilidad del agente (...)» (27).

En efecto, la reacción del Estado –*a través del ordenamiento penal*– frente a la aparición de determinados delitos, debiera estar cimentada, principalmente, en una política criminal basada en razones científicas o al menos en estadísticas fiables. En ningún caso, en atención a las demandas que genera el «*Cuarto Poder*» –*la prensa en todos sus niveles*–. En reiteradas oportunidades (28), desconocedora del contenido y fin de las instituciones penales y penitenciarias, instrumentalizada políticamente y actuando como una de las *fábricas del miedo* en el contexto de la expansión irrazonable del Derecho penal, ha valorado negativamente el papel importante que juegan los bene-

(27) La cursiva es nuestra.

(28) La información que ofrece los medios de comunicación se torna como el «distorsionado espejo» al transmitir un mensaje errado de acontecimientos excepcionales como tendencias ya que informan sistemática y exclusivamente de ellos. Por ejemplo en España, actos de terrorismo, nada comunes en esta sociedad, invaden con rapidez las noticias de la televisión y se difunden por la red. A tal respecto señalamos expresamente lo que el Profesor Kai Ambos opina: «La omnipresencia produce dos efectos principales: exagera desproporcionadamente la importancia de acontecimientos excepcionales y produce un heurístico y anclado relato que logra que los niveles de riesgo parezcan más importantes de lo que son». Cfr. AMBOS, K., *Terrorismo y contraterrorismo: una elección entre dos males*. Texto electrónico recogido en, <http://www.etextos.com/textos/162-module3193/web/frameset.html>, consultado el 20 de mayo de 2013.

ficios penitenciarios dentro del sistema penal (29). En ese sentido, provocando cierta zozobra y alarma social en la población (30), ha señalado que los beneficios penitenciarios deberían desaparecer –*lo que constituye un contrasentido dependiendo desde el ángulo desde el que se mire: lógico para la prensa y la población e ilógico para los conocedores del Derecho*–. Cuando surge una noticia que insufla cierta «alarma social», los titulares de la prensa suelen enviar un mensaje cuyo contenido desemboca en una respuesta inmediata y mediática, visceral, en una «sentida necesidad de incremento y enduramiento progresivo de la represión social» (31). A tal efecto, se maquillan los mecanismos de prevención especial como si se tratara de una gracia presidencial: indulto o de una amnistía. La noticia suele ser de este tenor: Condenaron a «Juan Pérez» a veinte años de pena privativa de la libertad por delito de homicidio calificado. Si se le concede algún beneficio penitenciario, obtendrá su libertad a los diez años, y si a ello se le suma el beneficio de redención de penas por el trabajo y la educación, obtendrá la libertad a los 6 años. Este cálculo matemático suele calar en la reacción emotiva de la ciudadanía, trasladándose sorprendentemente al legislador (32), quien para calmar tal sentimiento vindicativo y aprovechando «el tirón mediático» desde un punto de vista electoralista, produce y promulga normas jurídico-penales *ad hoc*, apresuradamente, vulnerando determinados límites propios del sistema penal (seguridad jurídica, legalidad, certeza y generalidad), sin los cuales, se perdería toda eficacia y credibilidad.

Desde luego, la producción vertiginosa o tal suerte de furor legislativo de normas penales (33), consecuencia del modelo «mediático y

(29) Con la concesión de los beneficios penitenciarios las condiciones de la ejecución de la pena –el régimen– cambian, en ningún caso, supone el incumplimiento de la pena privativa de la libertad. Es decir, no reducen el quantum de la pena a cumplir, solo varía la ejecución de la pena. *Vid.* JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento...», *ob. cit.*, p. 11.

(30) *Vid.* VV.AA. (Serrano Gómez, Dir.), *Tendencias de la criminalidad y...*, *ob. cit.*, pp. 32 ss.

(31) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *Diario La Ley*, núm. 5837, jueves 14 de agosto de 2003, en http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/cumplimiento_integro_not_urgencia.pdf, consultado el 07 de mayo de 2013, p. 3.

(32) Los medios de comunicación con la pretensión de obtener un reconocimiento y una delimitación socialmente compartidos del problema, toman la iniciativa en la fase prelegislativa mostrando una *visibilidad social* del desajuste social y los problemas que se derivan de este, transformándolo en un problema social. En consecuencia, plantean la necesidad de ciertas decisiones legislativas penales. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes...*, *ob. cit.*, pp. 27-28.

(33) En algunos ordenamientos jurídicos, la producción de las normas penales sustantivas ha servido como medio paliativo ante la reacción emotiva de la sociedad. No

coyuntural», debiera ralentizarse y adecuar su cauce a un proceso de elaboración consciente (34), que brinde credibilidad, aplicabilidad y eficacia del sistema. El legislador penal debiera actuar con calma, prudencia y serenidad, diseñando y poniendo en práctica una correcta política criminal que otorgue seguridad y credibilidad en el sistema penal. Ello implicaría realizar un análisis prospectivo acerca de la comprensibilidad del texto modificado, su aplicabilidad práctica, así como de los posibles efectos que pueda generar la nueva norma jurídico-penal (35). De esta manera, no se afectaría a la calidad de las normas penales y, por ende, a la credibilidad y fiabilidad de los sistemas penales iberoamericanos.

Empero, tales argumentos no cercenan el rol importante que cumplen los medios de comunicación cuando denuncian problemas de interés social como el que nos ocupa. El crimen organizado ha terminado con la vida de muchos periodistas en Latinoamérica, lo que ha llevado a tales profesionales a desarrollar un periodismo *on line* (36), en algunos casos de forma anónima, con el fin de denunciar conductas atroces, para que sus autores no queden impunes. Ejemplos de ello, son los blog denominados *El blog del narco* (37) y *Animal Polí-*

obstante, la historia penitenciaria ha demostrado lo contrario. En efecto, la evolución de las instituciones penitenciarias –que tratan con la persona y no con el delito–, generalmente, ha dado una respuesta coherente y meditada, acorde con las reformas que exige el contexto determinado. Un diáfano ejemplo se vislumbra a partir de la evolución de los sistemas penitenciarios: el sistema filadélfico a favor del auburniano, éste a favor del progresivo y finalmente, en España, favor del sistema de individualización científica. *Vid. GARCÍA VALDÉS, C.*, «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIV, 2001 (2003), pp. 28-29. Sin embargo, es preciso anotar que en los últimos años, la producción de normas sustantivas que obedecen a tesisuras, se ha trasladado, en muchos ordenamientos, a la norma penitenciaria.

(34) Sobre el proceso de elaboración de las leyes penales así como la racionalidad legislativa, *Vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M.*, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 27 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes...*, *ob. cit.*, pp. 17 ss.

(35) Cfr. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas..., *ob. cit.*, p. iii.

(36) Este periodismo documenta la historia del narcotráfico en una zona donde ejercer esta profesión resulta en ocasiones peligroso. Cfr. «El boom de la prensa digital latinoamericana», *El País*, 1 de marzo de 2013, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/01/actualidad/1362165444_533165.html, consultado el 24 de marzo de 2013.

(37) *Vid.*, <http://www.blogdelnarco.com/>. En esta página, la autora anónima, bajo el nombre de *Lucy*, explica que el nacimiento del *Blog del narco* surge en una coyuntura de inestabilidad generada por la guerra contra el narco en México. Asimismo, asevera que la finalidad de esta plataforma virtual es denunciar lo que las autoridades y los medios de comunicación tradicionales no sacaban a la luz, pues, bajo sus términos: «querían hacer creer que aquí no estaba pasando nada cuando realmente pasaba todo».

tico (38) de México; *Verdad abierta* (39) y *la silla vacía* (40) de Colombia, *Plaza Pública* (41) de Guatemala, *Idl Reporteros* (42) de Perú; *CiperChile* (43) de Chile; *Chequeado* (44) de Argentina; *Apública* (45) de Brasil o la página dedicada específicamente al crimen organizado: *Insight Crime* (46). Por otro lado, cabe igualmente citarse la creación de páginas en facebook, bajo el nombre de *Valor por Tamaulipas*, para denunciar anónimamente los hechos que ocurrieran en esta ciudad mexicana. No obstante los gestores del crimen organizado se enteraron de la identidad del administrador de dicha página y bajo fuertes amenazas entre las que corre riesgo su vida, decidió cerrar tal cuenta en facebook previo comunicado. Una vez más el «crimen organizado ganó la batalla» (47).

4. LA RESTRICCIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LOS ORDENAMIENTOS IBEROAMERICANOS

La expansión del crimen organizado ha conllevado a que los Estados se cohesionen para establecer y difundir mecanismos de protección dentro de sus sistemas. Desde la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución núm. 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000), celebrada en Palermo-Italia en diciembre de 2000 «la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial» (48). Producto de ello y, con el ánimo de hacer frente al mismo nivel de tal ola expansiva, se han creado políticas de tolerancia cero, cuyos integrantes, según los auto-

(38) *Vid.*, <http://www.animalpolitico.com/#axzz2VKr12q8p>.

(39) *Vid.*, <http://www.verdadabierta.com/>.

(40) *Vid.*, <http://www.lasillavacia.com/>.

(41) *Vid.*, <http://www.plazapublica.com.gt/>.

(42) *Vid.*, <http://idl-reporteros.pe/>.

(43) *Vid.*, <http://ciperchile.cl/>.

(44) *Vid.*, <http://www.chequeado.com/>.

(45) *Vid.*, <http://www.apublica.org/>.

(46) *Vid.*, <http://www.insightcrime.org/>.

(47) *Vid.*, el comunicado de cierre del administrador de la cuenta, en <http://www.animalpolitico.com/2013/04/el-crimen-organizado-gano-la-batalla-valor-portamaulipas/#axzz2PrYVcpbI>, consultado el 8 de abril de 2013.

(48) En este cónclave, se concluyó que la acción de la ley deberá atravesar fronteras de la misma forma en que el crimen organizado lo ha realizado. Y se añade que «si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear medio y arbitrios nacionales» Cfr. «Prefacio» de la Convención de las Naciones Unidas..., *ob. cit.*, p. iii.

res que defienden esta postura, forman parte de la «sociedad incivil» o enemigos de la sociedad, lo que en términos dogmáticos se ha venido a llamar *Derecho penal del enemigo* e incluso *Derecho penitenciario del enemigo*.

Ahora bien, la respuesta que se ha materializado en la legislación penal y penitenciaria a partir de tal modo de expansión, es moneda común en diversos ordenamientos como desde hace años ocurre en España, donde se dictaba la Ley Orgánica núm. 7/2003 (49), de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» el 1 de julio de 2003, con la finalidad de «lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad» –*tal como se expone en su Exposición de motivos* (50)–. Para lograr este objetivo el legislador español modificó algunas instituciones básicas de carácter penitenciario, tales como la clasificación inicial y progresión al tercer grado de tratamiento (y con ello la posibilidad de acceso al régimen abierto o semilibertad), los *beneficios penitenciarios* y, también, la libertad condicional. Asimismo, no solo se incrementaban desde la norma penal la duración de las penas para los delitos de terrorismo y criminalidad organizada, sino que también se restringía el acceso a los

(49) Al respecto de la Ley Orgánica 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus consecuencias normativas, *Vid.*, entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento...», *ob. cit.*, pp. 1 ss.; el mismo, *Nuevas penas y medidas alternativas...*, *ob. cit.*, p. 54; SANZ DELGADO, E., «La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. extraordinario 2 (2004), p. 196; en el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, J. C., «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: El incremento de la violencia punitiva», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 101 ss.; JUANATEY DORADO, C., «La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento...», *ob. cit.*, pp. 5-30; LLOBET ANGLÍ, M., «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 6 ss.; MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente...», *ob. cit.*, pp. 7-17.

(50) Entre otras razones, que se recogen en la Exposición de motivos, hemos creído conveniente destacar las siguientes, por considerarlas controvertidas: «Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar». Frente a este argumento, el Magistrado Téllez Aguilera ha señalado una tan mala interpretación de los postulados que hiciera Cesare Beccaria respecto a las penas. *Vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo...», *ob. cit.*, pp. 2 ss.

beneficios penitenciarios para los penados por estos delitos. Así, específicamente, se restringió la concesión del adelantamiento de la libertad condicional para los delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Código penal español y los cometidos en el seno de las organizaciones criminales.

Con tal restricción, el legislador español pretende evitar que los beneficios penitenciarios «se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes». A partir de esta premisa, extraída de la Exposición de motivos de la citada ley, se vislumbra la importancia que retoma la orientación preventivo-general en el Derecho penal español, y por medio del cual se resquebraja el sistema penitenciario de individualización científica, pues, con la negación del acceso a los beneficios penitenciarios para estos delitos, se niega a priori la posibilidad de su resocialización.

Este es el panorama peninsular que data desde el año 2003. No obstante, poco después, bajo esta misma línea restrictiva, los países latinoamericanos añadieron a sus ordenamientos normas de similar naturaleza. Así, en Bolivia, a través del artículo 4 del Decreto Supremo de Concesión del Indulto núm. 1145, de 19 de diciembre de 2012, aprobado por la Asamblea Legislativa Plurinacional (51) el pasado 22 de diciembre de 2012, se restringió el beneficio penitenciario (52) del

(51) Tras la emisión del DS, hasta mayo de 2013 se concedieron 222 indultos. Asimismo el Director del Régimen Penitenciario, Ramiro Llanos, ha presentado un proyecto al ministro de Gobierno, Carlos Romero, con la finalidad de ampliar el plazo de la aplicación de la Ley del indulto hasta finales de 2013. Vid. ROJAS, G., «Evo anunciará la ampliación del plazo del indulto hasta fin de año», en <http://eju.tv/2013/05/evo-anunciar-la-ampliacion-del-plazo-del-indulto-hasta-fin-de-ao/>, consultado el 9 de mayo de 2013; «Concluye el proceso de indulto en Bolivia con más de 200 reos beneficiados», en <http://www.eldeber.com.bo/concluye-proceso-de-indulto-en-bolivia-con-mas-de-200-reos-beneficiados-/130509161851>, consultado el 9 de mayo de 2013; finalmente, en <http://www.que.es/ultimas-noticias/sucesos/201305092112-concluye-proceso-indulto-bolivia-reos-efe.html>, consultado el 9 de mayo de 2013.

(52) El término *beneficios penitenciarios* se recoge tanto en la Ley de Ejecución Penal y Supervisión de Bolivia (apartado 2 del artículo 62 de la Ley núm. 2298, de 20 de diciembre de 2001, en adelante LEPS) como en el Reglamento de Ejecución de Penas Privativas de Libertad (art. 90 del Decreto Supremo núm. 26715, de 26 de julio de 2002, en adelante REPPL) para referirse a los informes que emite el Consejo de Penitenciario, que sirven de base para la concesión de estos instrumentos normativos. Asimismo, en el artículo 154 de la LEPS se hace referencia a la aplicación de los *beneficios penitenciarios* al detenido preventivo con los siguientes términos: «Al detenido preventivo le serán aplicables (...) los Programas de Trabajo y Educación y los *beneficios penitenciarios* (...)». No obstante, ningún capítulo, ni artículo de la LEPS y del REPPL recogen cuáles son las instituciones penitenciarias que forman parte del catálogo de los *beneficios penitenciarios* en el ordenamiento jurídico boliviano. Ahora bien, teniendo como referencia qué se entiende por beneficios penitenciarios desde el enfoque

indulto (53) para delitos de secuestro, trata, tráfico de personas, terrorismo y contrabando; asimismo, según los artículos 138 y 169 de la LEPS los beneficios de *redención de penas por el trabajo* (54) y *extramuros* (55) se encuentran restringidos para los internos condena-

español –*medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento*– se considerarán como tales, las siguientes instituciones penitenciarias: a) El indulto; b) La redención de penas por el trabajo; c) La salida prolongada ó personal; d) Extramuros; e) La libertad condicional, por ser los instrumentos normativos que más se ajustan a nuestro contenido, máxime, si el propio Tribunal Constitucional de la República de Bolivia, en determinadas sentencias recoge como beneficios, a la *salida prolongada* (Entre otras, la Sentencia Constitucional núm. 0620/2007-R, de 17 de julio de 2007, expediente núm. 2007-16189-33-RCH); *trabajo extramuros* (Entre otras, la Sentencia Constitucional núm. 0620/2006-R, de 27 de junio de 2006, Expediente núm. 2006-14036-29-RHC; SC núm. 0620/2007-R, de 17 de julio de 2007, expediente núm. 2007-16189-33-RCH) y a la *libertad condicional* (Entre otras, la Sentencia Constitucional núm. 1369/2003-R, de 23 de septiembre de 2003, Expediente núm. 2003-07141-14-RHC; SC núm. 1146/2006-R, de 6 de noviembre de 2006, Expediente núm. 2006-14784-30-RHC; SC núm. 0620/2007-R, de 17 de julio de 2007, expediente núm. 2007-16189-33-RCH).

(53) Por disposición del numeral 14 del artículo 172 de la carta fundamental boliviana del año 2009, este «derecho de gracia o perdón soberano» tal como se concibe en la doctrina local, será otorgado –al igual que en la legislaciones argentina, chilena y mexicana–, solo por el Presidente del Estado, «con la aprobación de la Asamblea Legislativa Plurinacional». A contrario, por disposición de la Constitución pasada, el Poder Legislativo era el encargado de conceder los indultos (ex art. 59 numeral 19). Este precepto señalaba lo siguiente: «Son atribuciones del Poder Legislativo: 19.^a Decretar amnistía por delitos políticos y conceder indulto, previo informe de la Corte Suprema de Justicia». La negrita es nuestra.

(54) La *redención de penas por el trabajo*, es la novedad de la LEPS, ya que por primera vez se introduce esta figura penitenciaria en el ordenamiento jurídico boliviano a través del artículo 138. Sin embargo, algunos doctrinarios proponen su eliminación, ya que en la praxis, los jueces de ejecución rechazan estas medidas al advertir que la documentación acreditativa del tiempo trabajado o de estudio no se ajusta a la realidad, no solo por señalar más horas de lo que en realidad trabajan sino también por haberse certificado horas de trabajo o estudio con anterioridad al cumplimiento de su condena. *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B./Del Reposo Romero, M.^a/Valda, L./Miranda, H., *Situación de las cárceles en Bolivia*, Dirección General de Régimen Penitenciario, La Paz, 2006, p. 76, nota 3.

(55) En su origen, el beneficio de *extramuros* en el ordenamiento boliviano fue concedido mediante Resolución Ministerial núm. 2309, de 15 de setiembre de 1992, modificado por el D.S. núm. 2350 de 26 de setiembre de 1992, que a su vez fue modificado por la LEPS (Ley núm. 2298). Actualmente, este instrumento normativo se encuentra regulado en el artículo 169 del capítulo II de la LEPS bajo la rúbrica *periodos del sistema progresivo*. Según la doctrina boliviana, este beneficio, constituye el penúltimo periodo del sistema progresivo, y al igual que la definición adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de la República de Colombia *extramuros* consiste básicamente en trabajar o estudiar fuera de las paredes de la prisión durante el día, para luego retornar al establecimiento penitenciario. Según Flores Aloras, en este estadio de pre-libertad, el interno se prepara para acceder a la última etapa del sistema penitencia-

dos por delitos de terrorismo. En relación a los delitos de tráfico ilícito de drogas (en adelante TID), en Bolivia al igual que en el Ecuador se emitieron leyes draconianas, sin diferenciar las conductas ilícitas desplegadas, lo que devino en la paridad de penas para todos los delitos relacionados al TID. Esta política de emergencia tenía la finalidad de «combatir el crimen»; sin embargo, en la praxis se puede vislumbrar que el impacto que se logra en las organizaciones criminales con la detención masiva de hombres y mujeres resulta poco significativo, dado que la mayor parte de los detenidos son obreros y *mulas* o *burriers* –tal como se conoce en los países latinoamericanos–, que poco conocen de las operaciones de las organizaciones criminales fuera de la prisión, y es en el interior del penal donde los menos favorecidos de esta red criminal se convierten en verdaderos socios de las organizaciones criminales (56).

Si bien en Brasil no se restringe totalmente la concesión de la *libertad condicional* (normalmente se otorga esta figura penitenciaria tras el cumplimiento de la 1/3 parte de la pena, y otros requisitos tales como la no reincidencia en delito grave y posesión de un buen historial; o en todo caso tras el cumplimiento de la 1/2 de la pena si fuera reincidente) para los delitos de tráfico de estupefacientes y drogas afines; no obstante, para los delitos de terrorismo se requiere que el interno haya completado más de los 2/3 de la pena (art. 83 del Código penal brasileño).

Al igual que en Bolivia, en Chile (57) no se podrá conceder el *indulto* (58) por delitos relacionados al control de armas recogidos en

rio boliviano: *la libertad condicional*. Vid. FLORES ALORAS, C., *Derecho Penitenciario y Ley de Ejecución Penal y Supervisión*, Artes Gráficas Carrasco, La Paz, 2007 p. 457.

(56) Para mayor información sobre el contexto en el que se reguló esta institución penitenciaria. Vid. Transnational Institute, *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (Pien Metaal y Coletta Youngers, eds). Docuprint, Amsterdam/Washington, 2010, pp. 28 ss.

(57) En la normativa penitenciaria de la República de Chile, no se recoge expresamente el *nomen iuris* o término *beneficios penitenciarios*, ni se hace referencia a los mismos, bajo ninguna denominación o institución jurídica específica. No obstante, tras una revisión sistemática de los cuerpos normativos chilenos, creemos necesario el estudio de determinadas figuras jurídicas, por aproximarse al concepto de beneficios penitenciarios que hemos asumido desde el enfoque español: instrumentos normativos que han servido y sirven para *acortar las penas privativas de libertad impuestas o para reducir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión*. A tal respecto, dentro de esta definición consideramos a las siguientes instituciones penitenciarias: a) La reducción de condenas en sus dos modalidades: *el indulto presidencial* y *la reducción de condenas* propiamente dicha; b) Las distintas formas de permisos de salida; y c) La libertad condicional.

(58) Frente al indulto particular (concedido por el Presidente de la República), el indulto *general* (concedido por el Legislativo) se dicta por ley de quórum aplicable a quienes se encuentren en sus supuestos. Vid. POLITOFF LIFSCHITZ, S./MATUS ACUÑA,

la Ley núm. 17.798; por conductas terroristas según la Ley núm. 18.314; delitos de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes recogidos en la Ley núm. 18.403. Asimismo, no se concederá la *libertad condicional* (59) a internos cuyos delitos obedezcan a la elaboración o tráfico de estupefacientes (art. único de la Ley núm. 20.230, publicado el 10 de diciembre de 2007, y art. 15 Reglamento de Libertad Condicional).

En Colombia, se restringe el acceso al beneficio (60) del *indulto* (61) para aquellas conductas relacionadas con el crimen orga-

J./RAMÍREZ GUZMÁN, M., «Ejecución de las penas privativas de la libertad», en *Leciones de Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de las Américas, Santiago de Chile, 2009, p. 576; GARRIDO MONTT, M., *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, pp. 379 y 381. Acerca de la naturaleza de este beneficio y de la dificultad de hacerlo coincidir con los postulados de un estado de Derecho, *Vid.* STIPPEL, J. A., *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2006, pp. 77-78.

(59) La libertad condicional –tal y como se recoge en la *normativa penitenciaria chilena*–, no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en condiciones de libertad por el condenado (art. 1 del Decreto Ley núm. 321, Ley de Libertad Condicional, publicada el 12 de marzo de 1925 y modificada por Ley núm. 20.230, del 10 de diciembre de 2007; y arts. 1 y 2 del Reglamento de la Ley núm. 321, aprobado por Decreto Supremo núm. 2.442, publicado el 26 de noviembre de 1926).

(60) La normativa penitenciaria colombiana no recoge expresamente el término *beneficios penitenciarios* para designar algunas instituciones que sí tienen tal naturaleza. No obstante, el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia (Ley núm. 65 de 1993, de 19 de agosto, publicada en el Diario Oficial de Colombia, el 20 de agosto de 1993, en adelante CPCC), en su artículo 146, señala cinco medidas atenuatorias de la pena privativa de la libertad, cuyo *nomen iuris* responde al de *beneficios administrativos* (permisos hasta 72 horas; libertad preparatoria; franquicia preparatoria; trabajo extramuros; penitenciaría abierta). Sin embargo, desde nuestro punto de vista, consideramos dentro del catálogo de beneficios a las siguientes instituciones penitenciarias: (el indulto; la redención de la pena en sus diversas modalidades: trabajo, estudio, etc.; los permisos hasta 72 horas: permisos de salida y permisos de fines de semana; libertad preparatoria; franquicia preparatoria; trabajo extramuros; penitenciaría abierta; la libertad condicional).

(61) El indulto o *beneficio jurídico*, tal como se conoce en la legislación (El artículo 1 del Reglamento de la Ley núm. 418 de 1997, califica al indulto como *beneficio jurídico*: «(...) la autoridad judicial o administrativa correspondiente que evalúe la solicitud del respectivo beneficio jurídico») y en las resoluciones ejecutivas de Colombia (Resolución Ejecutiva núm. 1, de 7 de enero de 1998; Resolución Ejecutiva núm. 93, de 6 de diciembre de 2000; Resolución Ejecutiva núm. 96, de 9 de diciembre de 2000; Resolución Ejecutiva núm. 138, de 4 de setiembre de 2003; Resolución Ejecutiva núm. 73, de 19 de mayo de 2004; Resolución Ejecutiva núm. 77, de 29 de abril de 2005; Resolución Ejecutiva núm. 233, de 25 de agosto de 2005; Resolución Ejecutiva núm. 307, de 17 de noviembre de 2005; Resolución Ejecutiva núm. 229, de 25 de setiembre de 2006; Resolución Ejecutiva núm. 131, de 28 de mayo de 2007), se encuentra regulado en: a) la Ley núm. 418 de 1997, prorrogada y adicionada por las

nizado, cuyas actividades recoge el párrafo segundo del artículo 3.º del Reglamento de la Ley núm. 782 de 2002 (Decreto núm. 4436, publicado en el «Diario Oficial de Colombia» –en adelante «DOC»–, el 11 de diciembre de 2006), como sigue: «extorsión en cualquiera de sus modalidades, desplazamiento forzado, desaparición forzada, tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y aquellos a que se refiere la Ley núm. 67 de 1993, o aquellos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad, y en general, conductas excluidas de tales beneficios por la legislación interna o tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia». Asimismo, no se concederán los *permisos hasta 72 horas* (62), cuando se trate de condenas superiores a diez años, (en virtud del Decreto núm. 232, de 2 de febrero de 1998, con la finalidad de evitar, por esta vía, la fuga (63) de presos, y por ende la desnatura-

Leyes núm. 548 de 1999, publicada en el «DOC» el 23 de diciembre de 1999; Ley núm. 782 de 2002, publicada en el «DOC» el 23 de diciembre de 2002; Ley núm. 1106, publicada en el «DOC» el 23 de diciembre de 2006; y finalmente por la Ley núm. 1421 de 2010, publicada en el «DOC» el 21 de diciembre de 2010; *b*) el Reglamento del artículo 50 de la Ley núm. 418 de 1997 (Decreto núm. 4619 de 2010, publicado en el «DOC» el 13 de diciembre de 2010); y *c*) en el Código Penal (arts. 88 y 99). Para una mayor información sobre esta institución penitenciaria en el ordenamiento colombiano. *Vid.* GUTIÉRREZ URRESTY, A., «Las amnistías e indultos, un habito social en Colombia», *Justicia transicional. Teoría y praxis*, Bogotá, 2006; VARGAS LLERAS, G., «Ministerio del Interior explica qué funciones les quitarán a las altas cortes», en *Diario El Tiempo*, de 28 de junio de 2011; MEDINA, C., «Reforma sobre la justicia, más que global responde a temor actual», en *Diario El Tiempo*, de 10 de noviembre de 2011; PALACIO, E., «No a las mentiras», en *Diario El Tiempo*, de 23 de febrero de 2012; RUBIO, C., «El marco para la paz no es amnistía ni indulto», en *Diario El Tiempo*, de 20 de mayo de 2012; YÁÑEZ, F.: «Drama de mujer que fue expulsada de su casa por su hermano delincuente», en *Diario El Tiempo*, de 24 de agosto de 2012.

(62) Este beneficio *administrativo*, tal como se concibe en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra regulado en el artículo 147 del CPCC. Estas licencias de «naturaleza eminentemente tratamental» y –no como se concibe por cierto sector de la doctrina: auténticos derechos de naturaleza regimental–, tal como lo advierte Téllez Aguilera, arriba a esta conclusión tras advertir que para su disfrute, se exige en la norma, que el interno se encuentre clasificado en periodo semiabierto o de mediana seguridad y a la vez se configura como parte del sistema progresivo.

(63) Con anterioridad a la dación de esta norma, el Catedrático de la Universidad de Alcalá, señaló que la restricción de estas medidas, con el fin de evitar fugas, «desvirtúa absolutamente el sistema formalmente establecido», máxime si se tiene como marco de referencia las experiencias española y francesa, realidades que «han sufrido un mínimo índice de fracasos». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, fascículo I, enero-abril, 1988, p. 182; y en *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 59 y 70. Con similares términos, uno de los primeros discípulos del principal redactor de la LOGP española, resaltó que la restricción de los permisos

lización de *los permisos de salida* (64)) a los internos que se encuentren vinculados con organizaciones delincuenciales en virtud a los informes de inteligencia de los organismos de seguridad del Estado; ni la *libertad condicional* respecto a delitos de desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos (Parágrafo del art. 64 del CP).

En el Ecuador (65), antes de las modificatorias introducidas en el 2008, las rebajas (66) se obtenían de forma poco técnica, esto es, de

de salida bajo el argumento manido de *posibles fugas* constituye un «freno inhibitorio para su real practicidad». Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «Derecho penitenciario colombiano: Una aproximación desde la experiencia española», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, fascículo II, mayo-agosto, 1996, p. 596.

(64) Por tal razón, se determinaron los parámetros, a través de los cuales, los Directores de los establecimientos penitenciarios y carcelarios podrán otorgar *el permiso hasta 72 horas* dependiendo del tiempo de condena de cada interno. Para el ejercicio de esta facultad discrecional, –y de conformidad con el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 (CPCC), el artículo 5.º del Decreto 1542 de 1997 y el presente decreto– los Directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios resolverán la solicitud del permiso hasta por 72 horas, cuando se trate de condenas *inferiores a diez años*. No obstante, cuando se trate de condenas *superiores a diez años* se han establecido determinados parámetros, siendo uno de ellos no estar relacionados al crimen organizado.

(65) Ni en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación (Ley núm. 95, en adelante CEPR), publicado el 9 de junio de 1982 en el Registro Oficial del Ecuador, ni en otros cuerpos normativos se recogen con el *nomen iuris beneficios penitenciarios* a determinadas figuras jurídicas que por su naturaleza y desde el enfoque adoptado sí deberían ser consideradas como tales. Empero, las siguientes instituciones penitenciarias se acercan al concepto asumido: a) el indulto; b) las rebajas; c) la fase de prelibertad; d) la libertad controlada; e) la libertad condicional.

(66) Esta institución penitenciaria entró en vigencia en el Ecuador en mayo de 1996. Tanto los preventivos como los sentenciados podían acceder a ellas reduciendo 180 días de prisión por cada año de condena –más conocido como «el sistema del 2 x 1»–. Esta forma de reducción estuvo en vigencia hasta el 28 de setiembre de 2001, fecha en que la reducción de los 180 días operaba por cada 5 años de condena ejecutada. Para más detalles al respecto, *Vid.*, <http://privadosdelalibertad>.

forma burocrática y discrecional, cuando el mero transcurso del tiempo era el requisito suficiente para su concesión; asimismo, los criterios de evaluación que se encontraban en los informes emitidos por la Dirección de Evaluación y Diagnóstico de la Dirección de Rehabilitación Social no eran técnicamente verificables. Ante este despropósito, el Pleno de la Asamblea Constituyente a través del artículo 2 de la Ley Reformativa al Código de Ejecución de Penas y Código Penal para la transformación del sistema de rehabilitación social (Resolución de 22 de julio de 2008 publicada en el Registro Oficial núm. 393 el 31 de julio del mismo año), que sustituye el artículo 32 del CEPR y modificada por la resolución ampliatoria sobre la rebaja de penas de 25 de agosto de 2010, publicada en el Registro Oficial núm. 276, de 10 de setiembre de 2010, establece que «la reducción de penas operará sobre un sistema de méritos que permita evaluar la buena conducta y la colaboración activa del interno en su rehabilitación, que se demostrará por la participación en procesos culturales, educativos, laborales, de tratamientos de adicciones u otros». Y precisamente por ello, restringe su concesión para delitos de «trata de personas, crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión, determinados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional».

En virtud del artículo 7 de la Ley del Indulto de Honduras (Decreto núm. 31-2013 publicada el 4 de abril de 2013 en el Diario Oficial), se

blogspot.com.es/p/rebaja-de-penas-para-los-privados-de-la.html, consultado el 27 de abril de 2013. La doctrina científica, la ha relacionado indistintamente con los beneficios de redención de penas por el trabajo o el indulto particular, y con el 4.º grado del sistema de individualización científica: la libertad condicional. Entre otros, Castejón, la señalaba como «el único precedente de la libertad condicional» Cfr. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*, Madrid, p. 279; en el mismo sentido, Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Losada, Buenos Aires, 1964, p. 757. Por su parte, Castellanos, la identificaba, como el antecedente del actual beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo. Vid. CASTELLANOS, P., «Abadía y su presidio en Málaga», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 13, abril, 1946, p. 1722 ss.; en la misma línea orientadora, García Valdés, como el «antecedente, aunque lejano, parcial e impropio, de la redención de penas por el trabajo». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen Penitenciario de España (investigación histórica y sistemática)*, Instituto de Criminología, Madrid, 1975, p. 30; el mismo: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, reimpresión, 1995, p. 141; el mismo: *Del presidio a la prisión modular*. 3.ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, p. 18; y más recientemente, Sanz Delgado, la ha identificado, *ab initio*, como «un verdadero beneficio penitenciario (...) conformando así un instrumento útil, reformador del penado, encaminado a estimular y premiar su corrección y posterior reaplicación social». Cfr. SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del s. XIX*, Edisofer, Madrid, p. 212; el mismo, *Regresar antes: Los beneficios penitenciarios*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, p. 45.

exceptúa del beneficio del *indulto* (67) a las personas condenadas por delitos de criminalidad organizada (asociación ilícita, lavado de activos, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, tráfico de drogas, extorsión y secuestro). Asimismo, los internos no podrán acceder a este beneficio si al momento de la presentación de la solicitud estén gozando de otros beneficios penitenciarios o se haya revocado la *libertad condicional* o el beneficio de *preliberación* (art. 9 de la citada Ley).

En México (68) no se podrá conceder el beneficio del *indulto* (69) por delitos relacionados al crimen organizado: terrorismo y secuestro (art. 97 del Código Penal Federal, en adelante CPF). No obstante, la citada previsión legal establece de forma excepcional, que el Ejecutivo Federal, en uso de sus facultades discrecionales, expresando razones y fundamentos, podría conceder el Indulto en los siguientes casos: a) Por los delitos de carácter político; b) Por otros delitos cuando la conducta de los responsables haya sido determinada por motivaciones de carácter político o social, y c) Por delitos de orden federal o común en el Distrito Federal, cuando el sentenciado haya prestado importantes servicios a la Nación. En este caso, el solicitante recurrirá directamente al Ejecutivo Federal con su petición, por conducto de la Secretaría de Gobernación, debiendo acompañar los justificantes de los servicios prestados a la Nación (art. 558 del Código Federal de Procedimientos Penales, en adelante CFPP). Asimismo el beneficio

(67) Este beneficio se encuentra recogido en el numeral 24 del artículo 245 de la Carta fundamental de la República de Honduras, así como en el artículo 96 del Código Penal.

(68) Las instituciones penitenciarias, objeto de estudio, se recogen por primera vez con el nomen *beneficios penitenciarios* en la Ley de Ejecución de sanciones y reinserción social para el Distrito Federal publicada el 16 de junio de 2011 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de México y en el Reglamento de esta Ley, en adelante LESPRSDF, publicado el 02 de agosto de 2012, en el mismo diario oficial del Distrito Federal. Los *beneficios penitenciarios* que recoge el artículo 29 de la LESPRSDF, son los siguientes: a) Reclusión domiciliaria mediante monitoreo electrónico a distancia; b) Tratamiento preliberacional; c) Libertad preparatoria y d) Remisión parcial de la pena. Sin embargo no son las únicas instituciones que se consideran como beneficios penitenciarios en sí, sino también pueden encajar dentro de un concepto amplio las siguientes: el indulto; los permisos de salida y la semilibertad.

(69) Esta institución de carácter político, en virtud a la facultad que le otorga el apartado XIV del artículo 89 de la ley fundamental mexicana, será concedida por el Ejecutivo, esto es por el Presidente de la República de México, previa revisión de los comprobantes o justificantes; o «si así conviniere a la tranquilidad y seguridad públicas tratándose de delitos políticos, sin condición alguna o con las que estimare convenientes» (art. 559 CFPP). Y, en los demás casos, tal como se verá *infra*, el interno dirigirá su solicitud a la Suprema Corte de Justicia.

de *Reclusión domiciliaria mediante monitoreo electrónico a distancia* (70), no será materia de concesión por delitos de tráfico de menores en los supuestos de los párrafos tercero y cuarto del artículo 169 del Código penal mexicano; desaparición forzada de personas (art. 168 CPF); corrupción de personas menores de edad o personas que no tengan la capacidad de resistir la conducta (arts. 183, 184 y 185 CPF); turismo sexual (art. 186 CPF); pornografía (arts. 187 y 188 CPF); extorsión (art. 236 CPF); asociación delictuosa y delincuencia organizada (arts. 253, 254 y 255 CPF). Así como aquellos delitos previstos en leyes generales de competencia del Distrito Federal (art. 32 LES-PRSDF). Igualmente, no se concederá los beneficios de *tratamiento preliberacional* (71) y *libertad preparatoria* (72) para delitos de tráfico de menores en los supuestos de los párrafos tercero y cuarto del artículo 169 del CPF; turismo sexual (art. 186 CPF); trata de personas (art. 188 Bis CPF); extorsión (art. 236 CPF); asociación delictuosa y delincuencia organizada (arts. 253, 254 y 255 CPF); todos los delitos son del Código Penal excepto en los casos de colaboración previstos por la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal; tampoco se concederá a quienes se les haya otorgado anteriormente éste o algún otro beneficio. Al igual que *los permisos de salida*, los internos sentenciados por delitos relacionados a la criminalidad organizada no podrán acceder a la *libertad preparatoria* (arts. 43 y 44 de

(70) En la legislación mexicana, se define a este instrumento normativo como «un medio de ejecutar la sanción penal hasta que se alcance el beneficio de tratamiento preliberacional, y tendrá por finalidad la reinserción social del sentenciado con base en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte» (art. 30 LESPRSDF).

(71) Según lo dispuesto en la LESPRSDF, el *tratamiento preliberacional* consiste en la preparación del sentenciado y su familia en forma grupal o individual, a través de salidas grupales con fines culturales y recreativos, visitas guiadas y supervisadas por el personal técnico (art. 34 LESPRSDF). Sobre las salidas grupales con fines culturales y recreativos, vid. la experiencia de los funcionarios encargados de la custodia de los internos, pertenecientes al Centro de Ejecución de Sanciones Penales Varonil Norte de México. Los citados funcionarios relatan la experiencia de los internos, con los siguientes términos: «los internos al principio no supieron cómo reaccionar ante la libertad, posteriormente jugaron fútbol entre ellos fuera del reclusorio». Cfr. «La libertad. Seguridad Pública y Desastre», en *Diario Metro*, de 18 de febrero de 2012, p. 1. En el mismo sentido, Vid. MARTÍNEZ, D., «Tienen probadita de libertad», en *Diario Reforma*, 18 de febrero de 2012, pp. 1-2.

(72) La *libertad preparatoria* o libertad condicional, según la doctrina y legislación mexicana, constituye un *beneficio penitenciario* (art. 36 LESPRSDF). La doctrina ha advertido que la institución de la *libertad preparatoria* viene a constituir lo que se conoce hoy como la libertad condicional. Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, C., *Leciones de Derecho penitenciario*, México D. F., 1953, p. 215; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho...*, II, *ob. cit.*, p. 1242.

la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada). No obstante, se establece una excepción, respecto de aquellos internos que colaboren en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada. En consecuencia, estos últimos, sí podrían acceder a estas medidas de prelibertad, previa valoración, claro está, del Juez.

Adicionalmente, según el artículo 19 de la Ley General para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro (reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) (73), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2010, quienes cumplan una sentencia por los delitos que recoge la citada Ley, no podrán acceder a la *libertad preparatoria*. No obstante, al igual que la Ley anterior, quienes colaboren proporcionando datos fehacientes o suficientes elementos de convicción a la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada o de bandas de personas dedicadas a la comisión de delitos en materia de secuestros y para la localización y liberación de las víctimas conforme al Código Penal Federal y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, tendrán derecho a la *libertad preparatoria*, siempre que concurren todas las condiciones que a continuación se enuncian: *a)* Respecto de los delitos sancionados con una pena que no exceda de cuatro años de prisión; *b)* El sentenciado acepte voluntariamente la colocación de un dispositivo de localización por el tiempo que falte cumplir la pena de prisión y pague el costo de su operación y mantenimiento; *c)* El sentenciado sea primodelincuente; *d)* En su caso, cubra la totalidad de la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido condenado en forma solidaria y mancomunada y sea determinada dicha reparación; *e)* Cuenten con una persona conocida que se comprometa y garantice a la autoridad penitenciaria el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el sentenciado; *f)* Compruebe fehacientemente contar con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias adecuadas que acrediten que continuará estudiando; *g)* Cuenten con fiador, y *h)* Se obligue a no molestar a la víctima y a los testigos que depusieron en su contra, así como a sus parientes o personas vinculadas a éstos.

(73) Esta Ley fue aprobada por el Senado de la República de México con 353 votos a favor, 4 en contra y 8 abstenciones. Para mayor información al respecto. *Vid. MARTÍNEZ BARRERA, V.*, «Aprueban Ley Federal contra el secuestro», en *Foro Jurídico*, núm. 86, noviembre, 2010, pp. 44 ss.

En cuanto a los *permisos de salida* (74) en México, los artículos 43 y 44 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (75), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996, los internos sentenciados, por los delitos que se recogen en esta normativa (art. 2) no podrán acceder al tratamiento preliberacional. En consecuencia, si los *permisos de salida* forman parte de éste tratamiento, tampoco serán materia de concesión. Sin embargo, el primero de los preceptos señalados, establece una excepción: «salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada». Por consiguiente, quienes colaboren para tal investigación podrán ser acreedores de los *permisos de salida*.

Si bien en Nicaragua no se restringe totalmente la concesión de la *libertad condicional* [normalmente se otorga esta figura penitenciaria tras el cumplimiento de las 2/3 partes de efectiva prisión, cuando con-

(74) Los orígenes de esta institución se remontan a los primeros permisos concedidos a los detenidos por graves razones familiares. Estos fueron otorgados en el Palacio Negro de Lecumberri, a pesar del silencio del Reglamento federal mexicano de 1902. En ese sentido, la incardinación de esta figura en el Reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal de 1979 (hoy derogado) respondió a «una modalidad de tratamiento, es decir como instrumento para facilitar los contactos del detenido con el mundo exterior y principalmente con su familia». Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, J., *Derecho de Ejecución de Penas*, Porrúa, México, D. F., 1985, p. 226. Asimismo, se introdujo esta figura en el Código penal de 1931, como parte del sistema progresivo, al conceder permisos y salidas diurnas a los internos próximos a alcanzar el cumplimiento de su condena. Vid. COCA MUÑOZ, J., «El sistema penitenciario mexicano: a un paso del colapso», en *Ius*, núm. 19, enero, 2007, p. 177. Ahora bien, a través de los *permisos de salida*, según la doctrina mexicana, se potencian los contactos del interno con el mundo exterior. En consecuencia, se entiende que esta finalidad, se encuentra directamente relacionada con «el fin primario que impregna a las instituciones penitenciarias mexicanas, el relativo a la resocialización». Cfr. ZARAGOZA HUERTA, J., *El sistema penitenciario mexicano*, Elsa G. de Lezcano, México D.F., 2009, p. 143. En el mismo sentido, Vid. ZARAGOZA HUERTA, J./BARBA ÁLVAREZ, R./LÓPEZ MARTÍNEZ, C., «Los derechos humanos en el ámbito carcelario mexicano», en *El mundo del abogado*, núm. 127, noviembre, 2009, p. 13; ZARAGOZA HUERTA, J., *El nuevo sistema penitenciario mexicano. De la justicia retributiva a la justicia restaurativa*, Tirant lo Blanch, México D.F., 2012, p. 179.

(75) Sobre esta Ley, algún autor ha mostrado su indignación, ya que según su postura, se recoge postulados del Derecho penal del enemigo para fundamentar la restricción de los permisos de salida, del tratamiento preliberacional, entre otros. Vid. RIVERO LAGARRETA, J., «El derecho penal del enemigo en las leyes mexicanas», en *El mundo del abogado*, núm. 126, octubre 2009, pp. 36 ss. Asimismo, bajo la misma denuncia, Vid. MENDOZA BREMAUNTZ, E., «El régimen progresivo técnico en el penitenciarismo mexicano del año 2006», en *Criminogénesis*, núm. 0, julio, 2007, pp. 155 ss.; la misma, «El Juez de ejecución penal o vigilancia penitenciaria. Una figura nueva en el sistema jurídico mexicano», en *Criminogénesis*, núm. 6, marzo 2010, p. 172.

curran las circunstancias del Código Penal (76)] en delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico y extracción de órganos y tejidos humanos, tráfico de migrantes ilegales, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas exceptuando el delito tipificado de tenencia en el Código Penal, lavado de dinero bienes o activos, tráfico ilícito de armas, fabricación, tráfico, tenencia y uso de armas restringidas, sustancias o artefactos explosivos, tráfico ilícito de vehículos, crimen organizado, su otorgamiento está condicionado al cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena efectiva de prisión (art. 16 de la Ley núm. 745 (Ley de Ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal publicada en el Gaceta Oficial en Managua el 26 de enero de 2011).

Como apartado más detenido, se abordará la restricción de los beneficios en el Perú, con una mayor extensión por tratarse de mi país de origen. En este país se ha vivido y se sigue viviendo una suerte de obsesión, de restricción desenfrenada en el acceso a los beneficios penitenciarios (77) respecto a los delitos materia de estudio, bajo argumentos de lucha contra el crimen organizado y de preeminencia de la seguridad ciudadana (78). Los años de las décadas de los 80 y 90

(76) Según el artículo 108 del Código Penal de Nicaragua se concederá la libertad condicional al contado «a la pena de prisión más de cinco años, que haya cumplido las dos terceras partes de su condena y al condenado a la pena de presidio por más de nueve años, que haya cumplido las tres cuartas partes de condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, y sus antecedentes de todo orden, permitan al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir».

(77) El Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo núm. 654, publicado en el Diario oficial *El Peruano*, el 2 de agosto de 1991) recoge taxativamente el catálogo de estas medidas atenuatorias de la pena privativa de la libertad, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica *Beneficios Penitenciarios*. El artículo 42, señala los siguientes beneficios: a) Permiso de salida; b) Redención de la pena por el trabajo y la educación; c) Semilibertad; d) Libertad Condicional; e) Visita íntima; f) Otros beneficios.

(78) Actualmente, el Presidente de Consejo de Ministros del Perú, ha convocado, como parte de la agenda política, a sendas reuniones no solo con los poderes del Estado, sino también con empresarios del sector local para afrontar el flagelo del crimen organizado que se está viviendo en los últimos años en el Perú, con el propósito de lograr un pacto de seguridad nacional. Para mayor información, *Vid.* <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=11599>, consultado el 10 de mayo de 2013. Asimismo, en otra de las reuniones, la Presidencia de Consejo de Ministros acordó garantizar la integridad de los jueces y fiscales en la «lucha contra el crimen organizado» y a fin de tener una única base de datos de criminalidad, el Ejecutivo creó el comité estadístico interinstitucional que homologará la información que manejan el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional, el Ministerio de Justicia, el Instituto Nacional Penitenciario (Inpe) y el Instituto Nacional de Estadística e Informática en esta materia. *Vid.* <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido>

fueron el escenario, el contexto en el que el país andino sufrió la presencia, desarrollo y actividad de grupos terroristas como Sendero Luminoso, cuya figura representativa recae en Abimael Guzmán, más conocido como el «Presidente Gonzalo» entre los miembros de su organización. Para hacer frente a este grupo terrorista y a su principal cabecilla, el Estado desplegó una serie de acciones, lo que a la postre provocaron un conflicto armado interno y una violación sistemática de los Derechos Humanos. Tras la eliminación o relevante disminución del terrorismo, tal como lo anunciaron el otrora Presidente del Perú, Alberto Fujimori Fujimori, y su principal asesor, Vladimiro Montesinos Torres, una de las medidas adoptadas fue la restricción progresiva de los *beneficios penitenciarios* para estos cruentes delitos. Así, con la promulgación del Código de Ejecución Penal de 1991, se restringió el acceso al beneficio penitenciario de *redención de penas por el trabajo y la educación* para los condenados por delito de terrorismo. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo núm. 927, de fecha 20 de febrero de 2003, se limita la concesión de los beneficios penitenciarios para el delito de terrorismo, esto es, se establece el denominado 7×1 , es decir, el penado puede redimir un día de pena por siete días de trabajo o de estudio, eliminándose la *semilibertad* (79) y la *libertad condicional*. Empero, el culmen de esta vulneración se presenta a través de la Ley núm. 29492, de fecha 14 de octubre de 2009, que derogaba el Decreto Legislativo núm. 927 y suprime los beneficios penitenciarios de *redención de penas y libertad condicio-*

&id=11613, consultado el 10 de mayo de 2013. Por otro lado, el Fiscal de la Nación, José Antonio Peláez Bardales, precisó en el programa de televisión Los Fiscales que la institución que lidera trabaja denodadamente para enfrentar la inseguridad ciudadana, a través de una serie de actividades en materia de prevención, persecución estratégica del delito, y contra la delincuencia organizada; prueba de ello es que, de enero del 2012 a la fecha, se han desarticulado 24 organizaciones criminales a nivel nacional gracias a las investigaciones de los fiscales en coordinación de la Policía Nacional del Perú. «La labor del Ministerio Público también se centra en la prevención, por tal razón lleva adelante cinco programas estratégicos que permiten acercarnos a la ciudadanía. Vid. <http://190.12.76.211/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=11623>, consultado el 10 de mayo de 2013.

(79) La semilibertad, según la doctrina peruana, es un mecanismo de pre-libertad, concedido por el Órgano Jurisdiccional competente, teniendo en cuenta la buena conducta observada por el interno sentenciado durante su permanencia en el establecimiento penal, en razón de la favorable evolución lograda dentro del tratamiento adoptado para su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad, donde su concesión está condicionado a reglas de conducta, cuyo incumplimiento trae como consecuencia la revocatoria. Vid. SOLÍS ESPINOZA, A., *Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal*, 5.ª ed., Editores ByB, Lima, 1999, pp. 298 ss.; SMALL ARANA, G., *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*, Grijley, Lima, 2006, pp. 122 ss.

nal para los delitos de terrorismo. No obstante, se debe tener en cuenta que dicha restricción no alcanza a todos los beneficios penitenciarios sino solamente a la *redención de penas por el trabajo y el estudio* y a la *libertad condicional*, quedando a discreción del Director del establecimiento penitenciario la concesión del *permiso de salida* y la *visita íntima*.

Asimismo, el pasado 6 de diciembre de 2011, en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, a través del Acuerdo Plenario núm. 8-2011/CJ-116, se estableció como doctrina legal el criterio por el cual se justifica la restricción de los beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Si bien el principio que rige el sistema de penas en el Perú, es el de prevención especial positiva, no debemos desconocer, *en cuanto tienen de válido y positivo*, el papel complementario de las finalidades de advertencia e intimidación sobre la colectividad, que recogen las tesis preventivo-generales – y tal como resalta el acuerdo señalado -, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites compatibles con el principio de *proporcionalidad* (80). A tal respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú a través del Recurso de Nulidad núm. 3437-2009-Callao, de fecha 19 de abril de 2010, en su fundamento jurídico núm. 6, ha señalado el rol predominante de la prevención especial positiva, así como el papel complementario de los fines de la pena con estos términos: «(...) el primer paso de la determinación e individualización de la pena implica tomar partido acerca del fundamento y sentido de la pena estatal; así, la teoría de la pena permite establecer *la razón y la finalidad* de la sanción jurídico-penal y su aplicación al caso concreto, al imprimir a la legislación, y a la aplicación y ejecución de la pena, una determinada orientación, que debe ponderar la defensa de la sociedad y la protección de la persona humana; la pena *debe cumplir un fin eminentemente preventivo dentro de la sociedad, facilitando la reconciliación normativa del autor con el orden jurídico, afianzando el respeto de las normas por parte de los ciudadanos; es decir, que junto a los fines preventivo-generales positivos, la pena estatal debe buscar un efecto preventivo-especial positivo con el fin de incidir favorablemente en la personalidad del infractor, y cuando esto no fuera posible debe evitar que la pena deso-*

(80) El principio de proporcionalidad ha sido recogido por el fundamento jurídico núm. 6 de este acuerdo plenario, como de relevante configuración y eje rector del principio preventivo especial que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende una ejecución no desocializadora de las mismas, esto es lo que se ha denominado «concepto constructivo de ejecución de sentencias penales».

cialice o empeore la situación del culpable. Todo ello supone entender que la pena estatal genera efectos sociales positivos en la medida que respeta y se mantiene dentro de los límites del principio de proporcionalidad» (81).

Con el ánimo de seguir la hoja de ruta «lucha contra el crimen organizado» emprendida por cada gobierno de turno, se continúa emitiendo leyes en el Perú. Así, según el Decreto Legislativo núm. 1106 «De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado» publicado en el diario oficial «El Peruano» el 16 de abril de 2012, no se otorgarán los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y estudio, semilibertad y libertad condicional* a quienes incurran en la agravante contemplada en el segundo párrafo del artículo 4, cuyo contenido es como sigue «(...) la pena será privativa de la libertad no menor de 25 años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas» (art. 11 del DL citado).

En los últimos meses del presente año, la «*legislación motorizada*» (82) se puede vislumbrar a través de los sendos proyectos de ley que emiten los congresistas adscritos a diversos partidos políticos. A finales del año pasado, el 14 de diciembre de 2012, se presentó el Proyecto de Ley Penal contra el Crimen Organizado (83) núm. 1833/2012.PE, firmado por el Presidente de la República del Perú, Ollanta Humala Tasso y por el Presidente del Consejo de Ministros, Juan Federico Jiménez Mayor ante el Congreso de la República, el mismo que ha sido modificado por el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (Periodo anual de sesiones 2012-2013) presentado ante el Congreso el 17 de mayo de los corrientes, en el que se estableció la restricción de los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y libertad condicional* a agentes que actúen como líder, jefe o cabecilla o ejerza funciones de administración, dirección, supervisión o financiación de la organización criminal. Asimismo, el Dictamen señalado amplía la restricción de los beneficios penitenciarios señalados al agente que en condición de integrante de

(81) La cursiva es nuestra.

(82) Aun refiriéndose a la reforma del Código penal del año 2003 que, sobre similares parámetros político-criminales, tuvo lugar en España. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro...», *ob. cit.*, p. 1.

(83) La exposición de motivos de este Proyecto Ley señala que la emisión de esta Ley no se respalda en teorías o construcciones dogmáticas del Derecho penal del enemigo sino en una respuesta del legislador ante un fenómeno gravoso que amenaza en socavar las bases mismas del Estado de Derecho.

la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables. Tampoco podrán acceder los demás integrantes de la organización criminal, cuando el delito esté relacionado al homicidio calificado, secuestro, trata de personas, robo agravado y extorsión y aquellos que hayan intervenido en actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia (art. 1 y 2 del Decreto Legislativo núm. 1106) respecto a dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conocen o deberían presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

El 1 de abril de 2013 se presentó el Proyecto de Ley núm. 2057/2012-CR, por el Congresista Víctor Isla Rojas perteneciente al Grupo Parlamentario Gana Perú, en el que se propuso la eliminación de los beneficios penitenciarios de *redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad, la libertad condicional e indulto* para delitos de trata de personas (art. 153 del CP). Asimismo, propone la restricción de la *semilibertad y libertad condicional* para delitos de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (art. 296 del CP); formas agravadas del TID (art. 297 CP); consumo involuntario de droga (art. 301 del CP); instigación al consumo de droga (art. 302 CP). La exposición de motivos de este Proyecto Ley se respalda en la política penal predominante que proclama una defensa de la sociedad y de la seguridad ciudadana, cuyas características principales son: el protagonismo de la delincuencia clásica, la prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, y el populismo y la politización del derecho penal, lo que justifica, según sus términos, la restricción de los beneficios penitenciarios para determinados delincentes que no logran resocializarse. En el mismo sentido se ha basado la exposición de motivos del Proyecto Ley que introduce criterios de política criminal en la persecución de delitos de cuello blanco, presentado el 10 de mayo de 2013 por el grupo parlamentario Acción Popular-Frente Amplio compuesto por los congresistas Mávila León, Rosa Delsa, Lescano Ancieta, Guevara Amasifuen, Inga Vásquez, Mendoza Frisch, Rimarachin Cabrera. Los citados congresistas aseguran que «la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales y pugna por serlo también en la aplicación legal. Las fuerzas políticas de todo espectro ideológico han entendido la inigualable posibilidad de obtener réditos políticos: establecer una relación entre las demandas populares y la configuración del Derecho penal a través de la aceleración del tiempo

legiferante y la irrelevancia, cuando no la eliminación, del debate parlamentario e, incluso, del gubernamental».

Con anterioridad, el 29 de abril de 2013 se presentó el Proyecto Ley núm. 2155/2012-CR, por el Congresista José León Rivera (Presidente de la Comisión Especial Multipartidaria de Seguridad Ciudadana del Congreso de la República del Perú), en el que la *redención de la pena mediante el trabajo y la educación* se ejecuta a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio para delitos de trata de personas. En el caso de reincidentes y habituales de estos delitos, *la redención de la pena por el trabajo y estudio* opera a razón de un día de pena por siete días de trabajo o estudio. Su exposición de motivos también se basa en el modelo de seguridad ciudadana expuesta en los demás Proyectos de Ley, con los siguientes términos: «En épocas de inseguridad ciudadana como la presente se tolera por la sociedad una más grave injerencia en los bienes jurídicos del infractor. Por ello se toleran penas tan graves como la cadena perpetua. La injerencia en los bienes jurídicos del infractor se hace necesaria a fin de mantener el sentimiento de seguridad ciudadana y neutralizar la alarma social producida por el delito. Sin embargo, a pesar que el legislador nacional ha acudido a penas severas produciendo una mayor intervención en los bienes jurídicos del infractor no ha podido evitar que éstos ataquen bienes jurídicos fundamentales, sobre todo aquellos que califican como reincidentes, por lo que se hace necesario que el Estado restrinja los beneficios penitenciarios a fin de generar en ellos un mayor tiempo de rehabilitación». En mayo de los corrientes, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que preside la congresista María Soledad Pérez Tello adscrita al partido político Alianza por el Gran Cambio, aprobó el proyecto de ley que fija las reglas para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos relacionados al crimen organizado y endurece las penas hasta 35 años de prisión. Según el proyecto los delitos cometidos por una organización criminal no tendrán beneficios penitenciarios como la *redención de la pena por el trabajo y educación, semilibertad y liberación condicional*.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú a través de la Sentencia núm. 0010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003, deja entrever la justificación, respecto a la prohibición que el legislador había efectuado para no conceder beneficios penitenciarios por delitos de terrorismo, negando toda posibilidad de vulneración al *principio constitucional de igualdad ante la ley*. Así lo estableció el TC con los siguientes términos: «no se considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se el *principio de igualdad*, toda vez que se

justifican en atención a la *especial gravedad del delito* en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que con su dictado se persiguen proteger». De lo antes citado, se puede colegir a la *igualdad* como un principio, en su sentido *material y no como un derecho* (84), es decir, igualdad dentro del marco estricto de la ley, permitiendo otorgar distintos beneficios penitenciarios en función de la naturaleza del delito. Asimismo, el Tribunal Constitucional, a través del fundamento jurídico núm. 82 de la Sentencia núm. 00033-2007-PI/TC de 13 de febrero de 2009, ha justificado la vulneración del principio-derecho de igualdad, *que ha generado la restricción de los beneficios*, con la amenaza que ha suscitado el desarrollo de determinados delitos. A tal respecto, ha señalado lo siguiente: «(...) la afectación o intervención del Principio derecho de igualdad (leve) que genera la exclusión del otorgamiento de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a un grupo de internos (...), tiene como fin constitucional relevante la obligación que tiene el Estado de garantizar la protección de la población de las amenazas contra su seguridad (...)». Si bien el Tribunal Constitucional del Perú ha tratado de fundamentar tal restricción, lo cierto es que el argumento de lesividad social de los actos terroristas, o de los de crimen organizado, no tiene por qué tener una consecuencia inmediata en la concesión o no de beneficios penitenciarios para los que cumplen condena para estos delitos. De ser así, se estaría dando un salto lógico que se trasladaría de la consideración del hecho lesivo ocurrido (Derecho penal del acto), hacia la personalidad

(84) El Tribunal Constitucional del Perú, en las STC núm. 0045-2004-PI, (fundamento jurídico 20.º); STC núm. 0004-2006-PI/TC (fundamento jurídico 116.º); STC núm. 00033-2007-PI (fundamento jurídico 57.º), de fecha 13 de febrero de 2009; STC núm. 00033-2010-PI/TC, de fecha 10 de abril del 2012 (fundamento jurídico 8.º), ha elaborado un concepto propio sobre la *igualdad* desde una doble perspectiva (como *derecho y principio*), basándose en el siguiente razonamiento: «(...) la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto *principio*, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto *derecho fundamental*, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras («motivo» «de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares) será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad (...)»

del agente (Derecho penal de autor), a quien se le considera *a priori* como peligroso, negándole toda posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios. Esta crítica se conecta con una de índole político-criminal de tolerancia cero (85), pues la consideración de tal peligrosidad se hace a partir de una supuesta zozobra provocada en la población por el actuar delictivo de *estos delincuentes* (86).

Ahora bien, en términos comparativos, el argumento de lesividad social de la acción por estos delitos, se desvanece por sí mismo, si verificamos que efectivamente en la sociedad peruana, son perpetrados delitos de mayor incidencia en su regularidad y su magnitud de zozobra real. No obstante, no son tratados con el mismo rigor penitenciario. Por ejemplo, para el delito de *homicidio simple o calificado*, se aplica la regla general –*sin ninguna variación hasta el momento*– y sigue operando el mecanismo del 2×1 para efectos de *redención de pena*, concediendo la *semilibertad* y la *liberación condicional* al cumplirse la tercera parte y mitad de la condena respectivamente. Por consiguiente, creemos que, si con delitos de mayor lesividad objetiva y con mayor generación de inseguridad objetiva y regularidad en ascenso, no se aplican medidas restrictivas de los beneficios penitenciarios, ello obedece a una consideración adicional, *en delitos de terrorismo y criminalidad organizada*, de índole ideológica, que va en contra no solo del principio de igualdad, sino de los fines de la pena y del tratamiento penitenciario en general. En todo caso, si el legislador planea endurecer las sanciones para estos delitos, tal como se ha enunciado *supra*, estas deben ser planteadas en el nivel abstracto de los marcos punitivos, pero no en una negación de análisis individual propio del tratamiento penitenciario. Máxime, si en la experiencia no se ha demostrado que el incremento de la pena conlleve una reducción de la criminalidad.

El desencadenamiento de delitos que generan una mayor conmoción social en Venezuela (87) ha sido la causa para que el legislador

(85) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Ley de cumplimiento íntegro...», *ob. cit.*, p. 2.

(86) Efectivamente, las reacciones emotivas de la sociedad provocadas por sensaciones de inseguridad, han sido sosegadas con la creación de estas previsiones legislativas. Por consiguiente, se denota un claro predominio del simbolismo de la norma penal por encima de su eficacia. Vid. MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente...», *ob. cit.*, p. 14.

(87) Tanto en la Ley de Régimen Penitenciario, publicada en la Gaceta Oficial el 19 de junio de 2000 (en adelante LRP) como el Código Orgánico Procesal Penal, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela el 15 de junio de 2012 y que entró en vigencia el 1 de enero de 2013 (en adelante COPP), recogen una serie de medidas que las titulan bajo la rúbrica *fórmulas alternas de cumplimiento de condena*. Dentro de estas medidas, las instituciones que encajan dentro de nuestro con-

determine –a excepción de los requisitos establecidos para cada fórmula alternativa– el cumplimiento efectivo de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta al penado para el otorgamiento de beneficios de *trabajo fuera del establecimiento* (88), *destino a régimen abierto y libertad condicional* (89), cuyas sentencias hayan sido consecuencia de la perpetración de los siguientes delitos relacionados al crimen organizado: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra (Párrafo 2.º del art. 488 COPP). Asimismo no se concederá el beneficio del *indulto* a la autoridad pública, sea civil o militar que ilegítimamente prive de libertad a una persona ni a los miembros de una organización criminal que desaparezcan a una persona mediante plagio o secuestro (art. 181-A CP).

Para mitigar la ola de criminalidad, el legislador venezolano no solo ha creído conveniente agravar los marcos abstractos de la pena, sino también, restringir los beneficios penitenciarios para determinados delitos, como si se tratara de la mejor solución al fenómeno actual y que lamentablemente, todos los países sin excepción la vienen apli-

cepto de *beneficios penitenciarios* son las siguientes: el indulto, la redención de penas por el trabajo, destino a régimen abierto, destacamento de trabajo, salidas transitorias hasta 48 horas, libertad condicional.

(88) Según la normativa penitenciaria, esta institución penitenciaria consiste en el trabajo que desempeñará el interno fuera de los muros de la prisión. Se les organizará en grupos y serán destinados a trabajar en obras públicas o privadas en las mismas condiciones que los trabajadores libres, *bajo la dirección y vigilancia de personal de los servicios penitenciarios*. También se conoce a esta fórmula alterna de cumplimiento de condena con el nombre de *Destacamento de trabajo* (arts. 66 y 67 del LRP y 488 del COPP).

(89) A diferencia de otros ordenamientos, la *libertad condicional* en Venezuela, también se concede bajo motivos humanitarios. Por ejemplo, el artículo 491 del COPP dispone que si el interno padeciera una enfermedad grave o estuviere en fase terminal podrá acceder a esta figura penitenciaria –*previo diagnóstico de un especialista, debidamente certificado por el médico forense o medida forense*–. No obstante, si recuperara la salud o mejorara notablemente, continuará el cumplimiento de la condena en prisión. Esta modalidad de concesión, bajo tintes humanitarios, se entiende que prescinde de la primera modalidad de acceso: *cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes de la pena impuesta*. Máxime, si el artículo siguiente (492 COPP), se limita a la exigibilidad de la verificación del cumplimiento de los *requisitos señalados*, entendiéndose como tales a la enfermedad grave o en fase terminal debidamente certificada, sin que incluya el cumplimiento de los $\frac{3}{4}$ de condena impuesta.

cando. Sin embargo, reiteramos incisivamente que no compartimos estas decisiones por dos motivos esenciales: a) por ser vulneradoras de los derechos fundamentales del interno: *derecho a la igualdad*; b) negación a priori del fundamento constitucional que orienta las penas: prevención especial positiva o resocialización de los penados.

5. CONCLUSIONES

Si bien el crimen organizado ha traspasado fronteras generando alarma social o cierta sensación de miedo en la seguridad ciudadana, las herramientas o mecanismos, para hacer frente a esta ola expansiva debieran estar al mismo nivel o en estándares superiores para desarticular, eliminar o erradicar las redes criminales. No obstante, como si fuera la mejor solución, los gobiernos de turno respaldados por una injerencia mediática desmedida, justifican su proceder (demagogia punitiva) a través de la prevención general como oriente de las penas, esto es, no solo ampliando los marcos abstractos de la norma penal, sino también ha actuado en el ámbito de su ejecución restringiendo beneficios penitenciarios para estos delitos.

Empero, creemos firmemente que la solución posible se debiera canalizar a través de una correcta política estatal (una suerte de prevención especial de primer orden, que esté destinada en fortalecer los cimientos de la prevención penal), léase fortalecer las bases educativas y formativo-laborales de la sociedad, en favor del respeto a las leyes. Consolidada esta, fácilmente se encausaría la prevención especial de segundo orden (ya a nivel de la norma penal y penitenciaria). Sin duda, se necesita una respuesta del Derecho penal, pero no parece la solución para reducir los índices de criminalidad organizada; por ello, a través de políticas sociales se debe asegurar derechos mínimos vitales, tales como la educación, empleo, alimentación, vivienda, etc., para que una persona no se sienta excluida de la sociedad y por ende se refugie y se adhiera a organizaciones criminales, por cuanto dentro de ella se le ofrezcan mayores beneficios.

Por otro lado, les sobran razones a los expertos en seguridad ciudadana al señalar que se utiliza al crimen organizado como una «suerte de amenaza mayor para minimizar otra serie de problemas y otros déficits en la tramitación de los problemas de la seguridad». Precisamente este es uno de los principales argumentos que los gobernantes han tomado para hacer demagogia punitiva y calmar el sentimiento vindicativo de la población iberoamericana. A ello se suma el problema de la información, esto es, la inexistencia de datos vinculados

al delito organizado, ni del número de personas procesadas, ni de bienes incautados, ni de redes asociadas eventualmente (90).

En cualquier caso, discrepamos con la restricción de los beneficios penitenciarios para esta clase de delitos como resultado de aplicar políticas de tolerancia cero para los autores pertenecientes al crimen organizado en sus diferentes manifestaciones, no solo porque vulnera el derecho fundamental a la igualdad consagrada en las constituciones iberoamericanas sino porque también se les niega *a priori* la posibilidad de resocializarse. El mensaje que se transmite al interno para esta clase de delitos es claro: *no te concedo los beneficios penitenciarios porque posees una vocación de ruptura con el orden establecido, porque has socavado las instituciones del Estado Social y Democrático de Derecho, porque eres incapaz de reconciliarte con el mismo. En suma, porque eres incapaz de resocializarte*. Cuando el legislador aplica tales políticas y medidas irreflexivas y de emergencia, pareciera desconocer el fin orientador de las penas denominado desde el prisma constitucional (91) como *resocialización* o en terminología penal como *prevención especial positiva*.

Bajo esta misma línea argumentativa, consideramos que la tesis de lesividad social de los delitos de crimen organizado, no tiene por qué tener una consecuencia inmediata en la concesión o no de beneficios penitenciarios. De ser así, se estaría dando un salto lógico que se trasladaría de la consideración del hecho lesivo ocurrido (Derecho penal del acto), hacia la personalidad del agente (Derecho penal de autor), a quien, según su vocación de ruptura con el orden establecido, se le

(90) Vid. DAMMERT, L., «Seguridad democrática: De las propuestas a...», *ob. cit.*, p. 3.

(91) Por ejemplo, la Constitución española de 1978, en su artículo 25.2, prevé a la *reeducación* y la *reinserción social* como fin de la pena de privación de libertad, es decir la *prevención especial* y *tratamiento*. No solo esta normativa constitucional la recoge en sus máximas fundamentales, sino también la Ley General Penitenciaria de 1979, en sus artículos 1 y 59.1, consolida armónicamente lo que la Carta Magna ha prescrito. Siendo ello así, en el primero de sus artículos, señala a la *reeducación* y la *reinserción social* como fin primordial del Derecho de ejecución penal, y en la norma siguiente establece, que el *tratamiento penitenciario* está dirigido a la consecución de la *reeducación* y *reinserción penal de los penados*. Por consiguiente, concluimos que en los preceptos legales, desde la Constitución hasta la específica norma penitenciaria, destacan la finalidad resocializadora de la penas y las medidas de privación de la libertad, y por ende hacen suya la *prevención especial positiva* como finalidad primordial de la pena, a pesar que con la promulgación de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se haya limitado con fundamentos de naturaleza contraria a las de *prevención especial*, pues resquebraja el sistema penitenciario de individualización científica, siendo que con la negación del acceso a los beneficios penitenciarios para determinados delitos, le niegan *a priori* al delincuente la posibilidad de su *resocialización*.

estaría negando toda posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios en cualquiera de sus manifestaciones.

Finalmente, consideramos que en el conflicto seguridad ciudadana vs derechos fundamentales de los internos, se está dando mayor importancia al primero de ellos, toda vez que en la experiencia iberoamericana se están implementando políticas de seguridad ciudadana sin respetar tales derechos. Empero, desde mi punto de vista debiera mantenerse un equilibrio en dicho conflicto sin vulnerar, por supuesto, los derechos fundamentales de los internos. Si bien ante la amenaza de la seguridad ciudadana se exige una reacción oportuna del Estado, este debiera actuar dentro de los límites establecidos. No obstante, en la praxis la aplicación de estas políticas urgentes ha sido producto de la falta de control de la situación en la que prevalece una dinámica represiva y custodial. Este hecho lamentable se está apoderando del sistema en lugares y ordenamientos varios. Experiencias como las de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Venezuela están restringiendo en sus legislaciones los instrumentos normativos (beneficios penitenciarios) para delitos de crimen organizado, sin advertir que los mismos forman parte del sistema progresivo (en Latinoamérica) o de individualización científica (en España); y constituyen, a su vez, un acicate para que los internos puedan activar los resortes de su voluntad al trabajar o estudiar y, por ende, mantener el orden dentro de las prisiones. En suma, con tal restricción lejos de hacer «frente a la lucha contra la criminalidad», se está negando la eficacia de sus instituciones y por ende del sistema penal entendido desde una visión omnicompreensiva (Derecho penal material, procesal y de ejecución penal).

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho

Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 15

Torturas y tratos degradantes

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que las acusaciones de malos tratos deben estar apoyadas por elementos de prueba apropiados (STEDH de 22 de septiembre de 1993, Klaas c. Alemania) y para el establecimiento de los hechos, se sirve del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable, pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (SSTEDH de 18 enero de 1978, Irlanda c. Reino Unido y de 8 de noviembre de 2011, Halat c. Turquía).

(.../...)

Examinados los rasgos esenciales de los criterios jurisprudenciales que subyacen en las denuncias por torturas y a fin de valorar su posible comisión, tanto en la jurisprudencia constitucional como en la dimanante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los reconocimientos médicos efectuados desde que se produce la detención constituyen un elemento especialmente relevante para aportar una explicación plausible para dichas heridas y, en tal sentido, “un examen médico, junto con el derecho de acceso a la asistencia letrada y el derecho a informar a un tercero de la detención, constituyen salvaguardas fundamentales ante el maltrato de las personas detenidas que pueden ser aplicadas desde el primer momento de la privación de libertad” (en SSTEDH de 18 de septiembre de 2008, Türkan c. Turquía y 13 de julio de 2010, Parnov c. Moldavia), añadiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “el pronto examen forense era crucial debido a que los signos de lesión podrían desaparecer en poco tiempo, dando como resultado la pérdida parcial o completa de pruebas antes de que se realizara el examen forense”. (STEDH de 17 abril 2012, Rizvanov c. Azerbaijan, § 47)».

(STC 182/2012, de 17 de octubre. Recurso de amparo núm. 3787/2011. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 14-11-2012)

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad. Fundamento de la prórroga de la prisión provisional.

«El fundamento jurídico 4 de la STC 179/2005, de 4 de julio, ha sintetizado esta doctrina: “En concreto —afirma—, no debemos olvidar a la hora de realizar dicho examen que, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional” [en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6 a); 62/1996, de 15 de abril, FJ 5; y 66/1997, de 7 de abril, FJ 4 b)], así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 hemos venido afirmando que están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 a)].

(.../...) lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (vid., entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 28/2001, de 29 de enero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3).

(.../...) requiere que tal medida de prisión provisional sea idónea y necesaria para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos enunciados, en abstracto, y que, además, su adopción en el caso concreto contenga la motivación reforzada que resulta exigible cuando está en cuestión un derecho fundamental como el consagrado en el artículo 17.1 CE (STC 179/2005)».

(STC 140/2012, de 2 de julio. Recurso de amparo núm. 3464/2009. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 30-7-2012).

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«En la reciente STC 88/2011, de 6 de junio, por otra parte, recordábamos que «el artículo 17.2 CE ha establecido dos plazos, en lo que se refiere a los límites temporales de la detención preventiva, uno relativo y otro máximo absoluto. El primero consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos que, como es lógico, puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Sin

embargo, el plazo máximo absoluto presenta una plena concreción temporal y está fijado en las setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en las dependencias policiales (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

(.../...)

Resulta conveniente subrayar la necesidad de que estas solicitudes de habeas corpus de los detenidos se tramiten con la conveniente urgencia y agilidad, por cuanto la razón de ser de esta garantía específica de la libertad se encuentra precisamente en que sean verificadas con prontitud por un Juez la legalidad y las condiciones de la detención, quedando, por ello, desvirtuado este procedimiento si se tramita con demoras, posponiéndose el traslado del detenido a presencia judicial.

Por otra parte, este Tribunal también ha afirmado de manera específica que el procedimiento de habeas corpus no sirve solamente para verificar el fundamento de cualquier detención, sino también para poner fin a detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prorrogan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales (STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5)».

(STC 95/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 6377/2010. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 5-6-2012).

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad personal

«En relación a la vulneración del derecho a la intimidad personal, consagrado en el artículo 18.1 CE, procede subrayar que tal derecho se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce e 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 170/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).

Así pues, el derecho a la intimidad contenido en el artículo 18.1 CE, no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, consiguientemente, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), siendo el mismo aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 6). La esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena (SSTC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5; y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) y que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)».

(STC 241/2012, de 17 de diciembre. Recurso de amparo núm. 7304/2007. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 22-1-2013).

Derecho a la intimidad personal en el ámbito penitenciario. Registro de la celda.

«Sobre el derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario este Tribunal ha tenido oportunidad ya de pronunciarse en repetidas ocasiones y, singularmente, en un supuesto similar al presente, en la STC 89/2006, de 27 de marzo. En lo que ahora más nos interesa y conforme a esta doctrina constitucional, que parte de reconocer la reducción de la intimidad de quienes sufren privación de libertad, el registro de la celda que ocupa un interno y de sus pertenencias personales supone una restricción de su derecho a la intimidad que, para que resulte constitucionalmente legítimo, debe ser conocido por el propio interesado, bien permitiendo su presencia durante la práctica del mismo, bien mediante una comunicación posterior que informe de su contenido y, en su caso, de la eventual incautación de objetos personales.

Esta exigencia de información sobre el hecho mismo del registro y de su contenido y resultado es, en efecto, necesaria dada la estrecha relación que existe entre el derecho a la intimidad y la capacidad de su titular para controlar la información relativa a su persona. Pues, como dijimos en la citada STC 89/2006 y debemos reiterar ahora, si la intimidad comprende, entre otras facultades, «la reserva de conocimiento de un ámbito personal, que por eso denominamos privado y que administra su titular, tal administración y tal reserva se devalúan si el titular del ámbito de intimidad desconoce las dimensiones del mismo porque desconoce la efectiva intromisión ajena» (FJ 6)».

(STC 106/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 8919/2009. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 20-6-2012).

ARTÍCULO 18.3

Derecho al secreto de las comunicaciones en establecimientos penitenciarios.

«Nuestro análisis ha de partir de la consolidada doctrina conforme a la cual, si bien las personas reclusas en establecimientos penitenciarios gozan del derecho al secreto de sus comunicaciones, no obstante el marco normativo constitucional en estos casos viene determinado no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también por lo dispuesto en el artículo 25.2 CE, precepto que prevé la posibilidad de que los derechos fundamentales del condenado a pena de prisión se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 106/2001, de 23 de abril, FJ 6; y 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5).

Por lo tanto, y en palabras de la STC 15/2011, de 29 de marzo, FJ 5, “el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del artículo 18.3 CE, sino, en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el artículo 25.2 CE, el que resulte de su configuración por el legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad”.

(.../...)La vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones determina la nulidad de la prueba así obtenida. Se trata, por tanto, de un supuesto sustancialmente igual al resuelto por las SSTC 127/1996, de 9 de julio, y 175/2000, de 28 de julio, en los que también la Administración penitenciaria intervino comunicaciones escritas de los internos con un órgano judicial y procedió a incoar contra ellos expedientes disciplinarios sobre la base de las manifestaciones efectuadas en tales escritos».

(STC 107/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 10268/2009. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 20-6-2012).

Derecho al secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad

«Este Tribunal ha reiterado que el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto –aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación del proceso de comunicación– como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado –apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo–. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como también el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, STC 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2, o SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 y, entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido, § 43).

Por su parte, en lo que se refiere al derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), este Tribunal ya ha reiterado que la apertura de una agenda y la lectura de los papeles que se encontraban en ella inciden en el derecho a la intimidad (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9). Igualmente, se ha puesto de manifiesto que, a pesar de las múltiples funciones tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE), bien al derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son, respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 3)».

(STC 142/2012, de 2 de julio. Recurso de amparo núm. 2908/2010. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 30-7-2012).

Derecho al secreto de las comunicaciones y derecho a la intimidad: grabación de conversaciones e imágenes con cámara oculta

«En relación con el derecho a la intimidad, este Tribunal ha reiterado que se funda en la necesidad de garantizar “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, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera

a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz” (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2). Con unos u otros términos, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular “el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida” (entre otras, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8), y, en consecuencia, “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” (entre otras, SSTC196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

La intimidad protegida por el artículo 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el artículo 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo.

No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69).

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58).

Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

Por lo que respecta al otro derecho fundamental en conflicto, el derecho a la propia imagen queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la

representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos” (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4).

Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que “[e]l derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución al par de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz”. En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no sólo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación.

(.../...) Es evidente que la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardido o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones. La finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita (en este sentido, la STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, § 31). No hay duda de que ello hace necesario reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, *Von Hannover c. Alemania*, § 70).

En cuanto a las técnicas periodísticas que puedan utilizarse para la presentación de una información, es cierto, como indica el recurrente en amparo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión informativa, que debe ser acorde a las exigencias de objetividad y neutralidad (STEDH de 23 de septiembre de 1994, *Jersild c. Dinamarca*, § 34). Pero asimismo dicho Tribunal ha subrayado que en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exenta de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos, ni aquellos métodos que vulneren las exigencias de la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo (SSTEDH de 18 de enero de 2011, *MGN Limited c. Reino Unido*, § 141; y de 10 de mayo de 2011, *Mosley c. Reino Unido*, § 113).

(STC 12/2012, de 30 de enero. Recursos de amparo 4821/2009 y 4829/2009 (acumulados). Ponente: D^a. Adela Asua Batarrita. «BOE» de 24-2-2012. En el mismo sentido, SSTC 24/2012, de 27 de febrero y 74/2012, de 16 de abril).

ARTÍCULO 20.1

Derecho a la libertad de información

«La especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro Ordenamiento reside en que «no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático» (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3). Sin embargo, tal protección especial queda sometida a determinados límites tanto immanentes como externos que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Entre los límites immanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o relevancia pública de la información (SSTC 68/2008, FJ 3; y 129/2009, de 1 de junio, FJ 2); en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos el derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el artículo 20.4 CE.

En cuanto a la relevancia pública de la información, este Tribunal ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos «noticiales» por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada».

(STC 12/2012, de 30 de enero. Recursos de amparo acumulados núms. 4821/2009 y 4829/2009. Ponente: D^a. Adela Asua Batarrita. «BOE» de 24-2-2012).

Derecho a la libertad de información y propia imagen. Reportaje con cámara oculta.

«La influencia que el uso de la técnica periodística denominada «cámara oculta» tiene en la ponderación entre los derechos a la propia imagen y a la información ha sido objeto de reciente pronunciamiento en un asunto similar al presente por este Tribunal en la STC 12/2012, de 30 de enero, a la que, para evitar reiteraciones innecesarias, es preciso remitirse. Esta resolución —partiendo de la reiterada doctrina de este Tribunal sobre que la intromisión en los derechos fundamentales de terceros en el ejercicio de la libertad de información sólo es constitucionalmente legítima cuando resulte necesaria, adecuada y proporcionada a la realización de este derecho constitucional— concluye que, con independencia de la relevancia pública de la información que se pretenda obtener y difundir, la captación videográfica in consentida de imágenes mediante la utilización de cámaras ocultas para su posterior difusión, también in consentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información [artículo 20.1 d) CE], al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional».

(STC 24/2012, de 27 de febrero. Recursos de amparo núms. 5267/2010 y 5673/2010. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 28-3-2012. En sentido similar, STC 74/2012 y «BOE» 16-5-2012).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Plazos procesales y supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

«El cómputo de los plazos sustantivos y procesales y, en lo que ahora más nos importa, la caducidad de la acción es una cuestión de simple legalidad ordinaria y, en consecuencia, que corresponde decidir a la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la competencia exclusiva que le reconoce el artículo 117.3 CE. Sin embargo esta regla cede y, por consiguiente, la correspondiente cuestión adquiere relevancia constitucional no sólo cuando la decisión judicial de inadmisión sea fruto de un error patente en el cómputo del plazo o de una interpretación arbitraria o manifiestamente irrazonable de la legalidad, sino también cuando sea consecuencia de la utilización de un criterio interpretativo rigorista, excesivamente formalista o desproporcionado en relación con los fines que trata de proteger y los intereses que sacrifica, habida cuenta de la mayor intensidad con la que se proyecta el principio pro actione cuando, como aquí sucede, se arriesga el derecho de acceso a la jurisdicción y, por tanto, la obtención de una primera respuesta judicial sobre la pretensión formulada.

En particular, y al hilo precisamente de la regla del artículo 135 LEC, hemos declarado que las normas que establecen plazos para la realización de trámites procesales suponen “el reconocimiento del derecho a disponer del correspondiente plazo en su totalidad”, (SSTC 260/2000, de 30 de octubre, FJ 5; 38/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 239/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 199/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; y 151/2008, de 17 de noviembre, FJ 4). De modo congruente, hemos afirmado que vulneran el derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), por el desproporcionado sacrificio que comportan, las resoluciones judiciales que producen como resultado final una reducción del correspondiente plazo legal, convirtiendo “en impracticable el citado derecho a disfrutar del plazo en su integridad” (SSTC 64/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 239/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 25/2007, de 12 de febrero, FJ 2; y 179/2007, de 10 de septiembre, FJ 2).

(.../...). La Sentencia impugnada se funda, desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), en una interpretación rigorista y desproporcionada de las normas procesales y, por tanto, en una interpretación contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, quien, pudo razonablemente confiar en que la presentación de su acción de nulidad antes de las 15 horas del siguiente día hábil al del vencimiento del plazo de dos meses previsto en el artículo 41.4 de la Ley de arbitraje era tempestiva, dados el descuento habitual del día final del plazo en “el supuesto de que sea inhábil” (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 3), el tenor literal de la regla del artículo 135.1 LEC, el carácter genéricamente supletorio de la misma (artículo 4 LEC) y la regulación de los Juzgados de guardia (artículo 135.2 LEC)».

(STC 76/2012, de 16 de abril. Recurso de amparo núm. 3132/2010. Ponente. D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 16-5-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

«De forma reiterada hemos establecido que “la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme fuera de los casos legalmente establecidos es ... un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial tal como se consagra en

el artículo 24.1 CE, de tal suerte que ésta es también desconocida cuando aquélla lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto" (SSTC 58/2000, de 25 de febrero, FJ 5; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; 231/2006, de 17 de julio, FJ 2; y 62/2010, de 18 de octubre, FJ 4).

Tal efecto puede producirse no sólo en los supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada, sino también cuando se desconoce lo resuelto por una sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquélla una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar simultáneamente el mencionado efecto de cosa juzgada. Así se afirma, entre otras, en las SSTC 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5; 151/2001, de 2 de julio, FJ 3; 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; 200/2003, de 10 de noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 4; y 231/2006, de 17 de julio, FJ 2. En tal sentido hemos dicho en las resoluciones citadas que «no se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que, habiendo adquirido firmeza, ha conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede desconocerse por otros órganos judiciales (y menos aún si se trata del mismo órgano judicial) sin reducir a la nada la propia eficacia de aquélla».

(STC 108/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 2281/2010. Ponente: D. Francisco José Hernando Santiago. «BOE» de 20-6-2012. En sentido similar SSTC 113 y 1114, y mismo «BOE»).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

«En relación con la alegada vulneración del artículo 24.1 CE porque la Sentencia impugnada pudiera carecer de la motivación exigida por este precepto, puesto en conexión con el artículo 120.3 CE, ha de traerse a colación la doctrina reiterada de este Tribunal, según la cual la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales -que es inherente al derecho que todos tienen a obtener una tutela judicial efectiva, al principio del Estado democrático de Derecho y a una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional que se apoya en el carácter vinculante que para ésta tiene la ley- no supone que aquéllas hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que los jueces han llevado a cabo para decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, ni consiente, finalmente, que pueda discutirse en este cauce de amparo la corrección jurídica interna de la fundamentación judicial, pues ello convertiría a este Tribunal en una especial forma de casación que controlara el ajuste de las Sentencias a la legalidad, lo que está notoriamente fuera de nuestra jurisdicción».

(STC 105/2012, de 11 de mayo. Recursos de amparo electorales núm. 2548/2012. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» de 5-6-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos.

«Conforme a nuestra doctrina sobre las exigencias constitucionales, derivadas tanto del artículo 15 CE como del artículo 24 CE, en relación con decisiones judicia-

les de sobreesimientamiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes –como destacábamos en las SSTC 69/2008, de 23 de junio, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2–, el correcto encuadramiento de las quejas del recurrente en amparo requiere su conjunta consideración, debiendo consistir nuestro enjuiciamiento en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en relación con el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Efectividad y suficiencia de la tutela judicial que, en estos casos, coincide con la suficiencia de la indagación judicial y dependerá, no sólo de que las decisiones de sobreesimientamiento libre y archivo de las diligencias penales estén motivadas y jurídicamente fundadas, sino también de que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes.

En consecuencia, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, caso *Kmetty c. Hungría*, § 37; de 2 de noviembre de 2004, caso *Martínez Sala y otros c. España*, § 156; 28 de septiembre de 2010, caso *San Argimiro Isasa c. España*, § 41; y de 8 de marzo de 2011, caso *Beristain Ukar c. España*, § 28 y ss.), nuestra doctrina establece que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. “Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial”. Por ello, “la tutela judicial será así suficiente y efectiva *ex* artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6, y, citándola entre otras muchas, STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles. Pero sí se vulnerará el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito siempre que no se abra o que se clausure la instrucción “cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas”, ya que “respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

Este Tribunal ha subrayado asimismo que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del artículo 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tortura, susceptibles además de ser disipadas mediante el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio “debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción”. También se destaca 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 la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma son atribuibles a las personas encargadas de su custodia”. Además, se pone énfasis en 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 ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 69/2008, de 23 de junio, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)».

(STC 131/2012, de 18 de junio. Recurso de amparo núm. 4865/2011. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 9-7-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente.

«Para que un error, en tanto que manifestación del juzgador no ajustada a la realidad, pueda afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) es necesario que concurran en él ciertas características, pues no toda inexactitud o equivocación del juzgador tiene relevancia constitucional. Como hemos recordado en la STC 167/2008, de 15 de diciembre, citando otras anteriores, “para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurran los siguientes requisitos: *a*) que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su sentido de no haberse incurrido en el error; *b*) que sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte; *c*) que sea de carácter eminentemente fáctico, además de patente, esto es, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y sin necesidad de recurrir a ninguna valoración o consideración jurídica; y *d*) que produzca efectos negativos en la esfera del ciudadano» (FJ 2)».

(STC 31/2012, de 12 de marzo. Recurso de amparo núm. 2976/2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 12-04-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales.

«Debe recordarse, para su mejor resolución, la doctrina dictada por este Tribunal en torno a la prohibición de incongruencia omisiva o *ex silentio*, recopilada, entre otras muchas, en las SSTC 52/2005, de 14 de marzo; 4/2006, de 16 de enero; 85/2006, de 27 de marzo; 138/2007, de 4 de junio; 144/2007, de 18 de junio; y 165/2008, de 15 de diciembre. Como ya dijimos, en la STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2, para evitar una exposición exhaustiva de la misma baste reproducir la síntesis efectuada en la STC 40/2006, de 13 de febrero, en la cual afirmábamos que: “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 (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3; ó 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 razonamien-

tos 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 este sentido ha de recordarse que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia 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 que: "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)».

(STC 25/2012, de 27 de febrero. Recurso de amparo núm. 298/2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 28-03-2012. En sentido similar, STC 31/2012, de 12 de marzo, «BOE» de 12-04-2012).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener una condena penal.

«Nuestro canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra Sentencias penales absolutorias parte de que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), limitándose la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen (SSTC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 45/2009, de 15 de junio, FJ 4, y 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 3)».

(STC 201/2012, de 12 de noviembre. Recurso de amparo 3976/2010. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 13-12-2012).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.

«Respecto de la primera infracción denunciada sobre el derecho a un proceso con todas las garantías, imputable al Tribunal de apelación, conviene traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas Sentencias posteriores, según la cual el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción. Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Por lo que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su

propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre otras, SSTC 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3; 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2; y 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2). De esta forma hemos enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados y testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5; y 188/2009, de 7 de septiembre, FJ 2, entre otras).

No obstante, hemos afirmado que, cuando el órgano de apelación se limita a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos base que resultan acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación (SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 5; 38/2008, de 25 de febrero, FJ 5; y 46/2011, de 11 de abril, FJ 2). Como reseñábamos en la STC 75/2006, de 13 de marzo, "este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de las garantías constitucionales" (FJ 6). De igual modo, la doctrina constitucional mencionada tampoco resultará aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la Sentencia de instancia y la de apelación se refiera estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos, pues su subsunción típica no precisa de la inmediación judicial (SSTC 34/2009, de 9 de febrero, FJ 4; y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4, entre otras).

Ahora bien, también hemos precisado que no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación), a pesar de la alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración. Así, dicha garantía de inmediación no alcanza a la prueba documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez a quo cuando procedió a su valoración [entre las últimas, SSTC 46/2011, de 11 de abril, FJ 2 b); y 154/2011, de 17 de octubre, FJ 2]. En relación con la prueba pericial documentada, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podría ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6), esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006, de 13 de marzo, FJ 8), no existiendo circunstancias en la práctica de esta prueba que hagan necesario tomar conocimiento de las mismas por parte del órgano judicial con la debida inmediación».

(STC 144/2012, de 2 de julio. Recurso de amparo núm. 5637/2010. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 30-7-2012).

Presunción de inocencia. Prueba de cargo.

«Reiteradamente hemos declarado que "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es

decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6.) (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24). Y es de añadir “que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3).” (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 5)».

(STC 16/2012, de 13 de febrero. Recurso de amparo núm. 2477/2009. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 12-03-2012).

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad penal

«La garantía material del principio de legalidad tiene implicaciones tanto para el legislador como para los órganos judiciales. Según hemos tenido ocasión de advertir, «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 (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 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; 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 sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4).» (SSTC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 8; y 220/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).»

(STC 90/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 7209/2009. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 5-6-2012. A ella se remite la STC 109/2012, de 21 de mayo. «BOE» 20-6-2012).

Principio de legalidad penal. Leyes penales en blanco

«Según es consolidada y unánime doctrina de este Tribunal, que está resumida entre otras muchas en la STC 283/2006, de 9 de octubre, FFJJ 5 y 8, el principio de legalidad penal, en su vertiente de garantía de orden formal, obliga a que sea precisamente una norma con rango de ley la que defina las conductas delictivas y señale las penas correspondientes. No obstante, como también está dicho en esa misma doctrina constitucional, la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas “leyes penales en blanco”, esto es, como sucede en el presente

caso, según luego se insistirá, normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario.

(.../...) Junto a la citada garantía formal el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE comprende también otra de carácter material, que...se traduce en la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora para que, de este modo, «los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5)».

(Pleno. STC 101/2012, de 8 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4246/2001. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5-6-2012).

ARTÍCULO 25.2

Reeducación y reinserción social.

«La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (artículo 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que “el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9). Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad (artículo 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del *ius puniendi*. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos.

(.../...)

En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social –pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al artículo 25.2 CE–, como si ello aparece justificado por un fin legítimo».

(STC 160/2012, de 20 de septiembre. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021/2001. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 17-10-2012).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 58

Abono de la prisión provisional. Coincidencia de prisiones provisionales acordadas en distintas causas y coincidencia de cumplimiento de pena y prisión provisional.

«El artículo 58 del Código penal vigente en aquel momento establecía taxativamente que «[e]l tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada», previsión legal ésta que, dijimos ya en la STC 57/2008, obliga a computar como tiempo de cumplimiento de la pena aquellos períodos que se hubieren pasado en prisión preventiva aunque durante los mismos se hubiese permanecido también en calidad de penado por otra causa pues «no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincide simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta» (FJ 6). Como se había dicho antes en la STC 19/1999, de 22 de febrero, la distinta funcionalidad de la medida cautelar en que consiste la prisión provisional y de la pena permite, sin violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad) cumpla materialmente una doble función (FJ 5) y produzca, consecuentemente –hemos de añadir– un doble efecto jurídico. Este razonamiento se ve reforzado porque, en tales supuestos, el cumplimiento como penado se ve perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir simultáneamente con la situación de prisión provisional en otra causa (STC 57/2008, FJ 7).

(.../...)

Para los órganos judiciales, la norma alegada antes transcrita en el artículo 58.1 del Código penal entonces vigente, contempla la realidad de una sola causa penal en la que la privación cautelar de libertad ha sido subseguida de una privación de libertad establecida como sanción de la conducta investigada, imputada y finalmente atribuida. Sobre esa realidad –un hecho investigado, una privación cautelar decretada para posibilitar su investigación y enjuiciamiento y una sanción privativa de libertad impuesta como sanción por la comisión del hecho imputado– y no sobre otra, entienden que el legislador ha decidido que el efecto material de privación de libertad que la medida cautelar conlleva se tome en consideración para reducir la duración de la privación de libertad impuesta como sanción. Ése es el supuesto previsto en la norma y ésa su finalidad. Si, como el demandante pretende, dicha previsión legal se aplicara a supuestos distintos a los que contempla y justifican la norma, por ejemplo el caso que se propone en la demanda, los efectos de su aplicación se alejarían de su finalidad y generarían una suerte de fraude de ley, dado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación material de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas depende de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en investigación de los hechos. De esta manera queda completamente desvirtuada la finalidad de la norma, prevista, repetimos, para una sola causa y una sola condena.

Así como un mismo tiempo material –la simultánea privación de libertad cautelar y sancionatoria coincidente–, puede cumplir una doble función y puede provocar un

doble efecto jurídico (cautelar y sancionatorio), lo que nos llevó en la STC 57/2008 a considerar irrazonable la decisión judicial de no incluir para el abono de la pena impuesta dicho tiempo de prisión provisional coincidente con el de penado en causa distinta; no ocurre lo mismo con el supuesto que sustenta la pretensión del demandante de amparo. Pues, en este caso, un mismo tiempo material –la simultánea privación cautelar de libertad acordada en dos causas penales, debido a una simple circunstancia procesal (haberse iniciado indebidamente dos procesos por separado pese a tratarse de delitos conexos *ex* artículo 17.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal)– no cumple esa doble y diferenciada función, sino sólo la función cautelar y, por ello, no puede pretenderse razonadamente que provoque un doble efecto de abono para el cumplimiento de ambas penas.

En definitiva, no pueden considerarse irrazonables las decisiones judiciales impugnadas en el concreto aspecto ahora analizado, en cuanto excluyen el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, ya que toman en consideración el tenor del enunciado del artículo 58.1 del Código penal entonces vigente, que se refiere al abono de períodos de prisión provisional sufridos en una sola causa, y atienden al fundamento y la finalidad de la norma, que entienden dirigida a dar por cumplida parcial o totalmente la sanción privativa de libertad finalmente impuesta, con dicha anticipada privación cautelar de libertad.»

(STC 92/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 791/2010. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5-06-2012. En el mismo sentido, SSTC 158/2012, de 17 de septiembre y 229/2012, de 10 de diciembre).

ARTÍCULO 335

Declarado inconstitucional.

«El artículo 335 CP 1995 cuestionado tipifica como delito y castiga con pena de multa de cuatro a ocho meses a quien “cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior [especies en peligro de extinción y, en general, amenazadas], no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. Estamos, en consecuencia, ante un precepto que presenta una innegable estructura de ley penal en blanco, por cuanto la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (la caza o pesca de especies no autorizadas expresamente) cuyo significado, en lo que ahora exclusivamente nos importa, sólo puede precisarse acudiendo a las normas específicas que determinan cuáles son las especies cinegéticas autorizadas de modo expreso.

En primer lugar, no hay duda de que la remisión a las citadas normas extrapenales específicas es expresa y está además justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal (la biodiversidad, los recursos naturales y el medio ambiente y, de modo particular, la fauna silvestre), habida cuenta de la complejidad técnica de la materia y el carácter variable del grado de protección de las especies cinegéticas, lo que hace imprescindible la acomodación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa para determinar las especies de caza autorizadas, sin necesidad de acudir a la constante actualización de la norma penal, que tiene, como hemos advertido en otras ocasiones semejantes (SSTC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; y 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3), “una pretensión de relativa permanencia en el tiempo”.»

No sucede, sin embargo, lo mismo con las otras dos exigencias, pues, aun cuando el artículo 335 CP 1995 cuestionado señala la pena aplicable al delito que tipifica, no contiene el núcleo esencial de la prohibición ni satisface tampoco la exigencia de certeza. La norma penal cuestionada en el presente proceso constitucional no contiene efectivamente el núcleo esencial de la prohibición toda vez que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica. De hecho, con el citado artículo 335 CP en la mano, basta simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos. Todo lo cual supone, según hemos advertido en otras ocasiones, una vulneración de la garantía formal del principio de legalidad penal (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 5).

Esta libertad absoluta e incondicionada para que sea una norma la que defina el tipo es, en efecto, manifiesta puesto que, como prueba su propio tenor literal, la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y cualificar de este modo, entre las acciones abstractas que identifica (cazar o pescar), las que por ese motivo merecen reproche penal. Este déficit en la definición del núcleo esencial de la prohibición es tanto más acusado y significativo si comparamos ahora el artículo 335 CP cuestionado con el resto de normas penales previstas en el propio capítulo IV del título XVI del libro II del Código penal de 1995, sobre los “delitos relativos a la protección de la flora y fauna”, y en los que el legislador penal sí exige que la correspondiente conducta, además de vulnerar las normas extrapenales en la materia, afecte a especies de flora y fauna «amenazadas» (arts. 332 y 334 CP), “perjudique el equilibrio biológico” (artículo 333 CP) o consista en la utilización de instrumentos o artes de caza o pesca de innegable “eficacia destructiva” (artículo 336 CP).

Lo que supone ciertamente un plus de antijuridicidad material que coadyuva a precisar la correspondiente conducta penal típica y permite cumplir con la comentada exigencia constitucional (STC 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3); una circunstancia, sin embargo, que, como se ha comprobado, no concurre en el caso del artículo 335 CP 1995.

6. Por añadidura, como antes hemos anticipado, el artículo 335 CP 1995 cuestionado no satisface tampoco la exigencia de certeza a que obliga el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE, toda vez que el citado precepto penal, incluso una vez integrado con las normas extrapenales o reglamentarias específicas a que se remite, no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta delictiva que tipifica. Desde esta perspectiva tiene razón el órgano judicial proponente cuando, sirviéndose del criterio que luce en la STS de 8 de febrero de 2000, advierte que la tipificación como delictivas de todas las conductas de caza que no estén expresamente autorizadas, aunque no estén tampoco expresamente prohibidas, crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica, incompatible con la citada exigencia constitucional de certeza. Tan amplio, de hecho, que conductas tan inocuas para el Derecho penal como matar ratas o insectos pasarían a integrar el tipo penal del artículo 335 CP 1995, simplemente porque esas especies, al igual que los jilgueros y verderones, no figuran tampoco en el listado de especies cuya captura en vivo o muerte está autorizada expresamente por las correspondientes normas específicas.

De modo que, en conclusión, el artículo 335 CP 1995 cuestionado en el presente proceso contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el artículo 25.1 CE.»

(Pleno. STC 101/2012, de 8 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4246/2001. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5-6-2012).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 962

Prohibición de llevar a cabo notificaciones por teléfono para Juicios de Faltas. Obligación de citar con la correcta posición procesal.

«La validez de la citación realizada mediante telefonema, debemos partir de lo preceptuado por el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que “las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las Leyes procesales”. Ello nos remite directamente al artículo 962 LECrim, que atribuye a la Policía judicial la citación ante el Juzgado de las partes en los procedimientos para el enjuiciamiento de faltas, preceptuando su apartado 2 que la información a la persona denunciada “se practicará en todo caso por escrito”, si bien el artículo 796.3 del mismo texto permite, en caso de urgencia, practicar las citaciones “por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta”. Sin embargo, esta posibilidad, que aparece prevista únicamente para casos de urgencia dentro de la dinámica propia del juicio rápido, en ningún caso puede implicar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los así citados, como sucedería en el supuesto de que las citaciones realizadas por medios técnicos no permitiesen dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción. Este parece ser, por lo demás, el sentido del artículo 152 de la Ley de enjuiciamiento civil –aplicable por mor de lo dispuesto en el artículo 166 LECrim– cuando establece, en su apartado 1, que se tendrán por válidamente realizados los actos de comunicación “cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario”; y al prever, en su apartado 2, la posibilidad de que dichos actos se efectúen mediante cualquier medio técnico «que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado».

La exigencia legal de que el medio técnico utilizado permita dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción se corresponde, como hemos anticipado, con la ineludible necesidad, al entablar y proseguir los procesos judiciales, de una plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), para lo cual se hace necesaria una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico procesal en cada una de las instancias del proceso, erigiéndose el régimen procesal de emplazamientos como un instrumento de capital importancia, ya que sólo mediante unas correctas citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos que tienen lugar en el seno del procedimiento judicial cabrá garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio.

En este sentido la STC 58/2010, de 4 de octubre, FJ 3, dejó sentado que el incumplimiento o deficiente realización de las prescripciones legales establecidas al respecto «comportará la ineficacia del acto de comunicación procesal en la medida en que se coloque al interesado en una situación de indefensión proscrita por el artículo 24.1 CE, esto es, salvo que hubiese tenido conocimiento extraprocesal de su contenido o el incumplimiento fuese imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4, y las allí citadas). Pero, inversamente, cabe que los efectos ordinarios del acto de comunicación procesal puedan ser enervados cuando, pese a haber sido realizado conforme a las prescripciones legales, sin embargo el destinatario no haya llegado a tener conocimiento real del mismo. En este sentido, al igual que hemos afirmado en relación con las notificaciones realizadas a través de terceras personas (STC 3/2010, de 17 de marzo, FJ 2; y las que en ella se citan), debemos ahora señalar, respecto de las comunicaciones procesales realizadas a través de medios técnicos, que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el artículo 24.1 CE, que hayan llegado al conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestione fundadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que se produjo, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse, están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el acto de comunicación procesal haya llegado a su destinatario.»

Más concretamente, en la STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 4, dijimos que «además de que la citación telefónica no esté prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal en los preceptos que regulan ésta (artículo 175 en relación con el artículo 166), respecto de tal forma de comunicar la doctrina de este Tribunal no se plantea su eventual imperfección (como no es inusual que ocurra en los supuestos de notificación, citación o emplazamiento mediante Oficial o Agente judicial, o mediante correo o telegrama, cuando –como no es infrecuente– los mismos dan pie a discutir la recepción o no de lo notificado por el destinatario en atención a si la dirección en la que tiene lugar la comunicación fue correcta o incorrecta o si fue recibida por persona idónea o no en atención a su relación o proximidad con quien es objeto de citación o notificación, etc.), sino que afirma su inidoneidad en sí misma considerada para lograr el fin que se persigue con las comunicaciones procesales, a saber: la constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de lo que se ha procedido hasta ese momento y de lo que se va a proceder a continuación, en orden a que adopte las medidas que estime más convenientes para la defensa de sus intereses en sede jurisdiccional: en el caso de imputado, posición que correspondía al aquí recurrente, fundamentalmente para darle opción a preparar las medidas para su defensa.

El legislador es perfectamente consciente de ello, como demuestra el artículo 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dispone que las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico “que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales” o, más recientemente, el artículo 162 de la Ley de enjuiciamiento civil, cuando determina en la regulación dedicada a los actos de comunicación judicial que, caso de disponer los órganos judiciales y los destinatarios de sus comunicaciones de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, podrán utilizarlos siempre que los mismos “permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron”. No cumple tales

exigencias, evidentemente, la comunicación telefónica sin más, por lo que tal medio en sí, reiterando lo que ya dijimos en las Sentencias antes aludidas al respecto, no puede considerarse idóneo para efectuar citaciones. Naturalmente ello sin perjuicio alguno de que, respecto del citado por tal vía que comparezca ante el órgano judicial, tal comparecencia conlleve las obligaciones y derechos subsiguientes a una citación correcta, en tanto en cuanto la comparecencia en sí comporta haberse dado por enterado de la comunicación que con él se pretendía.

Finalmente, la STC 175/2009, de 16 de julio, FJ 2, en un supuesto de citación por teléfono a un juicio de faltas de uno de los denunciados, reiteró que entre las garantías contenidas en el artículo 24.1 CE se sitúa «la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida», matizando, en cuanto a la diligencia exigible a los órganos judiciales cuando realizan los emplazamientos y citaciones a un juicio oral, no sólo por no estar previsto en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal, sino especialmente porque en sí mismo considerado no es apto para cumplir el fin perseguido de dejar constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de ella (por todas, STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 2).

(.../...)

Este Tribunal ha subrayado en distintas resoluciones (SSTC 41/1987, de 6 de abril, FJ 3; 141/1991, de 20 de junio, FJ 2; 17/1992, de 10 de febrero, FJ 2; 327/1993, de 8 de noviembre, FJ 2; y 10/1995, de 16 de enero, FJ 2) que la finalidad esencial de la citación para la celebración del juicio es la de garantizar el acceso al proceso con todas las garantías y, en concreto, la efectividad del derecho de defensa, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales, sino que es necesario que el contenido y la forma en que se realice garantice, en la mayor medida posible, que aquélla ha llegado efectivamente a poder del destinatario y la constancia en las actuaciones, de manera que, en lo que ahora más nos interesa, a aquél se le proporcione un conocimiento específico, cabal y efectivo de su situación procesal y de las concretas obligaciones que de la misma se desprenden.»

(STC 97/2012, de 7 de mayo. Recurso de amparo núm. 2525/2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 5-6-2012).

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1A)

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones.

«El incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos funda-

mentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan “especial trascendencia constitucional”. No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan “podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” (artículo 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el artículo 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales»

(STC 153/2012, de 16 de julio. Recurso de amparo núm. 5556/2009. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 13-8-2012)

ARTÍCULO 49.1, *IN FINE*

Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.

«Conforme a lo dispuesto en el artículo 50.1 a) LOTC, el recurso de amparo no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple –además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC– la ineludible exigencia impuesta por el artículo 49.1 in fine LOTC de justificar en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso (por todas, SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2; y 69/2011, y de 16 de mayo, FJ 2; AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1; 289/2008 y 290/2008, ambos de 22 de septiembre, FJ 1).

Este Tribunal –como destacábamos en la STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3– ha ido realizando numerosas precisiones en cuanto al modo de dar cumplimiento a esta exigencia, destacando fundamentalmente que es algo distinto de razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, de modo que en la demanda ha de disociarse adecuadamente la argumentación tendente a justificar la existencia de lesión de un derecho fundamental de aquella dirigida a justificar la especial trascendencia constitucional, exigiendo al recurrente un «esfuerzo argumental» que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el artículo 50.1 b) LOTC, precepto este último, según el cual, la especial trascendencia del recurso se apreciará atendiendo a «su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». A lo que ha de añadirse que en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, el Tribunal ha identificado, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos en los que concurriría esa especial trascendencia constitucional, avanzando en la interpretación del artículo 50.1 b) LOTC y facilitando a los recurrentes el cumplimiento de la carga justificativa que impone el artículo 49.1 LOTC.»

(STC 107/2012, de 21 de mayo. Recurso de amparo núm. 10268/2009. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 20-6-2012).

LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**ARTÍCULOS 26 Y 31**

«Si, como recuerda la ya citada STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5, lo que se persigue con las exigencias asociadas al artículo 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es «garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aun en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión [STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3 c); en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 c); 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4]», podemos descartar que los preceptos cuestionados vulneren la Constitución. En la medida en que quedan salvaguardados los derechos del menor a conocer el hecho punible que se le atribuye, a conocer los derechos que le asisten, y a intervenir en el procedimiento ejerciendo su derecho de defensa, a los efectos de que no haya acusación sorpresiva, desde el momento de la incoación del expediente (artículo 22 LORPM), aunque no sea a través de una entrevista personal con el Fiscal instructor, y en la medida en que, como no podía ser de otra manera, la Ley no prohíbe que el instructor reciba declaración al menor cuando lo estime pertinente y sí impone la práctica de esta diligencia siempre que se solicite en plazo por el Letrado del menor (art. 26.2 LORPM), debe, en suma, descartarse la alegada inconstitucionalidad de los artículos 26.2 y 31 LORPM, por no ser contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE).»

(STC Pleno 146/2012, de 5 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 3792/2001. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 30-7-2012).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 21.5

Reparación del daño. Procedencia de la atenuante. Pago total de la indemnización. Razones de justicia material que determinan su aplicación en trámite de casación, aun cuando no fue solicitada por la defensa ni lo recogen los hechos probados, pues existe escrito de la acusación particular en la que se renuncia al ejercicio de la acción civil por satisfacción extraprocesal.

Constatamos que en el presente caso los hechos probados no mencionan el pago de la indemnización por parte del recurrente, ni la cuantía de la misma ni la relevancia de dicho pago a efectos jurídicos y de satisfacción completa de la responsabilidad civil por parte del agresor, así como que la parte recurrente no solicitó la aplicación de esta atenuante en su escrito de calificación provisional ni en sus conclusiones definitivas.

Pero también es cierto que en la recurrida se hace mención al no ejercicio de acciones civiles dado que la procesada fue resarcida con anterioridad al acto del plenario según un escrito presentado por su representación (Fundamento de Derecho Octavo), por lo que existe pronunciamiento al respecto.

La «vocación fáctica» de ciertos contenidos de los Fundamentos de la Resolución recurrida ha sido utilizada en numerosas ocasiones por esta Sala para complementar el relato de hechos en sentido incriminatorio, por lo que no debe parecer ahora excesivo ni incorrecto que un pronunciamiento tan claro y rotundo como el que constata que la víctima del delito no tiene voluntad alguna de reclamar indemnización por los perjuicios sufridos puesto que, como ella misma manifiesta, ya le han sido satisfechos en su integridad, deba de admitirse, aunque se aloje fuera del «factum», como constancia indubitada de tal extremo que, de por sí, incuestionablemente constituye base fáctica del todo suficiente para la aplicación de la atenuante 5.^a del artículo 21 del Código Penal.

En tanto que por lo que se refiere a la segunda de las objeciones que esta estimación pudiera merecer, cual es la de no haber sido instada la aplicación de esta atenuante por la Defensa del recurrente, en la instancia, si bien es cierto que en una correcta lógica procesal ello es así, tampoco deben olvidarse no sólo las razones de justicia material que abonarían la aplicación de una circunstancia tan evidente, sino, además, el hecho de que a la Defensa que sostiene en todo momento, como es el caso, la libre absolución de su defendido, no puede obligársele a postular una calificación alternativa que, incluyendo la concurrencia de atenuantes, venga a admitir, siquiera sea eventualmente, una hipótesis de culpabilidad, máxime cuando es a partir de la propia declaración de la existencia de reparación, que no se produce hasta el dictado de la Resolución de instancia, cuando se adopta la iniciativa de instar la correspondiente consecuencia atenuatoria.

Por todo lo cual, procede la estimación de este motivo, debiendo dictarse a continuación la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja las consecuencias derivadas de esta parcial estimación.

(Sentencia núm. 520/2012, de 19 de junio).

ARTÍCULO 139

Asesinato. El acusado golpea de forma reiterada en la cabeza a la víctima causándole lesiones que le produjeron un estado de coma y finalmente la muerte. Dolo de matar. La previsión del resultado de muerte, elemento esencial para determinar la concurrencia del dolo de matar, no abarca la previsión del mecanismo causal concreto en que se produjo el óbito. Basta conocer la peligrosidad de la agresión. Cualquier persona sabe que patadas repetidas en la zona de la cabeza pueden producir la muerte o al menos acepta ese resultado para el caso de que pudiera producirse (dolo eventual). Alevosía. Elementos y modalidades. Alevosía sorpresiva y de desvalimiento. Aseguramiento de la muerte de la víctima, sin riesgo para el agresor.

La alevosía es una circunstancia de mera tendencia y para ser apreciada es preciso que el *modus operandi* del sujeto se caracterice por el empleo en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin el riesgo de defensa que pudiera proceder del ofendido, de modo que no habrá lugar a apreciarla cuando concurra una previa agresión del ofendido, ni una defensa activa por parte del mismo, del mismo modo que cuando el agente avisa al agredido de un propósito de ataque o éste tenía motivos sobrados para sospechar del ataque.

Consecuentemente concluye en que el recurrente ni tuvo la intención ni la finalidad de producir la muerte de la víctima, al no representarse el resultado de muerte. Los actos de agresión se incardinaban dentro de la agresión sexual. El resultado de muerte no fue deseado, sino consecuencia de un actuar imprudente y excesivo, desprovisto de *animus necandi*. Y además de todo ello, no sólo hubo una agresión previa, un puñetazo esquivado contra el coimputado Óscar, lo que impide hablar de alevosía, sino que en la dinámica del delito el recurrente se hallaba enfrentado no sólo a la víctima sino al coimputado que asevera ser la pareja sentimental de la víctima. Dado este equilibrio de fuerza difícilmente puede aducirse que actuara con sólo con inten-

ción de matar sino además mediante medios y modos que tienden a asegurarse la ejecución material del delito de asesinato.

A) Respecto a que el recurrente no tuvo intención ni la finalidad de producir la muerte, sino que este fue consecuencia de un actuar imprudente y excesivo, es necesario subrayar –como se dice en las STS 93/2012, de 16 de febrero; 632/2011 de 28 de junio; 172/2008, de 30 de abril– el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato– no sólo es el *animus necandi* o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS 415/2004, de 25 de marzo; 210/2007, de 15 de marzo).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se conecta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto «para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado». (Véase STS 1-12-2004, entre otras muchas).

Así pues, y como concluye la sentencia de esta Sala de 3-7-2006, bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente en la jurisprudencia el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien en el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sobre el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual contenía su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de

poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generador.

En similar dirección la STS 4-6-2011 dice que el dolo supone que el agente se representa en resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la conciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene.

En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico.

En el caso presente en el *factum* se recoge que el recurrente golpeó a la víctima continuamente e insistentemente, arrojándole al suelo y en el fundamento jurídico primero se precisa que inutilizó a la víctima a base de golpes que la dejaron inconsciente, destacando la intensidad de los mismos y la zona del cuerpo a la que dirigió el ataque, propinando patadas sobre la cabeza de aquélla, lo que le ocasionó un gran hematoma subdural en el hemisferio cerebral izquierdo de más de 4/5 cm en un diámetro mayor con herniación subfalciana y transtentorial y desplazamiento de la línea media mayor de 1 cm con sangrado activo y posible fractura de peñasco que la provocó pérdida de la consciencia y posterior coma Glasgow de 3/15, y su fallecimiento casi tres meses después.

Resulta evidente que el acusado actuó con intención de matar. La previsión del resultado de muerte, elemento esencial para determinar la concurrencia del dolo de matar, no abarca la previsión del mecanismo causal concreto en que se produjo el óbito. Basta conocer la peligrosidad de la agresión cualquiera que sea luego la incidencia en el cuerpo humano que ocasiona directamente la muerte, para que haya que entender que el ánimo homicida existió. Cualquier persona ha de saber y sabe que patadas repetidas en la zona de la cabeza pueden producir la muerte y si no se da solo una, sino varias, es porque se quiere matar (dolo de primer grado), o al menos, aceptar ese resultado para el caso de que pudiera producirse (dolo eventual) (STS 266/2006, de 7 de marzo), lo cual impide la calificación de la conducta como imprudente. El ánimo de matar es un elemento interno del sujeto, que como perteneciente a su conciencia, solo puede ser acreditado generalmente mediante la inferencia construida sobre hechos objetivos debidamente acreditados. Como el acusado golpeó repetidamente con patadas la cabeza de la mujer, su intensidad y localización impiden considerar la posibilidad de su causación casual o imprudente, siendo clara la intencionalidad de la conducta y, por tanto, su ánimo de matar (STS 319/2007, de 18 de abril).

B) Respecto a la concurrencia de la alevosía en STS 632/2011, de 28 de junio, explica que el TS viene aplicando la alevosía a todos aquellos supuestos en los que el modo de practicarse la agresión queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de conectar 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 asesinato (artículo 139-1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (artículo 22-1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad (STS 16-10-96) lo que conduce a su consideración como mixta (STS 28-12-2000).

En cuanto a la «eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación» (STS 13-3-2000).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos (SSTS 155/2005 de 15 de febrero, 375/2005 de 22 de marzo):

a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.

b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el «modus operandi», que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.

d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS 1866/2002, de 7 de noviembre).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS 178/2001, de 13 de febrero).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S 49/2004, de 22 de enero, viene distinguiendo:

a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.

b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En

estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS 19-10-2001, es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

En el caso presente en el *factum* se recoge que el acusado golpeó contundentemente e insistentemente a la víctima, arrojándole sobre el colchón.

Pronunciamiento fáctico que se ve complementado en el fundamento jurídico primero en el sentido de que José se aprovechó de la ventaja que le proporcionaba su propia constitución física y fortaleza que junto a la sorpresa de su inesperado asalto impidió cualquier reacción evasiva o de huida de la víctima, destacando que no apreció en el cuerpo del acusado lesión, ni siquiera leve, que permita presumir acción definitiva de la víctima, y si por el contrario que inutilizó a ésta a base de golpes –patadas en la cabeza– que le dejaron inconsciente.

Siendo así concurren los presupuestos para la aplicación de la alevosía.

Es cierto que esta agravante no se aprecia en casos en los que el luego agredido habría desarrollado una conducta agresiva contra el acusado, mediante amenazas o agresiones al mismo o a algún acompañante, pero esto no es la situación contemplada, dado que es el propio acusado quien intentó agredir al coimputado, Óscar, compañero sentimental de la víctima.

Hay alevosía, en su modalidad de sobrevenida en la acción de seguir golpeando a la víctima ya en el suelo semiinconsciente, y por tanto, totalmente desvalida. El acusado golpeó y tiró a un colchón a la víctima, continuando pegándole patadas en la cabeza, cuando estaba totalmente a su merced. La alevosía sobrevenida aparece en la acción de seguir golpeando estando inconsciente y sin oportunidad de respuesta defensiva hay aplicación individualizada de la agravante –dice la STS 1346/2005, de 21 de octubre– a un segmento de la agresión, aquella que comienza con la pérdida de conocimiento de la víctima.

La conducta ha de ser alevosa desde el momento mismo de la acción, sin embargo ello no obsta a que, iniciada una acción delictiva con carácter alevoso, se inicie después otra distinta contra el mismo sujeto en que puede apreciarse una alevosía sobrevenida (STS 147/2007, de 19 de febrero).

La alevosía puede aparecer en el desarrollo del ataque si éste es capaz de alguna forma de individualizarse en un nuevo contexto de indefensión creada o buscada por el agresor.

Hay alevosía en supuestos de indefensión sobrevenida, que reproduce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halla presente esta agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanuda aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima (STS 243/2004, de 24 de febrero; 306/2005, de 8 de marzo; 880/2007, de 2 de noviembre; 550/2008, de 18 de septiembre; 640/2008, de 8 de octubre; 790/2008, de 18 de noviembre).

(Sentencia núm. 599/2012, de 11 de julio).

ARTÍCULO 180.1.3

Abuso sexual. Acceso carnal sobre víctima de siete años de edad. Prevalimiento de parentesco. Subtipo agravado de especial vulnerabilidad. Casuística jurisprudencial. Procedencia. Se tiene en cuenta, además de la edad de la víctima, la situación de especial confianza que el acusado mantiene con el menor y con sus padres.

Se estima inaplicado indebidamente, el subtipo agravado de especial vulnerabilidad del menor del artículo 182-2º en relación con el artículo 180-1-3.º CP.

La sentencia de instancia en el fundamento jurídico segundo in fine la no aplicación de dicho subtipo «... por cuanto la edad del menor ya ha sido tenida en cuenta para calificar los hechos como constitutivos de un delito de abuso sexual no consentido pues ello supondría una doble valoración contra reo de una misma situación de inferioridad...».

No se puede compartir esta argumentación, se está ante dos realidades distintas con autonomía propia y que inciden copulativamente sobre el menor, por lo que la valoración de cada una de ellas no supone vulneración del *non bis in idem* porque se valoran dos situaciones distintas:

- a) La víctima es menor de 13 años.
- b) Además, el autor es el padrino de bautismo del menor, mantenía una estrecha amistad con los padres de Pablo e incluso se quedaba con él cuando los padres por razones de trabajo se ausentaban.

Son dos las condiciones que colocaron al menor en una clara inferioridad frente a su agresor: se trataba de un niño de siete años y además, era su propio padrino con el que existía una relación muy estrecha, lo que supone un mayor grado de doblegamiento psicológico de la voluntad del menor y paralelamente un mayor aprovechamiento de esta situación de vulnerabilidad, y eso es precisamente lo que justifica la mayor punición, por la mayor culpabilidad de la acción del recurrente.

Es constante la doctrina de la Sala en este sentido, y siempre, desde luego, en atención a las circunstancias concretas del caso y a la descripción que se haga en el *factum*, que en el presente caso es clara en cuanto a la existencia de ese factor de prevalimiento que el recurrente puso al servicio de su defensa que provocó la situación de especial vulnerabilidad en el niño.

STS 8/2001, de 12 de enero: dos realidades distintas: la mera edad de la víctima y la situación de prevalimiento.

STS 1564/2005, de 27 de diciembre: se insiste en la existencia de dos realidades distintas por lo que no hay vulneración del *non bis in idem*, doble valoración a dos situaciones distintas.

STS 422/2010, de 23 de abril: minoría de edad más un rol de superioridad que opera conjuntamente.

Por contra, también existen sentencias que no aplican la especial vulnerabilidad cuando además de la menor edad no existe otro dato que acredite autónomamente la situación de especial vulnerabilidad, y así, se pueden citar las SSTS 763/2004 «... de la menor edad de 12 años no se sigue automáticamente la aplicación del tipo básico y de la agravación, sino que es preciso alguna circunstancia añadida a la edad...».

En igual sentido, SSTS 743/2010, de 17 de junio; 483/2010, de 25 de mayo o 1342/2003, de 20 de octubre.

Procede la estimación del recurso del Ministerio Fiscal con las consecuencias punitivas que se concretarían en la segunda sentencia.

(Sentencia núm. 435/2012, de 31 de mayo).

ARTÍCULO 248

Estafa. Entrega de cheque sin fondos, quedando sin abonar el importe del alojamiento y manutención de los trabajadores del acusado que habían permanecido en el establecimiento hostelero del querellante. Engaño bastante. Apariencia de solvencia del acusado, cuyo engaño sirvió para que las víctimas siguieran prestándoles los servicios. Sujetos activo y pasivo del delito.

La estafa de hospedaje es una modalidad defraudatoria en la que los autores del delito suelen actuar mediante actos tácitos o concluyentes, de modo que con su simple presencia y el uso y consumo de los servicios que se le prestan generan la apariencia falsa de que en su momento pagarán, no haciéndolo finalmente.

Se objeta que no concurren elementos de prueba suficientes para constatar el delito de estafa, y en concreto en lo que atañe al requisito del engaño. En contra de lo que alega la defensa, sí constan en la causa elementos de prueba que desvirtúan la presunción de inocencia y fundamentan la base fáctica del delito de estafa.

En efecto, tal como declararon en el plenario los dos testigos de cargo que se hallaban codirigiendo el establecimiento hotelero o de hospedaje en que se produjo la acción delictiva, el acusado compareció en el hostel conduciendo un vehículo marca Mercedes de última gama y bien vestido, dando así una apariencia de que se trataba de una persona solvente con la que no iban a surgir problemas en el momento de abonar los gastos de manutención y alojamiento de los 35 trabajadores que iban a ejecutar una obra en las proximidades para el Hospital Central de Asturias.

Al transcurrir los primeros quince días de estancia, comprendidos entre el 15 y el 30 de junio de 2006, el acusado abonó la suma de 6.300 euros correspondientes a los gastos de esa primera quincena, pago que hizo en parte en metálico y en otra parte mediante una transferencia bancaria.

Después, y en lo que atañe al abono del mes de julio, el acusado o el encargado que estaba al mando de los trabajadores de la obra, fueron dando largas sobre su pago, según especificó doña Andrea, hasta que finalmente aquel les entregó un cheque en pago de la deuda por la suma de 12.493 euros.

El acusado alegó en la vista oral del juicio que el cheque fue entregado como garantía del pago y no como pago real y efectivo. Sin embargo, ello fue negado por los regentes del establecimiento, negativa cuya veracidad se ha visto corroborada por

el hecho de que pasaran inmediatamente el cheque al cobro a través del Banco Popular de Oviedo, que es donde tienen abierta la cuenta (folio 8 de la causa). Posteriormente se informaron de que el Banco contra el que se libró el cheque era el Banco Popular de Portugal y no de España, por lo que hubo que gestionar el cobro del cheque en Portugal, trámite que se dilató en el tiempo, de ahí que los querellantes siguieran prestando el servicio completo de hospedaje a los obreros del acusado, siempre en la creencia de que las gestiones del cobro del cheque en Portugal tendrían un resultado positivo, cosa que finalmente no ocurrió, al contestar el Banco portugués en el mes de septiembre que la cuenta contra la que se libró el documento mercantil carecía de fondos.

Ya a primeros de octubre desaparecieron del hostel el acusado y el encargado de los trabajadores, así como estos, adeudando aquel los gastos correspondientes a los meses precedentes, cantidad que asciende a la suma total de 24.984 euros, y que ha de considerarse correcta si se pondera que la factura correspondiente a quince días que sí abonó alcanzó la cifra de 6.300 euros.

El recurrente alegó en su descargo que no pagó porque no conocía el importe de la deuda, dado que no se le pasaron al cobro facturas concretas con las sumas detalladas de lo adeudado, alegación que desdijeron los testigos querellantes afirmando que se le había concretado todo el importe detallado de lo adeudado.

También manifestó en la vista oral del juicio que no pagó porque el servicio de comida prestado por el Hostel era deficiente. A ello respondió ofendida la testigo encargada y dueña del local, Andrea, manifestando en el plenario que no habían tenido ninguna queja de la comida, respuesta que concuerda con el hecho contrastado del tiempo que se mantuvieron los trabajadores residiendo y comiendo en el hostel, y atendiendo también al documento que firmaron tres de los trabajadores (folio 9 de la causa).

También señaló la defensa que el acusado no intervino por su cuenta en la contratación del hospedaje, sino que lo hizo por cuenta de su empresa constructora. Sin embargo, ello no se ajusta a lo que declararon los testigos, quienes manifestaron que el acusado en todo momento actuó por su cuenta y no en nombre de una empresa. Ello aparece refrendado por el dato de que el cheque que resultó impagado aparece librado por el propio acusado a título personal y no en nombre de una empresa.

Por todo lo cual, se considera que sí ha quedado enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, debiendo pues desestimarse este primer motivo.

En cuanto al requisito del engaño bastante en la conducta del acusado La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (SSTS 580/2000, de 19 de mayo; 1012/2000, de 5 de junio; 628/2005, de 13 de mayo; 977/2009, de 22 de octubre).

Como tiene también dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a

las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16 de marzo; y 512/2012, de 10 de junio).

La aplicación de tales pautas jurisprudenciales al caso ahora debatido impide que prospere la tesis exculpatoria del recurrente, pues los indicios de un comportamiento engañoso por parte del acusado se muestran incuestionables. Y así, en primer lugar, es claro que el acusado, tal como se constató en la prueba testifical del plenario, compareció ante los propietarios del negocio de hospedaje dando la apariencia de ser una persona de notable solvencia, tanto por el vehículo que utilizaba como por la forma de vestir.

Además, pagó la primera quincena de manutención y alojamiento de los 35 trabajadores y en ningún momento dejó entrever que iba a tener problemas económicos para seguir abonando las siguientes, sino todo lo contrario.

Cuando los dueños del hostel manifestaron su preocupación porque estaba retrasando excesivamente el pago de la primera quincena del mes de julio, el acusado los tranquilizó diciéndoles que no iba a haber ningún problema con el pago del hospedaje de las 35 personas. Y después les entregó un cheque el día 2 de agosto dando a entender que con él quedaba saldada la deuda, ocultando que la cuenta del librador carecía de fondos, engaño que le sirvió para que los querellantes prosiguieran prestándole los servicios de comida y de habitación hasta los primeros días del mes de octubre siguiente.

Por consiguiente, ha de concluirse que sí concurre prueba de cargo acreditativa de que el acusado se valió de varios actos fraudulentos en cadena que sirvieron de señuelo para obtener unas contraprestaciones de las que se benefició en perjuicio de la parte querellante, a la que adeuda una cantidad superior a los 24.000 euros.

Siendo así, el motivo resulta inatendible.

(Sentencia núm. 929/2012, de 19 de noviembre).

ARTÍCULO 301

Blanqueo de capitales. Doctrina sobre los «actos neutrales». Actos de «conversión» y «transmisión» de bienes, a sabiendas de su ilícito origen, que son acciones aptas para dificultar el conocimiento del origen último de los bienes. Quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y su origen ilícito comete el delito, por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo.

El desarrollo del motivo hace necesario recordar la doctrina recogida en la STS 1300/2009, de 23 de diciembre, sobre los denominados actos neutrales como insuficientes para erigir el comportamiento de su autor en forma participativa criminalizada bajo el título de cooperación necesaria.

En el marco de nuestra jurisprudencia, hemos abordado aspectos de esta cuestión al referirse al significado causal de acciones cotidianas respecto del hecho principal (STS 185/2005), a la del gerente de una sucursal bancaria y a la intermediación profesional de un abogado en operaciones bancarias (STS 797/2006) y a la participación de operarios que realizaron trabajos de su oficio que sirvieron para acondicionar un vehículo empleado en el transporte de droga (STS 928/2006). En estos supuestos es

necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada.

Por ello los actos que convenimos en conocer como «neutrales» serían aquellos cotidianos de los que se puede predicar que, siendo socialmente adecuados, no cabe tenerlos por «típicos» penalmente. Y no lo son porque, con independencia del resultado, esos actos no representan un peligro socialmente inadecuado.

Así dijimos en nuestra Sentencia nº 34/2007, de 1 de febrero, que: una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución.

Recordamos allí criterios para poder calificar un acto neutral como participación delictiva: se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc.

3. De acuerdo con esta doctrina la conducta del letrado Sr. Benedicto Héctor no puede ser calificada de acto neutral, al no limitarse a una labor de asesoramiento profesional. La especial estructura de las sociedades constituidas en Delaware y la opacidad de las transmisiones respecto a la Hacienda Pública y terceros, su directa participación en la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada en España, gestionando y administrando sus cuentas con las que adquirirían los inmuebles, hacia esta especialmente idónea para el blanqueo de dinero de origen ilícito y la comisión de los delitos investigados –blanqueo de capitales y contra la Hacienda Pública–.

Existencia de riesgo de su utilización delictiva que debió extremar las cautelas para prevenir esa posible ilícita utilización.

4. Y en relación a la exclusión de la tipicidad mediante la alegación de un móvil (flexibilizar inversiones y obtener ventajas fiscales) como acertadamente recuerda el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, tal argumento entremezcla y trastoca los distintos planos del ámbito interno de la conducta delictiva.

En efecto, el dolo no debe confundirse con el móvil, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo del injusto no tendrá ningún poderío desestigmatizador y sólo podrá moverse en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que le recojan (SSTS 1688/99, de 1 de diciembre, 474/2005, de 17 de marzo).

Por ello, en derecho penal, los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión y a tal efecto, a esa conclusión se llega cuando se constata que el imputado guió su conducta a la realización del tipo penal o si no quiso indagar, pudiendo hacerlo, sobre el contenido de su conducta, asumiendo los resultados que pudieran producirse (STS 1106/2006, de 10 de noviembre).

En el caso presente se tipifican los actos de «conversión» y «transmisión» de bienes, a sabiendas de su ilícito origen: la transmisión y conversión en otros bienes, son acciones, naturalmente, o por ellas mismas, aptas para dificultar el conocimiento

del origen último de los bienes. Quien ejercita estos actos típicos, conociendo su significación y a sabiendas del origen ilícito de los bienes, comete el delito por más que puedan tener otra finalidad que se pretenda situar como móvil exclusivo.

(Sentencia núm. 974/2012, de 5 de diciembre).

ARTÍCULO 305

Delito contra la Hacienda Pública. Incumplimiento de la obligación de abonar la cuota debida en concepto de impuesto de sociedades e IVA. Entramado de sociedades que pretendía ocultar la identidad del verdadero socio, titular de las participaciones y administrador de la sociedad dedicada a la promoción, construcción, venta y arrendamiento de bienes, y eludir el pago de los impuestos de IVA y Sociedades resultante de varias operaciones de venta de fincas. Ánimo defraudatorio como elemento subjetivo del tipo.

Tiene declarado esta Sala, (como es exponente la Sentencia 1244/2003, de 3 de octubre), que el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien no declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración Tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible.

Y en la Sentencia de esta Sala 801/2008, de 26 de noviembre, se expresa que la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina. Situación perfectamente aplicable al caso que ahora examinamos.

Han quedado, pues acreditadas, las conductas que se subsumen en los tres delitos contra la Hacienda Pública, correctamente apreciados por el Tribunal de instancia.

(Sentencia núm. 31/2012, de 19 de enero).

ARTÍCULO 319.1

Delito contra la ordenación del territorio. Construcciones ilegales y cultivo intensivo en zona no autorizada para uso agrícola. Cambio del uso del suelo desde el forestal y de cultivos de secano según zonas, al de agricultura intensiva de regadío, expresamente prohibido, por incluirse la finca en zona de máxima protección medioambiental por su valor ecológico en el entorno de Doñana.

Ciertamente en el hecho probado se describe con enorme claridad la conducta desarrollada por el acusado que en documento privado de octubre de 2004 convino con José Pedro propietario de la finca matriz, monte bajo de carácter eminentemente forestal y afectado por el Plan de Ordenación del Ámbito Territorial de Doñana ya

aprobado por Decreto 341/2003, el cambio de uso para su transformación agraria a sabiendas que la mayoría de la finca estaba incluida en la Zona A, de máxima protección medioambiental por su valor ecológico, y solo pequeñas superficies se encontraban clasificadas como zona C, no urbanizables pero compatibles con el uso agrario de cultivo de secano.

En esta tesitura, el 29 de septiembre de 2005, el acusado actuando en nombre de agromolinillo compra a José Pedro noventa hectáreas de la finca, que éste segregó para su venta, señalando como precio más de dos millones de euros, precio estratosférico habida cuenta el carácter forestal de la finca y la imposibilidad de su transformación en agraria, y que evidentemente obedece al propósito de los acusados de proceder, a cualquier precio, a la transformación del uso de la finca. De esta manera, al día siguiente, arrendó 50 hectáreas al también acusado Apolonio, y realizaron las siguientes actuaciones:

1.º) Apolonio obtuvo en septiembre de 2006 autorización administrativa para el destacado y restauración forestal de 6 hectáreas, y con incumplimiento de su obligación de respetar los pies de pinos y de vegetación y prohibición de realizar acciones erosivas en el suelo, arrancó toda la cubierta vegetal, extendiéndose más allá de la zona autorizada para aumentar la zona de cultivo.

2.º) Los acusados a partir de 2005, no solo roturan el suelo nivelándolo con maquinaria pesada, con desmonte de ladera y desvío del cauce de un arroyo, sino que eliminaron la cubierta vegetal, conservando solamente hectáreas de árboles en los linderos de los caminos para ocultar las transformaciones que venían operándose.

3.º) Los acusados Millán y Apolonio, durante el año 2006 construyeron una enorme balsa que afectó a los recursos hídricos de la zona, y en el año 2007 el acusado Millán ordenó la construcción de una nave en los terrenos segregados.

4.º) Por último, en febrero de 2008 que en la zona prohibida, el acusado instaló 24 módulos prefabricados para el alojamiento de trabajadores. Como colofón de la conducta desarrollada por los acusados, se declara probado que los daños ocasionados en la zona requieren la restauración de la cubierta vegetal, restitución de perfiles materiales y red hidrológica, retirado de la infraestructura agrícola y mantenimiento de la repoblación durante varios años, tasándose pericialmente en más de medio millón de euros.

La descripción fáctica confirma el acierto del Tribunal sentenciador en la calificación jurídica de los hechos incardinados en el artículo 319.1 del Código Penal. El acusado actúa evidentemente como promotor de las construcciones ilegales y transformaciones del terreno realizadas en la finca, estando perfectamente delimitada su actuación en el «factum».

En cuanto al concepto de promotor, la doctrina jurisprudencial desde la STS 1250/2001, 26 de junio, corroborada posteriormente por la sentencia 690/2003, 14 de mayo, viene considerando que como la Ley de Ordenación de la edificación de 1999 considera que promotor lo puede ser cualquiera, incluso ocasionalmente, la figura del promotor parte de una realidad preexistente, no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que en el ámbito del artículo 319 será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, propugna o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación (*vid.* STS 1127/2009, de 27 de noviembre). Figura en la que, indudablemente, debe incardinarse la actuación del acusado. En cuanto al término «construcción», como señala con acierto la sentencia de instancia, debe tenerse en cuenta el concepto introducido en la ya citada sentencia de la Sala Segunda 1182/2006, de 29 de noviembre,

en asunto similar al que nos ocupa en el que en la construcción de una red de caminos cementados se había destruido la cubierta vegetal y soterrado el suelo, según el cual debe considerarse como construcción la que se produce por la obra del hombre y con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, con una sustancial modificación, con vocación de permanencia, de la configuración original de la zona geográfica afectada, debiendo tenerse en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo «construcción» como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y «edificación» en el 2º, mucho más restringido que el otro.

Además, no cabe discutir que la instalación de una nave y módulos prefabricados constituye, sin duda, una construcción en el sentido etimológico del término. Por lo demás, no cabe discutir sobre la afectación del bien jurídico protegido porque el paraje tiene la consideración de especialmente protegido en la normativa administrativa, y es evidente la afectación de la ordenación del territorio que conlleva, que por su obviedad no merece mayores comentarios. Por último, se alude a que los acusados obtuvieron licencias administrativas y autorizaciones que permitían las actividades desarrolladas.

La afirmación es incierta, pues la nave, módulos y balsa de agua se realizaron sin solicitar licencia y autorización alguna, y en el caso que se solicitó autorización, se excedieron los acusados del ámbito de la misma para conseguir su propósito, que no era otro que la conversión del terreno en agrícola de regadío intensivo. La calificación de licencia-pantalla que realiza el Tribunal parece acertada, especialmente si se atiende al informe pericial, ratificado en el plenario, que afirma la falta de coincidencia entre las licencias que se solicitaban y la extensión y ubicación de las zonas de cultivo intensivo que se iban abriendo, amén de la imposibilidad de legalización de las obras desarrolladas porque en su conjunto afectaban a terrenos incluidos en la zona A, concluyendo el perito que los terrenos afectados por la transformación eran y son totalmente forestales y que en su actual estado la finca no cumple con su función forestal.

A mayor abundamiento, una simple licencia municipal no es suficiente para alterar o modificar el uso de la finca forestal, pues de conformidad con el artículo 40 de la Ley Forestal el cambio de uso de un terreno necesita informe y autorización del órgano forestal competente; en la misma línea, el artículo 62 de la Ley Forestal de Andalucía 2/1992, 15 de junio, dispone que el cambio de uso de los terrenos forestales para cultivos agrícolas u otros forestales requerirán autorización de la Administración Forestal, con independencia de la titularidad de los terrenos, sin perjuicio de las restantes autorizaciones o licencias requeridas.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia núm. 54/2012, de 7 de febrero).

ARTÍCULO 325

Delito contra el medio ambiente. Empresa dedicada a la fabricación de jabones para cosmética, geles y champús de baño sin autorización para vertidos de aguas residuales industriales que vierte las mismas a una arqueta o colector de aguas domésticas y sanitarias, desde donde iban a parar hasta el río, contaminando su cauce y dañando de manera grave la vegetación y el ecosistema del río.

El segundo de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim. denuncia aplicación indebida del artículo 325 del CP, en la medida en que la sentencia recurrida

contiene una alusión a una norma extrapenal derogada, toda vez que la ley estatal 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación, derogó expresamente las autorizaciones de vertido del artículo 100 del Real Decreto Legislativo 1/2001. Así se desprendería de su disposición derogatoria única, en cuyo ámbito se incluyeron «... las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales: autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias, reguladas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio».

También se refiere la defensa, ya en el ámbito autonómico, a la aprobación de una norma –la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades– que habría derogado algunos aspectos de la Ley 3/1998, 27 de febrero, norma aplicada por la sentencia que se recurre.

El motivo no puede ser acogido.

A) La defensa incurre en el mismo defecto que en el motivo precedente cuando incluye en el ámbito del principio acusatorio la exigencia de que el precepto administrativo que define la contravención normativa que da vida a la acción típica, tenga que estar vigente, con el mismo *nomen iuris*, en el momento del enjuiciamiento de los hechos. Como hemos afirmado en el anterior fundamento jurídico, lo verdaderamente decisivo es que el elemento normativo que acoge el artículo 325 del CP sea integrado con la suficiente claridad como para evitar cualquier interpretación extensiva generadora de indefensión o que desborde los límites exigidos por el principio de legalidad.

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, frente a lo que razona el recurrente, no supuso una derogación del régimen de autorización para la realización de los vertidos contaminantes. Así se desprende del artículo 4 de la mencionada ley, en el que se regula lo que el precepto denomina «principios informadores de la autorización ambiental integrada», o del artículo 5 en el que se señalan, entre las obligaciones de los titulares de las instalaciones sometidas a control, las siguientes: «a) disponer de la autorización ambiental integrada y cumplir las condiciones establecidas en la misma; b) cumplir las obligaciones de control y suministro de información previstas por la legislación sectorial aplicable y por la propia autorización ambiental integrada; c) comunicar al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada cualquier modificación, sustancial o no, que se proponga realizar en la instalación».

La norma legal a la que la defensa atribuye un efecto derogador que habría afectado al régimen de autorización de vertidos de sustancias contaminantes en la comunidad autónoma catalana participa, por el contrario, de una finalidad radicalmente distinta a la que le adjudica el recurrente. Su aprobación buscaba transponer a nuestro sistema jurídico la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación. De lo que se trataba era de «... evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto».

En suma, la Ley 16/2002, lejos de aligerar el nivel de exigencia en el régimen de autorización administrativa para la realización de vertidos, nació –como proclama la exposición de motivos– con «... una inequívoca vocación preventiva y de protección del medio ambiente en su conjunto, con la finalidad de evitar, o, al menos, reducir, la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo. [...] A estos efectos, el control integrado de la contaminación descansa fundamentalmente en la autorización ambiental integrada, una nueva figura de intervención administrativa que sustituye y aglutina al

conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento, con el alcance y contenido que se determina en el Título III».

Como apunta el Fiscal, la reforma introducida sólo afectaría a los procedimientos a seguir en la solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las autorizaciones ambientales reguladas en el Decreto Legislativo 1/2001, 20 de julio, pero no significa –frente a la tesis del recurrente– que en adelante no sea precisa la autorización que requiere el artículo 100 de esa norma reglamentaria para realizar vertidos contaminantes.

B) En el ámbito estrictamente autonómico, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, tampoco se habría producido ese efecto derogatorio con influencia en el juicio de subsunción verificado por el Tribunal de instancia. En modo alguno puede afirmarse que la nueva regulación aprobada por el parlamento catalán implique un debilitamiento de los rígidos controles administrativos en la autorización de vertidos contaminantes. Así, en el Anexo II, referido a las «actividades sometidas al régimen de licencia ambiental, «se incluyen la fabricación de: 5.12.a) Jabones, detergentes y otros productos de limpieza y abrillantado; 5.12.b) Perfumes y productos de belleza e higiene».

Por tanto, no ha existido la infracción legal denunciada por la defensa. El juicio histórico describe cómo el acusado, en su condición de principal responsables de «Laboratorios Glower, S.A.» llevó a cabo vertidos incontrolados, careciendo de las licencias administrativas y de las preceptivas autorizaciones para vertidos de aguas residuales e industriales. Esos vertidos sobre el río Anoia se realizaron sin ningún sistema de depuración y tratamiento de las aguas, yendo a parar a una arqueta o colector de aguas domésticas y sanitarias, acabando en el cauce del río, con el consiguiente daño grave de la vegetación y el ecosistema de las aguas fluviales.

(Sentencia núm. 411/2012, de 18 de mayo).

ARTÍCULO 390

Falsedad de documento público. De notario que, habiéndose otorgado ya las escrituras públicas ante él, y devueltas por el Registro, procedió a alterar materialmente las matrices y las certificaciones de Juntas de entidad mercantil cambiando las fechas de la junta de socios a la que se referían y la intervención de personas en las mismas.

1. Según se desprende de los hechos probados, las escrituras mediante las que se elevaban a públicos los acuerdos adoptados en la junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997 fueron otorgadas ante el recurrente en noviembre de 1998, uniéndose a ellas certificaciones de lo acordado en la referida junta. Las escrituras fueron devueltas por el registro Mercantil, ante lo cual, el recurrente procedió a rectificar en las escrituras y en las certificaciones la fecha de la junta de socios, sustituyendo la mención al año 1997 por otra relativa al año 1998. Asimismo, con fecha 12 de abril de 1999 se añadió una diligencia redactada por el recurrente en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente (Maximiliano) provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998. Por el contrario, en una tercera escritura relativa al otorgamiento de un poder, se mantuvo la referencia al 17 de octubre de 1997 como fecha de celebración de la junta de socios. El recurrente entiende que para la correcta

valoración de estos hechos es preciso tener en cuenta que los administradores que se dice cesados en 1997 firmaron en junio de 1998 las cuentas del ejercicio 1997, lo que acredita que en realidad no habían cesado.

2. A pesar de las argumentaciones del recurrente, el tribunal de instancia ha tenido en cuenta el hecho mencionado en el fundamento jurídico tercero, al final, aunque no le reconozca los efectos que se pretenden en el motivo, lo que esta Sala considera razonable.

Efectivamente, el que los administradores cesados por la junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997 firmaran en 1998 las cuentas de ese ejercicio, no tiene la trascendencia que le atribuye el recurrente en relación al delito de falsedad, aunque pudiera tenerla en otros aspectos distintos referidos al alcance de su responsabilidad como administradores, que no es preciso concretar ni examinar aquí.

Lo relevante a los efectos del tipo penal es que de la sentencia resulta que al recurrente le constaba que la junta de socios en la que se habían adoptado los referidos acuerdos, que se elevaban a públicos ante él, era de fecha 17 de octubre de 1997. Pues el encargo de confección de las escrituras se produjo en octubre de 1997; así se hacía constar en las primeras escrituras, luego devueltas por el Registro Mercantil, y así aparecía en las certificaciones de los acuerdos, ya firmados ante el notario recurrente por quienes comparecían ante él. Y con independencia de los efectos que pudieran tener, especialmente frente terceros, el hecho de que los ceses y nombramientos de administradores acordados en dicha junta de socios, una vez aceptado el último, no se inscribieran en el Registro en el plazo legal; el que los cesados no hubieran instado la debida inscripción del cese en el Registro; incluso el que los citados administradores firmaran, con posterioridad al referido acuerdo, las cuentas del ejercicio de 1997; o la determinación de si esa fue o no su única actuación como tales en ese periodo, lo cierto es que todo ello no autorizaba al recurrente a rectificar unas escrituras ya otorgadas para hacer figurar en ellas como fecha de celebración de la junta de socios a la que se referían una distinta a la que realmente correspondía. No se trata, pues, de que el notario actuara sobre la base de unas nuevas certificaciones presentadas ante él por los comparecientes, ignorando si éstas respondían o no a la realidad, sino de que, habiéndose otorgado ya las escrituras públicas ante él, y devueltas por el Registro, procedió a alterar materialmente las matrices y las certificaciones cambiando las fechas de la junta de socios a la que se referían, sustituyendo las menciones al año 1997 por otras al año 1998, y redactando bajo su fe, además, una diligencia en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998, cuando le constaba que la junta se había celebrado en el mismo día y mes del año anterior. En definitiva, el recurrente contribuyó dolosamente a que se hicieran constar en escrituras públicas otorgadas ante él unos acuerdos sociales adoptados el 17 de octubre de 1997, como si lo hubieran sido en una junta de socios de 1998 que nunca existió, lo cual le constaba, procediendo para ello como se dice en el relato fáctico de la sentencia.

Tampoco puede entenderse que el recurrente hubiera actuado en la creencia de que, de hecho, se aportaban nuevas certificaciones según las cuales los acuerdos se habían tomado en junta celebrada en 1998. En primer lugar, y al menos, porque, según resulta de los hechos probados, y no es contradicho tampoco en el recurso, la idea de alterar las fechas surge con posterioridad a noviembre de 1998, cuando el Registro Mercantil devuelve las escrituras. En segundo lugar, porque no podía ignorar, en modo alguno, que con su actuación suprimía la existencia de la junta de 1997, con los consiguientes efectos para quienes entonces cesaron, sin que de ninguna forma le constara al recurrente que los socios aceptaran dar por celebrada una junta general en la que su cese como administradores se acordara en octubre de 1998 y no

en 1997 como sabía que inicialmente se había acordado, pues es claro que no comparecieron ante él, con ese objeto, todos los afectados.

Finalmente, no es posible entender que el recurrente se limitó a rectificar un error material. Pues no existía error alguno desde el momento en que en las escrituras iniciales se hacía constar la fecha real de celebración de la junta y de adopción de los acuerdos.

Por lo tanto, en la sentencia se tiene en cuenta el hecho cuya consideración se dice omitida, y se hace de forma que esta Sala considera razonable, lo que determina la desestimación de la queja.

3. En cuanto a la segunda queja, señala el recurrente que no se precisa qué acción se corresponde con cada uno de los dos preceptos invocados al calificar jurídicopenalmente los hechos.

Es cierto que la motivación debe referirse también a los aspectos jurídicos relativos a la interpretación y aplicación de las normas y a sus consecuencias. También lo es que, aunque siempre sea conveniente una referencia a las cuestiones debatidas, no es precisa una especial extensión cuando se trata de aspectos obvios.

En el caso, es cierto que en la sentencia no se contiene una precisión exacta y exhaustiva de los aspectos a los que se refiere el motivo, pero dada la claridad de las cuestiones resueltas, ha de concluirse que el Tribunal no ha cometido infracción alguna. Establecido en los hechos, de un lado, que el recurrente alteró materialmente aspectos esenciales de varios documentos para incluir datos que le constaba que no respondían a la realidad, y, de otro lado, que redactó una diligencia en la que hizo afirmaciones que le constaba que tampoco respondían a la realidad, ninguna dificultad ofrece subsumir la primera conducta en el artículo 390.1.º y la segunda en el artículo 390.4.º, ambos del Código Penal.

De todo ello resulta que no se ha producido una aplicación irracional del tipo penal. Considera el recurrente que la argumentación relativa a la existencia de perjuicio es irracional. Sin embargo, como ya se dijo antes, con independencia de los efectos que frente a terceros pudiera atribuirse a la no inscripción en el Registro del cese y nuevo nombramiento respecto a las actuaciones de los anteriores administradores en aspectos concretos, no es indiferente la fecha del acuerdo por el que la junta de socios decide su separación del cargo, pues la inscripción no es requisito de validez. Así, ha señalado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sección 1) en Sentencia núm. 242/2011, de 4 abril, que «... la inscripción registral del cese de un administrador societario no constituye un requisito para la validez y eficacia de tal acto jurídico...». En sentido similar la STS, Sala de lo Civil, nº 700/2010.

En consecuencia, el motivo se desestima.

En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 390.1.1º del Código Penal, pues sostiene que no ha existido una mutación de la apariencia externa del documento; que la acción recae sobre un extremo ajeno a la fehaciencia notarial, lo que impide relacionarlo con la función pública; que la modificación no afecta a un elemento esencial, y que no ha existido perjuicio ni dolo falsario.

1. Según los hechos probados de la sentencia impugnada, ante el recurrente se otorgaron en el mes de noviembre de 1998 unas escrituras elevando a públicos unos acuerdos sociales adoptados en una junta general de socios celebrada el 17 de octubre de 1997, relativos al cese de los administradores de la sociedad y a una ampliación de capital. El encargo se efectuó en el mes de octubre de 1997. Se redactaron las correspondientes certificaciones que se unieron a las matrices de las escrituras, todas ellas relativas a la junta celebrada el señalado día 17 de octubre de 1997. Las escrituras fueron presentadas en el Registro Mercantil, que las rechazó por contradicción de su

contenido con otros asientos previos. Ante ello, el recurrente procedió a alterar en las matrices y en las certificaciones emitidas las fechas de la junta de socios a la que las escrituras se referían, sustituyendo las menciones al año 1997 por otras relativas al año 1998. Igualmente añadió a otra escritura una diligencia en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente, Maximiliano, como administrador provenía de una junta celebrada el 17 de octubre de 1998.

2. A los efectos del motivo, importa destacar que el recurrente no recibió una nueva certificación relativa a una nueva junta de socios que hubiera podido celebrarse en el año 1998, en la que se hubieran reiterado los acuerdos adoptados ya en 1997. No se trata de que, ante una nueva certificación o comparecencia se limitara a dar fe de lo manifestado ante él. En este caso, las escrituras públicas se habrían referido a dos juntas de socios diferentes, cada una con su propio contenido, lo cual podría tener sus efectos en el ámbito mercantil, especialmente habida cuenta de la regulación legal relativa al nombramiento y cese de los administradores sociales. Por el contrario, actuó de tal forma que en las escrituras se hacía constar que la única junta de socios en la que se había acordado el cese de los administradores había tenido lugar en el año 1998. En la apariencia final creada mediante tales escrituras, en cuya confección participó el notario recurrente con pleno conocimiento de causa, la junta celebrada el 17 de octubre de 1997, a la que se referían las escrituras y las certificaciones primeras, otorgadas y firmadas por los comparecientes antes de su presentación al Registro Mercantil, no había existido.

En primer lugar, por lo tanto, existió una alteración de documentos ya existentes, sin que pueda valorarse como una rectificación de un error, aun cuando el procedimiento fuera similar al empleado en esos casos. Pues es claro que no se trataba de un error, sino de hacer figurar en los documentos una fecha de celebración de la junta de socios distinta de la real, que inicialmente se había plasmado en aquellos, con la evidente consecuencia de alterar el momento en el que se había acordado el cese de los administradores sociales.

En segundo lugar, el recurrente no autorizó unos nuevos documentos elevando a públicos unos nuevos acuerdos, sino que alteró las fechas de los ya existentes, lo cual afecta al contenido y ámbito de la fe pública. Pues con su actuación lo está modificando en cuanto suprime la mención, previamente existente, a una junta de socios a cuya existencia y acuerdos se habían referido ya las certificaciones obrantes en la notaría desde octubre de 1997 y las escrituras redactadas y presentadas al Registro en noviembre de 1998.

En tercer lugar, la fecha de la junta de socios en la que se acordaba el cese de los administradores es un elemento esencial a los efectos de la discusión, evidentemente posible, sobre la responsabilidad de los mismos. El delito de falsedad documental no exige la provocación de un perjuicio concreto, bastando la potencialidad de causarlo. A estos efectos es evidente la repercusión potencial de una diferencia de un año en la fecha del acuerdo social de cese de los administradores.

Y, finalmente, en cuanto al dolo falsario, es claro que el recurrente era consciente de la alteración de la fecha de la celebración de la junta de socios y de sus posibles consecuencias. El recurrente ya había autorizado unas escrituras, basadas en unas certificaciones relativas a la celebración de la junta de socios el 17 de octubre de 1997. El encargo lo había recibido en el mismo mes de octubre de 1997, por lo que no puede entenderse que actuó en la convicción de que se había producido un error en la fecha. De otro lado, aun cuando, ante el rechazo de las escrituras por el Registro, hubiera actuado a petición de los comparecientes, y sin perjuicio de la responsabilidad de éstos, lo cierto es que aceptó modificar el contenido de los documentos de manera que, bajo la apariencia de rectificación de un error material, hacía desaparecer del protocolo notarial su previa actuación como fedatario relativa a una junta de socios celebrada en el año 1997. Y, en cualquier caso, no podía ignorar que la sustitución de

la fecha real de celebración de aquella junta por otra posterior afectaba, o al menos podría afectar, a personas que no habían comparecido en la notaría y cuyo consentimiento a la alteración no considera probado el Tribunal de instancia tras el examen de las pruebas practicadas, especialmente las de carácter personal.

En consecuencia, el motivo se desestima.

En el sexto motivo, con el mismo apoyo procesal, denuncia la infracción del artículo 390.1.4º del Código Penal, pues sostiene que no existe narración de hechos falsos, no siendo el notario el autor de las declaraciones sobre la adopción de los acuerdos que expresan las certificaciones que fueron modificadas para ajustarlas a la realidad de lo acaecido, de acuerdo con sus autores.

1. A los efectos de la confirmación del fallo condenatorio, la cuestión no es relevante casacionalmente, dada la desestimación del anterior motivo. En cualquier caso, no puede aceptarse que la alteración realizada en los documentos tuviera como finalidad ajustar el contenido de éstos a lo realmente acontecido, cuando al recurrente le constaba, como ya se ha señalado, que el acuerdo de cese de los administradores y de nombramiento de administrador único había tenido lugar en una junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1997. La determinación de los efectos de este acuerdo, tanto en las relaciones de los administradores con la sociedad o con otros socios, como frente a terceros, no puede ser aquí efectuada, pues no ha sido objeto de la sentencia de instancia ni depende solo de los datos contenidos en la misma. En cualquier caso, y como ya se ha dicho, la fecha no es irrelevante. Como recuerda la STS, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2007. «El artículo 58.4 LSRL establece que «el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación» y la inscripción en el Registro Mercantil se produce para la oponibilidad frente a terceros de los citados nombramientos; la inscripción no es constitutiva, como se deduce claramente del citado artículo 58.4 LSRL... Paralelamente, el artículo 68.1 de la misma ley tampoco exige la inscripción en el Registro como elemento de validez de la decisión de cese acordada por la junta general.

2. En lo que se refiere a la aplicación del artículo 390.1.4º, en el mismo se sanciona a la autoridad o funcionario público que cometa falsedad faltando a la verdad en la narración de los hechos. Ya hemos señalado con anterioridad que en la sentencia se declara probado que el recurrente redactó y autorizó una diligencia notarial incorporada el 12 de abril de 1999 a la escritura nº 002, en la que se hacía constar que el nombramiento del compareciente provenía de una junta de socios celebrada el 17 de octubre de 1998, cuando al recurrente le constaba que tal junta se había celebrado el mismo día del año anterior, pues así se desprendía de las certificaciones inicialmente confeccionadas en la misma notaría.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia núm. 690/2012, de 25 de septiembre).

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos. Alcalde que se apropia del importe correspondiente a una tasa de licencia de construcción. No concurre el subtipo atenuado del artículo 433 CP al existir una vocación de ejercer sobre el dinero malversado una relación dominical con carácter definitivo.

Viene a impugnar el recurrente la catalogación de los hechos como delito del artículo 432.1 CP, entendiéndose que la devolución del dinero malversado le hace merecedor de la aplicación del tipo más liviano que, a modo de reparación, prevé el artículo 433 CP cuando dicha entrega se produzca dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso penal. Para el recurrente, en suma, resulta de los hechos un mero *animus utendi* frente al *animus rem sibi habendi* de la modalidad más grave.

En su artículo 433, nuestro Código Penal castiga a «la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones», reconduciendo en su segundo inciso las penas imponibles a las del artículo 432 en el caso de que el autor «no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso». Este segundo precepto, el artículo 432, castiga más severamente a «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiera que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (ap. 1.º), modalidad que ha aplicado aquí la Audiencia Provincial de Córdoba.

La distinción entre ambos preceptos ha sido analizada en la STS núm. 222/2010, de 4 de marzo, remitiéndose a su vez a la STS núm. 657/2004, de 19 de mayo, para afirmar: «La diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el artículo 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público distraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido *animus rem sibi habendi*, y será aplicable el artículo 432 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio (*animus utendi*) (véanse SSTS de 14 de marzo y 20 de diciembre de 2000, entre otras muchas)».

A la vista de los hechos declarados probados, resulta invariable aplicar la forma atenuada de malversación que reclama el recurrente y que, aun no habiendo sido planteada por la defensa, descartó fundadamente la Sala de instancia (*vid.* FJ. 6º), pues la actuación apoderativa del acusado estuvo presidida por un ánimo de incorporar permanentemente a su patrimonio los 4413,47 euros recibidos. Así lo demuestra el hecho de que, tras recibir en mano tal cantidad de efectivo, la hiciera directamente suya, no siendo sino más de un año después cuando decidió reintegrar el dinero del que había dispuesto a título particular, y ello porque tuvo noticia de que se había descubierto la situación irregular, única razón que lo llevó a depositar una cantidad similar en la cuenta bancaria abierta a nombre de la E.L.A.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre los efectos atenuatorios que ha de merecer esa ulterior decisión de devolución, su acción delictiva de ningún modo cumple los presupuestos del inciso segundo del artículo 433, que el Legislador vincula a una situación muy diferente, cual es la del culpable que, habiendo distraído dinero público del que dispusiere por razón de su cargo, lo reponga en el breve plazo de días que marca el legislador. El acusado lesionó aquí la confianza en el manejo honesto de los caudales públicos a la que alude la jurisprudencia de esta Sala (*vid.* SSTS núm. 537/2002, de 5 de abril, o núm. 1486/1998, de 26 de noviembre, entre otras), guiado por un ánimo de enriquecimiento permanente, es decir, un *animus rem sibi habendi*, y no por un mero ánimo de utilización temporal del dinero recibido, cuya titularidad correspondía desde el inicio a las arcas municipales.

Ambos motivos merecen ser desestimados.

(Sentencia núm. 497/2012, de 4 de junio).

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Año 2012)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo,
Sala Segunda

Durante el año 2012, el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, adoptó, una serie de acuerdos relativos a los siguientes delitos:

- Artículo 138 (Homicidio).
- Artículo 76.1 (Cumplimiento máximo de las penas en cualquier delito).

Seguidamente se incluyen, completos, los citados acuerdos en que se trata sobre los delitos mencionados:

25 DE ABRIL DE 2012

Asunto: Punibilidad de la tentativa inidónea de Homicidio (inidoneidad del medio): uso de pistola sin munición.

Acuerdo: «El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico».

19 DE DICIEMBRE DE 2012

Asunto: Criterio de interpretación del artículo 76.1 del CP en cuanto a la determinación de los límites máximos de cumplimiento contenidos en los apartados *a)* a *d)* en los casos de tentativa.

Acuerdo: Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras *a)* a *d)* del artículo 76 del Código Penal hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Circulares

CIRCULAR 1/2012 SOBRE EL TRATAMIENTO SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LOS CONFLICTOS ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD EN CASO DE RIESGO GRAVE

SUMARIO: I. Introducción.–II. Marco jurídico. II.1 Ámbito general. II.2 Especialidades en relación con los menores de edad. II.3 Determinación de la madurez del menor.–III. Conflictos de intereses ante transfusiones de sangre y otras intervenciones sanitarias de grave riesgo sobre menores de edad. III.1 Criterios generales. III.2 Referencia a los Testigos de Jehová.–IV. Competencia judicial y legitimación del Fiscal.–V. Pautas para la solución de determinados conflictos de intereses.–VI. Aspectos procesales.–VII. Organización interna.–VIII. Comunicaciones interorgánicas.–IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos que pueden generarse en clínicas y hospitales cuando los facultativos consideran necesario practicar a un menor de edad una transfusión de sangre u otra intervención médica en situación de «riesgo grave» y el menor, sus representantes legales o unos y otro se oponen, además de ser de por sí jurídicamente complejos, suponer la afectación de derechos fundamentales y venir acompañados de un fuerte componente emocional, exigen una resolución urgente.

Si a estos perfiles se une el hecho de que el marco jurídico para resolver estos conflictos no es lo suficientemente claro, la necesidad de contar con unas pautas generales interpretativas se torna imprescindible.

La labor exegética orientada a iluminar esas zonas oscuras debe necesariamente inspirarse desde el punto de vista sustantivo en el principio del superior interés del menor. Desde el punto de vista procesal será el principio de celeridad el que proporcione asideros, partiendo de que en la mayoría de estos supuestos, a la vista de los bienes jurídicos afectados, la decisión no admite ningún tipo de dilación.

II. MARCO JURÍDICO

II.1 **Ámbito general**

La generalización de la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención médica cuente con una información previa y comprensible de su naturaleza, sus riesgos y sus beneficios y la atribución de la capacidad de decisión última sobre su realización al enfermo, constituye una manifestación del principio de autonomía. Su efectividad en este ámbito comporta una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC núm. 154/2002, de 18 de julio).

Por esa razón, se ha afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional (SSTC núm. 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, y 37/2001 de 28 de abril).

Por su parte, el TS en SSTC núm. 3/2001, de 12 de enero y 447/2001, de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, ha manifestado que «el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo».

Pero obviamente no se trata de un derecho ilimitado. Los límites se reconocen en el mismo instrumento que consagra a nivel internacional éste y otros derechos en el ámbito sanitario, el Convenio suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el 1 de enero de 2000). Su texto, tras proclamar la regla general sobre el consentimiento informado en el artículo 5, establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo (arts. 6 y 7), o en razón de la necesidad derivada de situaciones de urgencia y el respeto a los deseos expresados con anterioridad por el paciente (arts. 8 y 9), y señala también otras posibles restricciones al ejercicio de estos derechos siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, fundadas, entre otras razones, en la protección de la salud pública o de los derechos y libertades de las demás personas (art. 26).

II.2 **Especialidades en relación con los menores de edad**

En todos los países de nuestro entorno, la franja de edad y las restricciones de la capacidad de obrar ligadas a la minoría han variado con el tiempo. Actualmente se

considera que los niños tienen, en definitiva, «derecho a asistencia y cuidado especiales» debido a «su falta de madurez física y mental», y es unánimemente aceptada la edad de 18 años como el momento de pleno cambio a la vida adulta.

Sin embargo, existen ámbitos de autonomía legalmente reconocida por debajo de esa edad. Así, el artículo 162 CC excepciona del ámbito de representación de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

Por derechos de la personalidad hemos de entender aquellos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales. En este contexto, el precepto responde a la idea de que en la esfera estrictamente personal y en la familiar de carácter personal está normalmente excluida la sustitución del titular, de forma que el representante no puede actuar o su actuación es sólo complementaria. Por consiguiente, los derechos de la personalidad deben ser ejercitados por sus titulares, sin que quepa un consentimiento por representación, siempre que el menor tenga condiciones suficientes de madurez.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante LOPJM) dispone que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

En el marco civil, existen otros preceptos que evidencian el reconocimiento legal de un progresivo ámbito de capacidad a los menores adolescentes: *ad exemplum*, el mayor de catorce años puede testar (art. 663.1 CC) o ser testigo en los actos inter vivos (art. 1.246.3 CC); el mayor de dieciséis años puede solicitar la emancipación judicial (art. 320 CC) y ser testigo en el testamento excepcional otorgado en tiempo de epidemia (art. 701 CC) o adquirir la mayoría de edad laboral (art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores); el artículo 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen atribuye a los menores la capacidad de consentir las intromisiones en tales derechos, si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil...; el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Protección de Datos de carácter personal permite a los menores de 14 años prestar por sí mismos su consentimiento para el tratamiento de sus datos.

En relación con esta normativa, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989 y de 14 de mayo de 2010 señalan que «no existe una norma que, de forma expresa, declare la incapacidad de los menores para obrar en el ámbito civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para actuar por sí mismo; y no cabe derivar esa incapacidad para obrar ni del artículo 322 CC en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados». Más adelante ambas resoluciones añaden que, «... si a partir de los 18 años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 5 del Código Civil) y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

En resumen, en el ámbito civil la minoría de edad no es una de las causas de incapacidad del artículo 200 CC por lo que ha de ser analizada en cada caso concreto a los efectos de calificar la suficiencia en la prestación del consentimiento en

atención a la naturaleza y trascendencia de la decisión y al grado de madurez del disponente.

Este marco no es exclusivo de nuestro ordenamiento sino que obedece a una pauta que rige en el entorno de los países occidentales. En relación con el consentimiento informado, por ejemplo, en el Reino Unido, la *Family Law Reform Act 1969* fija en su artículo 8 la edad de 16 años para otorgar consentimiento informado pleno. Además de este artículo, es de citar, por su amplia repercusión en el ámbito doctrinal, la sentencia dictada en 1985 por la Cámara de los Lores en el caso *Gillick vs. el departamento de salud de West Norfolk y Wisbech* (3 All ER 402 HL) en la que se declaró la capacidad de unas adolescentes menores de 16 años para recibir asesoramiento y tratamiento médico anticonceptivo en función de su capacidad para comprender el alcance y finalidad de dicho tratamiento. La sentencia concluía que la ley no reconoce una regla de autoridad absoluta en materia de potestades parentales hasta una edad determinada, sino que los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad y relativos al cuidado de los hijos, están reconocidos en tanto en cuanto sean necesarios para la protección del hijo por lo que ceden ante el derecho de éste de realizar sus propias decisiones cuando alcanza un entendimiento suficiente e inteligencia para decidir.

En este contexto previo, para determinar con carácter general quién puede o debe prestar el consentimiento informado a la práctica de intervenciones médico sanitarias a menores de edad debe considerarse en primer lugar el Convenio de Oviedo que entre las disposiciones ya comentadas contempla de forma específica la situación de los menores de edad.

Su artículo 6, apartado segundo, señala que, cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

El apartado cuarto del mismo precepto añade que el representante, la persona, autoridad o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán en iguales condiciones la información a que se refiere el artículo 5.

Finalmente el apartado quinto dispone que la autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

El informe de explicación que el propio Convenio incorpora subraya la exigencia de que la intervención del menor tenga mayor peso en función de su edad y capacidad de comprensión, lo que puede incluso dar lugar a que el consentimiento del menor sea necesario, o suficiente para algunas intervenciones.

También destaca este informe la necesidad de que existan procedimientos adecuados para «los casos en que las decisiones sean contrarias al interés del paciente».

Con estas pautas generales, el Convenio de Oviedo remite a la legislación nacional en materias como la fijación de la edad para consentir, el tipo de intervenciones en las que cabe el consentimiento autónomo o es necesario sustituirlo y los concretos cauces procesales procedentes para solventar los casos en que las decisiones de los representantes legales fueran contrarias al interés del menor.

En nuestro país, en el marco general expuesto de la capacidad de obrar de los menores de edad, la cuestión ha sido abordada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP), promulgada como consecuencia de la suscripción del citado Convenio de 1997.

El artículo 9.3 de esta ley trata de los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación recurriendo a una estructura compleja y a expresiones ambiguas. Se maneja aquí un concepto funcional de la capacidad para consentir, definida en términos negativos, esto es, señalando en primer lugar quiénes deben considerarse incapaces de consentir y cuándo debe sustituirse el consentimiento y a continuación, cuándo no cabe la representación.

El apartado c) del artículo 9.3, relativo a los menores de edad dice textualmente:

(Se otorgará el consentimiento por representación)...

- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

- Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

El tenor legal hace referencia a cinco posibles situaciones en las que pueden encontrarse los menores: la incapacidad o incapacitación por circunstancias ajenas a la edad; la ausencia de capacidad para comprender el alcance de la intervención propia de la edad; la madurez o capacidad intelectual y emocional suficiente para comprender y consentir la intervención; la emancipación y la mayoría de 16 años sin incapacidad ni incapacitación.

Pero desde el punto de vista de su tratamiento estas cinco situaciones pueden englobarse en dos:

- Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención. A ellos se alude en la doctrina, siguiendo la nomenclatura consagrada en el Derecho comparado, como «menores no maduros». El texto legal atribuye la capacidad a estos efectos a los mayores de 16 años, pero no presupone expresamente la ausencia de madurez por debajo de esa edad ni fija de forma directa un umbral mínimo de capacidad. Por ello, tratándose de menores de menos de 16 años se impone evaluar en cada caso la posible concurrencia de los parámetros de madurez. Con todo, será difícil apreciarlos en niños de corta edad y así parece reconocerlo indirectamente el mismo precepto al imponer la obligación de oír la opinión del menor en la toma de decisión, sólo si cuenta 12 años.

Lógicamente, a los efectos que aquí se analizan, también se integran en este grupo los menores incapaces por cualquier enfermedad o situación y los incapacitados, cuando tales circunstancias les impidan comprender el alcance la intervención.

En todos estos casos, el consentimiento habrán de prestarlo los representantes legales del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de 12 años.

En principio, los representantes legales del menor vienen obligados a procurar y por ende, a consentir, los tratamientos e intervenciones necesarios para preservar el derecho a la vida y la salud de los menores.

Así se desprende de su posición de garantes de tales bienes jurídicos en función del deber de velar por ellos que les impone el artículo 154 CC.

En el mismo sentido, el artículo 9.5 de la LAP exige que el consentimiento por representación «se otorgue siempre a favor del paciente».

- Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención o «menores maduros». En esta situación se encuentran siempre los

menores de 16 y 17 años que no sean incapaces o estén incapacitados, los menores emancipados y los menores de menos de 16 años cuando, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir.

En estos casos, como regla general, el consentimiento habrá de prestarlo el propio menor.

Respecto de los menores emancipados y mayores de 16 años, el texto legal es tajante: no cabe prestar el consentimiento por representación.

A continuación sin embargo, se desvirtúa tan terminante declaración al introducirse, en proposición adversativa, la modificación del proceso de decisión sobre intervenciones «de grave riesgo». En tales casos, se dice, ... los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La ambigua redacción legal, elude sustraer expresamente al menor del proceso de decisión, pero tal eventualidad aparece implícita en la referencia a una «toma de decisión» en la que se ha de «tener en cuenta» la opinión informada de sus padres.

También se ha eludido la atribución expresa de la decisión correspondiente al médico, aunque sí debe ser éste el que aprecie la situación de grave riesgo y la necesidad de la intervención y el que informe de todo ello a los padres.

Solo queda clara la exclusión de los representantes legales ya que incluso en estos casos, los padres sólo tienen derecho a la información y a la toma en consideración de su opinión.

Como presupuesto previo, la aplicación concreta de este régimen legal plantea la necesidad de la determinar correctamente la madurez del menor.

II.3 Determinación de la madurez del menor

La prestación del consentimiento a la práctica de intervenciones médicas es un proceso complejo en el que intervienen varias personas. El paciente sólo puede ejercer su autonomía para elegir o rechazar las opciones terapéuticas disponibles si el médico le proporciona una completa y comprensible información técnica. Pero no todas las personas están en condiciones intelectuales y emocionales para procesar esa información y decidir en función de ella.

Superados los planteamientos «formal» (la capacidad depende de su previa atribución legal) y «consecuencial» (la capacidad se reconoce a quien toma decisiones razonables), la valoración de la competencia adecuada ha de ajustarse al criterio funcional que mide la concreta capacidad intelectual y emocional para adoptar una determinada decisión.

En el contexto del artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), el «estar en condiciones de formarse un juicio propio» es el presupuesto para ejercer el derecho a expresar libremente las propias opiniones. Un paso más, el concepto de madurez, implica también cierta razonabilidad y autonomía de tales opiniones.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General n.º 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/CG/12, 20 de julio de 2009), señala que el término «madurez» hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño para formarse opinión sobre un tema concreto y para decidir al respecto.

En el ámbito sanitario, el criterio de competencia funcional de los menores de edad ha tomado carta de naturaleza desde la difusión del ya citado caso *Gillick* hasta el punto de que en la doctrina la capacidad intelectual y emocional para com-

prender el alcance de una intervención se designa frecuentemente como «Gillick competente».

En nuestro Derecho el artículo 9.3 a) de la LAP, atribuye expresamente la evaluación de la «capacidad de decisión» del paciente al «criterio del médico responsable de la asistencia». Esta atribución de carácter general debe entenderse extensiva al caso de los pacientes menores ya que el artículo 9.3 c) no menciona ninguna instancia responsable de la evaluación de la capacidad del menor. A falta de mayor precisión legal, los médicos deben decidir en cada caso con cierta dosis de sentido común.

Sin embargo, puesto que la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía de unos a otros sujetos y en función de la entidad y posibles consecuencias de cada actuación, pueden darse algunas pautas para esta decisión:

La primera es que la capacidad del menor debe ser evaluada siempre a efectos de tomar debidamente en cuenta sus opiniones y de comunicarle la influencia que las mismas tengan en el proceso de decisión. La evaluación deberá verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción de forma que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por quien lo expresa y que éstos sean razonablemente realizables en el marco de su realidad personal.

La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño, porque el desarrollo cognitivo y emocional no va ligado de manera uniforme a la edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo recibido condicionan decisivamente la evolución de la capacidad del menor para formarse una opinión propia. Por ese motivo, se impone siempre una evaluación individualizada –y tanto más exhaustiva cuanto más joven sea el paciente– caso por caso de las opiniones y deseos expresados, y por ende, del grado de madurez de cada menor. Para ello, el propio artículo 9.3 c) LAP aporta una orientación inicial cuando se trata de menores de 12 años, al no exigir con carácter general en tales casos la audiencia de los mismos.

La tercera es que debe atenderse a los efectos de la cuestión a decidir en la vida del menor. Cuanto más trascendentes o irreversibles sean las consecuencias de la decisión, más importante será evaluar correctamente la madurez y más rigurosa deberá ser la apreciación de sus presupuestos.

Por último, hay que recordar que la Convención de Derechos del Niño reconoce los derechos y las responsabilidades de los padres o representantes legales de los niños de impartirles dirección y orientación apropiadas pero subraya también que tal reconocimiento tiene por objeto permitir que los niños ejerzan sus derechos con autonomía creciente en función de su edad.

III. CONFLICTOS DE INTERESES ANTE TRANSFUSIONES DE SANGRE Y OTRAS INTERVENCIONES SANITARIAS DE GRAVE RIESGO SOBRE MENORES DE EDAD

III.1 Criterios generales

Las pautas que proporcionan las reglas generales sobre capacidad de obrar de menores de edad que se han analizado más arriba y el artículo 9 de la LAP servirán para resolver la necesidad de consentimiento informado de cualquier intervención

médico-sanitaria común cuando los factores de riesgo o daño para los intereses del menor están ausentes o no son graves.

Pero pueden surgir conflictos de intereses cuando los facultativos aprecian la necesidad de una concreta intervención cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y éste, sus representantes o uno y otros niegan el consentimiento. Los bienes en conflicto serán de un lado, la vida del paciente menor de edad y en relación con ella, su salud, y de otro, su autonomía y libertad de decisión, sea indirectamente ejercida a través de la representación legal, o sea directamente ejercida cuando se trata de menores emancipados, mayores de 16 años o menores maduros.

Estas situaciones excepcionales de máximo conflicto por la gravedad de los riesgos y la importancia de los bienes jurídicos en juego, han de superarse priorizando el interés superior del menor y paciente sobre la voluntad expresada por el mismo o en su caso, por sus representantes legales.

Aunque esta solución no está expresamente contemplada en el artículo 9.3 c) de la LAP, se desprende de una interpretación armónica de este texto legal en relación con la LOPJM y con otras disposiciones relativas a la vida y salud de menores de edad.

El principio del «interés del paciente» viene consagrado en los artículos 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo. El primero de ellos señala que cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, y que esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada. El segundo de estos preceptos indica que el consentimiento por representación sólo podrá otorgarse en beneficio del paciente.

En su formulación genérica, el interés del paciente coincide con el interés superior del menor. Este último sirve de pauta para la resolución de estos conflictos porque el ya citado artículo 2 LOPJM lo introduce de forma expresa como principio rector en la aplicación de la ley estableciendo que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

La concreción práctica del concepto jurídico indeterminado de «interés del menor» no siempre es fácil para el intérprete general de las normas ni para su aplicador en el caso concreto, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo, siguiendo el ejemplo del artículo 9 de la Children Act británica de 1985 y como alternativa al recurso legal a la cláusula general, viene aportando en sus resoluciones desde la STS núm. 565/2009 de 31 de julio, una serie de criterios, máximas de experiencia, medios o procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente, su concreción en el caso concreto. Se señala así que el interés del menor se identifica en primer lugar con:

– Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas».

A continuación, sigue diciendo la Sentencia citada que,

– Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.

Sin intención evidente de jerarquizar los criterios de determinación del interés superior, con este orden enumerativo el Tribunal Supremo deja clara la prioridad de

satisfacer las necesidades básicas o vitales del menor entre las que cita expresamente su salud. También queda claro que la necesidad de atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, con ser esencial, se subordina a la compatibilidad de tales deseos, sentimientos y opiniones con las necesidades básicas o vitales del mismo. Es evidente que si la salud es una de tales necesidades básicas, lo será prioritariamente la vida como presupuesto *sine qua non* de todas las demás.

Pero aún cabe destacar otros dos criterios importantes del repertorio que proporciona esta sentencia:

– Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.

– Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio).

La identificación del «interés superior del menor» con la protección de su vida y su salud y con la consideración de las consecuencias futuras de toda decisión que le afecte, unida al carácter irreversible de los efectos de ciertas intervenciones médicas o de su omisión en casos de grave riesgo, llevan a cuestionar la relevancia de la voluntad expresada por los representantes legales del menor no maduro cuando su contenido entraña objetivamente grave riesgo.

Igualmente, la salvaguarda del superior interés del menor impondrá restricciones a la capacidad de los menores emancipados, mayores de 16 años y menores maduros en relación con decisiones que en el ámbito médico sanitario comporten el mismo riesgo grave. Esta conclusión se desprende en primer lugar de la cláusula contenida en el inciso último del artículo 9.3 c) *in fine* de la LAP que se ha analizado más arriba y de la que se deduce que cuando el facultativo aprecia situaciones de «riesgo grave», excluido el consentimiento por representación, debe «tomarse una decisión» tras informar y oír a los padres del menor, «teniendo en cuenta su opinión».

La oscuridad de la dicción legal del artículo 9.3 c) en este punto queda compensada por la claridad con la que el legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles. En este sentido, cabe recordar varias disposiciones legales:

- El artículo 143 CP niega la validez del consentimiento de los menores de 18 años para configurar el subtipo atenuado de auxilio al suicidio en casos de «eutanasia directa».

- El artículo 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad para excluir la antijuridicidad de las lesiones en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones.

- El artículo 4 de la Ley 30/1979 sobre trasplantes de órganos, en relación con el 155 del CP, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos.

- El artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre sobre normas de calidad y seguridad para la donación, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, prohíbe la extracción de células y tejidos humanos a menores de cualquier edad, salvo determinados supuestos excepcionales y expresamente recogidos.

- El artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de reproducción asistida en relación con el 161 CP prohíbe también la aplicación de estas técnicas a personas menores de edad.

- En general, el artículo 6.1 del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

La irrelevancia legalmente establecida del consentimiento en relación con estos tratamientos e intervenciones –sólo justificada en el interés superior que representan los derechos a la vida y la salud– obliga a descartar con mayor motivo la voluntad del menor, incluso el menor maduro y el mayor de 16 años respecto del rechazo de tratamientos médicos de carácter vital.

Se impone establecer un equilibrio entre el respeto debido a la autonomía del paciente menor de edad, a la patria potestad, y la protección de la vida e integridad individuales. Puesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Sólo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto.

III.2 Referencia a los Testigos de Jehová

La doctrina de los Testigos de Jehová tiene la consideración legal de confesión religiosa, con personalidad jurídica propia reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (núm. 204-SG/A, 10 de julio de 1970).

La negativa de los miembros de esta confesión a la transfusión de sangre se funda en una interpretación literal de varios pasajes bíblicos según la cual, la prohibición del consumo de sangre no es una simple restricción dietética sino un serio requisito moral aplicable tanto a la vía oral como a la intravenosa o a cualquier otra y se extiende al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un periodo de tiempo. Por ello, son muchos los centros hospitalarios que disponen de formularios específicos de consentimiento informado para pacientes que rechazan la administración de sangre y hemoderivados.

Tanto la aceptación de la transfusión como el rechazo al tratamiento deberá constar por escrito, como exige la ley, y la firma del consentimiento deberá realizarse de manera que garantice la completa comprensión del paciente o de sus representantes legales de los riesgos que el rechazo de la transfusión comporte, y la autonomía de la decisión de la persona sin coacciones de ningún tipo.

Como en cualquier otra intervención médica comprometida hay que atender a la disponibilidad de alternativas a la transfusión de sangre e informar suficientemente sobre las mismas. El llamado Documento «Sevilla» de consenso sobre alternativas a la transfusión de sangre alogénica [Med. Clin (Barc) 2006], clasifica el grado de recomendación o indicación médica de las alternativas desde «A» (que contaría con estudios controlados) hasta «E» (con estudios no controlados) y termina con la conclusión general de que la mayor parte de las alternativas a la transfusión de sangre alogénica se sustentan en grados de recomendación medios o bajos y que se precisan nuevos estudios controlados.

Con carácter general las alternativas disponibles consisten en la aplicación de sueros sin contenido celular hemático. Su finalidad es básicamente preventiva o se dirige a mejorar el estado general del paciente con carácter previo a una intervención quirúrgica, pero no permiten el restablecimiento del contenido y función celular de la

sangre, ni son por ende, tratamiento alternativo real y eficaz para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia severa, sea accidental o de cualquier otra índole.

Por ello, el rechazo de la transfusión de sangre planteará siempre un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente y su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido.

Han sido tres los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con los conflictos a que puede dar lugar la negativa del paciente, testigo de Jehová, a recibir una transfusión de sangre. Los dos primeros aunque no se refieren a pacientes menores de edad, ilustran el criterio de nuestro intérprete constitucional.

El ATC núm. 369/1984, de 20 de julio, analizó y descartó la eventual responsabilidad penal del juez que autorizó la transfusión de sangre a una mujer de esta religión, ya gravemente enferma que rechazaba la intervención en razón de sus creencias, que había demandado tratamiento alternativo y que finalmente, falleció 4 días después de recibir la transfusión ordenada judicialmente. Se señala expresamente que la intervención judicial estuvo amparada por los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, ya que este derecho, garantizado en el artículo 16 de la CE, tiene como límite la salud de las personas.

Posteriormente, la STC núm. 166/1996, de 28 de octubre, examinó la exigencia de reintegro de los gastos de una clínica particular realizados por uno de los miembros de esta confesión ante la negativa de los médicos de la Seguridad Social a practicar la intervención quirúrgica sin transfusión de sangre. Consideró que la realización de una intervención quirúrgica prescindiendo de un remedio cuya utilización pertenece a la «lex artis» del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas del caso, y que las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean –como lo eran en este caso–, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica.

Más interesante resulta la STC núm. 154/2002, de 18 de julio, por estudiar el conflicto de intereses surgido al rechazar la transfusión de sangre un menor de 13 años que, a raíz de un accidente de bicicleta evidenció un síndrome de paracetopenia con gravísimo riesgo hemorrágico en razón de aplaxia medular o infiltración leucémica hasta entonces ignoradas y que no pudieron diagnosticarse con precisión. Los padres y el propio niño, testigos de Jehová, se opusieron firmemente a la transfusión de sangre, ante lo que el centro hospitalario, solicitó y obtuvo una autorización judicial, para el caso de riesgo vital. La intervención no pudo realizarse porque el terror con el que el paciente la rechazaba entrañaba también severos riesgos de hemorragia cerebral. En los días sucesivos y tras una peregrinación por centros hospitalarios en busca de soluciones alternativas, el estado del paciente, ya en su domicilio, se hizo tan crítico que, merced a nuevas intervenciones judiciales, acatadas por los padres, se propició la intervención médica y la transfusión, que no pudo ya contrarrestar los signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral ni impedir el fallecimiento.

Frente a la absolución de los padres en la instancia, el TS los condenó por homicidio en comisión por omisión, con atenuante muy cualificada de arrebató y obcecación en función de sus creencias religiosas. El TC sin embargo declaró que tal condena entraña vulneración del derecho a la libertad religiosa.

En relación con los temas que ahora interesan, la STC núm. 154/2002 consideró que, aun cuando no hubiera certeza sobre la madurez del menor para decidir sobre una cuestión de trascendencia vital, con su oposición a la intervención médica ejerció los derechos a la libertad religiosa y a la integridad física de los que era titular.

Pero señaló también que «... el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencio-

nados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable... Y que «... en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales», ya que la vida, «en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”».

Por lo que hace a la actuación judicial en este caso, la misma sentencia sigue declarando que «es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional...» Además, es oportuno señalar que... el derecho fundamental a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

También el TEDH se ha pronunciado, siquiera marginalmente, sobre esta cuestión en el caso *Hoffmann vs Austria* –STEDH de 23 de junio de 1993– apreció trato discriminatorio por parte del Tribunal Supremo austríaco en la denegación del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos a la Sra. Hoffmann con base en su condición de Testigo de Jehová y en su eventual negativa a que los hijos recibiesen una transfusión de sangre en caso de precisarla. El TEDH acude a preceptos del Código Civil austríaco para estimar que «la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria» y que merced a tal posibilidad de acudir en todo momento a una decisión judicial externa, la actitud de la madre respecto a las transfusiones «no representa un peligro para los hijos». En definitiva, no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal.

Estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del artículo 9.3 de la LAP indican que la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad. Estas situaciones, cuando se produzcan, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad competente y resolverse como se dirá más adelante.

IV. COMPETENCIA JUDICIAL Y LEGITIMACIÓN DEL FISCAL

La LAP de 2002 no especifica expresamente quién ha de resolver los conflictos que se presenten cuando en casos de «riesgo grave» los facultativos entienden que es imprescindible una transfusión de sangre u otra intervención médica urgente y el menor o sus representantes se niegan a prestar el consentimiento.

Sí existen previsiones fragmentarias en la legislación autonómica. Así, derivan la decisión a la autoridad judicial declarando siempre prevalente el derecho a la vida del

menor el artículo 11.1 d) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, el artículo 32 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y el artículo 10 de la Ley 17/1998, de 20 de abril de los Derechos y Atención al Menor de Andalucía. El apartado 9 de este artículo establece además el derecho de los menores a recibir los cuidados médicos precisos con el máximo respeto a sus creencias éticas y religiosas, «siempre y cuando éstas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso, se atenderán a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente».

Por su parte, el artículo 6.1 d) de la ley gallega 3/2001, de 28 de mayo (modificada por Ley 3/2005, de 7 de mayo; el artículo 9.3 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al Paciente de la Comunidad Valenciana; el artículo 51.3 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra remiten a la «autoridad competente en virtud de lo dispuesto por la legislación civil», en los casos en que la decisión del representante legal del menor sea contraria a los intereses del menor.

Pese a que ciertamente estas regulaciones autonómicas no son un modelo de precisión, cabe concluir que, tratándose de un conflicto intersubjetivo en el que están empeñados derechos fundamentales, es necesario judicializar su resolución.

Pero con carácter general la intervención judicial para casos de conflictos se ampara en las previsiones del artículo 158 CC. Este precepto en su núm. 4 dispone que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El Fiscal no sólo está legitimado para promover el procedimiento –como expresamente prevé el artículo 158 CC– sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados. A tales efectos debe recordarse que el artículo 124 CE encomienda al Ministerio Fiscal la misión de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...» y que en concreción de este mandato, el artículo 3.7 EOMF dispone que corresponde al Ministerio Fiscal «... intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.» En estos supuestos, los mecanismos ordinarios de representación entran en una crisis cuya resolución exige una intervención pública externa.

Por su parte, la LEC 1881 establece en su artículo 1815 (actualmente en vigor) que se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad. También el artículo 749 de la LEC 2000 establece la preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre menores del título primero del Libro cuarto de la LEC.

V. CONFLICTOS DE INTERESES Y PAUTAS PARA SU RESOLUCIÓN

De lo dicho hasta ahora se desprende que en relación con estas intervenciones médicas sobre menores de edad y en función de la voluntad expresada por ellos o sus

representantes legales, pueden plantearse diferentes conflictos de intereses. La solución debe analizarse distinguiendo los siguientes supuestos:

1. El menor maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma.

En tal supuesto el médico, a la vista de la redacción del artículo 9.3 c) LAP, podría, sin necesidad de acudir al Juez, llevar a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

2. El menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión.

En estos casos debe el médico plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

3. El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen.

En este supuesto no existe un conflicto entre los deseos y opiniones del menor y sus derechos a la vida y la salud, por lo que debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

4. Los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud.

El médico no puede aceptar la voluntad de los representantes del menor, pues se encuentra en una posición de garante respecto de su paciente. Por ello habrá de plantear el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial.

No obstante, en situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento frente a la voluntad de los padres, estando su conducta plenamente amparada por dos causas de justificación: cumplimiento de un deber y estado de necesidad justificante.

VI. ASPECTOS PROCESALES

No existe una norma específica que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial.

El artículo 158 CC *in fine*, tratando de dotar de la máxima flexibilidad procesal a la tramitación de expedientes en los que se ventilan pretensiones que afectan a intereses esenciales de menores, declara que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor también dispone que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan... para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Por tanto, cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.

La regulación del procedimiento de jurisdicción voluntaria se contiene en los artículos 1811 y siguientes de la LEC de 1881, en vigor conforme a la disposición derogatoria única de la LEC de 2000.

La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, debiendo tramitarse por el Juzgado de Guardia.

La competencia del Juzgado de Guardia derivaría de la previsión contenida en el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales que dispone que el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Recordemos que el artículo 70 LEC establece que los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable.

El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos directamente en su conocimiento, tras recabar de ser necesaria la documentación por el medio más rápido posible, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria, fijando en el propio escrito inicial su posición en relación con la intervención.

Los médicos no están legitimados para promover el procedimiento, pero mediante el cumplimiento de su obligación de poner los hechos en conocimiento de la autoridad, deberá el Juez proceder de oficio, si el mismo es el destinatario directo de la información, o a instancias del Fiscal, si es éste quien recibe la comunicación de los médicos.

VII. ORGANIZACIÓN INTERNA

El apartado III.-4.4) de la Instrucción núm. 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores encomienda a las Secciones de Menores de las Fiscalías promover medidas urgentes conforme al artículo 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios y el apartado III.-4.6) les atribuye la función de promover acciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores. La intervención en estos asuntos será, en principio, competencia de las Secciones de Menores de las Fiscalías.

Ello no obstante, son muy pocas las Fiscalías en las que existe un servicio de guardia de menores con efectiva presencia del Fiscal pudiendo estar su sede muy alejada del Juzgado de Guardia ante el que se plantee el conflicto. Por ello, apelando a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía a las que frecuentemente remite la citada Instrucción, y a la celeridad con que deben ser tratados estos casos, con carácter general la competencia habrá de ser asumida por el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores.

VIII. COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS

Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

IX. CONCLUSIONES

1.º Los menores de 16 años que, a juicio del facultativo, no estén en condiciones de comprender el alcance de la intervención, carecen de capacidad para prestar el consentimiento informado. En estos supuestos el consentimiento para los tratamientos médicos habrá de ser prestado por los representantes legales.

2.º Pueden prestar el consentimiento informado los menores de 16 y 17 años y los emancipados. También pueden prestarlo los menores de cualquier edad que, a criterio del facultativo, tengan suficiente madurez para consentir. No obstante, como regla general, los menores de menos de 12 años deben ser considerados inmaduros a efectos de prestar el consentimiento informado.

3.º La capacidad de los menores para prestar el consentimiento informado debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones «de grave riesgo», de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 c) Ley 41/2002, conforme a las conclusiones que se exponen a continuación.

4.º Cuando el menor que deba considerarse maduro conforme a las previsiones de la anterior conclusión se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, si los representantes legales son favorables a que se realice la misma, por aplicación del artículo 9.3 c) de la LAP, podrá, sin necesidad de acudir al Juez, llevarse a cabo la intervención. No obstante, siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal.

5.º Cuando el menor maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

6.º Cuando el menor maduro presta su consentimiento a una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud, y son los representantes legales los que se oponen, debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

7.º Cuando los representantes legales del menor sin condiciones de madurez no consienten una intervención cuya omisión supondría grave riesgo para su vida o salud habrá de plantearse el conflicto ante el Juzgado de Guardia, bien directamente por el médico o a través del Fiscal, para obtener un pronunciamiento judicial. No obstante, ante situaciones urgentes puede el médico directamente aplicar el tratamiento amparado por las causas de justificación de cumplimiento de un deber o de estado de necesidad justificante.

8.º En estos supuestos el dictamen del Fiscal debe partir de que puesto que los menores de edad, entendiendo por tales los menores de dieciocho años, se encuentran en proceso de formación y no han alcanzado la plena capacidad, no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte o graves daños para su salud.

9.º Cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria.

10.º El Fiscal no sólo está legitimado para promover estos procedimientos, sino que debe entenderse que su intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados.

11.º La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, debiendo tramitarse por el Juzgado de Guardia.

12.º El Fiscal debe emitir su dictamen con carácter preferente y urgente, conforme a las previsiones expuestas en este documento. En caso de que se pusieran los hechos directamente en su conocimiento, promoverá ante el Juzgado de Guardia la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria.

13.º Con carácter general, deberá intervenir en estos supuestos el Fiscal que atienda la guardia ordinaria, estableciéndose a tal efecto la oportuna coordinación con la Sección de Menores de la Fiscalía.

14.º Los Sres. Fiscales Jefes trasladarán la presente Circular a los Delegados Provinciales de Sanidad o equivalentes, para su conocimiento y efectos.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Circular.

Consultas

CONSULTA 1/2012, SOBRE LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento de la consulta. La sentencia del Tribunal Constitucional 97/2010, de 15 de noviembre.–II. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como «forma sustitutiva» de cumplimiento: II.1 Naturaleza legal de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. II.2 La suspensión como modalidad de cumplimiento en la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. II.3 Diferencias de regulación con el artículo 60 del Código Penal. II.4 Consecuencias del régimen legal.–III. La cobertura legal del efecto interruptivo.–IV. Criterios de actuación del Ministerio Fiscal.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 97/2010, DE 15 DE NOVIEMBRE

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha dictado varias resoluciones de amparo que han tenido una importante incidencia sobre la operatividad del instituto de la prescripción en el ámbito penal. Muy especialmente, la STC núm. 63/2005, de 14

de marzo, abrió un intenso debate sobre la interrupción de la prescripción de los delitos y motivó un estudio pormenorizado por parte de la Fiscalía General del Estado materializado en la Instrucción núm. 5/2005, de 15 de junio, sobre interrupción de la prescripción. Una vez que esta polémica parece definitivamente zanjada con la intervención del propio Legislador –que, dentro de la amplia reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha dado una nueva redacción al artículo 132 del texto punitivo–, se ha abierto camino, sin embargo, una nueva incertidumbre, relacionada ahora con el sistema de prescripción de las penas y suscitada igualmente al hilo de una resolución del Tribunal Constitucional.

En efecto, la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, ha rechazado que la suspensión de la ejecución, acordada durante la tramitación de un indulto o con ocasión de un recurso de amparo, tenga la virtualidad de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. La resolución dictada por el máximo intérprete de la Constitución plantea, de esta forma, una duda interpretativa que, suscitada con disparidad de opiniones en el seno de la Fiscalía consultante, gira fundamentalmente en torno a la posible traslación del criterio adoptado por el Tribunal Constitucional a los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena previstos en los artículos 80 y siguientes del texto punitivo.

Conviene realizar, en primer lugar, un breve recordatorio del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional que ha motivado la elevación de consulta a la Fiscalía General del Estado. Según consta en los antecedentes de la sentencia 97/2010, el demandante de amparo fue condenado a una pena de 9 meses de prisión que, impuesta por el Tribunal Territorial Militar Cuarto, ganó firmeza con la sentencia casacional de 9 de abril de 2001. Ante la condena recaída, el penado inició dos vías de actuación paralelas. Por una parte, recurrió en amparo la resolución de la Sala Quinta del Tribunal Supremo y, por otra, pidió al Ministerio de Justicia la concesión del indulto. La ejecución de la condena impuesta quedó así –sucesivamente y de acuerdo con los artículos 4.4 del Código Penal y 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– paralizada hasta tanto recayese una resolución definitiva en los dos incidentes abiertos, lo que ocurrió primero en relación con el indulto –que fue denegado mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de septiembre de 2002– y más tarde con respecto al recurso de amparo –que fue desestimado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 20 de diciembre de 2005–. Reanudada la ejecución de la condena, el Tribunal Militar acordó, mediante auto de 15 de enero de 2010 –y transcurridos, por tanto, casi nueve años desde la firmeza del fallo condenatorio– que se diera inicio al cumplimiento de la pena de prisión, en el entendimiento de que no había prescrito. A juicio del Tribunal Militar, no estableciendo el precepto directamente aplicable (art. 46 del Código Penal Militar) más que los plazos de prescripción, debía acudir a la regulación general supletoria contenida en el Código de 1995, de la que el órgano jurisdiccional infirió, siguiendo la interpretación jurisprudencial dominante, que la prescripción había sido interrumpida en los dos incidentes de suspensión planteados.

Esta concreta interpretación del órgano de la jurisdicción militar constituyó el objeto del recurso de amparo que dio lugar a la sentencia 97/2010. En dicha resolución el Tribunal Constitucional entiende que la interpretación efectuada en la vía judicial previa infringe las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Considera, así, en primer lugar, que es aplicable a la prescripción de la pena la reciente doctrina sobre la prescripción de las infracciones penales. Estima, de este modo, que ha de evaluarse la aplicación del instituto prescriptivo desde la óptica constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y siguiendo un canon interpretativo especialmente exigente. En el ámbito de la prescripción, el artículo 24 de la Constitución se

erige en tutela reforzada al servicio de la efectividad de los derechos fundamentales a la libertad (art. 17 CE) y a la legalidad penal (art. 25 CE). Por lo tanto, no basta que la interpretación de la norma aplicable no sea arbitraria, ni manifiestamente irrazonable o que no incurra en error patente. Se exige, además, que la aplicación de las disposiciones que disciplinan el régimen de la prescripción no exceda «de su más directo significado gramatical». No es admisible, por tanto, «una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo».

En el caso planteado, el Tribunal Constitucional estimó que el artículo 134 del Código Penal, aunque aparentemente se limita a señalar los dos momentos iniciales del cómputo de la prescripción, establece «implícitamente» una única causa interruptiva: el inicio del cumplimiento de la pena. Por tanto, el tenor literal de este precepto contrasta significativamente con el del artículo 132 del texto punitivo, que, en relación a la prescripción del delito, establece causas expresas de interrupción. El Tribunal, al examinar el artículo 4.4 del Código Penal y el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –en la redacción vigente al tiempo de los hechos–, constata que en estos preceptos no se hace referencia alguna a la posible interrupción del cómputo de la prescripción de la pena. Ni en uno ni en otro supuesto –afirma el Tribunal– [...] la normativa reguladora otorga a dichas suspensiones la condición o la cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida.

Ciñendo su pronunciamiento exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, a la consideración o no de la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción, el Tribunal Constitucional concluye que la interpretación realizada por el Tribunal Militar Territorial no es constitucionalmente aceptable, pues excede [...] del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos, careciendo, en definitiva, de cobertura legal. No se satisface, en suma, el canon constitucional reforzado exigido.

La Fiscalía consultante plantea ahora si esta interpretación del Tribunal Constitucional debe extenderse a la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los artículos 80 a 87 CP, institución sobre la que la sentencia citada no se pronuncia en ningún momento –aunque sí había sido objeto de cierto debate en el procedimiento judicial previo al amparo–. De ser así, el lapso de prescripción de la pena seguiría su curso durante las incidencias propias de la suspensión condicional. La alternativa, defendida por la mayoría de los fiscales del órgano consultante, es entender que existen diferencias sustanciales de régimen jurídico que dejan la suspensión condicional fuera, no ya sólo del pronunciamiento expreso, sino también de la fuerza expansiva de los argumentos utilizados por el máximo intérprete de la Constitución.

Pues bien, el criterio de la Fiscalía General del Estado es que esas diferencias sustanciales existen y que, además, se observan justamente en relación con las dos tesis que principalmente sustentan el desarrollo argumental de la sentencia 97/2010. De una parte, la peculiar naturaleza jurídica de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad aleja esta institución de los dos supuestos abordados en la aludida resolución de amparo, pues se trata de una forma sustitutiva de cumplimiento directamente incardinable en el tenor literal del vigente artículo 134 del Código. De otro lado, el texto punitivo otorga, más allá de este concreto precepto, una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria una interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

II. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO «FORMA SUSTITUTIVA» DE CUMPLIMIENTO

II.1 Naturaleza legal de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad

La STC núm. 97/2010 declara expresamente que el «cumplimiento» de la pena interrumpe el plazo de prescripción. En efecto, el fundamento cuarto de la resolución citada señala que, aunque el artículo 134 del texto punitivo «se circunscribe a establecer dos momentos de inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción».

En realidad, la propia dinámica de la prescripción excluye la operatividad de este instituto cuando la pena impuesta está siendo ejecutada. Por elementales razones de seguridad jurídica, el inicio de la ejecución de la pena, como virtual amenaza que pende sobre los derechos individuales del ciudadano afectado, no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, 195/2009, de 28 de septiembre y 37/2010, de 19 de julio). Esa situación de incertidumbre cesa completamente una vez que la pena impuesta comienza a ser cumplida. Lo esencial, por tanto, es determinar cuáles son los actos constitutivos de verdadero «cumplimiento» que tienen, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional, la virtualidad de interrumpir el transcurso del plazo de prescripción. Y, más concretamente, debe determinarse si la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad prevista en los artículos 80 a 87 CP constituye una modalidad de cumplimiento a la que puede asociarse el mencionado efecto interruptivo.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es la manifestación actual de una tradición institucional centenaria que arranca con la «condena condicional» de ley de 17 de marzo de 1908 y llega, como antecedente más inmediato de la normativa en vigor, a la «remisión condicional» del Código de 1973. Como las instituciones que la precedieron, la suspensión de la ejecución trata de evitar, «respecto de las penas privativas de libertad de corta duración», el «probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios» (STC núm. 166/1993, de 20 de mayo). Como también señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 209/1993, de 28 de junio, la «escasa duración» de la pena corta de prisión «no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la reeducación del recluso». Se busca, por ello, una fórmula alternativa de cumplimiento que, evitando el contacto del penado con el ámbito penitenciario, prevenga «el previsible “contagio criminológico” que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador» (STS núm. 1200/2000, de 5 de julio).

En este sentido, el Código de 1995 regula, dentro del Título III –relativo a las penas– de su Libro I, la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad. La regulación se contiene en un capítulo único que agrupa estas instituciones en una rúbrica expresiva de su naturaleza que hace referencia a «las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad» –y que, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, otorgaba también esa condición de ejecución «sustitutiva» a la libertad condicional–. Como se ha apuntado, esto no es más que la culminación congruente de un proceso histórico cuyo desenlace se vincula, en la Exposición de Motivos del Código de 1995, a «los objetivos de resocialización», que

inciden en «la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando (...) las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos».

Conforme al tenor de la rúbrica legal, la suspensión de la pena es, por tanto, una «forma sustitutiva» de ejecución, o, dicho de otro modo, una forma alternativa de cumplimiento que trata de evitar el ingreso del penado en un centro penitenciario. A estos fines, el ordenamiento jurídico vigente ofrece fórmulas y vías de cumplimiento que implican restricciones de libertad mucho menos gravosas que las propias del régimen ordinario y que, en el supuesto de suspensión de la ejecución, comprenden en todo caso la obligación general de no delinquir en el plazo fijado (art. 83.1). A ésta se suma un amplio catálogo de obligaciones y reglas de conducta (art. 83.2), algunas de las cuales resultan de preceptiva imposición en los supuestos relacionados con la violencia sobre la mujer (art. 85.1.11). Finalmente, cuando existe una conexión causal del hecho delictivo cometido con la dependencia de sustancias tóxicas o estupefacientes, se exige el sometimiento del penado a un tratamiento de deshabituación que no puede ser abandonado (art. 87.4).

De los preceptos aludidos se infiere que esta modalidad de suspensión de la ejecución de la pena tiene una naturaleza radicalmente distinta a la de los dos supuestos abordados en la STC núm. 97/2010. No se trata, como en los casos de petición de indulto o de tramitación de un recurso de amparo, de una paralización de toda la actividad judicial ejecutiva, con cese efectivo del ejercicio de esta función jurisdiccional. Se trata, antes bien, de una forma alternativa de cumplimiento que implica, de un lado, la sujeción del penado a concretas obligaciones y reglas de conducta, y supone, de otro, una actividad judicial de vigilancia permanente que obliga incluso a que el Juez o Tribunal encargado de la ejecución deba recabar preceptivamente informes de carácter periódico para comprobar el cumplimiento estricto de las obligaciones impuestas (arts. 83.2 y 87.4).

Como verdadero régimen alternativo de cumplimiento, la suspensión de la ejecución de la pena sólo produce efectos extintivos de la responsabilidad criminal cuando el penado no ha delinquido y ha realizado apropiadamente los deberes y obligaciones que le han sido asignados. Los mandatos contenidos en el texto punitivo son suficientemente esclarecedores en este punto. Sólo si se han cumplido satisfactoriamente las obligaciones que han dado contenido a esta forma alternativa de ejecución queda extinguida la responsabilidad criminal del reo (*vid.* arts. 85.2 y 87.5.11). En otro caso, procede la aplicación de la modalidad ordinaria de cumplimiento de la pena –modalidad ordinaria a la que se refiere de modo sincopado el artículo 87.5.11 al señalar que el tribunal ordenará el «cumplimiento» de la pena–. Se hace, de este modo, evidente que la suspensión es una forma de ejecución de la pena basada, de un lado, en la vigilancia permanente del Tribunal, y, de otro, en la efectiva realización de las condiciones impuestas por parte del sujeto beneficiario. Nada, por tanto, que ver con una supuesta paralización de la actividad judicial ejecutiva como la que puede producirse por razón de la petición de indulto o de la tramitación de un recurso de amparo.

II.2 La suspensión como modalidad de cumplimiento en la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Que la suspensión de la ejecución es una modalidad de cumplimiento es, por otra parte, la tesis sostenida por el propio Tribunal Constitucional. Así lo afirma expresamente la STC núm. 166/1993, de 20 de mayo. En el caso abordado en esta importante resolución, la Junta Electoral Provincial había excluido al demandante de amparo de la proclamación de candidatos al Senado apreciando en él una causa de inelegibilidad

derivada de la previa condena a pena privativa de libertad con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para el demandante, la accesoria de la inhabilitación sólo debía ser operativa en tanto que el ingreso en el centro penitenciario fuera efectivo. Conforme a esta interpretación, la remisión condicional –como precedente de la actual suspensión de la ejecución de la pena–, al impedir aparentemente el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, debía excluir la aplicación de la inhabilitación para el sufragio pasivo. La STC núm. 166/1993 rechazó de plano esta argumentación y afirmó taxativamente (FJ 4.º) que la causa de inelegibilidad discutida «no está en función del cumplimiento efectivo de la condena» pero que, en todo caso, ese cumplimiento efectivo «también se produce formalmente cuando [la condena] se suspende». Añadió aún más asertivamente el Tribunal Constitucional que el mantenimiento de la operatividad de las penas accesorias durante el plazo de remisión condicional justamente «responde a la función institucional de esta modalidad de cumplimiento de las penas, no se olvide esto, nunca de su incumplimiento».

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha destacado que las fórmulas sustitutivas de ejecución, por las restricciones de libertad que establecen y los comportamientos positivos que exigen al penado, tienen un claro contenido retributivo que sólo puede comprenderse como verdadera modalidad de cumplimiento. Así, la STS núm. 409/2002, de 7 de marzo, señala, en relación con el artículo 87 CP, que estamos ante «unas consecuencias jurídicas necesarias para la reintegración social» que suponen al mismo tiempo «la retribución correspondiente al delito». De este modo, «la suspensión de la ejecución de la pena y la adopción de medidas que incidan sobre la drogadicción [...] integran una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma [...]». Por tanto, también el Tribunal Supremo estima que estamos ante una modalidad de cumplimiento caracterizada por un cierto contenido retributivo puesto al servicio de una finalidad resocializadora.

No es de extrañar, en definitiva, que la tesis tradicional del Tribunal Supremo haya sido la de asociar a la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena un efecto interruptivo del plazo de prescripción. Así, la STS núm. 952/2004, de 15 de julio, considera que el *dies a quo* de la prescripción de la pena en el caso de suspensión condicional de su ejecución es el de comisión del nuevo delito, como evento que debe determinar la revocación de este beneficio. Al efectuar esta interpretación, el Tribunal Supremo ha restado importancia a las diferencias de regulación que se observan entre el anterior artículo 116 del Código Penal de 1973 y el vigente artículo 134 del texto punitivo de 1995. En realidad, ambos textos legales son idénticos salvo en un aspecto muy puntual. El Legislador de 1995 decidió que la comisión por parte del penado de un nuevo delito dejara de ser una causa de interrupción de la prescripción de la pena. Una supresión que era plenamente lógica y culminaba un proceso histórico de desvinculación de las instituciones de la prescripción de la pena y la suspensión condicional.

En efecto, recuerda algún sector de la doctrina que el antecedente histórico de la institución después conocida como «condena condicional» fue la aplicación, acomodada a las circunstancias del caso, de la propia prescripción de la pena. Así, siguiendo una máxima de equidad que llevaba a la indulgencia con el delincuente primario y a la severidad con el reincidente, la práctica forense condujo en ocasiones a que se dejara deliberadamente sin ejecutar la pena impuesta a los delincuentes primarios salvo que posteriormente cometieran un nuevo delito. Con esta perspectiva, las regulaciones que, desde el Código Penal de 1848, introdujeron en España la institución de la prescripción de la pena establecieron como causa de interrupción de su cómputo la

comisión por el penado de una nueva infracción. De esta forma, la falta de ejecución de la pena como causa de extinción de la responsabilidad criminal se asoció a la enmienda de conducta del penado. Éste sólo podía disfrutar del efecto extintivo de la responsabilidad si había reconducido su vida sin cometer una nueva infracción.

Ahora bien, desde la implantación en España, por primera vez con la Ley de libertad condicional de 17 de marzo de 1908, de verdaderas instituciones de suspensión condicional de la ejecución de la pena, en las que el disfrute del beneficio está expresamente condicionado a que no se cometan nuevas infracciones, esta causa expresa de interrupción de la prescripción, con su carga moralista, fue perdiendo sentido. La confusión institucional entre la prescripción y la condena condicional acabó definitivamente con la regulación del Código en vigor, en la que la suspensión de la ejecución –con sus propios plazos y condicionada en todo caso a que el reo no delinca y la prescripción de la pena– basada en plazos diferentes que sancionan objetivamente y por simples razones de seguridad jurídica la dilación de la materialización de la actividad ejecutiva aparecen ya como instituciones distintas y conceptualmente incompatibles, puesto que la suspensión condicional, tal y como ha sido señalado, es una «forma sustitutiva» de ejecución.

En cualquier caso, hay que dar por superado, tras la STC núm. 97/2010, el criterio tradicional del Tribunal Supremo (STS núm. 1505/1999, de 1 de diciembre) que extiende el efecto interruptivo de la prescripción a los casos de suspensión por razón de la tramitación de indulto. Sólo la suspensión que comporta una actividad ejecutiva sustitutoria tiene, según lo expuesto, esa eficacia interruptiva.

II.3 Diferencias de regulación con el artículo 60 del Código Penal

Resulta muy esclarecedora, en relación con la naturaleza jurídica del instituto prescriptivo, la diferencia que el propio Código Penal establece expresamente entre el régimen normativo de la suspensión de la pena privativa de libertad y el cese de la actividad ejecutiva que se produce por la enajenación mental del penado. Sólo en este segundo caso ordena expresamente el texto punitivo el reinicio del plazo de prescripción.

Cuando sobreviene al penado una «situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena» el artículo 60 del Código obliga a suspender la ejecución de ésta para que se imponga, en su lugar, una medida de seguridad. Una vez restablecida la salud mental del penado, según señala el citado precepto, «éste cumplirá la sentencia, si la pena no hubiere prescrito». A diferencia, por tanto, de los casos de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, el texto legal salva expresamente la operatividad de la prescripción de la pena.

La razón de esta disparidad de regulación es evidente. A diferencia de las instituciones comprendidas en el Capítulo III del Título III del Libro I –que son, según se ha señalado, modalidades de cumplimiento alternativo legalmente articuladas para minimizar el impacto de la pena privativa de libertad y favorecer, así, la rehabilitación social del penado, en el caso de enajenación mental del reo estamos ante una incidencia sobrevenida e imprevista que excluye toda posibilidad de cumplimiento. La pérdida total de la capacidad para entender el sentido de la pena impuesta impide que el condenado sea sometido a cualquier forma, ordinaria o sustitutiva, de ejecución de ésta. Se exige, por consiguiente, la aplicación de una medida de seguridad, que, como respuesta radicalmente heterogénea que no requiere «capacidad de comprensión» del sentido de la sanción, no puede ser considerada en modo alguno equivalente a la condena inicial. En este caso, puesto que la pena no puede cumplirse en ninguna de sus

formas, queda paralizada su ejecución y debe, en coherencia, darse inicio al cómputo del plazo prescriptivo.

II.4 Consecuencias del régimen legal

En definitiva, de acuerdo con la regulación vigente y los criterios interpretativos del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional, la suspensión prevista en los artículos 80 a 87 CP es, como bien señala la rúbrica común del Capítulo III de Título III del Libro I, una forma sustitutiva de cumplimiento de la pena de prisión que se sustancia a través de una actividad jurisdiccional ejecutiva. En ningún caso se produce una paralización de la actividad judicial que relegue la suerte del penado a la decisión de otra autoridad del Estado, bien del Gobierno de la Nación –en el caso del indulto–, bien del Tribunal Constitucional –en el caso de la suspensión prevista en el artículo 56 de su Ley Orgánica–.

De esta forma, haciendo una aplicación estricta del artículo 134 del Código Penal, la suspensión de la ejecución de la pena supone, desde su notificación personal al penado –como acto de comunicación que asegura el conocimiento de las obligaciones y reglas de conducta que han sido concretamente impuestas–, el inicio del cumplimiento, en forma sustitutiva, de la condena inicial. Será, por tanto, según la dicción literal del citado artículo, el quebrantamiento –materializado en la comisión del nuevo delito, en el abandono del tratamiento deshabitador o en el incumplimiento reiterado de las reglas de conducta–, el que determine el reinicio del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo volverá a correr, de este modo, desde la fecha en que se produzca la correspondiente forma de quebrantamiento, debiendo tenerse en cuenta a estos efectos, en el supuesto de infracción reiterada de reglas de conducta, la fecha del último incumplimiento acaecido, como aquel que motiva la decisión judicial de revocación.

Finalmente, con mayor razón son trasladables estas conclusiones a la sustitución de la pena de los artículos 88 y 89 del Código, supuestos en los que debe entenderse producido el mismo efecto interruptivo desde la notificación personal al reo de la concesión del beneficio y en los que el reinicio del cómputo queda igualmente determinado por el incumplimiento de la pena sustitutiva (art. 88.2) o por la infracción de la obligación de no regresar a España (art. 89.4).

En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación.

III. LA COBERTURA LEGAL DEL EFECTO INTERRUPTIVO

Como se ha anticipado, la suspensión de la ejecución de la pena de los artículos 80 a 87 del Código penal presenta otra diferencia sustancial con los supuestos de indulto y recurso de amparo. A diferencia de estos, el efecto interruptivo del plazo de prescripción cuenta con una clara cobertura legal. Una cobertura que trasciende incluso a su consideración institucional como modalidad alternativa de cumplimiento de la pena.

En este sentido, hay que recordar que la STC núm. 97/2010 rechaza que puedan existir causas «extralegales» de interrupción de la prescripción. Admite, sin embargo,

la viabilidad de las causas que pueden considerarse «implícitas» en la propia regulación positiva. Según la citada sentencia, el cumplimiento de la pena es una causa de interrupción que no está expresamente enunciada sino «implícitamente» contenida en el tenor literal del artículo 134 del texto punitivo (FJ 4.º). Pues bien, esa inherencia del efecto interruptivo –en relación a un texto legal que no lo enuncia expresamente– también se observa en la regulación de las «formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad» y muy especialmente en los plazos de duración que el Código penal establece para las diversas modalidades de este instituto.

Efectivamente, en los artículos 80 a 89 del Código penal se contemplan plazos legales de suspensión y sustitución que superan expresamente el tiempo señalado por el Código para la prescripción de la pena suspendida o sustituida. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto específico del artículo 87.5.11, que habilita al juez o tribunal a prorrogar la suspensión hasta un máximo posible de siete años, límite claramente superior a los cinco de prescripción fijados en el artículo 133. Es más, de no producirse la interrupción de la prescripción, el propio plazo ordinario de cinco años del artículo 80 del texto punitivo sería conceptualmente incompatible con el amplísimo grupo de supuestos en los que la decisión sobre la suspensión no se produce en la misma sentencia firme –que marca el inicio del cómputo de la prescripción de la pena– sino en un auto posterior. No debe olvidarse que el artículo 85.2 del Código Penal señala taxativamente que «transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto y cumplidas, en su caso las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena». El mandato legal formulado al juez penal exige, por tanto, que éste atienda exclusivamente a los plazos legales de suspensión, plazos que son virtualmente superiores a los de prescripción de la pena.

La misma circunstancia se pone de manifiesto en la regulación de la sustitución de la pena y, singularmente, en el supuesto de sustitución por expulsión contemplado en el artículo 89. En este caso, el plazo de cumplimiento sustitutivo llega hasta los diez años de duración –plazo que, por otra parte, era el único posible en la redacción originaria del Código–. En dicho período, el expulsado queda obligado a no regresar a España y el incumplimiento de esa obligación determina la ejecución de la pena sustituida. Es clara, por tanto, la incompatibilidad de esta regulación legal, que afecta mayoritariamente a delitos menos graves, con la operatividad de un plazo de prescripción de cinco años.

Los mandatos legales que expresamente contiene el Código Penal de 1995 en relación a la duración de las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad dan una cobertura legal suficiente para inferir la interrupción del plazo de prescripción. Una cobertura legal de la que, ciertamente, se carece en los supuestos de tramitación de indulto o de interposición de recurso de amparo. En estos casos, el Código Penal omite toda regulación expresa de las incidencias de la suspensión. Paralizada la actividad ejecutiva de la pena, la decisión sobre la suerte del reo queda deferida a otra autoridad del Estado (el Ministerio de Justicia o el Tribunal Constitucional) y sometida a sus propias normas reguladoras (la Ley de Indulto o la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). El Legislador penal ni establece plazo de duración de la suspensión ni ordena los procedimientos y criterios que han de seguir las autoridades extrapenales. En esa situación, la dilación en la respuesta del Ministerio de Justicia o del Tribunal Constitucional a la petición formulada por el penado no debe ir en perjuicio de éste. El término prescriptivo recupera, así, su función de salvaguarda de la seguridad jurídica e impide que el ciudadano afectado se vea indefinidamente sujeto a la amenaza de ejecución de la pena. El reo, en definitiva, no puede contar en esos supuestos con otra protección frente a la inactividad de la institución pública correspondiente que la que ofrece el plazo legal de prescripción.

En la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad como forma sustitutiva de cumplimiento, la situación, como acaba de verse, es sustancialmente distinta. La decisión sobre la suerte del penado permanece en el ámbito de la jurisdicción penal. El proceso ejecutivo continúa su curso y el Código establece mandatos legales inequívocos que incluyen plazos mínimos y máximos de duración del incidente. Se ofrece, por tanto, plena seguridad jurídica al ciudadano que se beneficia de este régimen atenuado de cumplimiento por un tiempo absolutamente determinado e incompatible, por su extensión, con la operatividad del plazo prescriptivo.

Finalmente, debe recordarse que la exclusión interpretativa, no ya de causas «extralegales», sino de causas de interrupción de la prescripción de la pena lógicamente derivadas de una lectura integrada de los preceptos que componen la Parte General del texto punitivo, llevaría a consecuencias absurdas en otros ámbitos, como el de cumplimiento sucesivo de penas. La «extrapolación» automática de los criterios de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, llevaría, por ejemplo, a la prescripción inexorable de las penas no ejecutadas en primer lugar en los supuestos de cumplimiento sucesivo. Las penas privativas de libertad de menor gravedad prescribirían, de este modo, durante el tiempo de ejecución de las de mayor extensión. Sólo el inicio del cumplimiento de cada concreta pena impuesta interrumpiría su particular lapso prescriptivo. Se trata, evidentemente, de una interpretación abrogatoria de los mandatos del artículo 75 del Código Penal. El mismo efecto abrogatorio que la traslación mecánica de la sentencia constitucional referida tendría sobre los plazos legales de suspensión y sustitución de penas.

En suma, una lectura integrada y coherente de los preceptos que componen la Parte General del Código Penal demuestra que existen supuestos singulares de ejecución de las penas que son incompatibles con el decurso del plazo de prescripción y que en ningún caso suponen una interpretación correctora o analógica que vaya más allá de lo que taxativamente dispone el propio texto legislativo.

IV. CRITERIOS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

De acuerdo con lo razonado en los apartados anteriores, el criterio de la Fiscalía General del Estado es que la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena —desde su notificación personal al reo— producen la interrupción del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se comete un nuevo delito o se quebrantan las condiciones fijadas (de acuerdo con los arts. 84 y 87.5 CP), cuando se incumple la pena sustitutiva (art. 88.2) o cuando se regresa indebidamente a España (art. 89.4). En tal caso procede la revocación del beneficio concedido y vuelve a hacerse necesaria una actividad positiva tendente a la materialización en forma ordinaria del cumplimiento de la pena.

La recta interpretación de los preceptos vigentes no deja lugar a otra solución razonable. Ahora bien, debe reiterarse la conveniencia de abordar una reforma legislativa que evite interpretaciones erróneas, producto de una indebida asimilación de la suspensión como «forma sustitutiva» de cumplimiento a los casos de paralización de la ejecución por petición de indulto o por tramitación de recurso de amparo. De hecho, como da noticia la Fiscalía consultante, algunos Juzgados y Tribunales penales ya han declarado prescrita la pena previamente impuesta invocando la STC núm. 97/2010.

La oportunidad de introducir en el artículo 134 CP un texto legal aún más taxativo ya fue apuntada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2006. Efectivamente, en el capítulo correspondiente a las propuestas de reforma legislativa se señalaba que, aunque una interpretación lógica del precepto, como la llevada a cabo el Tribunal Supremo, «lleva a entender que el contenido esencial de la prescripción es la inactividad y que, por tanto, el simple transcurso del tiempo ha de ir acompañado de dicha inactividad para que se produzcan efectos prescriptivos [...] convendría que se recogiera así expresamente». Añadía la Memoria que pese a la «interpretación jurisprudencial» que «expresa taxativamente que el plazo de prescripción queda interrumpido por el acuerdo del tribunal de suspender la ejecución de la pena [...] convendría completar el artículo 134 del Código Penal» con un nuevo párrafo del tenor siguiente: «quedará interrumpido el plazo de prescripción cuando la condena comience a ejecutarse de cualquiera de las maneras legalmente previstas, incluida la suspensión, cuando se suspenda su ejecución por previsión legal o en tanto se ejecutan otras condenas que impidan su cumplimiento simultáneo».

En cualquier caso, entrando ya en las pautas de actuación que han de seguirse en el ámbito de responsabilidad propio del Ministerio Fiscal, deben aprovecharse los cauces de coordinación introducidos para la tramitación de las ejecutorias por la Instrucción 1/2010 de la Fiscalía General del Estado para evitar que se produzca la prescripción de las penas suspendidas por razón de la tramitación de indulto o de recurso de amparo. Para ello es necesario que las Fiscalías establezcan pautas de actuación para la vigilancia cuidadosa del cómputo del plazo de prescripción de la pena una vez que haya sido acordada la suspensión de su ejecución en alguno de esos dos supuestos. De este modo, cuando se aproxime el término final del lapso prescriptivo, el Fiscal Jefe del órgano correspondiente estará en condiciones de poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica, de manera que la propia Fiscalía General pueda, así, trasladar –a través de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional o directamente al Ministerio de Justicia, en sus respectivos casos– la oportuna advertencia acerca de ese hecho, instando, si ha lugar, las actuaciones que procedan, en particular la pronta resolución del expediente, con el fin de evitar la impunidad injustificada del delito.

En relación con la suspensión condicional de la pena de los artículos 80 a 87 CP, resulta igualmente recomendable la implantación de sistemas de control que permitan la detección de los comportamientos que, determinando la revocación del beneficio de suspensión de la pena, conllevan el reinicio del cómputo del plazo de prescripción. En este sentido, es frecuente que, bien al formular acusación, bien en algún trámite posterior, se aprecie en la hoja histórico penal del acusado que el hecho delictivo se ha cometido durante el plazo de suspensión concedido en una ejecutoria previa. En este supuesto, como ya es práctica habitual en muchas Fiscalías, debe solicitarse al órgano de enjuiciamiento o ejecución que remita testimonio de la sentencia condenatoria al tribunal que tramita la ejecutoria en la que la suspensión condicional ha sido concedida, vigilándose con posterioridad que esta solicitud sea debidamente cumplimentada.

Finalmente, y de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, los Sres. Fiscales habrán de oponerse en el futuro a toda extrapolación indebida de los fundamentos de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre. En particular, habrán de evitar que una lectura incompleta de este pronunciamiento conduzca a una inadecuada aplicación de la prescripción en los casos de cumplimiento sucesivo de penas.

V. CONCLUSIONES

Primera. La doctrina establecida en la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre, es exclusivamente aplicable a los supuestos de paralización de la ejecución de la pena derivados de la tramitación de indulto o de la interposición de recurso de amparo constitucional. En dichos supuestos habrá de entenderse, conforme a lo resuelto por el Tribunal, que la suspensión acordada no interrumpe el cómputo del plazo de prescripción de la pena.

Segunda. Para evitar que, conforme a la doctrina constitucional aludida, se produzca la prescripción las penas suspendidas en los dos supuestos indicados, los Sres. Fiscales han de ejercer una vigilancia cuidadosa del cómputo del plazo de prescripción desde que sea acordada la suspensión de su ejecución conforme al artículo 4.4 CP o el artículo 56 LOTC. El Fiscal Jefe del órgano correspondiente deberá proceder, en su caso, a poner en inmediato conocimiento de la Fiscalía General del Estado, a través de su Secretaría Técnica y con la suficiente antelación, la próxima expiración del plazo prescriptivo, de modo que puedan llevarse a cabo las actuaciones oportunas –a través de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional o directamente con el Ministerio de Justicia, respectivamente– en los correspondientes procedimientos de amparo o de indulto, a efectos de evitar la impunidad injustificada del delito.

Tercera. La doctrina de la STC núm. 97/2010 no es, en cambio, trasladable a los supuestos de suspensión y sustitución de la ejecución de los artículos 80 a 89 CP. En estos casos estamos ante formas sustitutivas de cumplimiento directamente incardinables en el tenor literal del artículo 134 del texto punitivo. En relación con estas formas de ejecución sustitutiva, el Código Penal otorga una cobertura legal suficiente a la interrupción de la prescripción a través de mandatos expresos y taxativos que hacen innecesaria toda interpretación extensiva o analógica de las normas legales aplicables.

Cuarta. De acuerdo con lo anterior, debe entenderse que la suspensión y la sustitución de la ejecución de la pena –desde su notificación personal al reo– producen la interrupción del curso del plazo de prescripción. Dicho plazo vuelve a correr en el momento en que se quebrantan las condiciones en cada caso fijadas (de acuerdo con los arts. 84, 87.5, 88.2 y 89.4 CP) y procede la revocación del beneficio. Por tanto, en el ámbito de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad será la fecha de la comisión del nuevo delito, la del abandono del tratamiento rehabilitador o la del último incumplimiento de las reglas de conducta –como aquel que motiva la decisión judicial de revocación del beneficio–, el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo. Dicho plazo se reiniciará, a su vez, en los casos de sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se produzca, en sus respectivos casos, el incumplimiento de la pena sustitutiva o la infracción de la obligación de no regresar a España.

En todos estos supuestos el inicio del plazo de prescripción exige el dictado de una resolución judicial en la que se acuerde la revocación de la suspensión de la ejecución o de la sustitución, sin perjuicio de que, una vez dictada, el inicio del cómputo del plazo de prescripción se retrotraiga al momento mismo en que se produjo la situación que determinó esa revocación.

Quinta. Han de establecerse en las Fiscalías pautas de actuación o sistemas de control que permitan la más inmediata detección de los comportamientos que, debiendo determinar la revocación del beneficio de suspensión de la ejecución, implican el reinicio del cómputo del plazo de prescripción de la pena, poniéndolos en todo caso en conocimiento del Juzgado o Tribunal que tramita la ejecutoria.

Sexta. Los Sres. Fiscales deberán oponerse a toda extrapolación indebida de los fundamentos de la STC núm. 97/2010, de 15 de noviembre. En particular, habrá de

evitarse que una eventual lectura expansiva de esta resolución conduzca a la aplicación de la prescripción en los casos de cumplimiento sucesivo de penas, supuesto en el que igualmente se produce la interrupción del curso del plazo prescriptivo para todas las penas impuestas desde el inicio de la ejecución de la más grave.

Por lo expuesto, en lo sucesivo, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones, se atenderán al contenido de la presente Consulta.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚM. 5/2012, SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN LA DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS INCAUTADAS EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

ÍNDICE: I. Planteamiento del problema.–II. Previsiones legales sobre destrucción de sustancias que constituyen el objeto material de delitos de tráfico de drogas.–III. La actuación del Fiscal en este ámbito. Destrucción de las drogas y conservación de muestras.–IV. Planes específicos de Inspección Fiscal en materia de control de destrucción de drogas.–V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La persecución de los delitos contra la salud pública conlleva la incautación de importantes cantidades de drogas tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos, productos químicos, medicamentos y otras sustancias, objetos e instrumentos que constituyen su objeto material, los cuales son depositados a disposición judicial.

El almacenamiento y custodia de dichas sustancias y productos genera situaciones de peligro. El alto valor económico en el mercado ilegal de la generalidad de los estupefacientes y psicotrópicos exige especiales medidas de vigilancia en estos depósitos.

También es importante señalar que la existencia de estos almacenamientos masivos y prolongados en el tiempo comporta elevados costes para la administración, sin que en la mayoría de los casos implique beneficio o utilidad alguna.

La expresada problemática no es nueva y la Fiscalía General del Estado nunca ha sido ajena a estas cuestiones. En la Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas, recordando lo resuelto en la Consulta 2/1986, ya se establecían pautas de actuación para que los Sres. Fiscales promovieran la destrucción de drogas incautadas en procedimientos judiciales, con sujeción a las disposiciones legales vigentes en aquellos momentos, particularmente a tenor de texto del artículo 338 LECrim, posteriormente modificado.

Más recientemente, la Circular 2/2005, al analizar diversos aspectos derivados de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, dispone como regla general la destrucción de las drogas, estupefacientes y psicotrópicos, por la Autoridad Administrativa encargada de su custodia, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras suficientes, salvo que la

Autoridad Judicial haya ordenado su conservación íntegra (art. 374.1.1.ª CP), debiendo los Fiscales instar de la Autoridad Judicial su conservación en los supuestos excepcionales en que las circunstancias de la investigación lo hicieran necesario.

Un paso más en la implicación del Ministerio Fiscal en la búsqueda de soluciones a la problemática derivada del almacenamiento de drogas lo constituye la Circular interna de la Fiscalía Especial Antidroga de 28 de julio de 2010, en la que se imparten diversas recomendaciones a los Sres. Fiscales dependientes de la misma en aras al seguimiento y control de los depósitos de drogas incautadas, teniendo en cuenta el tenor de la modificación realizada por la Ley 18/3006 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, exigiendo autorización judicial para la destrucción de dichas sustancias.

Diversas circunstancias –que se extienden desde la falta de instalaciones adecuadas para la destrucción de estas sustancias o de los medios adecuados para su transporte desde el lugar de custodia, hasta la complejidad y el volumen de numerosos procedimientos que afectan a estos depósitos, así como la falta de atención a estas situaciones por parte de los órganos e instituciones involucradas, volcadas principalmente en el objetivo de la investigación de los hechos y de su enjuiciamiento– han determinado que la situación generada por los depósitos de sustancias intervenidas en delitos contra la salud pública, lejos de solucionarse, en la actualidad haya llegado a ser especialmente preocupante, por cuanto la acumulación de sustancias intervenidas sobrepasa la capacidad de almacenamiento de los depósitos previstos y obliga a que una parte de las partidas de productos intervenidos sean custodiadas en lugares inapropiados, con los consiguientes riesgos de salubridad y de seguridad.

Todo ello hace preciso un nuevo análisis de la situación, actualizando a través de la presente Instrucción los expresados documentos de la Fiscalía General del Estado a la luz de la legislación vigente.

Conviene resaltar que por lo que se refiere a otras sustancias de naturaleza diferente a la catalogadas como drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, como pueden ser los medicamentos u otros productos químicos, así como a los efectos, objetos, instrumentos intervenidos en los procedimientos judiciales relativos a los delitos de contra la salud pública, es de aplicación la normativa sobre conservación y enajenación de bienes y efectos decomisados en los procesos penales en general, a cuyo efecto la Fiscalía General del Estado impartió la Instrucción 6/2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia, en la que se establecen las pautas de actuación que deben seguir los Sres. Fiscales en relación dichos productos, efectos y objetos. Por tanto, la presente Instrucción se refiere exclusivamente a la destrucción de las drogas en sus dos especies: estupefacientes y psicotrópicos.

También hay que precisar que existen drogas tóxicas almacenadas que no tienen relación con procedimientos judiciales penales. Así sucede con las que proceden de aprehensiones realizadas en virtud de actuaciones policiales de carácter administrativo en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, cuya custodia y destrucción no está sometida a las disposiciones de carácter procesal penal a las que se contrae la presente Instrucción.

II. PREVISIONES LEGALES SOBRE DESTRUCCIÓN DE SUSTANCIAS Y PRODUCTOS QUE CONSTITUYEN EL OBJETO MATERIAL DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Las normas de específica aplicación sobre destrucción de estas sustancias se encuentran en el Capítulo II bis introducido en el Título V del Libro II de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal mediante la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en los procedimientos penales regulando la destrucción y realización anticipada de los efectos judiciales en cualquier tipo de procedimiento criminal, a cuyo efecto en el inciso final del artículo 367 ter.1 se establece que cuando se trate de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el Juez instructor, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, ordenará su inmediata destrucción conservando muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, todo ello sin perjuicio de que, de forma motivada, el órgano judicial considere necesario la conservación de la totalidad. Lo conservado estará siempre bajo la custodia del órgano judicial competente.

Por otra parte, en el artículo 374.1.1 CP se establece que las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

En la Junta General de la Fiscalía Especial Antidroga celebrada los días 27 y 28 de mayo de 2010, se puso de manifiesto el importante aumento de los depósitos de estas sustancias en diversas provincias se habían generado a consecuencia del nuevo artículo 367 LECrim, que exige en todo caso decisión judicial, previo un incidente de audiencia al Fiscal y a las partes.

En dicha Junta se estimó que el carácter de *lex* posterior de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la establecida en el reseñado artículo 374.1.1 CP, cuya redacción proviene de la modificación efectuada por la Ley Orgánica 15/2003 –estableciendo como regla general la destrucción administrativa, «salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra»–, determina que en la actualidad la destrucción de la droga precisa la previa autorización judicial, no siendo posible la destrucción por decisión administrativa. Además, se concluyó que tal posición se fundamenta en la circunstancia de que la droga no sólo constituye el objeto del delito, sino que la comprobación de su composición y existencia de principios psicoactivos forman parte del acervo probatorio que está sujeto, en todo caso, al control jurisdiccional. Esta interpretación es asumida por la Fiscalía General del Estado.

III. LA ACTUACIÓN DEL FISCAL EN ESTE ÁMBITO. DESTRUCCIÓN DE LAS DROGAS Y CONSERVACIÓN DE MUESTRAS

a) **Destrucción de las drogas**

Se hace preciso recordar la vigencia de lo acordado en la Instrucción, Consulta y Circular mencionadas *supra*, aunque actualizadas a tenor de la normativa vigente. En su virtud, los Sres. Fiscales deberán interesar con carácter general, salvo excepciones muy justificadas, la destrucción de la droga en los diferentes procedimientos penales que se sustancien en su ámbito competencial, conservándose muestras suficientes para garantizar ulteriores análisis comprobaciones o investigaciones.

A estos efectos, los Sres. Fiscales deberán promover, en los casos en que no se haya acordado de oficio, la audiencia previa establecida en el artículo 367 ter.1 LECrim, aprovechando, en su caso, el acto de toma de declaración de los detenidos, incluso durante el servicio de guardia. Dicha audiencia también deberá celebrarse en los supuestos de descubrimientos o hallazgos de alijos ocultos o partidas de drogas abandonadas, en los que obviamente únicamente será precisa la audiencia previa al Fiscal. En estos supuestos, nada obsta a que tal trámite se realice por escrito.

En todo caso, la actuación de los Sres. Fiscales no se limitará a la simple solicitud de destrucción de droga, sino que deberá prolongarse hasta la constatación de su ejecución efectiva, debiendo vigilar que en el procedimiento judicial quede constancia de su destrucción, mediante la incorporación a los autos del acta de incineración o equivalente. Igualmente los Sres. Fiscales deberán interesar que para su constancia en autos, la diligencia que se extienda sobre la destrucción de la droga comprenda la naturaleza, calidad, cantidad de lo destruido, así como de su valoración en el mercado ilegal.

Ante las resoluciones judiciales denegatorias de la destrucción de la droga que los Sres. Fiscales consideren injustificadas, o ante la falta de respuesta respecto de las peticiones de celebración de la indicada audiencia previa, los Sres. Fiscales utilizarán el régimen de recursos procedentes, dando cuenta al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga a través de los correspondientes Fiscales Jefe Provinciales o de Área, cuando se produzcan reiteradas resoluciones denegatorias o situaciones de falta de respuesta judicial a la petición del Fiscal por parte de un mismo órgano jurisdiccional.

b) Coordinación entre la Fiscalía y los organismos administrativos

Con el objeto de agilizar los procesos de destrucción de las drogas incautadas cuya conservación no resulte necesaria y solucionar los actuales problemas de almacenamiento, así como para reforzar las garantías en el sistema de obtención y custodia de las muestras extraídas para su analítica, las autoridades y organismos implicados en dicha situación, el día 3 de octubre de 2012, suscribieron el «Acuerdo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por el que se establece el protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas».

En dicho documento se concretan los criterios a los que deben someterse las actuaciones sobre aprehensión, documentación, toma de muestras, análisis, cadena de custodia y conservación o destrucción de las drogas incautadas.

Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales y de Área establecerán los cauces adecuados de comunicación con los responsables policiales y de los órganos administrativos encargados de la custodia y análisis de la drogas intervenidas en cada territorio, con el objeto de superar las posibles disfunciones derivadas de la identificación de las partidas de drogas remitidas para su custodia y análisis, así como para detectar cualquier dilación que se pueda producir en la destrucción de drogas almacenadas.

Las incidencias que se produzcan en este ámbito deberán ser comunicadas por los Sres. Fiscales Jefes y de Área al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga. Igualmente, con el objetivo de controlar y reducir al máximo estos depósitos, todas las Fiscalías Provinciales y de Área deberán elaborar un estadillo expresivo de la evo-

lución de la situación de las sustancias incautadas almacenadas a disposición de cada uno de los órganos jurisdiccionales de su ámbito competencial, que será remitido trimestralmente al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga.

c) Conservación de muestras

El citado artículo 367 ter.1 LECrim dispone, además, que cuando se acuerde la destrucción de la droga se conservarán muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones.

Deduciéndose que la *ratio legis* del precepto es posibilitar un análisis cualitativo posterior, cuando eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es preciso que siempre se conserven muestras suficientes, con la expresada finalidad garantista.

No es ocioso recordar la validez procesal del análisis sobre muestras –y no sobre el total de la sustancia incautada– conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. entre otras STS 21-02- 1991, 6-3-91 y 12-6-91) y tampoco puede obviarse que los principios activos de las sustancias y productos almacenados se degradan con el tiempo.

Ante ello cabe preguntarse si es preciso conservar las muestras hasta que la sentencia sea firme o es procedente su destrucción una vez realizados los análisis contradictorios en fase de instrucción.

La referencia a la firmeza de la sentencia se realiza en el artículo 374.1.1 CP en relación a los supuestos en que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra, en cuyo caso, se establece que una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación. En definitiva, desde la perspectiva de la legalidad nada impide que la destrucción de las muestras se realice una vez que las mismas hayan cumplido su cometido: la realización de eventuales ulteriores análisis contradictorios.

En todo caso, la destrucción de las drogas o de las muestras conservadas deberá producirse una vez que finalice el procedimiento penal por resolución judicial firme, en cuyo caso, si no se hubiera acordado de oficio, los Sres. Fiscales instarán de los órganos jurisdiccionales competentes que se acuerde la destrucción de las drogas.

Es decir, en ejecución de sentencia deberá vigilarse que se ha producido la destrucción total de las drogas incautadas cuando excepcionalmente no se hubiere hecho con anterioridad.

IV. PLANES ESPECÍFICOS DE INSPECCIÓN FISCAL EN MATERIA DE CONTROL DE DESTRUCCIÓN DE DROGAS

Debido a la distribución de competencias entre Comunidades Autónomas en relación con los organismos implicados en la aprehensión, custodia, análisis y destrucción de las drogas tóxicas, para la efectividad de los criterios de actuación propuestos anteriormente será precisa también la intervención directa de los órganos territoriales del Ministerio Fiscal, en concreto de los Excmos. Sres. Fiscales Superiores.

A estos efectos, deberá reforzarse en este ámbito el procedimiento de supervisión ordinaria periódica que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.2 del Estatuto Orgá-

nico del Ministerio Fiscal corresponde directamente a los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las facultades y competencias genéricas de la Inspección Fiscal, y sin detrimento de las obligaciones que tienen atribuidas tanto el Fiscal Jefe de la propia Fiscalía territorial como, en su caso, el Fiscal Delegado de la Fiscalía Especial Antidroga.

Así, en lo sucesivo en los planes semestrales de Inspección de los Fiscales Superiores se incluirá la supervisión de la actuación del Fiscal en los procedimientos judiciales de su territorio en los que se hayan producido aprehensiones de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, con indicación de las resoluciones adoptadas respecto de su destrucción, así como el detalle de la evolución de los depósitos de drogas intervenidas.

El Excmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga remitirá semestralmente a la Fiscalía General del Estado un informe sobre la evolución de la ejecución del Acuerdo Marco de colaboración de 3 de octubre de 2012.

V. CONCLUSIONES

Primera. Se reitera la vigencia de las pautas de actuación establecidas en la Instrucción núm. 6/2007, sobre la enajenación de bienes decomisados antes de dictarse sentencia, las cuales son de aplicación respecto de las sustancias de naturaleza diferente a la catalogadas como drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, como pueden ser los medicamentos u otros productos químicos, así como a los efectos, objetos, instrumentos intervenidos en los procedimientos judiciales relativos a los delitos de contra la salud pública. La presente Instrucción se refiere exclusivamente a destrucción de las drogas en sus dos especiales: estupefacientes y psicotrópicos.

Segunda. Los Sres. Fiscales deberán interesar con carácter general, salvo excepciones muy justificadas, la destrucción de la droga en los diferentes procedimientos penales que se sustancien en su ámbito competencial, conservándose muestras suficientes con la finalidad garantista de hacer posibles posteriores análisis cualitativos.

Tercera. Los Sres. Fiscales deberán promover, en los casos en que no se haya acordado de oficio, la audiencia previa establecida en el artículo 367 ter.1 LECrim, aprovechando, en su caso, el acto de toma de declaración de los detenidos, incluso durante el servicio de guardia. En los supuestos de descubrimientos o hallazgos de alijos ocultos o partidas de drogas abandonadas, únicamente será precisa la audiencia previa al Fiscal, que podrá realizarse por escrito.

Cuarta. En todo caso, la actuación de los Sres. Fiscales en relación con las peticiones de destrucción de droga no se limitará a la simple solicitud, sino que deberá prolongarse hasta la constatación de su ejecución efectiva, debiendo vigilar que en el procedimiento judicial quede constancia de la destrucción, así como de la naturaleza, calidad, cantidad de lo destruido y su valoración en el mercado ilegal.

Quinta. Ante las resoluciones judiciales denegatorias de la destrucción de la droga que los Sres. Fiscales consideren injustificadas, o ante la falta de respuesta respecto de las peticiones de celebración de la indicada audiencia previa, los Sres. Fiscales utilizarán el régimen de recursos procedentes, dando cuenta al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga, a través de los correspondientes Fiscales Jefe Provinciales o de Área, cuando se produzcan reiteradas resoluciones denegatorias o situaciones de falta de respuesta judicial a la petición del Fiscal por parte de un mismo órgano jurisdiccional.

Sexta. Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales y de Área establecerán los cauces adecuados de comunicación con los responsables policiales y de los órganos administrativos encargados de la custodia y análisis de la drogas intervenidas en cada territorio, con el objeto de superar las posibles disfunciones derivadas de la identificación de las partidas de drogas remitidas para su custodia y análisis, así como para detectar cualquier dilación que se pueda producir en la destrucción de drogas almacenadas.

Las incidencias que se produzcan en este ámbito deberán ser comunicadas por los Sres. Fiscales Jefes y de Área al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga.

Séptima. En todo caso, la destrucción de las drogas o de las muestras conservadas deberá producirse una vez que finalice el procedimiento penal por resolución judicial firme, en cuyo caso los Sres. Fiscales instarán de los órganos jurisdiccionales competentes que acuerden la destrucción de la droga, si no se hubiera acordado de oficio. Es decir, en ejecución de sentencia deberá vigilarse que se ha producido la destrucción total de las drogas incautadas cuando excepcionalmente no se hubiere hecho con anterioridad.

Octava. En los planes semestrales de Inspección de los Fiscales Superiores se incluirá la supervisión de la actuación de la Fiscalía en los procedimientos judiciales de su territorio en los que se hayan producido aprehensiones de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos, con indicación de las resoluciones adoptadas respecto de su destrucción, así como el detalle de la evolución de los depósitos de drogas intervenidas. Esta información deberá ser remitida también al Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga.

Novena. El Excmo. Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga remitirá semestralmente a la Fiscalía General del Estado un informe sobre la evolución de la ejecución del Acuerdo Marco de colaboración de 3 de octubre de 2012.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

BIBLIOGRAFÍA

Revista de Libros

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: *Derecho penitenciario*. 3.^a ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, 372 páginas

I

La destacada especialista Vicenta Cervelló, prof.^a Titular de Derecho penitenciario de la Universidad de Valencia, acaba de dar a la luz la última edición de su reconocido manual de Derecho penitenciario, libro que por derecho propio se coloca entre los primeros de su género. Últimamente se está produciendo un verdadero y moderno resurgir bibliográfico, de carácter esencialmente dogmático, de esta abandonada materia, como lo demuestran las excelentes monografías de la catedrática de Alicante, Carmen Juanatey Dorado (Iustel, 2011) o la 2.^a ed. del texto del prof. de la Pompeu y magistrado, Carlos Mir Puig (Atelier, 2012) y, lo que es mejor, a la bondad intrínseca de las mismas, corresponde el lector interesado con el consumo de las mismas, de ahí las repetidas ediciones, impensables antaño.

En la línea de excelencia y utilidad mencionadas se inscribe la obra de Cervelló. Ya acreditada desde sus orígenes, esta nueva impresión confirma el impacto que la misma ha venido causando entre los estudiantes y los profesionales. La eclosión de los estudios de nuevos grados, como en Criminología, o los optativos, por un lado, han convertido la asignatura del Derecho penitenciario como algo digno de conocimiento y, por el otro, la recopilación de la materia en un texto sistemático favorece la divulgación científica de la disciplina. De ambas situaciones se beneficia, como ya venía haciéndolo, el lector con la presente obra de la prof.^a de Valencia.

Vaya por delante que excusado es decir que nos encontramos ante una aportación seria y más que correcta. Con un indispensable aparato crítico, pero nunca gratuito o sea, necesario para avanzar en la humanización del ya muy humanitario sistema penitenciario español, como ningún otro comparado puede asimilársele, pero lejos de la provocación literaria que llevan a cabo otros que en su vida han pisado una prisión, ni estudiado la historia carcelaria patria, ni participado, claro es, al imperar el sentido común entre los responsables ministeriales, en comisión redactora alguna de reforma legislativa ni, en fin, se han molestado en contrastar su huracanada información parcial y sesgada con la sólida roca de la verdad.

Dividida en diecisiete capítulos, con esclarecedores subapartados, bien escrita y completa en su exposición, el libro de Vicenta Cervelló se me antoja un magnífico acercamiento a la materia a la que he dedicado la mayor parte de mi vida académica y me satisface la perseverancia de la autora en seguir investigando en la misma con un rigor y una sencillez de exposición que únicamente se logra cuando se conoce a fondo el asunto de que se trata. Por ello el texto es provechoso para el atento lector y, en fin, sumamente recomendable.

II

Metodológicamente el planteamiento de la monografía es, como debe de ser en un estudio dogmático, clásico; es decir, introduciéndonos primero en el concepto de lo que se estudia y, después, en los antecedentes históricos y ello está bien compendiado aunque, quizás, en exceso. Dignificar e individualizar el Derecho penitenciario entre el conjunto de las ciencias penales, como efectúa la prof.^a Titular de la ciudad del Turia, es lo correcto y más aún centrar sus orígenes y su posterior evolución (pp. 45 y ss.), referida exclusivamente a nuestro país, pues es innecesaria la referencia, en este libro, al derecho comparado del momento que, por otro, mal podía compararse, en detrimento del mismo, con España. En cuanto al devenir de nuestra brillante historia carcelaria, de su normativa y de su ejemplar doctrina, siempre pienso que cualquier mención que de la misma se haga es insuficiente, si bien es cierto que un manual no puede abarcar toda su riqueza de detalle. Para eso, tal vez, están los textos, entre otros, de mis discípulos Sanz Delgado y Téllez Aguilera, que la autora conoce perfectamente.

Con anterioridad y con el mismo acierto sistemático, la prof.^a Cervelló Donderis parte de los principios informadores, ya consagrados, de carácter general, de nuestra disciplina: legalidad, proporcionalidad, *ne bis in idem* y resocialización (pp. 32 y ss.) que le dan radical sustancia y categoría, sin obviar la crítica de las reformas acontecidas en el año 2003 «en detrimento», nos dice con razón, de este último postulado (pp. 43 y más ampliamente, pp. 53 y ss.).

Los siguientes capítulos tratan de la totalidad del sistema punitivo legal, comenzando por la teoría de la pena (pp. 61 y ss.) hasta desembocar en la de prisión donde, de nuevo, se ponen de manifiesto sus precisos antecedentes legislativos y doctrinales (pp. 95 y ss.), finalizando con el tratamiento de los denominados sustitutivos penales, alternativa al encierro del que correctamente se nos informa. Pero si estos apartados iniciales podrían considerarse introductorios, aunque necesarios, para centrar la problemática, el grueso de la obra comienza a partir de ahora, con la relación jurídica penitenciaria y el análisis detallado de las instituciones penitenciarias.

Sentando los límites de la primera, sus garantías en la aplicación y su vigencia (pp. 119 y ss.), desemboca el trabajo de la prof.^a Cervelló en la exposición de la figura del juez de vigilancia penitenciaria (pp. 141 y ss.),

innovación determinante de la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, sustitutivo del concepto de juez y parte que inveteradamente ostentaba la Administración en materia sancionadora o, en contrapartida, de concesión de beneficios. Sus competencias penológicas y estrictamente penitenciarias están puestas de manifiesto de manera clara y concisa, separando las reconocidas en esta legislación específica y las que le otorga el Código penal. Asimismo, es merecedora de alabanza la cita del fallido Proyecto de Ley reguladora del procedimiento ante este órgano judicial (pp. 155 y 156), que duerme el sueño de los justos en algún cajón del Ministerio competente y que hubiera recopilado la dispersa materia al respecto.

Los capítulos siguientes, a partir del 9, se explayan en el régimen y luego en el tratamiento, es decir en los dos componentes esenciales de la ejecución carcelaria a los que la propia legislación concede mayor espacio en su texto articulado, figurando así, con razonable continuidad, tanto el trato de cuanto se relaciona con la organización interna y prestaciones regimentales que se marcan expresamente por Ley y Reglamento, cuanto lo relativo a la clasificación de los internos en los diversos grados del tratamiento. En este sentido y con evidente relación con este tema, recuerdo cuando la prof.^a Cervelló participó hace algún tiempo, con extremada competencia, en la llamada Comisión de relectura de la Ley penitenciaria –que tuvo el honor de presidir– formada por orden de la anterior Secretaria General del ramo y, claro es, en las correspondientes sesiones de interesante debate. A ella correspondió la exposición de lo relativo a los establecimientos penitenciarios; pues bien, aquella meritoria tarea, perfectamente cumplida, se refleja en las brillantes páginas de hoy (pp. 201 y ss.) al tratar de las diversas clases de locales de encierro, así como de sus características específicas, materia fundamental con la que, prácticamente, se cierra en su obra la compleja temática regimental.

III

El tratamiento penitenciario se expone de seguido (pp. 221 y ss.) y la enumeración de sus componentes es modélica, creyendo firmemente en él. Cuanto conforman los elementos de aquél se trae a colación, muy en la línea del Reglamento vigente que revuelve lo que no mezclaba la Ley, al superar la tesis de entonces, del instante redactor, de que la participación de las ciencias de la conducta en el mismo ya no son sustantivo esencial de éste. En efecto, si la norma orgánica general reserva títulos separados para el régimen (el II) y el tratamiento (el III), la disposición reglamentaria de desarrollo posterior no lo hace así. Por eso el libro de Vicenta Cervelló, como por ejemplo hace el de la prof.^a Juanatey, expone aquí lo relativo al trabajo, cuanto a las relaciones con el exterior o los beneficios y, sin perjuicio del batiburrillo sistemático, obligado por la legislación, lo hace con extrema precisión, especialmente cuando habla de la intervención de las comunicaciones y visitas, de reciente actualidad por la condena del Tribunal Supremo al magistrado-juez Baltasar

Garzón (pp. 259 y ss.), del descuento de la totalidad de la condena impuesta por lo que hace al acortamiento de la misma, o sea el caso Parot (pp. 285 y ss.; también: pp. 339 y ss.) o, en fin, del procedimiento sancionador, excelentemente tratado (pp. 299 y ss.).

Pero en lo que a mí concierne, y lo aprendí de Alarcón Bravo, régimen penitenciario y tratamiento se siguen diferenciando. El primero consiste en el conjunto de los instrumentos que procuran el orden y la adecuada convivencia en el establecimiento y el segundo, en los sistemas, basados en las ciencias conductuales, que se orientan hacia los objetivos constitucionales y legales de la reeducación y reinserción social de los penados. Los modernos criterios, especialmente de los psicólogos, de intervención en los comportamientos de los internos, han ampliado considerablemente esta concepción restrictiva que diversificaba los contenidos de ambos métodos. Mi concepción tradicional no empece la exposición de Cervelló, ajustada a la legalidad vigente y, por lo tanto, adecuada ciertamente para un manual como el que ha escrito que lo que pretende –y logra– es mostrar la realidad actual de la materia objeto de estudio.

Los capítulos finales (pp. 319 y ss.) se dedican por la autora a la ejecución de las medidas de seguridad, a la liquidación de condenas y a los medios paliativos de los efectos criminógenos de la prisión, abogando por un conjunto de medios extracarcenarios, como los telemáticos o intrapenitenciarios, como en lo relativo a profundizar en los permisos de salida o el adelantamiento del cumplimiento (pp. 356 y ss.), completando así su obra. Destaca, asimismo, en estas postreras páginas el poco entusiasmo que tiene la prof.^a Cervelló por las prisiones privadas pues, intuitivamente detecta la reducción de garantías para los reclusos y el perjuicio para los mismos que conlleva la menor inversión pública (p. 355). En este aspecto, poco podría añadirse a lo escrito, hace más de una década, por mi discípulo Enrique Sanz Delgado y Vicenta Cervelló, que lo sabe, lo cita, lo recoge y le sigue.

Las notas a pié de página y las relaciones bibliográficas, al final de cada capítulo y en relación básica final, completan la información doctrinal, así como la desacostumbrada y relevante mención siempre de las Instrucciones y Circulares de la Secretaría General más relevantes (pp. 367 y 368). Termina el libro con la transcripción del reciente Proyecto de reforma del Código penal, en los concretos preceptos que afecta al tema penitenciario y de ejecución de las penas (pp. 369 y ss.).

En definitiva, comienzo como empecé. Poniendo de manifiesto el extraordinario acierto de esta aproximación sincera a la materia del Derecho penitenciario, prestigiándolo sin duda, al escribir del mismo con un rigor que se me alcanza como patrimonio de unos pocos. Y es que el libro de la prof.^a Cervelló Donderis, ya lo he dicho, se coloca así entre los mejores dedicados a esta disciplina desatendida, casi huérfana de doctrina, hasta hace pocos años.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel (Dir.): *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*. Comares. Granada, 2012, 170 páginas

I

El prof. Rodríguez Blanco, catedrático de Derecho eclesiástico del Estado de la Universidad de Alcalá, ha dirigido este magnífico proyecto de investigación que ahora ve la luz en una cuidada edición. Todos los colaboradores que al efecto ha reunido son profesores, en sus diversas categorías académicas, de la Facultad de Derecho de esa Universidad complutense y de la UNIR (Universidad Internacional de La Rioja), centros docentes íntimamente vinculados. Dos de los docentes son queridos y directos discípulos de quien esto escribe y un tercero, «nieto» científico, pues no en balde es discípulo de un discípulo mío. Los otros dos, meritorios discípulos del director de esta importante obra.

Vaya por delante que el libro es meritorio por dos destacados motivos: por lo excepcional de las monografías al respecto y por la calidad de su contenido. Respecto a lo primero, fue el propio prof. Rodríguez Blanco uno de los autores modernos que se ocupado más y mejor de este tema. En efecto, su excelente obra «La libertad religiosa en centros penitenciarios» (Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 2008), en su día accésit del prestigioso premio Victoria Kent, así lo atestigua. Lo que ahora ha hecho es continuar, profundizándola y derivándola hacia los menores, con la primera investigación, añadiendo un selecto grupo de autores de la máxima solvencia académica. El mismo Rodríguez Blanco certifica, en la introducción que lleva su firma, que la presente edición es única por cuanto aborda los aspectos penales y penitenciarios de la libertad religiosa (p. XIII), asunto ciertamente muy olvidado. En relación a lo segundo, la categoría de su conjunto, quienes escriben dan tajantemente relieve al trabajo pues, como ya he dicho, son reconocidos especialistas en la materia.

II

Divida en tres partes y, a su vez, en seis capítulos, el presente estudio es la información más completa publicada en España sobre el tema. Los apartados se atribuyen a cada autor de modo que puede perfectamente identificarse la aportación de cada uno, si bien la unidad ideológica y metodológica preside la lograda investigación. Es pues una obra homogénea y coherente, con continuidad y magnetismo en el discurso, que va ahondando, con rigor, en los asuntos tratados a medida que se desarrollan

con suma competencia y conocimiento por los autores que firman el texto, no en balde alguno de los mismos son publicistas de referencia.

La parte primera se ocupa, genéricamente, de la medida de internamiento de los menores, debida a la prof.^a Figueroa Navarro, Titular de Derecho penal de la UAH (pp. 3 y ss.) y de los derechos de aquéllos, desarrollados por el prof. Sanz Delgado, contratado doctor y acreditado prof. Titular de la misma disciplina (pp. 21 y ss.). Los dos son mis discípulos y me reconozco en ellos. Su escritura no solo informa con autoridad de cuanto acontece, sino que, críticamente, condiciona la realidad jurídica. De hecho, no todo es satisfactorio. Pero la notoriedad y el valor de lo descrito configuran una verdad científica verdaderamente necesaria. Así, Carmen Figueroa traza con simpatía no muy entusiasta las clases y formas de internamiento de los menores en la legislación española del ramo, repasando sucintamente la entera evolución de esta normativa, «objeto de tres nuevas reformas» (p. 4), desde sus comienzos, endurecedoras sin paliativos de sus orígenes. Después se ocupa del procedimiento «educativo-sancionador» (p. 5) y de la necesidad de la precisa dotación presupuestaria para llevar satisfactoriamente a cabo la norma reguladora. El estudio de la medida de internamiento, la más grave de las contempladas en la Ley, se recoge con detalle en sus páginas. Dos son los principios inspiradores, según la prof.^a Figueroa, que coinciden en este campo: la proporcionalidad respecto a la infracción cometida y la gran flexibilidad y arbitrio que se concede al juez de menores para su aplicación (pp. 8 y 9); a partir de aquí, se describen las clases de internamiento, cerrado, semiabierto y abierto, con gran corrección y acierto (pp. 12 y ss.), y previamente se señala la similitud benefactora con el principio de individualización científica que proclama la legislación penitenciaria (p. 10).

Como ya he indicado, Enrique Sanz traza un catálogo de los derechos de los menores internados. Comienza su cuidadoso y perito trabajo dándonos cuenta de la seguridad jurídica que representa que el elenco de los mismos se haya traído por el legislador a la ley del menor (p. 23) y se indica que se trata de un reflejo, con amplio desarrollo, de lo especificado en el artículo 25.2 CE (p. 24). Luego recopila, ordenados *in extenso*, tales derechos (pp. 25 y ss.), comenzando por los más trascendentales (vida, integridad, etc.), siguiendo por otros genéricos, propios de la persona (dignidad, intimidad, compatible con la condena, etc.), y finalizando con los concretos de los internados en los centros (proximidad domiciliaria de los establecimientos, asistencia sanitaria gratuita, recibir tratamiento, comunicaciones y visitas, etc.) catálogo verdaderamente significativo del avance de nuestro contexto normativo.

Sergio Cámara Arroyo es el gran especialista de la jurisdicción y el tratamiento de los menores en la literatura científica española. Su insuperable tesis doctoral («Internamiento de menores y sistema penitenciario», 2 vols., 2011) lo certificó. Ahora ha retomado su gran investigación y,

poniéndola al día, ha escrito acerca de los centros de menores en la legislación vigente (pp. 53 y ss.). Aquí se inicia la segunda parte de la presente obra que contiene dos capítulos. La reflexión de Cámara se basa fundamentalmente en el modelo que la legislación penitenciaria común representa para la de menores, opinión sostenida desde su primera y definitiva publicación. Ello, no obstante, no quiere decir que los centros tengan que ser iguales a los prisionales. De hecho, el autor, con especial acierto, describe las diferencias que los mismos presentan. Y de su buen artículo extraigo tres esenciales (pp. 75 y ss.): la estructura física o arquitectónica de la institución, la mayor integración en el medio social y comunitario de los establecimientos de menores y la necesidad de la dotación personal adecuada, es decir la insoslayable presencia en aquéllos de educadores profesionales. Enlazando con esto último, el prof. Cámara analiza la gestión privada en estos centros (pp. 84 y ss.) que, como a su maestro, Enrique Sanz, no llega a satisfacerle. De hecho, viene a decirnos que se ha producido una extensión del mandato original, contenido en las disposiciones del ramo, pues únicamente se hablaba al respecto del establecimiento de acuerdos o convenios de colaboración con otras entidades privadas sin ánimo de lucro (p. 85) lo que ni se cumple, pues cobran, especialmente en lo relativo a la seguridad, ni había delegación completa de competencias, como se ha producido, sino sólo colaboración generosa en la organización.

De la gestión privada y no únicamente, se ocupa la prof.^a Pilar Betrián Cerdán (pp. 96 y ss.), también dentro de este apartado. Precisamente, enlazando con el precedente estudio de Cámara, trata de los centros de internamiento, iniciando su andadura con los modelos de gestión: pública y privada, significando sin empacho que este último es el «más extendido entre las Comunidades Autónomas» (p. 101). A continuación, el artículo de la prof.^a de la UNIR recoge las expresiones del principio de libertad religiosa en los locales, siguiendo la idea de tomar la fecha de los 14 años para poder ejercer tal manifestación, coincidente con la edad del posible ingreso en los mismos (p. 104). Tres grandes campos se refieren a este tema: las provisiones alimentarias, la asistencia religiosa y los objetivos educativos (pp. 109 y ss.) todos perfecta y claramente expuestos en el trabajo.

III

La parte postrera de este importante vol. colectivo, la tercera, que da título a al mismo, también consta de otros dos capítulos, atinentes, específicamente, a la libertad religiosa. Serán quienes los escriban la prof.^a de la UAH, Isabel Cano Ruiz y el director de la obra, el prof. Rodríguez Blanco.

El primer trabajo estudia con amplitud el marco normativo de la misma, tanto lo contenido en las normas informadoras internacionales cuanto nacionales (pp. 121 y ss. y 134 y ss.), ofreciéndonos un completo repaso de las disposiciones correspondientes y significando, entre las mismas, la trascendencia de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (pp. 124 y ss.). Finaliza la exposición con las controversias más representativas, ya falladas por nuestra jurisprudencia (pp. 140 y ss.), tanto en el ámbito educativo (limitación al uso del velo), como familiar (discrepancias en la educación de los hijos) o sanitario (negativa de transfusión sanguínea a un menor, testigo de Jehová). Precisamente de este último supuesto, algunos penalistas tenemos una opinión discrepante con la sentencia del TC, aquí citada, sin perjuicio de la recopilación doctrinal que Isabel Cano efectúa en su aportación.

El prof. Miguel Rodríguez Blanco cierra la obra. Su trabajo se contrae al análisis del ejercicio de la libertad religiosa en los centros de internamiento de menores (pp. 149 y ss.) y, desde luego y más concretamente, a un exhaustivo resumen de la legislación autonómica al respecto, primero y a los acuerdos estatales firmados con las distintas confesiones religiosas, después. Excusado es decir que la compilación, por orden alfabético, es utilísima, dándonos cuenta de la legislación correspondiente de cada Comunidad (pp. 153 y ss.), investigación necesaria para profundizar en la materia en ulteriores trabajos. El artículo del catedrático de Eclesiástico de Alcalá se cierra con los acuerdos entre los poderes públicos y las confesiones religiosas (pp. 163 y ss.). Se mencionan así los referentes a la Iglesia católica, el más principal y destacado, y los tres llevados a cabo con confesiones minoritarias: evangélica, judía e islámica. El régimen jurídico que se viene a establecer es demostrativo de la perfección de tales convenios, de su tolerancia y de su contribución al libre desarrollo de la personalidad religiosa de los internados.

Acabo como empecé. Significando la bondad y originalidad de esta obra. Su necesidad en el panorama doctrinal español y su valioso ejemplo de que, pese al momento universitario que vivimos, confuso y burocratizado, se puede hacer todavía ciencia cuando un grupo de destacados profesores, perfectamente dirigidos, ponen su empeño en lograrlo.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina: *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Iustel. Madrid, 2013, 206 páginas

I

La prof.^a Rodríguez Méndez, emprendedora científica comprometida con temas trascendentes de la disciplina penal, acaba de dar a la luz este libro, francamente interesante, dedicado a la materia de nuestro Derecho penitenciario. El texto se inscribe en la nueva colección de la casa editorial, de pequeño formato, muy manejable y con buenos números publicados, dedicada específicamente al Derecho penal y a las ciencias penales que se promete, sin discusión y francamente, como digna de elevada mención. Entre estos breves pero aleccionadores ejemplares se cuenta la presente importante monografía.

Vaya por delante que el texto está llevado a cabo con equilibrio, serenidad y sensatez, pues la prof.^a de la Universidad de Castilla-La Mancha se distingue por estas dos características en cuanto escribe referido al Derecho penitenciario. Buena muestra de lo que digo es su anterior y trascendente trabajo en la Ley Penal (núm. 65, 2009) referido al régimen carcelario de los terroristas, modelo de exposición y de enseñanza. Lo mismo ha efectuado ahora en su nueva aproximación al tema prisional. Sin orillar ninguno de los asuntos trascendentes de la materia, algunos de extrema actualidad, su recorrido narrativo es ejemplar pues el relato es serio y preciso, crítico cuando procede, sin salpicarlo de inexactitudes a las que algunos nos tienen acostumbrados, marcadas por el oportunismo y el desconocimiento más ramplones.

El texto está dividido en seis capítulos, subdivididos en apartados, que abarcan toda la materia penitenciaria de actualidad (de ahí, su título), comenzando por una escueta pero suficiente, dada la extensión medida de la obra, aproximación histórica. En ella precisamente habla Rodríguez Yagüe de los mejores antecedentes hispanos, del sistema progresivo y del de individualización plasmados a principios del pasado siglo en normas determinantes (pp. 33 y ss.). Y estos renglones son base del entendimiento de la bondad del sistema penitenciario desarrollado después por la ciencia y el legislador del ramo hasta llegar a la Ley penitenciaria actual de 1979.

Tampoco olvida la prof.^a de Castilla-La Mancha la valía de autores modernos a quienes el Derecho penitenciario hispano debe mucho. A este respecto, las líneas que dedica a Jesús Alarcón Bravo, que fue mi excelente colaborador en mi etapa de Director General, son suficientes y tienen el mérito de un reconocimiento de su meritoria trayectoria que solo llevan a cabo los mejores (p. 45). Alarcón fue mi competente Inspector

General y el esforzado redactor del Título III, el referido al tratamiento, de la Ley penitenciaria.

La crítica razonable y razonada tampoco es ajena a esta excelente obra. Del mismo modo que no se escatiman elogios en el texto cuando proceden, tampoco se marginan posturas de rechazo a las últimas reformas acontecidas, especialmente por la Ley 7/2003 que, en el papel, han restringido claramente la individualización del tratamiento, constriniéndolo a determinados presupuestos que nada tienen que ver con la evolución carcelaria del condenado. Y al igual que surge la razonable y razonada postura negativa al respecto, también recoge la autora los rayos de esperanza que proporciona la misma práctica penitenciaria. De esta forma, la interpretación que hacen la Administración, calificada acertadamente como «estrategia» (p. 17) por la autora y los mismos jueces de vigilancia, no puede ser más generosa, marginando la dureza pretendida por la nueva normativa. Los ejemplos son variados. Sirva ahora solo uno de muestra, que siempre me gusta citar como demostrativo de la correcta actuación institucional buscando recovecos a la dura ley: cuando la concesión de la libertad condicional se sujeta hoy a «tener satisfechas las responsabilidades civiles», Instituciones Penitenciarias lo entiende como «tener a satisfacer» las mismas, lo que cambia las cosas radical y favorablemente para el reo. Y ello se alaba, con razón sobrada, por Rodríguez Yagüe (pp. 86 y ss.).

II

El análisis de los variados aspectos, que atienden específicamente a la individualización, de la legislación penitenciaria vigente en nuestro país es admirable. Todo comienza con una frase rotunda que lo expresa tajantemente: «Treinta y tres años después de su aprobación por aclamación se puede afirmar que España sigue contando con una buena Ley Orgánica Penitenciaria» (p. 13). Esta afirmación es cierta y, en lo que a mí respecta, como no podía ser menos, como principal redactor de la misma, me sigue llenando de un lejano orgullo. El progresismo que emana de la norma no es nuevo sino que, salvando paréntesis autoritarios, se ha recuperado de nuestra mejor tradición. Montesinos, Cadalso y Salillas, entre otros auténticamente grandes, fueron los pioneros de este espíritu perturbador para el resto de los sistemas carcelarios. En sus respectivos mandos de los establecimientos y en sus escritos está el buen germen de hoy. Siempre lo he sostenido y defendido y lo he hecho porque, al igual que Cristina Rodríguez Yagüe, conozco en profundidad el pasado de nuestro Derecho penitenciario.

El estudio concreto que a continuación se lleva cabo en las páginas de la monografía acerca del contenido y los elementos del principio de indi-

vidualización científica, sobre el que toda la obra prácticamente gira (pp. 51 y ss.), es amplio y excelente. Tratamiento adecuado, partiendo del estudio de la personalidad del culpable, equipos profesionalizados y colegiados y característica dinámica de aquél frente a la rigidez e inflexibilidad del régimen progresivo puro, son las claves de la puesta en marcha del nuevo sistema.

Entre los asuntos que estudia el presente libro también merecen destacarse las oportunas referencias que se hacen en relación a temas actuales de ejecución penitenciaria, como los casos Parot y Troitiño, que la autora denomina, con originalidad, «modificaciones jurisprudenciales del sistema de cumplimiento» (pp. 126 y ss.). Bien analizados dichos supuestos, aunque las conclusiones no siempre tienen que ser coincidentes con otros autores y con quien esto escribe, la narración es precisa y con detalle. En cualquier caso, se entiende esta orientación dentro de otras iniciativas legales, vigentes o en Anteproyecto (como el anunciado de reforma de 2012), que parecen destinadas a entorpecer los claros mandatos establecidos por la normativa penitenciaria. En este sentido, son rechazables la cadena perpetua o la custodia de seguridad. Respecto a la primera de las instituciones citadas, Rodríguez Yagüe ha expresado su rotunda posición contraria a la misma, estudiando con detenimiento sus consecuencias respecto al mandato constitucional, que fija el objetivo resocializador sin excepciones, y a la propia seguridad jurídica (pp. 110 y ss.).

Más la esencia de la individualización permanece, afortunadamente, en muchas disposiciones e iniciativas (pp. 167 y ss. y 176 y ss.) y en ello coincido plenamente con la autora. De entre ellas se señalan las siguientes: el mantenimiento del principio reglamentario de flexibilidad, verdadera vía de escape para los casos más dudosos de poder alcanzar el tercer grado; la potenciación de los CIS, la creación de las unidades terapéuticas en los establecimientos, la irrupción en los mismos de los módulos de respeto y los programas de intervención con determinadas categorías de delinquentes (maltratadores o sexuales), logros incontrovertibles del sistema actual de ejecución. Todo ello rodeado del mayor desembolso económico europeo referido a los centros, imagen generosa y digna de lo que es un país que se toma en serio el principio de la reinserción social de los condenados poniendo los medios materiales correspondientes.

Otros aspectos legales son puestos bajo la lupa de la autora pero siempre con un sentido común envidiable. En este sentido el análisis que efectúa de los FIES, especialmente a raíz de la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso) de 17 de marzo de 2009 (p. 145 y ss.), es digno de aplauso. Y si así actúa en este caso la prof.^a de Castilla-La Mancha, de igual manera se produce cuando, al recoger las modificaciones reglamentarias que ha sufrido el tratamiento, ampliando su concepto y sus medios, alerta contra el peligro que supone que la participación en los centros de organizaciones extrañas al mundo profesional penitenciario, no alcance el nivel

deseado por su menor o escasa cualificación (pp. 161 y 162) pese a su buena voluntad.

Con sobrada razón no gusta Rodríguez Yagüe de la privatización carcelaria (pp. 193 y ss.). En esto coincide con el mayor especialista nacional de la temática, mi discípulo el prof. Enrique Sanz Delgado. Y ello es lo lógico por no encuadrar esta orientación dentro de la normativa penitenciaria y de los objetivos constitucionales de la pena que exigen que sean desarrollados por la Administración competente. Si esto es así, no menos verdad es, como indica la prof.^a de Castilla-La Mancha, que la ejecución de las medidas en los centros cerrados de menores se ha entregado a las entidades privadas (pp. 196 y ss.), significándose la contradicción con el sistema carcelario común y una consecuente merma de los derechos de los internos.

La obra finaliza con una relación bibliográfica de referencia en selección y extensión correspondientes al trabajo expuesto (pp. 203 y ss.) pero acaba con algo más: con la proclamación de Cristina Rodríguez Yagüe en su fe en la Administración penitenciaria que, pese a los embates que está soportando, parece decidida a mantenerse inalterada en la defensa de los criterios humanistas y resocializadores (p. 202), esencia de la actividad proclamada en la Ley.

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Temas de interés: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

Periodicidad: Anual.

Envío de originales. Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafaal.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

Formato. Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Recensiones. El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

Proceso de admisión y publicación. Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.