

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 LXVI  
MMXIII

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2014

<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): 007-14-146-9

NIPO (M. de Justicia): 051-14-016-X

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

---

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

Emilio Octavio de Toledo y Ubieta  
*(23 de julio de 1948-17 de mayo de 2013)*

I(\*)

Emilio Octavio de Toledo, catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, caía gravísima y repentinamente enfermo, víctima de una enfermedad neurológica, hace cuatro años. Estuvo durante muchos meses entre la vida y la muerte en la UCI del madrileño Hospital de La Paz y, aunque finalmente logró salvarse, desgraciadamente, para tantas personas como le queríamos, ya nunca volvió a ser el mismo: afectado por una amnesia anterógrada, era incapaz de crear recuerdos nuevos, de tal manera que olvidaba inmediatamente lo que había sucedido hacía sólo unos minutos, mientras que mantenía en su memoria, con toda clase de detalles, los acontecimientos anteriores a su ingreso en la UCI. Durante su estancia tan prolongada en esta Unidad contrajo varias neumonías que afectaron a sus pulmones de manera irreversible, lo que le produjo una insuficiencia respiratoria que le ha llevado finalmente a la muerte.

Tengo el orgullo de pertenecer a una generación de penalistas, a la de quienes nacimos en los años 30 del pasado siglo, o un poco antes o un poco después –la primera que no había vivido o no había vivido conscientemente la Guerra Civil, pero sí, en toda su extensión, la dictadura franquista–, que fue la que rompió con el aldeanismo que dominaba hasta entonces a la ciencia penal española, y que, con muchas dificultades, decidió formarse en Alemania y/o en Italia después de finalizar la carrera en España. Pero esta mi generación sólo abrió el camino, porque fue sucedida por otra, la de los penalistas nacidos en los años 40 del pasado siglo que igualó, cuando no superó, a la de sus maestros. A esta última generación pertenecía, como uno

---

(\*) Este obituario lo publiqué en el diario «El Mundo» de 23 de mayo de 2013.

de sus más destacados representantes, Emilio Octavio de Toledo, discípulo de Horacio Oliva, que se especializó en Derecho penal en el Instituto Max Planck de Friburgo y en Bolonia, y cuya obra científica, desde su apabullante tesis doctoral sobre «La prevaricación judicial del funcionario público», hasta sus últimos trabajos sobre participación delictiva o responsabilidad por el producto, por sólo mencionar algunos de ellos, ponen de manifiesto, para todo aquél que los haya leído, hasta qué punto la temprana muerte de Emilio supone un trágico empobrecimiento para nuestra ciencia, que ya no podrá seguir aprendiendo de sus enseñanzas.

El manual de Parte General de Emilio, escrito en colaboración con la también eminente catedrática de Derecho penal, su esposa Susana Huerta, sigue siendo, por su originalidad y por su ausencia de cualquier clase de prejuicio, una obra que hay que leer siempre –yo por lo menos así lo hago– cada vez que se aborda algún problema de la teoría jurídica del delito.

Ya desde su etapa de estudiante Emilio fue un importante dirigente estudiantil de izquierdas. Y esa ideología la ha mantenido coherentemente, y por encima de cualquier sectarismo, hasta su último suspiro. Octavio de Toledo conocía muy bien la Universidad, y ese conocimiento lo aplicó no sólo ejerciendo su función de catedrático, sino también, y con un gran beneficio para la Academia, cuando desempeñó cargos, primero de secretario general de la Universidad Menéndez y Pelayo y, posteriormente, de secretario de Estado de Universidades e Investigación.

En un escalafón como el del profesorado universitario español de Derecho penal, desgraciadamente muy envenenado por odios y rivalidades, Emilio supo situarse al margen de esa peleas, manteniendo los lazos con todas las escuelas y contribuyendo así, en alguna medida, a que la sangre no llegara siempre al río. Como director durante muchos años del Departamento de Derecho penal de la Complutense, propició un clima de cordialidad entre todos nosotros, convirtiéndolo en una institución donde daba –y sigue dando– gusto trabajar. Y todo ello, a pesar de que Emilio era todo un carácter, pero es que por debajo, y casi a flor de piel, se escondían imponentes caudales de ternura y de bondad que a uno le hacían imposible no quererle.

Unas palabras finales para Susana, su esposa. Estamos anonadados por su fortaleza psicológica, por el cariño con el que ha cuidado –¡con el que ha mimado!– a Emilio, sin una sola queja, sin un solo quebranto durante estos cuatro años: nos ha enseñado a todos no sólo lo que es el amor, sino lo que es el amor en tiempos difíciles. Que sepa

que somos muchos –yo entre ellos– los que, junto a ella y a su hijo Alvaro, lloramos y lloraremos la ausencia de Emilio.

## II(\*\*)

Aunque ya en mi necrológica de Emilio Octavio de Toledo, publicada en «El Mundo» del pasado 23 de mayo (supra I), hacía referencia a la importante obra científica de Emilio, me parece que éstos son un lugar y un momento adecuados para justificar por qué en dicho obituario afirmaba que «la temprana muerte de Emilio supon[ía] un trágico empobrecimiento para nuestra ciencia, que ya no podrá seguir aprendiendo de sus enseñanzas». Y es que, en efecto, desde la vuelta de Emilio a la Universidad, después de su relativamente fugaz paso por la política, hasta que hace cuatro años fue víctima de la enfermedad que le condujo finalmente a la muerte, y a una merma de su capacidad intelectual, estuvo publicando incansablemente como si pensara que era aún un opositor o como si tuviera que seguir demostrando quién era y qué representaba en la ciencia penal española. En los últimos días he estado releendo sus más recientes –y numerosas– publicaciones y a ellas quiero hacer aquí una breve referencia.

Por una parte, Octavio de Toledo se siguió ocupando también –pero no sólo– de cuestiones nucleares de Derecho penal. Así, por ejemplo, de la autoría y de la participación, especialmente en su contribución de 2001 al Libro en Memoria de José Manuel Valle Muñiz, y también, en 2004, en los «Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón», dos trabajos imprescindibles para entender, aplicar y vislumbrar los problemas que plantea la regulación legal a la que somete el CP de 1995 a la participación delictiva, una nueva regulación que se aparta, en algunos aspectos, de la que había regido en España desde el Código Penal de 1848. Estos últimos «Estudios Penales» fueron coordinados, junto con Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarelli, por Emilio Octavio de Toledo, quien, al final de su propia contribución, muestra su agradecimiento a quienes habíamos acudido a su invitación para hacer posible ese libro, con las siguientes palabras: a todos nos ha llevado a participar en él, escribe Emilio, la misma

---

(\*\*) En la tarde del 26 de junio de 2013 se celebró, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, un «Acto académico en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo», en el que intervinimos el decano de la Facultad, profesor Raúl Canosa, los profesores Gustavo Suárez Pertierra, Rodrigo Bercowitz, Jesús Leguina y el autor de esta necrológica. A continuación reproduzco las palabras que pronuncié en dicho «Acto».

motivación: «precisamente la muerte, tan temprana, tan sentida, tan severa, de nuestro amigo y colega, a quien de esta manera recordamos: Luis Felipe Ruiz Antón. Un gran penalista. Un hombre bueno». En más de una ocasión fuimos a visitar Emilio y yo a nuestro amigo Pipe Ruiz Antón en Madrid y, al principio, alguna vez al hospital de Valladolid, donde se encontraba internado –conduciendo yo el coche, porque, como es sabido, él no sabía conducir–, y me parece una injusticia insoportable que Emilio, con quien yo comentaba durante los viajes de ida y vuelta la mala suerte de Pipe, en cierto sentido, haya sido víctima de una tragedia semejante.

Existe otro trabajo de Octavio de Toledo, publicado en 2009 en el Libro Homenaje a Tomás Vives, en el que, como en los dos anteriores, se ocupa nuevamente de una institución básica del Derecho penal –de la tentativa–, asimismo para presentar esclarecedoras observaciones sobre su nueva regulación, ya que, como en la participación delictiva, también el Código Penal de 1995 –rompiendo con una tradición que igualmente se remonta al Código de 1848– da una nueva redacción al artículo que regula a partir de entonces esa institución.

Pero no sólo instituciones fundamentales de la Parte General del Derecho penal fueron objeto de estudio por parte de Emilio, sino también otras de Parte Especial como la responsabilidad por el producto o los delitos contra la Hacienda Pública, éstos últimos en el volumen colectivo que él coordinó aparecido en 2009. A mi libro-homenaje, publicado en 2008, Octavio de Toledo contribuyó con un estudio titulado «Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas». Un trabajo que, de alguna manera, a mí me recuerda al manual de Parte General, cuya última edición es de 1986, escrito en colaboración con su mujer, Susana Huerta. Y es que, en efecto, en este trabajo sobre la pena Emilio acude a un continuo diálogo con la gran contribución de Susana sobre el «principio de legalidad», publicada en 2000, estableciéndose algo así como un diálogo entre los dos cónyuges, adivino que precedido de conversaciones privadas entre ambos, diálogo en el que –como era habitual entre ellos– las opiniones suelen coincidir, aunque discrepen en algunas ocasiones.

De su último artículo, publicado en el «Anuario de Derecho de Penal y Ciencias Penales» aparecido en 2010, Emilio no pudo tomar conciencia porque ya se le había manifestado la enfermedad que le tuvo tanto tiempo ingresado en la UCI. En este brillante y tremendamente crítico artículo, Octavio de Toledo ponía implacablemente en evidencia las enormes diferencias existentes, a pesar de que habían emanado del mismo Gobierno, entre el Proyecto de reforma del

Código Penal de 2007 y el Anteproyecto de reforma del mismo texto legal de 2008:

«Causa poco menos que escalofríos de asombro y, sin contradicción, resulta completamente bochornoso» –escribe Emilio– «observar que en el corto plazo de tiempo transcurrido entre la culminación de la tramitación parlamentaria del Proyecto y la comunicación pública del posterior Anteproyecto, hayan podido variar de tal manera y en tal grado las políticas criminal y penal sobre las que habrían de sustentarse», exigiendo Emilio que se explique cómo «se ha llevado a cabo la respectiva confección normativa con dosis masivas de intuicionismo, albur, golpes de efecto mediático o de puesta al servicio de los egos presentes en ella en cada momento.»

Así se las gastaba Emilio cuando le daba por criticar, con toda razón, textos pre o legislativos. Y es leyendo esas líneas cuando uno, entre los muchos lamentos que nos ha provocado su muerte, siente el desconsuelo de saber que ya no podemos contar con su gran inteligencia crítica para dar la paliza que se merecen, en justa respuesta a la también –pero en otro sentido– paliza que nos están dando, los nuevos Proyectos de reforma del Código Penal con los que nos está obsequiando –es un decir– el actual Gobierno.

Hay libros cuyos títulos reflejan con tal precisión su contenido que casi ni hace falta leerlos. Así sucede con «Ser o tener» de Erich Fromm o con «Envidia y gratitud» de Melanie Klein. Y así sucede, también, con el último libro de Rosa Montero publicado con el título «La ridícula idea de no volver a verte». El origen de este libro se encuentra en el proyecto de Elena Ramírez, editora de Seix Barral, de publicar el «Diario de Marie Curie», de «poco más de una veintena de páginas redactadas a lo largo de doce meses después de la muerte de su marido [Pierre Curie] que falleció a los cuarenta y siete años atropellado por un coche de caballos». Como el marido de Rosa Montero, el también periodista Pablo Lizcano, había fallecido hacía poco, en mayo de 2009 Elena Ramírez le envía un e-mail a aquélla con el siguiente texto:

«He pensado en ti porque refleja con una crudeza descarnada el duelo por la pérdida de su marido. Creo que si te gusta la pieza podrías hacer algo estupendo sobre ella o sobre la superación (si puede llamarse así) del duelo en general. Creo, además, que según hagas la inmersión en el libro y según te sientas al escribir, podría ser un prólogo o el cuerpo central, y el diario de Curie un complemento... ahí lo dejo abierto a cualquier sorpresa.»

Al final, el diario de Marie Curie sólo ocupó, como apéndice, 18 páginas, mientras que el texto de Rosa Montero se extiende a lo largo de 202.

La idea central del libro la expresa Rosa Montero con las siguientes palabras:

«Eso es lo primero que te golpea en un duelo: la incapacidad de pensarlo y de admitirlo. Simplemente la idea no te cabe en la cabeza ¿pero cómo es posible que *no esté*? Esa persona que tanto espacio ocupaba en el mundo, ¿dónde se ha metido? El cerebro no puede comprender que haya desaparecido para siempre. ¿Y qué demonios es *siempre*? Es un concepto inhumano. Quiero decir que está fuera de nuestra posibilidad de entendimiento. Pero cómo, ¿no voy a verlo más? ¿Ni hoy, ni mañana, ni pasado, ni dentro de un año? Es una realidad inconcebible que la mente rechaza: no verlo nunca más es un mal chiste, una idea ridícula.

“A veces tengo”, escribe Marie Curie en su Diario el 1 de mayo de 1906, “la idea ridícula de que todo esto es una ilusión y que vas a volver. ¿No tuve ayer, al oír cerrarse la puerta, la idea absurda de que eras tú?”

Después de la muerte de Pablo, yo también me descubrí durante semanas pensando: “A ver si deja ya de hacer el tonto y regresa de una vez”, como si su ausencia fuera una broma que me estuviera gastando para fastidiarme, como a veces hacía.»

Estas ideas de Marie Curie y de Rosa Montero se complementan con la siguiente anotación que hace Curie en su «Diario», el 1 de mayo de 1906, al describir cómo, al día siguiente de la muerte de Pierre, confiesa a su hija mayor Irène, de ocho años de edad, que su padre ha muerto:

«A la mañana siguiente se lo conté todo a Irène. Hasta ese momento, sólo le había dicho que su padre se había dado un fuerte golpe en la cabeza y que no podía venir. Ella reía y jugaba al lado mientras nosotros velábamos a su padre muerto. Cuando se lo dije –quise hacerlo yo misma, era mi deber de madre–, al principio no lo entendió y dejó que me marchara sin decir nada; pero luego, al parecer, lloró y pidió vernos. Lloró mucho en casa, luego volvió a irse a casa de sus amiguitos tratando de olvidar. No quiso saber ningún detalle y al principio tenía miedo de hablar de su padre. Abría mucho los ojos, turbada ante la ropa negra que llevábamos puesta. La primera vez que volvió a dormir en casa, en mi cama, se despertó por la mañana y, medio dormida, buscándome con el brazo, dijo con voz quejumbrosa: “¿A que no está muerto?”.»

No sé exactamente cuáles eran las creencias o no-creencias religiosas de Emilio, aunque adivino que en esa cuestión era bastante escéptico. En cualquier caso, este acto es un funeral laico, y así como en los religiosos el sacerdote nos habla del significado que tienen para los católicos la muerte y la supuesta vida eterna, permítanme a mí hablar sobre el mismo tema desde la perspectiva de un ateo.

La muerte de Emilio ha dejado en mí una huella tal que sigo pensando en ella todos los días. Era un amigo mío muy querido y yo, en los últimos años, sólo había sufrido la muerte de un ser también muy querido, pero que tenía casi 10 años más que yo, la muerte, por consiguiente, de una persona de la que, en principio, cuentas que vas a ser testigo. Freud tiene razón cuando dice que si podemos vivir con una angustia más o menos soportable es porque, en el fondo, estamos negando –como mecanismo de defensa– que la muerte es nuestro fin irremediable. Negación que naturalmente, no siempre se puede mantener, como me sucedió a mí, hace pocos años, en unos de los numerosos actos en que intervine con el Dr. Luis Montes, en su defensa contra los injustos ataques que estaba sufriendo con motivo del caso de las sedaciones del Hospital Severo Ochoa, cuando una enfermera de cuidados paliativos afirmó, con una frase que me impactó por su irrefutable rotundidad, que todos nosotros tenemos el cien por cien de probabilidades de morirnos. Aparte del gran cariño que le profesaba –me consta que correspondido– en el caso de Emilio lo que hace que su muerte no se me quite de la cabeza –tal vez no debería haber visto su cadáver, pero quise despedirme de él– es que Emilio era aún joven, tenía 64 años –diez años menos que yo– y que, como expresa Rosa Montero en su libro, se trata, por ello, de «una muerte que no hubiera debido suceder todavía». Ciertamente que los griegos decían que «nadie es tan joven que no pueda morir al día siguiente, ni tan viejo que no pueda vivir un año más». Pero esto no pasa de ser una falacia para consuelo de nosotros, los viejos, que trata de ocultar las enormes diferencias de probabilidades de morir que existen entre los jóvenes y los mayores. Y es por ello que a uno aún le cuesta más conformarse con la muerte de Emilio. Es decir: con la ridícula idea de que no volveremos a tomar café juntos en la cafetería del edificio nuevo de la Facultad, ni a hablar de política o de Derecho penal, ni a dictarle una conferencia o a que él me la dicte a mí, ni a servirle de chofer.

Con todos mis respetos por las creencias de los demás, yo no quiero una vida en un más allá que, aunque sea el paraíso, para mí sería un lugar inhóspito. Yo lo que querría es seguir conversando con mis amigos, directamente o por teléfono, seguir viajando con mi mujer o acurrucarme con ella en la cama o divertirme o aburrirme con ella, hablar con mis hijos, contarles mis cosas y que ellos me contaran las suyas, llevar a mis nietos al Zoo de la Casa de Campo o, simplemente, ir a la cafetería de mi barrio por la mañana y tomarme un café mientras leo el periódico. Pero no es eso lo que me promete ese supuesto paraíso de las religiones. Por eso, tampoco lo quiero. Tengo que aprender a convivir con la terrible tragedia del ser humano de que,

tanto si yo muero antes, como si les sobrevivo, la idea de no volver a ver a los seres queridos y de que éstos no te vuelvan a ver a ti es de todo menos ridícula. Adiós para siempre, querido amigo, querido Emilio.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

## Homicidio a petición y participación en el suicidio Derecho vigente y propuestas de reforma (1)

DR. DR. H. C. MULT. CLAUS ROXIN

Munich

### RESUMEN (2)

*El presente trabajo tiene su origen en sendas conferencias impartidas el pasado 21 de enero de 2013 en un congreso médico celebrado en Berlín, el 6 de febrero de 2013 en la Universidad de Múnich (invitado por Helmut Satzger, Petra Wittig y Ulrich Schroth), y el 8 de febrero de 2013 en la Universidad de Giessen (invitado por Thomas Rotsch).*

Palabras clave: *Suicidio asistido, homicidio a petición, eutanasia.*

### ABSTRACT

*The following paper has its origin in three conferences given last year in Berlin at a Medicine Congress (January 21<sup>st</sup>), in Munich University, invited by Helmut Satzger, Petra Wittig y Ulrich Schroth (February 6<sup>th</sup>), and in Giessen University, invited by Thomas Rotsch (February 8<sup>th</sup>).*

Keywords: *Assisted suicide, consensual homicide, euthanasia.*

---

(1) Dedicado a mi amigo el profesor Dr. Dr. h.c. mult. *Enrique Gimbernat Ordeig* con mis mejores deseos por su 75 cumpleaños el 7 de mayo de 2013.

(2) Publicado en *Goldammers Archiv für Strafrecht* 2013, vol. 160, pp. 313-327. Traducción de Rafael Alcácer Guirao.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El homicidio a petición. 1. La «petición seria y expresa de la víctima». 2. La eutanasia indirecta no es un supuesto de homicidio a petición punible. 3. La omisión de actuar solicitada o en virtud del consentimiento presunto del paciente no constituye un homicidio a petición. 4. La interrupción activa de un tratamiento acorde a la voluntad del paciente no constituye tampoco un homicidio a petición. 5. ¿Son aplicables esos criterios también cuando el garante competente de un deber de protección hacia el suicida omite, siguiendo la voluntad de éste, el deber de evitación del suicidio?–III. La participación en el suicidio y su delimitación frente al homicidio a petición.–IV. La discusión político-criminal. ¿Es necesaria la reforma del derecho vigente? 1. ¿Debería castigarse toda forma de participación en el suicidio? 2. ¿Deberían castigarse algunas formas de participación en el suicidio? 3. El suicidio médicamente asistido. 4. Ayuda al suicidio a título comercial, profesionalizada y organizada. 5. ¿Es aconsejable la despenalización del homicidio a petición bajo limitaciones dirigidas a la evitación de abusos?

## I. INTRODUCCIÓN

Con arreglo al Derecho penal alemán vigente, son impunes tanto la intervención en el suicidio ajeno como incluso la inducción al suicidio, mientras que el homicidio a petición está sancionado con una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años [§ 216 del Código Penal alemán (StGB)]. También la tentativa del homicidio a petición es punible.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, esa diferenciación se explica por cuanto el suicidio, en sí mismo, no es subsumible en ningún tipo penal y es, por ello, impune (ciertamente, sólo sería posible castigar la tentativa). Los delitos contra la vida atañen únicamente a la muerte de otro, y no del propio agente. Dado que según los §§ 26 y 27 StGB toda conducta de participación requiere siempre un hecho principal típico y antijurídico, los supuestos de participación en un suicidio han de quedar impunes al no concurrir aquél.

Ahora bien, para que tal delimitación de lo punible resulte convincente debe estar sostenida también sobre una justificación político-criminal. A mi modo de ver, tal justificación radica en que para el ordenamiento jurídico el efecto exoneratorio de la decisión libre e irrevocable de un ciudadano de poner fin a su vida únicamente puede extenderse a terceros cuando es el propio suicida quien levanta la mano contra sí mismo. Por el contrario, cuando es otra persona la que, a solicitud de quien desea morir, realiza los actos que llevan directamente a la muerte, no puede ya determinarse con seguridad si quizá no se ha precipitado en realizar una acción que al final el solicitante no habría tenido el valor de acometer. En igual sentido, difícilmente

podrá refutarse una solicitud fingida o inventada por el autor tras la muerte de una víctima inconstante y dubitativa.

La cuestión de si el citado argumento resulta suficiente para justificar la delimitación de lo punible establecida por el legislador ha sido objeto de notable controversia. Así, mientras que un buen número de autores patrocinan, de modo similar a la actual regulación belga u holandesa, también la impunidad del homicidio a petición –introduciendo a cambio mecanismos dirigidos a asegurar que la decisión se ha adoptado libremente–, hay también opiniones, dentro y fuera de Alemania, que, siguiendo la opción acogida por algunos ordenamientos jurídicos, proponen castigar toda participación en el suicidio, o al menos la que se presta de modo organizado o profesionalizado. Abordaré tales puntos de vista tras una más detenida aproximación al derecho vigente.

## II. EL HOMICIDIO A PETICIÓN

### 1. La «petición seria y expresa de la víctima»

El tipo penal del homicidio a petición (§ 216 StGB) exige que el autor haya «sido llevado a matar a otro por la petición expresa y seria de la víctima». Si falta este elemento típico, concurrirá un asesinato o un homicidio, ambos sancionados con una pena mucho más grave. La cuestión es, ¿cuándo estamos ante una petición expresa «seria»? Habrá de exigirse una determinación libre y autónoma de la voluntad por parte de una persona responsable. Por ello, la petición de morir realizada por niños o por personas que se hallen en una situación de enajenación o pánico, en estado de embriaguez o bajo la influencia de un error o de amenazas, no puede beneficiar al autor de un homicidio con la imposición de una pena menor.

### 2. La eutanasia indirecta no es un supuesto de homicidio a petición punible

La eutanasia indirecta se da en los casos en que a una persona diagnosticada con una enfermedad mortal se le administra un tratamiento dirigido a paliar el dolor, pese a que pueda acelerar el momento de la muerte. La causación anticipada de la muerte constituye, en sí misma, un homicidio y, si se ha realizado por solicitud de la víctima, un homicidio a petición. No obstante, ello será lícito cuando tenga lugar en el marco de una terapia paliativa, tal como también lo enten-

dió el Tribunal Supremo alemán (BGH) en una sentencia de 1996 (3). El núcleo de su argumentación es el siguiente: «No resulta inadecuada la aplicación a una persona moribunda de una medicación dirigida, según la *lex artis*, a paliar el dolor y acorde a la voluntad expresa o implícita del enfermo cuando, sin pretender la muerte, se asuma como consecuencia un adelantamiento de su acaecimiento».

El Tribunal Supremo no ha entrado a enunciar cuál deba ser la justificación de esa conclusión. El criterio correcto sería apreciar un estado de necesidad justificante (4). El deber de mantener la vida todo el tiempo posible cede ante el deber de paliar el dolor del paciente. Aunque en este aspecto la sentencia citada no resulta concluyente, a esa conclusión debe llegarse también cuando el acortamiento de la vida no es solo probable, sino seguro. El límite de la punibilidad se traspasa cuando el fallecimiento se produce no en el marco de una terapia paliativa sino cuando con el fin de paliar el dolor del paciente se le mata intencionalmente.

Se discute también si la admisibilidad de terapias paliativas con acortamiento de la vida debe restringirse a los «moribundos»; así se pronuncia el Comité médico federal (*Bundesärztekammer*). Pero situaciones de dolor insoportable pueden aparecer –por ejemplo, en enfermos de cáncer– ya semanas o incluso meses antes de la muerte; momento en el que el paciente no puede aún considerarse un «moribundo». Por ello, la admisibilidad de la eutanasia indirecta debería extenderse a todas las enfermedades mortales; es decir, enfermedades en las que la intervención médica ya no es decisiva para evitar el proceso mortal. En este sentido se pronunció La Reunión de Juristas alemanes (*Deutsche Juristentag*) de 2006 (5).

La admisibilidad de la eutanasia indirecta debería, además, ampliarse también más allá del tratamiento del dolor a otras situaciones de grave sufrimiento, siempre que no puedan evitarse mediante terapias paliativas. Una situación de esa índole sería, por ejemplo, una grave dificultad de respiración generadora de terrores de asfixia.

### 3. La omisión de actuar solicitada o en virtud del consentimiento presunto del paciente no constituye un homicidio a petición

En otro orden de cosas, existe acuerdo unánime en que la omisión de actuar, como la denominada eutanasia pasiva, no solo es impune,

(3) BGHSt 42, 301.

(4) Sobre ello, ROXIN, en *Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4.<sup>a</sup> edición, 2010, pp. 87 ss.

(5) Conclusiones de la sección de Derecho Penal, III, 1, b, aa.

sino que viene jurídicamente impuesta cuando un paciente capaz de decisión así lo exige. Así, la decisión autónoma del paciente tiene prioridad sobre la aplicación de un tratamiento indicado médicamente. Si un paciente anciano y enfermo rechaza un tratamiento intensivo que prolongaría su vida, su decisión debe ser respetada por el médico y, si por tal razón deja morir al paciente no puede ser hecho responsable por un homicidio a petición omisivo.

A esa conclusión habrá de llegarse también en los casos en que, según un juicio objetivo, la decisión del paciente –presupuesta su capacidad de decidir libremente– deba calificarse como manifiestamente irrazonable. Así, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por el Tribunal Constitucional (6) en el que una madre de cuatro hijos rechazó, por motivos religiosos (era miembro de una congregación evangelista), una transfusión de sangre que salvaría su vida, los médicos deben plegarse a su voluntad y dejar morir a la mujer.

En los casos en que el paciente ya no pueda manifestarse, con arreglo a la modificación legal introducida en 2009 la voluntad puesta por escrito del paciente será vinculante (§ 1901 a, apartado 1 y 3 del Código Civil alemán). En caso de que esa última voluntad escrita no existiera, o no se correspondiera con las circunstancias del caso, el apartado 2 del citado precepto dispone que habrá de acudirse a la voluntad presunta del paciente, que podrá determinarse a partir de las manifestaciones de sus familiares y conocidos o en virtud de sus convicciones morales o religiosas.

#### **4. La interrupción activa de un tratamiento acorde a la voluntad del paciente no constituye tampoco un homicidio a petición**

Tampoco concurrirá un delito de homicidio a petición en el caso en que, siguiendo la decisión del paciente, se interrumpa un tratamiento por medio de medidas activas dirigidas a poner fin a su vida. Así se ha pronunciado el BGH en una controvertida y fundamental sentencia (7). Según se afirmó en ella, «la interrupción de un tratamiento está justificada cuando es acorde con la voluntad, expresa o presunta, del paciente... y sirve de ese modo a dejar que una enfermedad incurable sin tratamiento siga su curso mortal. La interrupción de un tratamiento puede llevarse a cabo tanto por omisión como por una conducta activa».

---

(6) BVerfGE 32, pp. 98 ss.

(7) BGHSt 55, pp. 191 ss. Las referencias citadas se hallan en los fundamentos 1 y 2.

En el caso concreto, se trataba de una mujer que desde una hemorragia cerebral sufrida en 2002 se hallaba en coma profundo y tenía que ser alimentada por medios artificiales, habiéndose descartado la posibilidad de que su estado pudiera mejorar. Poco antes de su enfermedad había manifestado a su hija que, en el caso de que perdiera el conocimiento y no pudiera expresar su voluntad, no quería que se le aplicaran medidas artificiales de alargamiento artificial de la vida. Después de haber infructuosamente intentado, desde 2006, convencer a la dirección del sanatorio de que retiraran la alimentación artificial, la hija, como representante legal de la madre, recibió el consejo de su abogado de «cortar el tubo de la sonda a la altura de su entrada al estómago». La hija siguió el consejo, si bien por la dirección del sanatorio se dispuso la imposición de una nueva sonda. Poco después, la madre murió por causas naturales. El *Landsgericht* condenó al abogado como autor de una tentativa de homicidio, y absolvió a la mujer por haber actuado bajo un error de prohibición invencible, debido a haber actuado bajo consejo de su abogado. El BGH consideró ambas conductas acordes a Derecho y procedió a absolver también al abogado.

Ello puede fundamentarse desde el derecho a la autodeterminación de la paciente, que había rechazado la utilización de medios de alargamiento de la vida, así como con el argumento de que, desde un punto de vista valorativo, también la finalización del tratamiento por medio de una conducta activa (en este caso, con el corte de la sonda gástrica) debe considerarse como una omisión de continuar un tratamiento cuya utilización contra la voluntad de la paciente no es acorde a Derecho. Una interrupción técnica del tratamiento no puede ser objeto de distinta valoración que la interrupción de una terapia de medicamentos.

La tesis que sitúa la voluntad del paciente como exclusivo criterio de decisión ha recibido un apoyo adicional –al que también se refiere el Tribunal (8)– con la mencionada regulación legal de la disponibilidad del paciente (9). La resolución del BGH ha sido acogida favorablemente, y determinará la jurisprudencia futura.

**5. ¿Son aplicables esos criterios también cuando el garante competente de un deber de protección hacia el suicida omite, siguiendo la voluntad de éste, el deber de evitación del suicidio?**

La jurisprudencia ha establecido una excepción a la aplicación de los criterios expuestos para el caso del suicidio, considerando que aun

(8) BGHSt 55, 206, marginal 40.

(9) Sobre ello, ROXIN (nota 2), pp. 100 ss.

cuando el suicida haya solicitado que se le deje morir en paz, las personas que tienen atribuido un deber de protección (especialmente médicos y familiares) estarán obligadas a intervenir para evitar la muerte.

El BGH se ocupó en el año 1984 del conocido asunto Wittig (10). Una mujer gravemente enferma de 76 años de edad y sin ánimo de seguir viviendo tras el fallecimiento de su marido, ingirió una sobredosis de morfina y sedantes con intención de poner fin a su vida. Su médico de cabecera, el señor Wittig, descubrió a la mujer cuando ya se hallaba inconsciente, encontrando sobre la mesa un papel manuscrito en el que podía leerse: «En pleno uso de mis facultades mentales solicito de mi médico no ser llevada a un hospital o sanatorio, que no se me apliquen cuidados intensivos y que no se empleen medicamentos para prolongar mi vida. Quiero tener una muerte digna». En sus manos encontró una nota, que decía: «A mi médico: por favor, sin hospitales. ¡Acabemos!». El doctor Wittig cumplió con esa solicitud y la mujer terminó por morir.

El BGH entendió que los hechos podían calificarse como un delito de homicidio a petición en comisión por omisión (11). «Con carácter general, es autor de un delito de homicidio en comisión por omisión quien se encuentra a una persona inconsciente en situación de peligro para su vida y no le presta la ayuda necesaria y exigible para salvar su vida, pese a ostentar un deber de garante sobre ésta –derivado, por ejemplo, de una relación conyugal o de la responsabilidad como médico de la persona–» (12). El médico no debe someterse al deseo de muerte de su paciente (13). Pese a tales presupuestos, en el caso concreto el Tribunal terminó por absolver al médico porque concluyó que, aun cuando la vida de la paciente hubiera podido ser salvada, habrían quedado daños graves e irreversibles por lo que la decisión en conciencia del médico podía considerarse sostenible.

La sentencia fue objeto de un rechazo generalizado. Puede dejarse al margen la cuestión de si esa antigua jurisprudencia, que partía de un reproche moral a la decisión del suicidio y lo consideraba por ello, irrelevante, tiene aún vigencia. Para fundar la punición de la conducta basta con que el médico, tal como asumió el Tribunal, tenga un deber de garante dirigido a la protección del suicida y además ostente una posición de dominio sobre la situación.

No obstante, frente a lo que entendió el BGH, ambos requisitos no concurren en un supuesto de esas características. Tal como se deriva de sus manifestaciones escritas y como es su derecho, la anciana había

---

(10) BGHSt 32, 367 ss.

(11) BGHSt 32, pp. 370 ss.

(12) *Ibidem*, p. 373.

(13) *Ibidem*, p. 380.

eximido al médico de sus deberes de asistencia, por lo que ya no ostentaba un deber de protección. Y la autoría activa sólo puede afirmarse ante el control del curso causal, algo que no cabe predicar en una mera omisión. Por lo demás resulta contradictorio con la atipicidad de la participación activa en el suicidio castigar la omisión de evitar un suicidio solicitada por el paciente.

Ya en el año 1988 indicó el BGH (14) que se inclinaba por «atribuir una importante relevancia penal a la decisión seria y libremente adoptada de suicidio», tal como la que se dio en el caso Wittig. Desde esa perspectiva, y desde nuestra percepción actual del problema, debería poder concluirse la necesidad de, al menos, respetar esa decisión libre de morir.

Esa línea fue asumida también en una resolución de archivo de la Fiscalía de Múnich del año 2010 (15). En el supuesto de hecho, una mujer diagnosticada con alzheimer decidió quitarse la vida. La mujer comunicó su plan a los médicos del centro de alzheimer, se afilió a una asociación para la ayuda al suicidio responsable, compartió su decisión con sus hijos y fijó el día de su muerte para el 28 de febrero de 2009. La noche del día fijado sus hijos se reunieron con ella en su casa y, tras una cena, ingirió 16 pastillas de «Weimerquinforte» y 45 pastillas de Luminal y se retiró a su dormitorio. Tras despedirse de sus hijos, se durmió inmediatamente. Los hijos esperaron en la habitación de al lado y fueron asomándose a cada rato a ver cómo estaba su madre. Cuando su respiración comenzó a resultar dificultosa e irregular, se sentaron alrededor de su cama y le sujetaron la mano hasta que, a las 00:40, falleció.

La Fiscalía de Múnich archivó las diligencias de investigación contra los hijos seguidas por homicidio u homicidio a petición por omisión, fundamentando tal decisión en que «lo decisivo es la voluntad expresa o tácita del suicida. No puede fundarse un reproche penal sobre un familiar que ha basado su actuación en el respeto a la seria decisión de morir y en virtud de ello no ha procedido a solicitar ayuda o intentar salvar su vida tan pronto como el suicida haya perdido la consciencia».

Siendo esta conclusión ampliamente aceptada en la actualidad, de igual modo habría de resolverse el caso en que es un médico quien asiste al suicidio. Si en el caso expuesto, en lugar de a sus hijos la mujer hubiera solicitado la presencia del médico y éste la hubiera acompañado hasta el último momento, su comportamiento debería ser igualmente impune.

Como requisito previo debe concurrir siempre – tal como afirma la Fiscalía– «que la decisión de morir sea realmente autónoma y con

---

(14) NSTZ 1988, p. 127.

(15) NSTZ 2001, p. 345.

plena conciencia de sus consecuencias». Esa es una cuestión que debe resolverse caso por caso. Tanto en el caso Wittig como en el acabado de exponer, debía afirmarse una decisión autónoma y libre por parte de la mujer decidida a morir. Cuando, en cambio, quien decide acometer un intento de suicidio es un paciente sumido en una depresión profunda o sometido a tratamiento psiquiátrico, el médico ha de actuar en socorro del paciente, si no quiere ser hecho responsable como autor de un homicidio en comisión por omisión.

Concluamos con las cuestiones relativas al homicidio a petición. Las consideraciones anteriores pretendían poner de manifiesto que, más allá de la delimitación de la participación en el suicidio, este precepto presenta controvertidos problemas tanto jurídicos como de ética médica y que la tendencia de la doctrina y jurisprudencia es la de otorgar una relevancia decisiva a la libre voluntad del paciente, tanto en los casos de eutanasia indirecta como en la interrupción del tratamiento, así como en la omisión de intervenir en el proceso de una enfermedad o en un suicidio.

### III. LA PARTICIPACIÓN EN EL SUICIDIO Y SU DELIMITACIÓN FRENTE AL HOMICIDIO A PETICIÓN

Tal como hemos afirmado al inicio, en el Derecho alemán vigente la participación en el suicidio es impune. De acuerdo a la concepción dominante, la delimitación frente al homicidio a petición, punible, dependerá de quién ostenta el «dominio sobre el momento que da lugar a la muerte»; esto es, quien realiza el acto inmediatamente causante de la muerte. Quien dispara siguiendo la petición seria y expresa de otro, realiza una conducta punible de homicidio a petición. Quien, en cambio, proporciona una pistola a quien desea morir, siendo éste quien se dispara a sí mismo, ha cometido únicamente una participación en el suicidio y queda, por ello, impune.

A menudo se ha puesto en duda el sentido de esa diferenciación. Se ha entendido al respecto que solo puede basarse en que únicamente cuando es el propio suicida quien, de propia mano, pone fin a su vida, puede el legislador asumir con seguridad la autonomía del acto suicida frente a la influencia ajena. Solo quien actúa de ese modo materializa su decisión. Quien, en cambio, deja que otro le dispare, permite que sea otro quien realice el acto que plasma la decisión definitiva, de cuya ejecución pudiera quizá haberse arrepentido en el último momento. Ciertamente, muchos son los que se han puesto la pistola en la sien, pero pocos quienes

han llegado a disparar. Cuando quien dispara es un tercero, asume la responsabilidad última de la muerte, por lo que ha de imponérsele la pena del § 216 StGB.

Lo afirmado es también aplicable a la valoración penal del suicidio médicamente asistido. El médico que a petición del paciente inyecta la inyección paliativa causante de la muerte incurre en el delito del § 216 StGB; en cambio, será impune la conducta consistente en proporcionar la jeringuilla con la que el paciente causa su propia muerte.

Ello ha sido asumido también por la jurisprudencia. Un ejemplo ilustrativo es el caso Hackethal, médico que adquirió notoriedad a partir de dicho supuesto. En el año 1984, proporcionó una sustancia letal (cianuro de potasio) a una mujer enferma de un cáncer terminal e incurable que desde el rostro se había extendido al cerebro. La paciente, voluntariamente, mezcló el cianuro con agua y poco tiempo después, perdió la conciencia y falleció sin dolor. La acusación formulada por la Fiscalía contra el doctor Hackethal por delito de homicidio a petición fue desestimada tanto por el *Landgericht* de Traunstein como por el *Oberlandesgericht* de Munich (16).

Hackethal se había preocupado de no estar presente en el momento en que la paciente ingiriera el veneno. En caso de haber estado presente, con arreglo a los planteamientos jurisprudenciales entonces vigentes, derivado de la resolución del caso Wittig, habría tenido que intervenir tan pronto como la paciente hubiera perdido la conciencia y, con ello, el dominio de la situación. En cambio, de acuerdo con la concepción actual –que antes he expuesto al hilo del caso de la paciente con alzheimer–, en ningún momento habría surgido un deber de actuar con fines de socorro.

Ciertamente, sólo concurrirá una participación impune cuando el suicida sea responsable de sus actos. Por ello, lo afirmado sobre los casos de omisión de medidas de socorro por razón de la voluntad libremente manifestada del paciente debe ser aplicable en el presente supuesto. Así, en el caso de que alguien proporcione una pistola a un enfermo mental o a quien se halla en estado de embriaguez plena con la que éste se produce la muerte, no estaremos ante una participación en el suicidio atípica, sino ante un homicidio en autoría mediata.

Existe considerable discrepancia doctrinal acerca de cuáles deban ser las condiciones a partir de las que afirmar que estamos ante un suicidio voluntario. Una postura tendente a la punición excluye exis-

---

(16) OLG Múnich, NJW 1987, p. 2940. La decisión estuvo influida por el trabajo de HERZBERG, NJW 1986, p. 1635 ss.

tencia de una decisión responsable, negando la seriedad de la solicitud (§216 StGB), ya desde el momento en que la decisión de suicidio se muestre precipitada o haya sido tomada bajo la presión de una situación determinada, como una tragedia reciente. Pero la exigencia de sosiego y de un motivo plausible en el suicida lleva a una enorme inseguridad jurídica, máxime dado que las razones últimas de esa decisión no son accesibles ni pueden por tanto ser enjuiciadas por un observador externo.

Por tal razón, yo siempre me he manifestado a favor de tomar como criterio los requisitos de la inimputabilidad jurídico-penal plena o cuasiplena. Esta perspectiva ha sido también asumida por el *Deutsche Juristentag* de 2006, afirmándose al respecto que «la libertad de la decisión en el suicidio debe determinarse a partir de los criterios de los §§ 20 y 21 StGB» (17). Pero desde tales premisas deberá negarse una decisión libre no sólo ante supuestos de perturbaciones o enfermedades mentales, sino asimismo ante depresiones profundas o trastornos de pánico.

#### IV. LA DISCUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL. ¿ES NECESARIA LA REFORMA DEL DERECHO VIGENTE?

La regulación penal de la eutanasia activa y la participación en el suicidio ha sido objeto de una prolongada controversia doctrinal, que se ha visto intensificada desde que los avances de la medicina han posibilitado mantener con vida, a través de la alimentación y respiración artificial, a personas con enfermedades mortales e incurables. El abanico de opiniones es muy amplio, abarcando desde quienes postulan el castigo de toda participación en el suicidio hasta quienes proponen la completa impunidad del homicidio a petición. A continuación expondré, con obligada brevedad, los planteamientos más relevantes.

##### 1. ¿Debería castigarse toda forma de participación en el suicidio?

En algunos países se castiga la participación en el suicidio. Austria, por ejemplo, dispone en el § 78 de su Código Penal: «Quien induzca a otro al suicidio, o le preste ayuda a tal fin, será condenado a una pena de seis meses a cinco años de prisión». También en Italia, Inglaterra, Portugal, España o Polonia –por ejemplo– es punible la

---

(17) Sección de Derecho Penal, IV, 2, a.

participación en el suicidio de otro. En Alemania, la iniciativa «Democristianos a favor de la vida» (*Christdemokraten für das Leben*) ha propuesto una regulación semejante en un manifiesto publicado a mediados de 2012 (18), argumentando, en esencia, que «en aras a la protección y respeto de la dignidad de cada vida humana, toda participación y contribución en la terminación de la vida de otra persona debe ser penalizada en Alemania». También en el ámbito de la literatura jurídica y médica se multiplican los partidarios de la punición de toda participación en el suicidio (19).

Esa concepción no puede compartirse. El argumento de que toda ayuda al suicidio debe ser sancionada bajo pena porque el propio suicida atenta contra la dignidad humana no es sostenible. En primer lugar, desde un punto de vista jurídico la dignidad humana es un derecho de defensa, que por tanto prohíbe las conductas lesivas de terceros, pero no las de su propio titular (tampoco bajo la colaboración de terceros). En segundo lugar, el planteamiento teológico que late tras el argumento de la dignidad, según el cual la vida es indisponible para el hombre por ser un regalo de Dios, no puede servir como fundamento de la incriminación en un Estado laico. Tal como se ha expuesto, el desarrollo del pensamiento jurídico tiende más bien a un reforzamiento de la capacidad de autodeterminación individual. Y en tercer lugar, me parece errada la idea de que sacrifica su dignidad quien opta por poner fin a un padecimiento o una enfermedad que siente como insoportable. Por el contrario, no les falta razón a los partidarios de la autonomía de la decisión de morir cuando se refieren al derecho a una muerte digna. A ese respecto, no puede sino compartirse la opinión de *Schreiber* cuando afirma: «Dios no puede plantearme otra cosa sino que sería comprensivo si ante una situación de padecimiento sin esperanza renunciara yo anticipadamente a la vida que me ha otorgado, si huyera hacia él cuando mi enfermedad devenga insoportable» (20).

Un segundo argumento recurrentemente empleado para defender la punición de toda participación en el suicidio radica en la premisa de que casi todos los suicidios se deben a la existencia de un trastorno psíquico excluyente de la capacidad de decidir responsablemente. A esta concepción remite el interrogante que retóricamente formulan los «Democristianos a favor de la vida» (21): «¿Existe realmente un suicidio decidido por una voluntad libre?». En la misma línea, la «Aso-

---

(18) *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, pp. 47 ss. (p. 51).

(19) FELDMANN, GA 2012, pp. 498 ss.; BAUER, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, pp. 113 ss.

(20) SCHREIBER, *Festschrift für Rudolphi*, 2004, pp. 543 ss. (p. 550).

(21) (Nota 16), p. 48.

ciación de juristas por la vida» (22) (*Juristen-Vereinigung Lebensrecht*) manifiesta en un comunicado de prensa de 19 de junio de 2012 que «Sólo muy raramente el suicidio de una persona se debe a una decisión libre y responsable. Más del 90 por ciento de los suicidios acontecen a causa de depresiones u otras enfermedades psíquicas». Y también en el gremio médico cabe encontrar esa opinión.

Aun presuponiendo que ello fuera efectivamente así, con tal argumento no se justificaría la necesidad de punir la participación, dado que, con arreglo al Derecho vigente, la cooperación en un suicidio realizado sin culpabilidad no se castiga como una participación, sino que sería punible como homicidio. En todo caso, esa patologización de la voluntad de morir va demasiado lejos. Por supuesto que cada caso debe ser analizado en sus particularidades. En caso de personas en tratamiento psiquiátrico o cuando no se adviertan razones comprensibles para el suicidio, cabría suponer razonablemente que el suicidio ha sido decidido sin responsabilidad.

En cambio, no podrá considerarse carente de responsabilidad o autonomía el suicidio de quien, estando gravemente enfermo o sometido a graves padecimientos, contempla la muerte como una solución y actúa en concordancia con esa representación, y madura su decisión informándose a través de la lectura de libros sobre la eutanasia, recabando el consejo de médicos o psicólogos o solicitando la ayuda de organizaciones dedicadas a lidiar con tales problemas.

En los casos esbozados previamente de los que se ha ocupado la justicia (Wittig, Hackethal, paciente con alzheimer), nadie ha venido a poner en duda la autonomía de la decisión de suicidio. Por mi parte, yo albergaría serios reparos a contemplar el suicidio de Gunther Sachs, quien tras un diagnóstico de alzheimer se despidió voluntariamente de la vida con muy sensatos argumentos, como el acto enfermizo de un hombre incapaz de tomar decisiones responsables. Y tampoco cabe juzgar sin más como personas psíquica o mentalmente trastornadas a los miembros de las muchas organizaciones dirigidas a proporcionar una muerte digna presentes en otros países. En igual sentido, quienes intentan acabar con su vida y sobreviven habrían de ser considerados penalmente responsables de sus actos.

Todo ello no obsta a que deba intentar devolverse el afán de vivir a quienes se hallan en tal situación de desesperanza, ya sea a través de cuidados médicos paliativos, ya sea por medio de apoyo psicológico o espiritual. Lo único que pretende aseverarse es que el Derecho penal no es el medio más idóneo para intervenir en tales ámbitos, máxime

---

(22) Apartado de correos 501330, 50973 Colonia.

cuando la contribución de terceros surge de la compasión (23). Dado el protagonismo que en el suicidio adquirirá el entorno social o familiar del sujeto activo, la intervención del Derecho penal generaría un daño también a aquellas personas que han estado afectivamente cerca del suicida. Por lo demás, también habla en contra de la punición de la participación en el suicidio el hecho de que la despenalización de tales conductas presente en el Código Penal vigente en Alemania no haya tenido efectos sociales negativos.

## 2. ¿Deberían castigarse algunas formas de participación en el suicidio?

Debo destacar que, en todo caso, mi alegato en favor de la impunidad de la participación en el suicidio alcanza únicamente a los supuestos en los que tal intervención está basada en la compasión, o al menos en la finalidad de servir a los intereses del suicida. Si, en cambio, la contribución al suicidio se basa en motivos egoístas como, en particular, los económicos, existe el riesgo de que el agente no sólo no respete la voluntad de morir del suicida, sino que incluso la fomente, y que termine por contribuir a un suicidio que, bajo el debido apoyo y consuelo, podría haberse evitado. En la discusión científica es mayoritaria la opinión de que ello debería evitarse con la intervención del Derecho penal.

En un «Proyecto alternativo sobre el acompañamiento en el final de la vida» (24) elaborado, con mi participación, en el año 2005, se propuso un nuevo § 215 a StGB, con el siguiente tenor: «Quien contribuya con ánimo de lucro al suicidio de otro, será castigado a una pena privativa de libertad de hasta cinco años, o a una multa». Mi colega de Múnich Schroth (25) ha intentado precisarlo sugiriendo una redacción según la cual será castigado «quien, con afán de lucro propio o ajeno, aprovechándose de la situación extrema del suicida, participe en el suicidio de otro o preste apoyo a su ejecución». El *Deutsche Juristentag* de 2006 (26) ha combinado ambas propuestas, sugiriendo sancionar penalmente la «ayuda al suicidio» tanto «actuando con ánimo de lucro» como cuando se actúa «aprovechándose de la situación extrema y con fines de lucro».

(23) Sobre ello, también DUTTGE, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, pp. 51 ss. (p. 54).

(24) SCHÖCH/VERREL y otros (grupo de trabajo del AE), *AlternativEntwurfSterbebegleitung(AE-StB) einesSterbebegleitungsgesetzes*, GA 2005, pp. 553 ss.

(25) SCHROTH, GA 2006, pp. 556 ss. (p. 570).

(26) Sección de Derecho Penal, IV, 3, b, c.

### 3. El suicidio médicamente asistido

La propuesta esbozada de someter a la amenaza de pena los casos de contribución al suicidio basados en un rechazable afán de lucro no incluye el suicidio asistido por profesionales de la medicina, cuyo enjuiciamiento viene presidido por un insuperable disenso entre la opinión mayoritaria de los juristas y la de los médicos. Resulta indudable que con arreglo a la legislación vigente la ayuda al suicidio prestada por un médico es, al igual que cualquier otra, atípica (piénsese en el caso Hacketahl); no obstante, la licitud de esa ayuda desde el plano de las reglas de la profesión es objeto de una encendida controversia.

La Reunión de Médicos alemanes (*Deutsche Ärztetag*) celebrado en Kiel a principios del año 2011 acordó que los médicos no debían «prestar ningún tipo de ayuda al suicidio». En el § 16,3.º de la Ordenanza laboral modelo (*Muster-Berufsordnung*) aparece claramente expresada esa prohibición. Asimismo, en los «Principios de la Cámara federal de Médicos sobre asistencia en fase terminal» de febrero de 2011 (27), se manifiesta que «La contribución al suicidio no forma parte de los cometidos del médico».

Frente a ello, el ya mencionado Proyecto Alternativo de 2005 (28) propuso, como § 4 de una Ley de asistencia en fase terminal, la siguiente regulación aclaratoria:

- (1) El médico podrá prestar ayuda en un suicidio ante la petición expresa y seria de un enfermo terminal y una vez agotada toda posibilidad terapéutica de evitar sufrimientos insoportables e incurables.
- (2) El médico no está obligado a prestar dicha ayuda, pero ante el deseo expreso del paciente, deberá remitirse a otro médico dispuesto a prestarla.

Que ello no es una opinión jurídica aislada, lo muestra la toma de postura de la *Deutsche Juristentag* de 2006, formulada en los siguientes términos (29): «La prohibición absoluta de la asistencia médica al suicidio debería matizarse a partir de una valoración diferenciada, en virtud de la cual la participación del médico en el suicidio de un paciente con padecimientos insoportables e incurables, y frente a los que de nada sirvan tratamientos paliativos, debiera ser tolerada como un acompañamiento en la muerte no sólo penalmente permitido sino además éticamente correcto». Como puede verse, tampoco entre los

---

(27) *Deutsches Ärzteblatt* 2011, A 346

(28) (Nota 22).

(29) Sección de Derecho Penal, IV, 5, 1, variante.

médicos es tan unánime el rechazo a toda posibilidad de asistencia médica al suicidio como las citadas declaraciones cuasi institucionales pudieran llevar a pensar (30).

A la hora de tomar postura en esta controvertida cuestión, no debiera perderse de vista que el rechazo médico a toda forma de asistencia al suicidio está sostenido en buenas razones, dada la centenaria tradición que restringe la actividad médica a fines curativos. La prohibición de toda asistencia al suicidio libera al estamento médico de una de las más difíciles tareas, tanto profesional como ética o espiritualmente, que pueden encomendarse.

No obstante, considero que hay razones de peso para no rechazar de antemano la asistencia médica al suicidio, siempre que se establezca con claridad que los médicos pueden negarse a realizarlo cuando no se sientan capaces de llevarlo a cabo o cuando sea contrario a sus convicciones.

De una parte, la evolución sobre estas cuestiones ha mostrado que los médicos no sólo han de ayudar a vivir, sino también ayudar a morir. ¡Piénsese en las formas indirecta y pasiva de eutanasia, en el carácter vinculante de la autonomía del paciente, o en la jurisprudencia sobre la interrupción del tratamiento!

De otra parte, no deben perderse de vista las escasas alternativas que le quedan a un enfermo terminal decidido a morir si no encuentra a un médico que le preste ayuda ante su afán de morir sin dolor. Podría intentar, él mismo o con ayuda de terceros, obtener medicamentos letales, lo que en caso de error en la elección o en la dosis puede llevar a un mayor sufrimiento físico. Podría saltar por la ventana o arrojarse a las ruedas de un coche, pudiendo dar lugar a gravísimas lesiones o a poner en peligro a terceras personas. O bien podría intentar el «turismo suicida», tal como ocurre en la actualidad, y viajar a un país en el que esté permitida la eutanasia. Ello no es sólo arduo y costoso, sino que además supone una capitulación del Derecho alemán ante la libre decisión de un ciudadano de poner fin a su vida, algo que no va a dejar de existir por mucho que pretenda ignorarse.

Ante ello, la solución más humana pasa por que los médicos no rechacen de antemano toda posibilidad de asistencia al suicidio. Por lo general, un médico conoce a sus pacientes y sus padecimientos. Tiene a su disposición todas las posibilidades terapéuticas y paliativas, y puede analizar y juzgar en cada caso si realmente existe otra salida. Y goza además de la confianza del paciente, cuya muerte puede quedar, con ayuda de su médico, en un ámbito de privacidad; debiendo el

---

(30) Sobre ello, puede verse el *Spiegel* núm. 32 de 6 de agosto de 2012, p. 114.

médico en todo caso, ciertamente, documentar el proceso de fallecimiento y el tipo de asistencia prestada, en aras a evitar abusos.

#### 4. Ayuda al suicidio a título comercial, profesionalizada y organizada

Junto a las formas de ayuda individual al suicidio acabadas de estudiar, juega un papel importante, tanto en la discusión teórica como en la práctica, la asistencia al suicidio prestada por organizaciones creadas para tal finalidad. Las más conocidas son iniciativas suizas como «Dignitas» o «Exit», pero pueden encontrarse también en otros países. En junio de 2012 tuvo lugar en Zurich un congreso mundial en el que participaron 55 organizaciones de esa índole(31). También la actividad de tales organizaciones se ha considerado merecedora de punición, bajo determinadas condiciones.

A comienzos del año 2012 el Ministerio de Justicia presentó una propuesta(32) dirigida a castigar la ayuda al suicidio prestada a título lucrativo [*gewerbsmässsig*] a través de una modificación del § 217 StGB. Tal propuesta de reforma legal tiene el siguiente contenido:

«Será castigado con la pena de prisión de hasta tres años o pena de multa, el que con fines comerciales y con ánimo de promover el suicidio de otro, le proporcionare, procurare la ocasión de llevarlo a cabo o intermediare en ello.»

Una segunda propuesta de 18 de julio de 2012 ha introducido, junto a una modificación estilística del citado párrafo, un segundo apartado al precepto, con el siguiente tenor:

«El partícipe que no actúe con fines comerciales quedará impune, si el otro al que se refiere el apartado anterior fuese familiar suyo u otra persona allegada a él.»

Este último inciso ha dado lugar a una intensa discusión(33), si bien cabe decir que resulta consecuente establecer la impunidad de quien colabora de modo no lucrativo si lo que se pretende es únicamente abarcar la ayuda al suicidio realizada comercialmente.

Frente a ello, la Fundación alemana en beneficio de los huérfanos (*Deutsche Hospizstiftung*)(34) pretende, con el fin de «evitar lagunas de punibilidad», sancionar bajo pena también la ayuda profes-

(31) *Süddeutsche Zeitung* de 14 de junio de 2012, p. 11.

(32) *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, p. 47.

(33) Cfr. la toma de postura de FREUND/TIMM GA 2012, pp. 491 ss.

(34) *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, p. 61.

sionalizada, en la línea de lo que previamente se propuso en los Estados de Saarland, Thüringen o Hessen (35). La propuesta del Comité Federal de Médicos (36) va más lejos, al no exigir siquiera profesionalidad, proponiendo la prohibición de «cualquier forma de ayuda organizada al suicidio en Alemania». También la propuesta formulada en diciembre de 2012 por los representantes de algunos sindicatos plantea un semejante ámbito de prohibición (37).

Por mi parte, suscribo esta última propuesta de prohibir en Alemania la ayuda al suicidio prestada por organizaciones. Ello por cuanto los requisitos de dedicación comercial y profesional son, en la práctica, difíciles de delimitar, y no se corresponden realmente con el fundamento de la prohibición, que a mi entender radica en el rechazo a la existencia de organizaciones dirigidas a matar. En todo caso, frente al Comité Federal de Médicos considero que la prohibición solo debería establecerse si se permitiera que tras el agotamiento de todas las posibilidades terapéuticas y paliativas los médicos pudieran intervenir en un suicidio asistido; de ese modo, no existiría necesidad alguna de esa clase de organizaciones.

No es compatible con el interés por proteger la vida que existan instituciones cuya única finalidad radica en ayudar a otras personas a morir. De una parte, los abusos o fraudes son muy difíciles de evitar; de otra, podría generarse la impresión de que con esa práctica se está llevando a cabo una forma ordinaria o cotidiana de terminación de la vida amparada por el Ordenamiento jurídico. Ello podría llevar a un efecto de habituación e imitación que ha de ser evitado.

No obstante, ello no significa que deba intervenir con los medios del Derecho penal. Teniendo en cuenta que todas las propuestas de regulación sitúan la prohibición en fases muy anteriores a la producción de la muerte (38), que los integrantes de esas organizaciones actúan en muchas ocasiones por convicción y en virtud de razones argumentables, y que otros Estados permiten realizar esa actividad sin trabas legales, optar por la criminalización resultaría desproporcionado. Además, según recientes sondeos, un 49% de los ciudadanos alemanes son partidarios de la implantación de dichas organizaciones, mientras que un 41% se muestra contrario. Por todo ello, debería ser suficiente establecer una prohibición de la ayuda organizada al suicidio, que en caso necesario pudiera ser asegurada por vías policiales. Ello es aplicable también, por lo demás, a la «Asociación alemana de

---

(35) Cfr. sobre ello ROXIN (nota 2), p. 110.

(36) *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, p. 59 ss., p. 60.

(37) *Süddeutsche Zeitung* de 22/23 de diciembre de 2012, p. 6.

(38) Así, DUTTGE, *Zeitschrift für Lebensrecht* 2012, p. 53.

eutanasia» (*Sterbehilfe Deutschland*) del ex senador hamburgués Kusch.

**5. ¿Es aconsejable la despenalización del homicidio a petición bajo limitaciones dirigidas a la evitación de abusos?**

También es objeto de notable controversia internacional la cuestión de si, bajo determinados requisitos, debe permitirse el homicidio a petición. En Alemania, ello es rechazado de modo decidido por todas las partes involucradas (39). Desde el Comité Federal de Médicos al Consejo Nacional de Ética, pasando por los redactores del Proyecto Alternativo de Asistencia al Suicidio de 2005 o por la Reunión de Juristas alemanes de 2006, todos han rechazado, si bien con argumentos parcialmente distintos, las propuestas de despenalización.

Por otra parte, es sabido que tanto los Países Bajos como Bélgica (40) permiten la eutanasia activa bajo ciertas garantías procedimentales (intervención de dos médicos o revisión de los criterios de cuidado por la comisión de control). También en Alemania han surgido no pocos autores que a partir de diferentes propuestas se muestran a favor de una liberalización limitada del homicidio a petición. No es posible ni necesario en el marco de estas páginas analizar tales concepciones en todos sus detalles (41). Sus diferencias radican, ante todo, en las garantías procedimentales que incorporan a sus propuestas.

No cabe dudar ni de la seriedad y rigor de tales propuestas ni del afán que las inspira de humanizar la muerte de personas con enfermedades dolorosas e incurables –no otro es su ámbito de aplicación–. Pero los argumentos más convincentes se hallan del lado de la prohibición, y deben llevar a rechazar esas propuestas de liberalización.

Si se plasmara en la ley expresamente que quienes padezcan una enfermedad incurable y dolorosa pueden solicitar libremente su muerte, podría generarse una rechazable tendencia –más incluso que en la ayuda al suicidio organizada– a hacer un uso extensivo de esa posibilidad. No es inhabitual que personas mayores y enfermas terminen por considerarse una carga para sus familiares. Ante ello, tal previsión legal podría llevar a que esas personas consideraran la muerte como una alternativa plausible y legalmente indicada. Si además se toma en consideración que la mayor parte de los costes médicos que

(39) Con más detalle, véase ROXIN (nota 2), p. 11.

(40) Una exposición más detallada se encuentra en SCHREIBER, *Festschrift für Rudolphi*, pp. 543 ss. (pp. 546-549).

(41) Sobre las propuestas más recientes cfr. ROXIN (nota 2), pp. 113 ss.

una persona genera se derivan, como promedio, de los últimos estadios de su vida, podría dar lugar a incrementar una tendencia al acortamiento de la vida por parte de las personas conocedoras de esa situación y a trasladar a los pacientes la sugerencia de que es razonable dejar llevar a la muerte en la forma legalmente prevista.

Ello sería un camino equivocado. Podría entorpecer los tan necesarios esfuerzos por desarrollar terapias paliativas del dolor eficientes y tratamientos adecuados a los enfermos terminales. Estas terapias pueden contribuir decisivamente a evitar el deseo de muerte y a otorgar un sentido a la última etapa de la vida también de los enfermos incurables. De igual modo, tampoco sería admisible que dejaran de prestarse ayudas para favorecer un final de la vida más humano porque hay una solución «más simple». E igualmente aberrante sería, por ende, que el aislamiento generado con ello para los enfermos terminales pudiera llegar a incrementar el deseo de poner fin a su vida.

El rechazo a permitir toda forma de homicidio a petición podría compensarse con la opción aquí sugerida de dejar abierta una asistencia médica al suicidio en casos carentes de toda esperanza de curación o mejoría y que no admiten ya medidas paliativas del dolor. Frente a ello, no cabe oponer que con esta alternativa surgirían semejantes riesgos a los derivados de una despenalización del homicidio a petición, dado que existe mayor inhibición social frente al suicidio que frente a la articulación de un procedimiento de asistencia a la terminación de la vida amparado por el Estado. De igual modo, es difícilmente imaginable que familiares y personas afectivamente cercanas acompañen a un enfermo en su suicidio. Frente a ello, permitir el homicidio a petición se contemplaría como una indicación socialmente aceptable de cómo poner fin a la vida humana. Por todo ello, me muestro decididamente contrario a la despenalización de la eutanasia activa.

En cualquier caso, cabe introducir una excepción para el caso extremo en el que alguien –por ejemplo, debido a una completa parálisis– no es capaz de poner fin por sí mismo a un dolor insoportable. Pero para ello no es necesaria una regulación legal. En tales supuestos, podrá acudir a las reglas de la interrupción del tratamiento o –más allá del tratamiento médico– a un supra legal estado de necesidad exculpante.

Con ello llego al final de mi estudio. Dada la controversia que suscitan la mayoría de las cuestiones analizadas, no puedo esperar que se compartan la totalidad de mis planteamientos. Me llenaría de satisfacción el solo hecho de haber arrojado algo de luz a una materia tan compleja y haber contribuido a la discusión.

# A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad (\*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad Complutense de Madrid

## RESUMEN

*El presente trabajo se ocupa de la imputación objetiva y de los cinco criterios que pueden llevar a su exclusión, de la autoría mediata e inmediata y de las formas de participación delictiva, de la teoría del dominio del hecho, de la de los bienes escasos y del papel que pueden desempeñar los «actos neutrales» para distinguir a la cooperación necesaria de la complicidad. Se estudia también la omisión impropia y la fórmula que emplea la doctrina dominante para imputar el resultado al garante, así como de la relación entre neurociencias y Derecho penal.*

*Palabras clave: Imputación objetiva, fin de protección de la norma, consentimiento de la víctima en el riesgo, autoría y participación, dominio del hecho, «actos neutrales», quasicausalidad de la omisión impropia, libre albedrío, reprochabilidad, psicoanálisis, neurociencias.*

## ABSTRACT

*This paper deals with objective imputation criteria, immediate and mediate criminal authorship, about the forms of participation in the crime, about domain theory of crime, about theory of scarce goods, and discusses the role that «neutral acts» to distinguish between the conduct of accomplice and the performance of the necessary cooperation at the Crime. Improper omission is also studied and the formula used by*

---

(\*) El presente trabajo está destinado al Libro-Homenaje que, con motivo de su 70 cumpleaños, dedican los penalistas de habla española a Bernd Schünemann.

*the dominant doctrine to impute the result to the guarantor, besides the relationship between neuroscience and Criminal Law.*

Keywords: *Objective imputation, protection to which the standard is directed, the consent of the victim in a risk situation, author and participant in the crime, domain theory of crime, «neutral acts», improper omission causation, freewill, reproachability, psychoanalysis, neuroscience.*

SUMARIO: A) La imputación objetiva. I. Introducción.–II. Los cinco criterios integrantes de la imputación objetiva. 1. El fin de protección de la norma. 2. Exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta. 3. El consentimiento de la víctima en el riesgo como factor excluyente de la imputación objetiva. 4. Casos de ausencia (o de presencia) de imputación objetiva cuando entre la acción inicial dolosa o imprudente y el resultado típico final se interpone la conducta, también dolosa o imprudente, de un tercero. 5. Comportamiento alternativo conforme a Derecho vs. teoría del incremento del riesgo. III. La imputación objetiva en Jakobs. Crítica al intento de sustituir los criterios jurídicos por otros de carácter sociológico. IV. La definición de la imputación objetiva como la creación de un riesgo ilícito que se ha realizado en el resultado. V. Consideraciones finales.– B) La participación delictiva. I. Introducción. II. Los distintos problemas históricos de autoría y participación en Alemania y en España: la autoría mediata y la cooperación necesaria. III. La previsión expresa de la autoría mediata en los Códigos Penales. IV. Mi punto de partida sobre autoría y participación delictiva. V. La teoría del dominio del hecho. VI. Partícipes que colaboran con actos ejecutivos y partícipes que lo hacen con actos preparatorios. VII. El problema de la cooperación necesaria. VIII. La teoría de los bienes escasos. Reformulación y rebautizo de la teoría de los bienes escasos: la «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)». IX. Los «actos neutrales» o «actos cotidianos». X. Conclusiones. 1. Autores. 2. Partícipes.–C) La omisión impropia.–D) El derecho penal de la culpabilidad

Cuando escribo un artículo científico –pero también cuando el trabajo está destinado a un medio de comunicación– no empiezo a redactar ni una sola línea hasta que he recopilado –y me he empapado de– el material bibliográfico y jurisprudencial que se ha ocupado previamente de la materia de la que voy a tratar. Este artículo es una excepción: está redactado desde la memoria y me he lanzado a escribirlo, por así decirlo, a pelo, levantándome cuando era necesario del sillón en el que me siento ante mi mesa de trabajo y tomando de la estantería de mi biblioteca –sólo excepcionalmente he tenido que acudir también a la de mi Departamento de Derecho Penal de la Universidad Complutense– el libro o el artículo publicado en una revista o en una obra colectiva de los que recordaba que podía venir a cuento consultar y, en su caso, citar.

De todas la materias de las que trato en la presente contribución empecé a ocuparme hace varias décadas, incluso hace ya más de –o cerca de– medio siglo. Confío, no obstante, en que el lector pueda encontrar ideas nuevas sobre temas viejos – si bien siempre actuales–, aunque ya le aviso que va a volver a comprobar –si es que conoce mi obra– que uno de los rasgos que caracteriza mi producción científica es el de que –y no sé si eso es un defecto o una virtud– pocas veces cambio de opinión.

## A) LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

### I. Introducción

La teoría de la imputación objetiva surge entre los años 60 y 70 del pasado siglo y, desde entonces, pasa a ocupar en la teoría del delito –o, por lo menos, en la de la tipicidad– el papel central que, desde finales del siglo XIX, y hasta la irrupción de la imputación objetiva, habían desempeñado, primero, las teorías de la causalidad y, posteriormente, las de la acción. Desde una perspectiva histórica, es fascinante contemplar cómo, parafraseando a v. *Kirchmann*, las teorías de la acción convierten en maculatura a bibliotecas enteras –con obras escritas desde finales del siglo XIX hasta la mitad del siglo XX– que se habían ocupado del problema causal en Derecho penal y cómo, a su vez, la imputación objetiva ha arrumbado –arrinconándolas en el baúl de los recuerdos– con decenas de miles de brillantes páginas, escritas fundamentalmente entre las décadas de los 40 y los 90 del pasado siglo –aunque todavía, fuera de Alemania, se siguen produciendo algunos coletazos–, dedicadas a defender o a criticar algunas de las distintas teorías de la acción, especialmente [pero no sólo (1)], la causal, la final y la social.

En su aspecto subjetivo, el tipo exige que la conducta sea dolosa o imprudente (2). Pero para que exista una conducta típica es preciso,

---

(1) «Ciertamente que hay que desmentir el rumor surgido en el extranjero de que en Alemania una censura secreta prohíbe la aparición de un nuevo manual de Derecho penal en el caso de que no se ofrezca un nuevo concepto de acción» (Armin KAUFMANN, «Die Funktion des Handlungsbegriffes im Strafrecht», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 21).

(2) El sistema finalista es el primero en introducir el dolo, como elemento subjetivo, en la tipicidad dolosa, construcción dogmática que posteriormente, y con razón, ha sido asumida por la doctrina dominante, pero al margen ya, y desconectándola, de la teoría final de la acción, cuyo último y único representante relevante en Alemania, HIRSCH, ha fallecido recientemente (*cfr.* mi necrológica de HIRSCH

además, que esa conducta subjetivamente típica haya realizado el tipo objetivo, y el tipo objetivo ya no se compone únicamente de relación de causalidad entre la acción y el resultado –tal como se entendió hasta la aparición de la teoría de la imputación objetiva– sino que, si esa causalidad concurre (en el sentido de la teoría de la condición), hay que preguntarse ulteriormente si la lesión del bien jurídico le es imputable objetivamente o no al causante de la misma. Como he escrito en otro lugar (3), «[l]a teoría de la imputación objetiva supone una *clarificación* y, con ello, un *avance* en la comprensión del tipo objetivo, dando a cada uno lo suyo: lo que en el tipo objetivo es ontológico –la causalidad– debe decidirse, consecuentemente, también con consideraciones avalorativas, a saber: con la teoría de la condición; y lo que es valorativo debe decidirse con criterios de carácter normativo, a saber: con la teoría de la imputación objetiva».

La teoría de la imputación objetiva, por consiguiente, sólo entra en juego para excluir en última instancia la tipicidad si consta ya que un comportamiento doloso o imprudente ha causado –condicionado– el resultado típico, porque si no hay comportamiento, o éste no se ha ejecutado dolosa o imprudentemente, o no ha causado (condicionado) el resultado), la ausencia de acción, de dolo o, en su caso, de imprudencia, o de relación de causalidad, nos basta y nos sobra ya para fundamentar la ausencia de tipicidad (4).

Los críticos de la teoría de la imputación objetiva argumentan en contra de ella que es un *totum revolutum*, informado por una tópica insufrible, que continuamente se está sacando de la manga nuevos y arbitrarios criterios poco o nada fundamentados, para finalmente afirmar, apodócticamente, la ausencia de responsabilidad de un determinado comportamiento por no ser objetivamente imputable al autor el

---

en ADPCP 2011, pp. 5 ss.). En cambio, que la imprudencia integre el tipo subjetivo del delito imprudente, como con razón mantiene, también, la doctrina dominante, es una conclusión a la que se llegó al margen de la teoría final de la acción, si bien Welzel quiso adornarse posteriormente –como si fuera su descubrimiento– con esa pluma ajena que no le correspondía (cfr. GIMBERNAT, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 91-93 (= *el mismo*, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, 2013, pp. 71-73 con notas 208 a 210); *el mismo*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2007, pp. 79/80, con notas 332 a 334. (La primera edición de este último libro es de 1966, y existen dos reimpresiones posteriores: de 1990, publicada en Madrid, y de 2007, publicada en Montevideo-Buenos Aires. En el presente trabajo cito de la reimpresión de 2007, por ser aquella a la que actualmente se puede acceder más fácilmente).

(3) GIMBERNAT, «Los orígenes de la teoría de la imputación objetiva», en *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, 2013, p. 97.

(4) Cfr. GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva?» (1987), *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed. 1990, pp. 209 ss.

resultado típico causado. Es cierto que de la teoría de la imputación objetiva no sólo se ha usado, sino también abusado, y que existen autores que, en su incapacidad para fundamentar una determinada solución –correcta o incorrecta–, acuden a la novedad –y al resplandor– de la imputación objetiva para dar apariencia de científica a una de esas soluciones que, en muchos casos, no pasa de ser una ocurrencia. Pero de este abuso no tiene la culpa la teoría de la imputación objetiva, sino exclusivamente alguno de sus defensores.

La teoría de la imputación objetiva, tal como –implícita o explícitamente– fue entendida en un principio, supone, como ya he señalado, el último filtro –y un filtro exclusiva y excluyentemente de carácter normativo– que tiene que recorrer un comportamiento doloso o imprudente causante del resultado típico para que pueda afirmarse que concurre en él, definitivamente, el elemento del delito de la tipicidad. De los criterios normativos con los que opera la teoría de la imputación objetiva voy a exponer a continuación aquéllos que, en mi opinión, son los únicos que, a la altura de 2014, han demostrado su vigencia. Junto a *Roxin*, *Rudolphi*, *Schünemann* –nuestro sabio y querido homenajeado–, *Puppe* y, tal vez, *Otto*, me considero un representante de la teoría de la imputación objetiva –por así llamarla– ortodoxa, y si bien existen discrepancias entre nosotros sobre los casos que deben ser tratados dentro de la imputación objetiva (5), sobre la solución que deben recibir y sobre la fundamentación que justifique dicha solución, lo que tenemos en común es la concepción de la imputación objetiva como un criterio normativo perteneciente al tipo objetivo y la coincidencia en muchos de los argumentos con los que operamos.

## II. Los cinco criterios integrantes de la imputación objetiva

En el presente estado de la dogmática penal el *catálogo cerrado* de criterios integrantes de la imputación objetiva –lo que no quiere decir, naturalmente, que no esté dispuesto a ampliarlo si alguien aporta uno nuevo con argumentos convincentes– es, en mi opinión, el que relaciono a continuación *con pretensiones de exhaustividad*.

---

(5) Discrepo de ROXIN, por ejemplo, en que el criterio de la disminución del riesgo pertenezca a la imputación objetiva y opino, con la doctrina dominante, que estamos, más bien, ante un supuesto de estado de necesidad que excluye la antijuridicidad de una acción típica –«A ve volar hacia la cabeza de B, de manera amenazadora, una piedra que no la puede desactivar, pero sí desviarla a una parte del cuerpo menos peligrosa», ROXIN, Honig-FS, 1970, p. 136–, en cuanto que se causa una lesión de menor entidad para evitar otra de mayor gravedad.

## 1. EL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

Un comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico no será, no obstante, objetivamente imputable y, por consiguiente, tampoco típico, *si la norma formalmente infringida no se estableció para evitar ese resultado tal como en concreto se produjo, o sea: si esa forma de producción del resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma.*

La STS de 30 de mayo de 1988 se ocupa de un supuesto de hecho en el que el conductor de un camión, A, embistió por detrás a un ciclomotor de 49 c.c., conducido por B, que, a pesar de estar ello prohibido por la escasa cilindrada del vehículo, había autorizado que en la parte trasera viajara la muchacha X. De resultas de la embestida el conductor de la motocicleta, B, resultó lesionado y la acompañante X muerta. La Audiencia Provincial había condenado al camionero por un homicidio imprudente en la persona de X y por unas lesiones imprudentes en la de B. Y, a su vez, también a B por la muerte imprudente de su acompañante. Ciertamente que el conductor del ciclomotor había *causado* la muerte de X, porque si no hubiera autorizado que le acompañara, ésta no se habría encontrado en la parte trasera del ciclomotor cuando fue arrollada y muerta por el camión; y ciertamente, también, que la conducta de B había sido *imprudente*, en cuanto que, en contra del entonces vigente artículo 133.d) del Código de la Circulación (C. de la C.), había transportado a una persona en su ciclomotor, a pesar de que ello estaba prohibido por el citado precepto. Pero con la comprobación de que B había *causado imprudentemente* la muerte de X todavía no quedaba cerrada la cuestión de la tipicidad, ya que todavía restaba por determinar si la causación imprudente del resultado típico le era objetivamente imputable al causante del mismo, cuestión a la que había que contestar negativamente sobre la base del criterio del fin de protección de la norma. Porque, ¿qué clase de accidentes son los que quiere evitar el legislador cuando prohíbe que un ciclomotor transporte, además de al conductor, a una segunda persona? Obviamente, y teniendo en cuenta la escasa potencia del motor, a que el transporte de dos personas en el vehículo favorezca accidentes reconducibles a la falta de estabilidad y a las dificultades de manejabilidad del ciclomotor, puesto que para otros vehículos de dos ruedas con una cilindrada superior no existe norma alguna que prohíba el transporte en los mismos de dos personas. Como el accidente que causó la muerte de X no tiene su origen en problemas de estabilidad del ciclomotor, sino en que fue embestido por detrás por el camión, de ahí se sigue que el legislador no estaba pensando en un accidente de esas características causante de la muerte cuando estableció la prohibición

del artículo 133.d) C. de la C., porque, si hubiera querido evitar también muertes como consecuencia de esas embestidas imprudentes por parte de otros vehículos, también tendría que haber prohibido –lo que no ha hecho– el transporte de dos personas en motocicletas de mayor cilindrada, de donde se sigue que la concreta muerte imprudentemente causada por B a X cae fuera del ámbito de protección de la norma y es, por consiguiente, atípica. A esta clase de consideraciones acude también la mencionada sentencia del TS cuando, casando la sentencia de instancia, resuelve absolver a B: «La finalidad de esta prohibición [la del art. 133.d) C. de la C.] se debe ver en la evitación de resultados que sean producto directo de las dificultades de conducción que el transporte de la persona adicional necesariamente origina. Consecuentemente, la muerte producida a la víctima por el golpe que le dio el camión, en la medida en que no se conecta con las dificultades de conducción que la persona podría haber generado, cae fuera del ámbito de protección de la norma de cuidado infringida, lo que determina que no sea objetivamente imputable al procesado».

Como ulterior ejemplo de aplicación del criterio del fin de protección de la norma para excluir la imputación objetiva –y, con ello, la tipicidad– de conductas dolosas o imprudentes causantes del resultado típico, he acudido, en otro lugar (6), al conocido ejemplo del incendio en el hospital, manteniendo que «el “fin de protección de la norma” es el que explica ... por qué no responde el autor imprudente de un atropello por la muerte de la víctima que, después de ser arrollada, fallece a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que ha sido trasladada para ser curada de sus heridas. Si el legislador prohíbe que se circule negligentemente, la finalidad que con todo ello persigue es, obviamente, la de prevenir que quien resulta atropellado pueda morir por las lesiones que le produce el conductor imprudente, pero lo que con ello no quiere –ni puede– impedir es que el accidentado perezca en el incendio de un edificio, ya que el establecimiento de esa prohibición no tiene incidencia alguna en la evitación o no-evitación de una muerte en tales circunstancias, porque *podría muy bien suceder que precisamente ese atropello* –si variamos uno de los factores del supuesto de hecho con el que estamos operando– *hubiera impedido que la víctima pereciera abrasada*, pues si lo que se incendia no es el hospital, sino su casa, en donde se habría encontrado en el caso de no haber resultado lesionada por el autor impru-

---

(6) GIMBERNAT, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *RDPC*, núm. extr. 2 (2004), pp. 78/79, cursivas en el texto original (este trabajo se ha publicado también en: Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón 2004). La misma idea ya en GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 175/176.

dente, entonces habría sido precisamente en el hospital en donde se hubiera encontrado a salvo, evitando así que las llamas acabaran con su vida mientras se encontraba en su vivienda –ilesa hasta entonces, porque no habría sufrido atropello alguno– contemplando tranquilamente la televisión. Con otras palabras: Si el legislador quiere prevenir, en serio, que una persona perezca abrasada en un edificio, entonces le surgiría la duda de si debía prohibir o permitir que alguien atropellara a otro imprudentemente, porque si lo que se incendia es la casa donde vive la víctima, entonces sería precisamente la circunstancia de encontrarse en el hospital –por lo que lo procedente sería permitir el atropello– la que habría salvado la vida del sujeto pasivo, de donde se sigue: la finalidad que persigue el legislador al prohibir que se atropelle imprudentemente a otra persona es prevenir que se pueda producir la muerte a consecuencia de las heridas sufridas en el accidente, pero no a consecuencia de un incendio, ya que aquella acción puede condicionar *indistintamente* que perezca abrasado (si lo que es pasto de las llamas es el hospital) como que se salve de esa clase de muerte (si, mientras se encuentra en el hospital, lo que se incendia es su casa): el fin de protección de la norma que veda esa conducta no es el de impedir un fallecimiento a consecuencia de incendios de edificios, y, por ello, si se produce en esas circunstancias, procede la absolución del autor del accidente por un homicidio imprudente, por falta de imputación objetiva, ya que la muerte por incendio no pertenece a la clase de las que quería impedir el legislador cuando estableció la prohibición de circular imprudentemente por las carreteras».

Por otra parte, el criterio del fin de protección de la norma no sólo es aplicable para excluir la tipicidad de conductas imprudentes –tanto en el supuesto del ciclomotor como en el del incendio en el hospital estamos en presencia de acciones imprudentes–, sino también de otras dolosas, lo que es fácil de demostrar introduciendo una variante en el supuesto que acabo de examinar del incendio en el hospital: si la víctima resulta herida, no a consecuencia de un accidente de tráfico provocado imprudentemente, sino porque el autor ha disparado contra ella *con la intención de matarla*, y ésta fallece finalmente abrasada en un incendio declarado en el hospital a donde había sido trasladada para el tratamiento de sus heridas, como la conducta de ese autor ha sido una *dolosa causante del resultado típico*, para determinar definitivamente la tipicidad de un homicidio doloso, será necesario someter ese comportamiento al último filtro de la imputación objetiva, por lo que, de acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma, habrá que preguntarse qué clase de resultados mortales pretende impedir el legislador cuando prohíbe que se dispare contra otra persona con la intención de quitarle la vida. La respuesta no puede ser otra que la de

tratar de impedir que la víctima muera, de una manera más o menos directa, como consecuencia de los disparos, pero no de un incendio en un edificio, ya que resultar herido por arma de fuego no aumenta para nada la posibilidad de perecer abrasado, porque –argumentando de manera idéntica a como lo hemos hecho cuando las heridas tienen un origen imprudente–, si lo que arde es la vivienda del herido, en lugar del hospital donde se encontraba, habría sido precisamente el ataque doloso el que le habría salvado de morir quemado. Con otras palabras: Si lo que el legislador pretende impedir es que una persona muera como consecuencia de un incendio, entonces no sabría muy bien lo que tenía que hacer: si prohibir o permitir que se disparase contra otro, porque esa acción no aumenta para nada la probabilidad de perecer calcinado –igualmente, y en función de cuál es el edificio que es pasto de las llamas (hospital o vivienda), le puede salvar o no salvar–, de donde se sigue que, al no ser la muerte por incendio una de las que se quería evitar cuando se estableció la prohibición de dirigir balas contra una persona, ese resultado concreto queda fuera del ámbito de protección de la norma y, por consiguiente, y por mucho que se haya *causado dolosamente* la muerte de una persona, el comportamiento del autor no integra, por ausencia de imputación objetiva, un homicidio intencional consumado, con lo que la única calificación posible de la conducta es la de una tentativa de homicidio.

El siguiente criterio al del fin de protección de la norma (7) que, como integrante de la imputación objetiva, paso a exponer a continuación es el de:

## 2. EXCLUSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA CUANDO LA ACCIÓN DOLOSA CAUSANTE DEL RESULTADO TÍPICO ES UNA OBJETIVAMENTE CORRECTA (8)

Este criterio sirve para fundamentar por qué, *cuando se causa dolosamente un resultado típico* mediante una acción objetivamente

---

(7) Para más detalles sobre el contenido y aplicaciones del principio del fin de protección de la norma, me remito a GIMBERNAT, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 132 ss. (= GIMBERNAT, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, 2013, pp. 104 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, 1966, pp., 140 ss.; el mismo, «Fin de protección de la norma e imputación objetiva», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volumen II, 2009, pp. 489 ss. (este artículo ha aparecido también en ADPCP 2008, pp. 5 ss.).

(8) Para más detalles sobre este criterio cfr. GIMBERNAT, *Problematik*, pp. 143 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 112 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, pp. 167 ss.; el mismo, *Estudios* (1987), 1990, pp. 214 ss.

correcta, dicho resultado no se le puede imputar objetivamente al autor. De esta manera se solucionan casos tradicionales como el de quien, *para matar a otra persona*, convence a ésta para que realice un viaje en avión, pagándole el pasaje, consiguiendo su propósito al estrellarse el aparato contra el suelo falleciendo todos sus ocupantes.

El motivo por el cual el autor, *a pesar de que ha causado dolosamente* (9) *un resultado típico*, no debe responder por éste, reside en que el medio al que ha acudido para lograr su propósito ha sido uno objetivamente correcto y porque, en consecuencia, y sobre la base del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, castigar dicha conducta supondría reprimir penalmente un *mero mal pensamiento* que no se ha plasmado en el mundo exterior con una conducta que presente el mínimo viso de antijuridicidad. De la misma manera, si un conductor, con la intención de matar a su acompañante en un accidente de circulación, emprende un viaje por una carretera especialmente peligrosa, en la que existen numerosos puntos negros que denotan el elevado número de siniestros que se producen anualmente en dicho tramo, y éste accidente sobreviene, consiguiendo así su propósito, al autor tampoco se le podrá imputar objetivamente el resultado, siempre y cuando en la conducción del vehículo ese autor haya respetado escrupulosamente todas las normas del tráfico rodado.

La conocida definición –a la que volveré más adelante– de que, para imputar un resultado, es necesario haber creado un riesgo ilícito y que este riesgo se haya realizado en el resultado, definición que es la que se suele utilizar para negar la imputación objetiva en este grupo de casos, parte de una petición de principio en la que se da por acreditado lo que precisamente hay que demostrar, a saber: que la observancia del cuidado debido –independientemente de la peligrosidad que encierre la acción ejecutada– no sólo excluye la tipicidad del comportamiento en el delito imprudente, sino también en el doloso, algo que creo haber argumentando convincentemente en otros escritos míos a los que aquí me remito (10). Y es sólo entonces, una vez que *previamente* se ha fundamentado por qué el riesgo permitido no sólo forma parte del tipo imprudente, sino también del doloso, cuando ya puede afirmarse que, en efecto, ese comportamiento doloso plasmado en una

---

(9) Un sector de la doctrina niega que aquí estemos en presencia de un comportamiento *doloso*, lo que fundamentaría ya la no responsabilidad del autor; en contra de esta fundamentación cfr. GIMBERNAT, *Problematik*, pp. 139 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 109 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, pp. 163; y el mismo *RDPC*, 2.<sup>a</sup> época, 3 (1999).

(10) PROBLEMATIK, pp. 143 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 112 ss.); *Cualificados*, pp. 167 ss.

acción que no supera el riesgo permitido no ha creado un riesgo ilícito.

En contra de lo que ha propuesto un sector de la doctrina, los supuestos de los que nos estamos ocupando exigen un tratamiento separado de los de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro consentida, porque, independientemente del tratamiento juridicopenal que deba darse a estos dos últimos grupos de casos (infra 3), ambos tienen en común que sólo pueden excluir eventualmente la imputación objetiva si el consentimiento emitido por la víctima es válido, mientras que quien induce a otro a emprender un viaje en avión o a acompañarle en su coche en un trayecto especialmente peligroso –pero permitido–, y aunque se produzca el resultado típico, nunca responderán de éste, ni siquiera cuando la víctima –por tratarse de un menor o de un incapaz, o porque fue objeto de una coacción– no ha prestado un consentimiento eficaz para subirse en el avión o para emprender el viaje por carretera: con consentimiento eficaz o sin él, no responde penalmente quien causa dolosamente un resultado mediante una acción objetivamente correcta.

Como el criterio de la acción objetivamente correcta excluye la tipicidad de *comportamientos dolosos causantes de un resultado típico*, de ahí que también aquí estemos en presencia de un grupo de casos en el que la razón por la cual se excluye la tipicidad es un criterio normativo que debe encuadrarse sistemáticamente dentro del ámbito de la imputación objetiva.

### 3. EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL RIESGO COMO FACTOR EXCLUYENTE DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Cuando la víctima consiente en el riesgo de resultar lesionada o muerta, y ese riesgo desemboca en un resultado típico, la doctrina diferencia entre heteropuesta en peligro consentida y participación en una autopuesta en peligro, distinguiéndose una de otra en que, mientras que en la primera es el tercero quien finalmente causa la lesión a la víctima, en la segunda es la misma víctima la que, inducida por el tercero, se autocausa su propia muerte o su propia lesión.

Como ejemplo del primer grupo de casos puede servir el del supuesto de hecho de la STS de 17 de julio de 1990 en el que la víctima, Héctor José, tomando una botella, retó al autor, Carlos, a que éste acertase de un disparo en la botella mientras aquél bebía de ella, con tan mala fortuna que Carlos marró el tiro, y en lugar de alcanzar la botella, como se proponía, el proyectil que disparó penetró en el hemitórax derecho de Héctor José, causándole la muerte; en este caso estamos ante una heteropuesta en peligro consentida porque, si bien la

víctima consintió en el riesgo que corría, al permitir que el autor disparara contra la botella que sostenía en la mano, no fue Carlos quien se mató a sí mismo, sino que fue el tercero el que le causó la muerte.

Un ejemplo de participación en una autopuesta en peligro consentida lo constituye el supuesto de hecho objeto del auto 44/1995, de 26 de septiembre, de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Córdoba: el «autor» prometió que le pagaría una botella de whisky a la víctima si era capaz de beberse entero su contenido, accediendo ésta a la invitación, y falleciendo a los pocos minutos, después de haber ingerido buena parte del licor, como consecuencia de una intoxicación alcohólica aguda. Por consiguiente, en la participación en una autopuesta en peligro consentida interviene también un tercero, que es quien participa (generalmente, induce) a la víctima a someterse a un riesgo de lesión, pero, a diferencia de lo que sucede en la heteropuesta en peligro consentida, aquí es la propia víctima la que, asumiendo el peligro que corre, se automata o se autolesiona.

De la heteropuesta en peligro consentida y de la participación en una autopuesta en peligro me he ocupado extensamente en los últimos años (11). Pero en este lugar sólo quiero justificar por qué los problemas que presentan estos grupos de casos deben ser tratados, sistemáticamente, dentro de la teoría de la imputación objetiva. Ello es así, porque en ambos casos existe un tercero (el autor directo en la heteropuesta, el partícipe en la participación en una autopuesta) que *causa imprudentemente (en algunos casos, dolosoeventualmente) un resultado típico*, por lo que, si, no obstante ello, se puede llegar a la conclu-

---

(11) Me remito a mis siguientes contribuciones: «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004, pp. 431-457 [publicado también en *Revista de Derecho Penal (Argentina)*, 2003 (2), pp. 9-39, *Criminalia* (Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales) 70 (2004), pp. 313-337, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario 2 (2004), pp. 75-100, y *Revista Ultima Ratio (Brasileña)*, año 1 2006, pp. 301-328]; Otra vez: «Conducta de la víctima e imputación objetiva», en *Nuevas Posiciones de la Dogmática Jurídico Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial VII/2006, Madrid 2006, pp. 93-107; «Imputación objetiva y conducta de la víctima», México D.F., 2007 [publicado, como artículo, en *ADPCP* 2005 (aparecido en 2007), pp. 733-805, y en *Revista de Derecho Penal (Argentina)*, 2010-1, pp. 107-188]; «¿Se puede imputar objetivamente al delincuente fugado las muertes o lesiones que se autocausen los policías que le persiguen?», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo 2013, pp. 289-301; «El caso de los perseguidores», en *Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, 2013, pp. 561-576; «Der Pockenarztfall», en *Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlín 2013, pp. 291-297; «Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?», en *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, Berlín 2013, pp. 389-402.

sión de que la conducta del tercero no es típica, ello sólo puede fundamentarse argumentando, sobre la base de consideraciones normativas, que al causante imprudente (o doloso eventual) del resultado típico, éste no le es imputable objetivamente. En mi opinión, mientras que en la heteropuesta en peligro consentida el autor directo de la muerte debe responder por un homicidio imprudente (o doloso eventual), en la participación en una autopuesta en peligro consentida el partícipe, por ausencia de imputación objetiva, ni siquiera realiza una conducta típica, y esa conclusión la fundamento, en mis trabajos que acabo de citar, en el argumento jurídico (y, por consiguiente, normativo) de que, si no es típica la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) y, en el caso de las lesiones, ni siquiera lo es la participación dolosa en una autolesión dolosa, con mayor motivo tienen que ser atípicas las participaciones imprudentes en un «suicidio imprudente» o en unas autolesiones imprudentes.

Examinado este tercer criterio de exclusión de la imputación objetiva –el de la eventual relevancia del consentimiento de la víctima en el riesgo corrido que ha desembocado en un resultado típico–, paso a ocuparme del cuarto criterio, a saber:

#### 4. CASOS DE AUSENCIA (O DE PRESENCIA) DE IMPUTACIÓN OBJETIVA CUANDO ENTRE LA ACCIÓN INICIAL DOLOSA O IMPRUDENTE Y EL RESULTADO TÍPICO FINAL SE INTERPONE LA CONDUCTA, TAMBIÉN DOLOSA O IMPRUDENTE, DE UN TERCERO

Desde finales del siglo XIX, cuando se empieza a desarrollar la dogmática juridicopenal tal como hoy en día la entendemos, ésta siempre mostró su interés –y, a veces, su desconcierto– por estos grupos de casos, entre otras razones por su importancia práctica ya que son –y siguen siendo– numerosas las resoluciones judiciales que tienen que ocuparse de supuestos en los que, si bien el acontecimiento tiene su origen en una –más o menos grave– agresión física dolosa o imprudente del autor primario, entre dicha agresión y el resultado final se interpone un tercero (un particular o el personal sanitario que atiende al herido o la propia víctima) que, dolosa o imprudentemente también, contribuye a la agravación de ese resultado o que no impide –pudiendo hacerlo– que esa agravación se produzca; por ejemplo: el herido dolosa o imprudentemente por el autor inicial fallece porque a ello contribuye también un error del cirujano que le ha intervenido quirúrgicamente.

Durante el auge del problema causal se creyó que estos supuestos deberían resolverse con teorías causales diferentes de la de la condición, como la de la causalidad adecuada (¿era la lesión inicial ade-

cuada para producir ese resultado final agravado tal como en concreto se produjo?) o la de la interrupción del nexo causal (¿quedaba interrumpida la relación de causalidad por la intervención dolosa o imprudente del tercero?). Pero lo que hacían tales doctrinas –casi siempre sin tener conciencia de ello– era aplicar criterios normativos a un concepto ontológico como lo es el de la causalidad, con lo que, independientemente de si la solución a la que llegaban era correcta en sus resultados, su fundamentación (exclusión de la responsabilidad por la lesión producida por ausencia de nexo causal) no podía serlo (12).

Otra doctrina con la que, en su día, y antes de la aparición de la teoría de la imputación objetiva, se trató de solucionar estos grupos de casos, es la de la «prohibición de regreso» de *Frank*, la cual, tras una larga hibernación, ha experimentado una inmerecida –si bien minoritaria– resurrección (13) en la ciencia penal actual (14), aunque con algunas variantes, como las de quienes sostienen, en contra de la versión originaria de *Frank* (15), que la interposición no sólo de una acción dolosa, sino también de una imprudente de un tercero, «prohíbe regresar» y, consiguientemente, hacer responsable por el resultado al autor primario. Pero ni en parte alguna de la obra de *Frank*, ni en la de sus actuales seguidores, se encuentra razón alguna que explique por qué –y con qué base– ese «regreso» a la responsabilidad del autor primario tendría que estar «prohibido».

Debido a la complejidad de esta materia –y a las distintas manifestaciones en las que se puede presentar, según que el comportamiento

---

(12) Para más detalles sobre por qué tanto la teoría de la causalidad adecuada como la de la interrupción del nexo causal son insostenibles como tales teorías causales, cfr. GIMBERNAT, *Problematik*, pp. 174 ss. (= el mismo, *Beiträge*, pp. 59 ss.); el mismo, *Delitos cualificados*, pp. 62 ss.

(13) A esa resurrección ha contribuido, tal vez, el impacto que produce una expresión tan terminante como la de «prohibición de regreso», a la que no se le puede negar un cierto «gancho»; pero ni ese carácter terminante de la expresión, ni tampoco su «gancho», pueden servir para ocultar que se trata de una teoría carente de cualquier clase de fundamentación.

(14) Referencias sobre los autores que actualmente, de una u otra forma, se muestran próximos a la teoría de la prohibición de regreso en RUDOLPHI, *SK*, 1997, antes del § 1 n. m. 72, y ROXIN, *AT*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 24 n. m. 27 n. 48.

(15) Para FRANK, sólo «prohíbe el regreso» la acción dolosa, pero no la imprudente, del autor posterior: «Rige una prohibición de regreso, en el sentido de que no puede ser considerada causa condiciones que se encuentran más allá de un determinado lugar: No son causas las precondiciones de una condición que estaba dirigida a la producción de un resultado libre y conscientemente (*dolosa* y culpablemente)» (FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, p. 14), mientras que «[n]o se da un caso de prohibición de regreso cuando la persona que actúa posteriormente es inimputable o no actúa dolosamente (aun cuando lo haga *imprudentemente*)» (FRANK, *op. cit.*, p. 15. (Todas las cursivas han sido añadidas).

del autor primario sea doloso o imprudente, según que también sea dolosa o imprudente la conducta del tercero que se interpone, y según la gravedad de la lesión inferida así como del resultado final— no me es posible exponer en este lugar —ni siquiera resumidamente— cuáles son los criterios normativos a los que hay que acudir para decidir en cada una de esas distintas variantes si el autor inicial debe responder o no por el resultado final. A quien esté interesado en conocer los distintos criterios a los que han acudido la doctrina y la jurisprudencia para resolver este amplio grupo de casos — y cuáles son las opiniones que yo mismo defiendo—, les remito a mi reciente trabajo «Cursos causales irregulares e imputación objetiva» (16), que se ocupa extensamente de esta materia. En cualquier caso, como en este grupo de casos de lo que se trata es de una *acción dolosa o imprudente causante del resultado típico* (que el tercero haya condicionado el resultado no afecta para nada al hecho de que también lo ha condicionado el autor primario), esos criterios —incluyendo los míos—, que en todos o en algunos supuestos excluyen la responsabilidad de dicho autor primario por el resultado final, tienen carácter normativo y, por consiguiente, pertenecen, sistemáticamente, a la imputación objetiva como causa de exclusión de la acción típica.

##### 5. COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO VS. TEORÍA DEL INCREMENTO DEL RIESGO

Como he expuesto reciente, y extensamente (17), el origen de la teoría de la imputación objetiva hay que buscarlo precisamente en este grupo de casos en los que, *a pesar de que el autor imprudente ha causado el resultado típico*, no obstante se mantiene la no-responsabilidad del autor cuando —según el criterio del comportamiento alternativo conforme a Derecho— el resultado también se habría producido —con certeza, con una probabilidad rayana en la certeza o con una alta probabilidad (en este extremo hay opiniones para todos los gustos)—, aunque dicho autor hubiera actuado correctamente. Como ejemplo de este grupo de casos puede valer el enjuiciado por una sentencia del Reichsgericht de 1929 (18), el llamado «caso de los pelos de cabra», en el que el dueño de una fábrica de pinceles adquirió a una empresa china

---

(16) Cursos causales irregulares e imputación objetiva, Editorial B d F, Montevideo-Buenos Aires 2011, obra que se ha publicado también, como artículo, en *ADPCP* 2010, pp. 15 ss.

(17) Cfr. GIMBERNAT, *Rodríguez Ramos-LH*, 2013, pp. 95 ss., con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales.

(18) RG 63, pp. 211 ss. Lo describo siguiendo la referencia que de él hace ROXIN, *ZStW* 74 (1962), pp. 411/412.

pelos de cabra para elaborar sus productos, y, a pesar de que estaba obligado a desinfectarlos, se los entregó a sus empleadas omitiendo esa desinfección, contrayendo cuatro de ellas el bacilo de corbunco, lo que les provocó la muerte. El informe pericial puso de manifiesto, no obstante, que, aunque el empresario hubiera cumplido con su deber, las operarias *tal vez* habrían fallecido también, dado que no resultó acreditado que los desinfectantes hubieran podido destruir los gérmenes.

En un principio, la doctrina acudió a toda clase de argumentos para fundamentar la no-responsabilidad del autor imprudente por el resultado sobrevenido, bien negando la causalidad material entre el comportamiento y el resultado, bien la ausencia de relevancia de la conducta imprudente, bien la culpabilidad del autor, bien la inexistencia de un desvalor del resultado. Finalmente, y a partir de principio de los años 60 (19) del pasado siglo se localiza la solución a este grupo de casos en la tipicidad objetiva, introduciéndose, como ulterior elemento de ésta, y junto a la relación de causalidad, el de la imputación objetiva, cuya no concurrencia constituiría la explicación de por qué no sería posible imputar objetivamente el resultado a ese autor imprudente.

Frente a este criterio de imputación objetiva, que niega su concurrencia cuando el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría causado (con una más o menos alta probabilidad) el mismo resultado que el imprudente, *Roxin* elabora, para resolver este grupo de casos, el del «incremento del riesgo» (20), que excluye la imputación objetiva únicamente cuando (independientemente de si el comportamiento correcto *tal vez* podría haber llevado al mismo resultado) la acción imprudente no ha elevado el riesgo de lesión que se hubiera corrido con la prudente.

Dentro del marco de este trabajo no puedo detenerme en exponer cuál de las dos soluciones –la dominante o la minoritaria de *Roxin*–, y que llevan a soluciones discrepantes, es la correcta (21) (se trata de un

---

(19) Cfr. GIMBERNAT, *Rodríguez Ramos-LH*, pp. 107 ss.

(20) Para una exposición de esta teoría de ROXIN, cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 107 ss.

(21) ROXIN ZStW 74 (1962), pp. 439/440, ejemplifica con el «caso de los pelos de cabra», donde es partidario de condenar por los homicidios imprudentes causados a cuatro operarias, la distinta solución a la que llega frente a la teoría dominante: «El perito ... únicamente había expresado “que las tres modalidades autorizadas de desinfección ... no ofrecían una garantía suficiente de desinfección real de los pelos, y que, por consiguiente, no estaba excluido que la infección se hubiera también producido después de la aplicación del procedimiento de desinfección”. Aquí, por consiguiente, la entrega sin control significaba un incremento considerable del riesgo, por

problema sobre el que, en mi opinión, todavía no se ha dicho la última palabra), porque, tanto si se adopta una como otra solución, en cualquier caso estamos ante un ulterior criterio de imputación de objetiva, en cuanto que se niega su concurrencia y, con ello, se niega la tipicidad de *conductas imprudentes causantes del resultado típico*.

### III. La imputación objetiva en Jakobs. Crítica al intento de sustituir los criterios jurídicos por otros de carácter sociológico

Frente a esta concepción (jurídico) normativa de la teoría de la imputación objetiva, *Jakobs* y su escuela ciertamente que también consideran a la imputación objetiva un elemento de la tipicidad, sin cuya concurrencia no puede hablarse, en consecuencia, de una conducta típica; pero, para decidir si al causante doloso o imprudente de un resultado lesivo éste le es o no imputable objetivamente, acuden a criterios sociológicos, y, en concreto, a la teoría de los roles de *Luhman* (22).

Y así, por ejemplo, para resolver los casos de participación en una autopuesta en peligro y de una heteropuesta en peligro consentida, *Jakobs* escribe: «las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social–, sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción –y no a todas las personas–, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos» (23). Sobre la base de esta supuesta «competencia por organización», *Jakobs* habla de que «un afectado que se coloca en una situación arriesgada, o que, imputablemente, no se desprende de ella, es competente él mismo para las consecuencias [lesivas], tanto de las conocidas como de las que no lo son» (24), ya que «las terceras personas no tienen que adaptar su organización con un mayor cuidado que el propio titular del bien jurídico

---

lo que se imponía el castigo. A ello no se le puede oponer... que la desinfección en este caso sólo posiblemente hubiera tenido éxito y que la mera posibilidad no basta para condenar... El peligro consistente en la manipulación de pelos de cabra chinos, y que aquí ha llevado a varios resultados de muerte, sólo puede quedar impune cuando se han tomado todas las medidas que hubieran conducido a su reducción. Si no es ese el caso, entonces ese hacer peligroso sobrepasa el límite de tolerancia establecido por el legislador, y sus consecuencias deben caer sobre el autor».

(22) Cfr. únicamente LUHMANN, *Rechtssoziologie I*, 1972, pp. 85 ss.

(23) JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 96/97.

(24) JAKOBS, *AT*, 2.<sup>a</sup> ed., 1992, 7/129.

a riesgos que ha originado este titular» (25), existiendo una «competencia de la víctima» y una «competencia del autor» (26).

Como he expuesto ampliamente en otros lugares (27), *Jakobs*, al «sociologizar» la imputación objetiva, da entrada a unos criterios difusos y racionalmente incontrolables, ya que en ningún lugar está escrito que normas no-jurídicas regulan con precisión, en los casos de autopuesta y heteropuesta, esas supuestas competencias de los intervinientes en la lesión de un bien jurídico. Con ello, la teoría de la imputación objetiva –a cuyo desarrollo *Jakobs*, ciertamente, no ha prestado ningún buen servicio– entra en un terreno de indefinición que no puede prevalecer frente a la argumentación racional y precisa de los cinco criterios jurídico-normativos de la teoría ortodoxa de la imputación objetiva a los que me he referido con anterioridad, a saber:

1. El criterio del fin de protección de la normas opera con la tradicional interpretación *jurídico-teleológica* que se pregunta qué finalidad es la que ha perseguido el legislador cuando ha establecido una prohibición.

2. La exclusión de la imputación objetiva cuando la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta se basa en el consagrado *principio juridicopenal* «*cogitationis poenam nemo patitur*».

3. La exclusión de la imputación objetiva en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro consentida (en mi opinión, en cambio, el autor de una heteropuesta en peligro consentida –y porque no encuentro ningún argumento jurídico que pueda avalar su absolució– debe responder por el resultado causado) se fundamenta en el *argumento jurídico a maiore ad minus* derivado de la impunidad de la participación imprudente en el suicidio y de la participación dolosa (y, consiguientemente, también imprudente) en una autolesión (28).

(25) *JAKOBS, op. cit, loc. cit.*

(26) Cfr. *JAKOBS*, «La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte (1992)», en *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 401, 404, 410, 412 y *passim*; el mismo, *La imputación objetiva*, 1996, pp. 100, 109 y *passim*.

(27) Cfr. *GIMBERNAT*, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *RDPC*, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 81 ss.; el mismo, «Imputación objetiva y conducta de la víctima», *ADPCP* 2005, pp. 776/77, 782 ss. (estos dos últimos trabajos se han publicado también en otros lugares: cfr. *supra* n. 11); el mismo, *Wolter-FS*, 2013, pp. 390 ss.

(28) Exposición de este argumento y crítica de quienes han intentado rebatirlo en *GIMBERNAT*, *RDPC*, núm. extraordinario 2 (2004), pp. 86 ss.; el mismo, *ADPCP* 2005, pp. 736 ss.

4. En los casos de interposición de la conducta dolosa o imprudente de un tercero co-condicionante de un resultado lesivo, cuya cadena causal la ha iniciado un autor primario que ha actuado asimismo dolosa o imprudentemente, me he esforzado en demostrar la existencia o no existencia de imputación objetiva en los distintos subgrupos de casos operando con *argumentos estrictamente jurídicos*, entre otros con el papel que desempeña el desistimiento voluntario en la tentativa (29).

5. Finalmente, y por lo que se refiere al último criterio excluyente de la imputación objetiva (al del comportamiento alternativo conforme a Derecho o, en su caso, al del incremento del riesgo), de cualquier manera la idea que informa ambos criterios es la de que no puede ser típica una acción, por muy imprudente que sea, si con ella, y si la ponemos en relación con lo que hubiera sucedido con la acción correcta omitida, no se ha rebasado el concepto jurídico de «riesgo permitido» que, para la dogmática actual, constituye el núcleo fundamental del tipo del delito imprudente.

#### IV. La definición de la imputación objetiva como la creación de un riesgo ilícito que se ha realizado en el resultado

1. Según la definición de la imputación objetiva, dominante en la ciencia y en la jurisprudencia (30), «... sólo es objetivamente imputable un resultado injusto causado mediante un comportamiento humano, cuando este comportamiento ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y este peligro se ha realizado también realmente en el concreto acontecimiento causante del resultado» (31). De esta manera, y frente a la crítica de los detractores de la teoría de la imputación objetiva de que ésta está

(29) Cfr. GIMBERNAT, *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, 2011, *passim*.

(30) Cfr., por todas, la STS 847/2013, de 11 de noviembre: «... la imputación del resultado requiere ...: a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción».

(31) RUDOLPHI, SK, 1997, antes del § 1 n. m. 57. En el mismo sentido, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.ª ed., 1996 («... cuando la acción ha creado un peligro jurídicamente prohibido del objeto de la acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico»); KÜHL, AT, 6.ª ed., 2008, § 4 n. m. 43. Y, en la doctrina española, MIR, PG, 9.ª ed., 2011 («... la teoría de la imputación objetiva exige: a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, b) que se realice en el resultado»), y LUZÓN PEÑA, *Lecciones PG*, 2012, 15/44.

informada por una tónica anárquica, imposible de subsumir en un denominador común, sus partidarios se han esforzado en elaborar un concepto que se podría predicar de todas sus formas de manifestación.

a) Pero este concepto sólo es aplicable, sin más, al criterio de la imputación objetiva del fin de protección de la norma, donde, por ejemplo, y como se ha expuesto supra II 1, parece evidente que el riesgo prohibido creado, cuando el conductor de un ciclomotor traslada imprudentemente a un acompañante, no se ha realizado en la muerte de ese acompañante si ésta sobreviene porque dicho ciclomotor es embestido por detrás por un camión, ya que ese riesgo negligentemente creado sólo se habría realizado en el resultado si el accidente se hubiera podido reconducir –lo que no fue el caso– a la –por el sobrepeso transportado– falta de estabilidad del vehículo arrollado.

b) Ciertamente que, a primera vista, en el segundo criterio –ausencia de imputación objetiva cuando se causa dolosamente un resultado típico mediante una acción correcta– la no imputación objetiva del resultado hay que fundamentarla en que dicha acción dolosa –a pesar de que es dolosa– *no crea un riesgo prohibido*, por lo que dichos supuestos serían abarcados por la definición dominante de la imputación objetiva. Pero para llegar a esa conclusión no nos basta ya con una *aplicación automática* de aquella definición de la imputación objetiva, sino que *previamente* hay que demostrar que el riesgo permitido no sólo excluye la imprudencia, sino que pertenece también al tipo de los delitos dolosos (32), conclusión que hay que extraerla, a su vez y previamente, del principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

c) En cambio, el tercer criterio (participación en una autopuesta en peligro consentida) (33) *cae abiertamente fuera de la definición mayoritaria de ésta*, ya que, acudiendo, por ejemplo, al caso jurisprudencial descrito supra II 3, si un tercero induce a otro a beberse el contenido de una botella de whisky, prometiéndole pagarle el precio si se atreve a hacerlo, con ello se está creando un riesgo ilícito (imprudente) que sí se ha realizado en el resultado típico causado, puesto que el bebedor ha fallecido por una intoxicación alcohólica, y puesto que tal fallecimiento sólo puede entenderse como concretización del riesgo creado mediante la acción (imprudente) prohibida de convencer a otro para que beba una peligrosa y a todas luces excesiva

(32) Cfr. *supra* n. 10.

(33) En mi opinión, en los supuestos de heteropuesta en peligro no hay exclusión de la imputación objetiva.

cantidad de licor, no obstante lo cual, no obstante la inaplicabilidad a estos casos de la definición de imputación objetiva, hay que negar que ésta concorra en aquéllos.

d) Tampoco todos los supuestos de ausencia de imputación objetiva por interposición de la conducta dolosa o imprudente de un tercero entre la, también dolosa o imprudente, conducta del autor primario y el resultado final, parecen subsumibles en la definición dominante de imputación objetiva; pues, acudiendo a los casos más frecuentes pertenecientes a este grupo –heridas de mayor o menor entidad que, como consecuencia de una posterior imprudencia médica o de la propia víctima, conducen a una agravación de las lesiones o, incluso, a la muerte del agredido–, es evidente que con el ingreso en un hospital de aquél se incrementa el peligro de sufrir las siempre temidas (imprudentes o no) complicaciones médicas, peligro al que no hubiera estado sometido de no haber sido herido por el autor primario, por lo que no puede afirmarse en todos los casos –a pesar de que, no obstante, existen manifestaciones de este grupo en los que el resultado final no debe imputarse objetivamente a ese autor primario (34)– que no se haya realizado en ese resultado final el peligro –o, al menos, una parte del peligro– creado por la agresión física inicial.

e) Finalmente, el quinto y, en mi opinión, último criterio de exclusión *en algunos casos* de la imputación objetiva es el del comportamiento alternativo conforme a Derecho o, en su caso, el del incremento del riesgo. Tampoco en estos supuestos es aplicable –al menos, no lo es directamente– la definición dominante de imputación objetiva. Pues, en, por ejemplo, el «caso de los pelos de cabra» (supra II 5), el riesgo creado por la acción imprudente de entregar este material a las operarias sin desinfectar es el de que éstas pudieran contraer una enfermedad, que es precisamente lo que sucedió (realización del riesgo creado) cuando resultaron infectadas con el bacilo de carbunco; y esa realización del riesgo en el resultado típico de la acción ilícita no la modifica en nada el hecho de que la acción correcta tal vez también habría sido ineficaz para destruir el bacilo. Si, no obstante, en algunos de estos supuestos hay que excluir, como yo también lo creo, la imputación objetiva, esa será una conclusión a la que habrá que llegar, no aplicando automáticamente la definición tradicional de la imputación objetiva, sino sobre la base de otras consideraciones normativas en las que aquí no voy a entrar, ya que lo único que trato de

---

(34) Cfr. *supra* n. 29.

mostrar en este trabajo es la inidoneidad de esa definición para captar todas las manifestaciones de la imputación objetiva.

2. Posiblemente por los motivos que acabo de exponer, *Roxin*, en el § 11 («La imputación al tipo objetivo») del tomo I de su Tratado, después de haber expuesto: «La teoría de la relación causal» en el apartado A, dedica el apartado B a: «La ulterior imputación al tipo objetivo», apartado este último en el que se ocupa de la imputación objetiva a la que define como «la realización de un peligro –no cubierto por el riesgo permitido– creado por el autor *dentro del alcance del tipo*» (35). De esta manera, *Roxin* distingue, dentro de la imputación objetiva, aquellos casos en los que ésta no concurre por no haberse realizado el peligro creado por la acción ilícita (por ejemplo, porque «los resultados no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado» (36)) y aquellos otros en los que, *si bien ese peligro sí se ha realizado*, no obstante, como sucede con «la participación en una autopuesta en peligro» (37), quedan fuera del «alcance del tipo» («Reichweite des Tatbestandes»).

Desde el punto de vista material, no hay nada que oponer a la diferenciación de *Roxin*, en cuanto que con ella pone de manifiesto, con razón, que existen casos en los que el peligro creado por la acción ilícita se ha realizado en el resultado (el caso más evidente es el de la participación en una autopuesta en peligro) y en los que, no obstante, hay que negar también la presencia de imputación objetiva

Más dudoso es, en cambio, que *Roxin* acierte con la formulación terminológica de esta distinción, porque fuera del «alcance del tipo» –que, en realidad es el género, dentro del cual *Roxin* incluye las dos especies– quedan tanto los supuestos de ausencia de imputación objetiva por no realización en el resultado del peligro creado por la acción ilícita (primera especie) como aquellos otros (segunda especie) de los que *Roxin* niega, a pesar de que en ellos sí se realiza el peligro, la imputación objetiva (así, en los casos de participación en una autopuesta en peligro). Con otras palabras: La no inclusión en el «alcance del tipo» es precisamente la *consecuencia* de la ausencia de imputación objetiva, y tan fuera del «alcance del tipo» está la primera especie (no realización en el resultado del peligro creado) como la segunda, que *Roxin* agrupa redundantemente dentro de la categoría: no comprendida por el «alcance del tipo», produciéndose de esta manera, *terminológicamente*, y en contra de toda lógica, una identificación entre esta segunda especie y el género.

(35) *ATI*, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 11 n. m. 49 (cursivas añadidas).

(36) *Op. cit.*, § 11 nn. mm. 84 ss.

(37) *Op. cit.*, § 11 nn. mm. 107 ss.

La errónea denominación de esas dos especies de ausencia de imputación objetiva proviene de que, mientras que en la primera *Roxin* formula una *definición* (no realización en el resultado del peligro creado), dentro de la cual es posible *subsumir* supuestos en los que no concurre la imputación objetiva, en la segunda (no comprendida por el «alcance del tipo») *no formula una definición* que nos pueda servir para determinar qué ulteriores casos son aquéllos en los que tampoco se da la imputación objetiva, sino que se limita a *establecer la consecuencia* («no-alcanzados por el tipo» y, en definitiva, y con otras palabras, «atipicidad»), sin que se aporte una definición apta de subsunción que nos pudiera permitir averiguar cuáles son esos ulteriores casos de ausencia de imputación objetiva.

Estas dificultades terminológicas con las que se enfrentan tanto la doctrina dominante en la ciencia y en la jurisprudencia con su (incompleta) definición de imputación objetiva (cfr. supra nn. 30 y 31), como también *Roxin*, tienen su origen en razones de carácter histórico y en otras de fondo.

Históricamente, el *primer criterio* que da origen a la teoría de la imputación objetiva, y el que hasta la actualidad ha encontrado una acogida más favorable, es el del «fin de protección de la norma» (38), lo que explicaría que la definición de la imputación objetiva se formulara originariamente teniendo en cuenta *sólo ese criterio* –al que dicha definición se ajusta como un guante– y que, por inercia, así haya llegado inalterada hasta nuestros días; pero esta definición ya no es idónea para adaptarse a las nuevas manifestaciones que se han ido incorporando a la teoría de la imputación objetiva, como las ya mencionadas de participación en una autopuesta en peligro consentida (39)

---

(38) Esta denominación es la utilizada ya en dos trabajos publicados en los años 60 del siglo pasado: GIMBERNAT, «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», *RDCirc.* 1965, pp. 1-21; RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in den strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdelikten (“Previsibilidad y fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”)», *Jus* 1969, pp. 549-557.

(39) Tanto la jurisprudencia de los tribunales inferiores (cfr. el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 26 de septiembre de 1995 citado supra II 3), como la del TS, han reconocido la exclusión de imputación objetiva en supuestos de participación en una autopuesta en peligro consentida. Así, por ejemplo, se puede leer en la STS 1064/2005, de 20 de septiembre: «Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente los realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado [como se ha expuesto profusamente a lo largo de este trabajo, en los supuestos de autopuesta sí que se realiza el riesgo en el resultado, pero lo que importa de esta sentencia es que el TS en estos casos –si bien aferrada a su

o de la interposición de conductas dolosas o imprudentes entre la acción inicial ilícita y el resultado final, manifestaciones éstas no aptas para ser subsumidas en dicha definición.

Pero también existen razones de fondo que dificultan establecer una definición de imputación objetiva capaz de abarcar los *cinco* criterios de imputación objetiva que, en mi opinión –aunque siempre estoy abierto a la incorporación de ulteriores criterios, si es que se fundamentan convincentemente–, son los únicos actualmente vigentes; y esas razones de fondo son la *heterogeneidad* de los razonamientos jurídicos que sustentan, en cada grupo de casos, la exclusión de la imputación objetiva. Por ello, hace ya unos cuantos años que formulé, no una definición, sino un *concepto negativo* de imputación objetiva que sigo considerando válido: si lo que excluye la imputación objetiva es la tipicidad y ésta, antes de la aparición de la imputación objetiva, consistía en un comportamiento doloso o, en su caso, imprudente causante de un resultado típico, entonces, y por exclusión, la imputación objetiva será aquel elemento normativo que fundamentaría por qué comportamientos dolosos o, en su caso, imprudentes en relación de causalidad con un resultado lesivo, no obstante no son típicos: «Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dolosos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante del resultado típico, a veces y no obstante, tampoco es típico» (40).

Por consiguiente, y resumiendo, formularía así mi concepto negativo de imputación objetiva: Si llego a la conclusión de que un comportamiento doloso, o, en su caso imprudente, causante del resultado lesivo, no obstante, y en virtud de una fundamentación

---

definición de imputación objetiva y, por consiguiente, con una fundamentación equivocada– reconoce la ausencia de imputación objetiva] cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”». Por otra parte, en otro caso de autopuesta (transmisión del sida por vía sexual), en la STS 528/2011, de 6 de junio, el TS excluye la responsabilidad del seropositivo si su pareja sexual tenía conocimiento de la enfermedad: «Al respecto, tan sólo puede afirmarse “*obiter dicta*” que, caso de haber comunicado tal circunstancia [de haber comunicado Gerardo, la persona portadora del VIH, que padecía esa enfermedad] y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de las responsabilidad para Gerardo».

(40) GIMBERNAT, «¿Qué es la imputación objetiva? (1987)», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, p. 214.

jurídica convincente, no es típico, entonces estamos ante una fundamentación que pertenece al elemento normativo de la tipicidad de la imputación objetiva. Ciertamente que este concepto sólo sirve para agrupar, sistemáticamente, qué clase de criterios excluyentes de la tipicidad pertenecen a la imputación objetiva. Pero, una vez que se han establecido, sobre la base de argumentos sólidos, dichos criterios, y su pertenencia a la imputación objetiva, de las definiciones de éstos sí que es posible ya determinar, mediante el mecanismo de la subsunción, qué casos –por ejemplo, porque no se ha realizado en el resultado el peligro creado, porque la acción dolosa dirigida al (y causante del) resultado era una objetivamente correcta, porque ha sido la propia víctima quien, inducida imprudentemente por un tercero, ha causado su propia muerte o lesión– son atípicos por ausencia de imputación objetiva.

## V. Consideraciones finales

Han transcurrido varias décadas desde el descubrimiento de la imputación objetiva, que, en realidad, es una nueva teoría para resolver viejos problemas, porque esos viejos problemas, es decir: los grupos de casos que esta teoría trata de solucionar, ya estaban ahí ocupando a la doctrina y a la jurisprudencia, como grupos de casos espacialmente problemáticos que eran abordados con las distintas teorías de la causalidad y, posteriormente, con las de la acción, negándose relaciones de causalidad realmente existentes o la concurrencia de comportamientos humanos también realmente existentes. La teoría de la imputación objetiva trata –y consigue– dar respuesta a tales grupos de casos ubicando la cuestión en el lugar sistemáticamente correcto: en lo que constituye un (nuevo) elemento del tipo objetivo. Y es precisamente ahí, en esa correcta ubicación, y en los argumentos con los que opera para llegar a soluciones satisfactorias, apoyadas en argumentos sólidos y, por tanto, accesibles a una discusión controlable racionalmente, donde se encuentra el secreto del, me atrevería a decir que arrollador, éxito de la teoría de la imputación objetiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por todo ello, porque ahora sí que sabemos, por fin –y ahí es nada–, el terreno que estamos pisando, poner en cuestión la enorme aportación de la teoría de la imputación objetiva al progreso de la dogmática juridicopenal de las últimas décadas, especialmente, pero no sólo, a la del delito imprudente –hasta entonces mucho menos desarrollada que la del doloso–, supone simplemente negar la evidencia.

## B) LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

### I. Introducción

Permítaseme que en este trabajo, escrito desde la memoria, reafirme, aclare y rectifique algunas de mis ideas expuestas ampliamente, hace casi ya medio siglo, en mi monografía «Autor y cómplice en Derecho penal» (41), una materia de la que casi no me he vuelto a ocupar, si prescindimos de un artículo publicado en 1968 en la ZStW (42), de una breve referencia en mi «Introducción a la Parte General del Derecho penal español» (43), de mi artículo-recensión a un libro de Enrique Peñaranda (44), y del Prólogo a la 2.<sup>a</sup> edición del texto del Código Penal (editorial Tecnos) preparada por mí en colaboración con Mestre (45).

Según la doctrina española dominante en 1966, en el artículo 14.1 del entonces vigente CP («Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho») se describía la conducta del autor material del delito. La tesis que yo defendí entonces –en contra de esa doctrina dominante (46)– era que la conducta del autor material se caracterizaba por ser directamente subsumible en el tipo penal del correspondiente hecho punible cometido, y que lo que se describía en el artículo 14.1.º era el comportamiento de quien, *sin ser autor en sentido estricto del delito*, colaboraba en él con actos ejecutivos –en contraposición a los actos preparatorios– (47): el artículo 14 regulaba la participación delictiva, esto es: una causa de *ampliación* de la punibilidad, por lo que no tenía sentido alguno mantener que la conducta del autor material del delito, además de estar prevista en el tipo corres-

---

(41) Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966 (existe una reimpresión de este libro, de 2006, publicada en Montevideo-Buenos Aires, por la editorial B de f). En lo que sigue, las citas de esta monografía se hacen de la edición de 1966.

(42) GIMBERNAT, «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», *ZStW* 80 (1968), pp. 915-943.

(43) GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, pp. 141-149

(44) GIMBERNAT, «Concurso de leyes, error y participación en el delito», *ADPCP* 1992, pp. 833-854 (este artículo figura también, como Anexo, en la reimpresión de «Autor y cómplice en Derecho penal», publicada en 2006 por la editorial B de f).

(45) Prólogo a la 2.<sup>a</sup> ed. I.6. Este «Prólogo» se reproduce en todas las posteriores ediciones de este texto (última edición: 19.<sup>a</sup>, de 2013).

(46) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 215 ss.

(47) V. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 92 ss.

pondiente, lo estaba también, innecesaria y redundantemente, poniendo en relación dicho tipo penal con el artículo 14.1º. A ese partícipe que, *sin ser el autor material*, contribuía al delito con actos ejecutivos, yo le denominaba «coautor ejecutivo» (48), aunque hubiera sido más preciso denominarle «partícipe ejecutivo». Los *restantes* partícipes tenían entre ellos en común que su contribución al hecho punible se había desarrollado, antes de (o simultáneamente con) la iniciación de la consumación del delito con actos ejecutivos, *dentro del marco de los actos preparatorios*, distinguiendo el CP entre los cooperadores según el peso de su contribución, en función de si aquéllos habían «coopera[do] a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado» (art. 14.3.º: cooperación necesaria) o con un acto (igualmente preparatorio) sin el cual el hecho (punible) también se habría efectuado (art. 16: complicidad, cooperación *no* necesaria).

En Alemania, durante mucho tiempo, el precepto entonces vigente –y paralelo a nuestro antiguo art. 14.1.º– era el § 47 StGB –«Mittäter» («coautores»)–, según el cual «cuando varios ejecutan conjuntamente una acción punible, cada uno de ellos será castigado como autor» («Wenn mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird jeder als Täter bestraft»), precepto que la doctrina absolutamente dominante entendió, en su día, en el sentido de la teoría objetivo-formal (49), según la cual eran abarcados por el § 47 todos aquellos que hubieran intervenido en el delito con actos ejecutivos, si bien, como en España, al aplicar ese precepto no siempre se distinguía correctamente entre autor en sentido estricto y coautor (mejor: partícipe) ejecutivo (50); de acuerdo también con esta interpretación del § 47, y según la teoría objetivo-formal, y consecuentemente, lo que caracterizaba al cómplice («Gehilfe») era que, por exclusión, había contribuido al delito que ya había entrado en la esfera de la ejecución con *actos preparatorios* –§ 49.1: «Se castigará como cómplice quien, con consejos o con hechos, preste ayuda voluntariamente al autor para ejecutar una acción amenazada con pena como delito o falta» («Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet hat»)–.

(48) GIMBERNAT, *Introducción*, pp. 142/143.

(49) Amplísimas referencias sobre la teoría objetivo-formal en GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 19 ss.

(50) Indicaciones en GIMBERNAT, *ZStW 80* (1968), p. 916, n. 1.

## II. Los distintos problemas históricos de autoría y participación en Alemania y en España: la autoría mediata y la cooperación necesaria

Por aquel entonces los problemas de participación delictiva que preocupaban a la doctrina alemana y a la española no siempre eran coincidentes.

En la dogmática alemana, el problema central de la participación delictiva era cómo fundamentar el castigo del autor mediato –por ejemplo, de quien utiliza para cometer el delito a un inimputable, o a una persona que actúa coaccionada o que está sujeta a error–, ya que como aquél, en principio, no realiza actos ejecutivos (§ 47 StGB), y ya que, como en principio también, su conducta no es subsumible directamente en el tipo penal correspondiente (51), la doctrina se encontraba ante lo que tenía toda la apariencia de constituir una difícilmente digerible laguna de punibilidad. Como esa laguna de punibilidad no la podía cubrir, obviamente, la teoría objetivo-formal, esa circunstancia lleva al abandono de ésta, siendo sustituida por la hoy dominante teoría del dominio del hecho, fundada por *Welzel* (52), y espectacularmente desarrollada por *Roxin*, en 1963, con una monografía de impar influencia que ha marcado toda la ulterior discusión (53).

La teoría del dominio del hecho, surge por consiguiente, para fundamentar la punibilidad de la autoría mediata, pero como tiene la pretensión de establecer un *concepto general de autor* –según ella, autor es el que tiene el dominio del hecho–, mantiene que ese dominio del hecho no sólo lo tiene el autor mediato, el autor inmediato y los coautores ejecutivos («Mittäter») del § 47 StGB, sino también, además de los que acabo de mencionar, otros intervinientes que, aun habiendo ejecutado sólo actos preparatorios, han decidido sobre el sí y el cómo de la realización del tipo penal. Así, por ejemplo, *Roxin* –y con él la mayoría de los partidarios de esta teoría– considera que son autores, *porque todos ellos tienen el dominio del hecho*, además del autor mediato («dominio de la voluntad» (54)) y del material del delito

(51) Cfr., sin embargo, para algunos supuestos en los que la conducta del autor mediato sí es subsumible, GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 223.

(52) En su artículo *Studien zum System des Strafrechts*, publicado en ZStW 58 (1939), p. 539 («Ciertamente que el inductor incita al hecho ajeno y el cómplice lo apoya. Pero el dominio final sobre la decisión y su ejecución real sólo la tiene el autor»); v. también pp. 542 y 543.

(53) Su escrito de habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft* (1.ª ed., 1963, 8.ª ed., 2006).

(54) ROXIN, *AT II*, 2003, § 25 nn. mm. 45 ss.

[«dominio de la acción» (55)], los que contribuyen al hecho del autor material –por ejemplo de quien mata con sus propias manos– con un acto ejecutivo [«dominio funcional del hecho» (56)]: «quien choca contra el auto de la víctima, y lo detiene, ha asesinado conjuntamente con otro (coautor), aun cuando este otro haya sido quien –tal como se había acordado– haya disparado de manera directa el disparo mortal» (57). Ciertamente que, cuando hay varios partícipes, *Roxin* excluye en principio del dominio del hecho a los que realizan actos preparatorios, pero como, dentro de la modalidad que él denomina «dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder» (58) –Estados criminales como el nacionalsocialista, organizaciones terroristas, bandas mafiosas–, opina que existe también autoría mediata, aunque el autor inmediato haya actuado libre y conscientemente, de ahí se sigue que *Roxin* asimismo considera autores a personas que, en determinadas circunstancias y dentro de determinadas organizaciones, han realizado únicamente actos preparatorios.

Otros autores partidarios de la teoría del dominio del hecho, en cambio, y de manera ya generalizada, admiten la posibilidad de que ostenten ese dominio (por lo que, en consecuencia, serían también autores) intervinientes que han contribuido al hecho sólo con actos preparatorios (59). Y así, por ejemplo, *Jakobs* opina que «si bien quien no realiza actos ejecutivos interviene más débilmente en el dominio material bajo la forma del dominio de decisión, este Minus puede ser equilibrado mediante un Plus en el dominio material bajo la forma del dominio de conformación que se ejerce en los actos preparatorios» (60).

Pero mientras que la gran preocupación de la doctrina alemana en 1966, cuando escribo «Autor y cómplice», era cómo fundamentar la punibilidad de la autoría mediata, lo que –como acabo de exponer– conduce al abandono de la hasta entonces dominante teoría objetivo-formal y al triunfo arrollador de la del dominio del hecho, en España ni la doctrina ni la jurisprudencia se quebraban demasiado la cabeza con el problema de la autoría mediata, y ello por dos razones:

(55) ROXIN, *op. cit.*, § 25 nn. mm. 38 ss.

(56) ROXIN, *op. cit.*, § 25 nn. mm. 188 ss., si bien para ROXIN no todos los que intervienen en el hecho con actos ejecutivos son «coautores», sino sólo aquéllos que lo hacen con un acto ejecutivo de «considerable» importancia, ya que «tiene el co-dominio sobre el acontecimiento sólo el que ejerce en la ejecución del hecho una función de la que puede depender el éxito del plan» (*op. cit.*, § 25 n.m. 211).

(57) ROXIN, *op. cit.*, § 25 n. m. 29.

(58) *Op. cit.* §25 nn. mm. 105 ss.

(59) Indicaciones en ROXIN, *op. cit.*, § 25 n. m. 204 notas 272 y 273.

(60) JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, 21/48.

La primera razón era la de que, a diferencia de la regulación del StGB, en el CP existían algunos recursos –inexistentes en Alemania– que podían cubrir –al menos parcialmente– las indeseadas lagunas de punibilidad. Ello era así porque, como el CP definía a la inducción, en el artículo 14.2.º, como «[l]os que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo [el hecho]» –en el StGB no figuraba «forzar a otro» como una forma de inducción–, y como existía –y existe– la institución –también desconocida en el StGB– de la cooperación necesaria, ello permitía en determinados supuestos de autoría mediata castigar a los autores mediatos como inductores o cooperadores necesarios; bien es cierto que, con esta solución, se calificaba de inductor o de cooperador necesario a quienes, en sentido estricto, eran autores (mediatos), pero ello sólo planteaba un problema conceptual, pero no de punibilidad, ya que tanto al inductor como al cooperador necesario se les castiga con la misma pena que al autor.

La segunda razón por la que la dogmática española no consideraba a la autoría mediata un problema central de la teoría de la autoría y de la participación era porque sólo en muy contadas ocasiones se dan en la realidad –y, por consiguiente, sólo en muy contadas ocasiones llegan a los tribunales– supuestos de hecho en los que una persona, para cometer un delito, se ha servido de otra como su «instrumento», mientras que los que acontecen –y siguen aconteciendo– continuamente, un día sí y otro también, son otros supuestos de hecho –de los que incesantemente se ha tenido que ocupar y se sigue teniendo que ocupar nuestra jurisprudencia– en los que en la realización de un delito han intervenido, no un autor único, sino *varias personas*, por lo que aquí nos encontrábamos –y nos seguimos encontrando– con un problema endiablado, desconocido en Derecho alemán: el de distinguir la cooperación necesaria –esta forma de participación no existe en el StGB– de la complicidad, problema cuya solución no se puede eludir, ya que las consecuencias jurídicas de ambas formas de participación son distintas, en cuanto que, mientras que al cooperador necesario se le castiga con la misma pena que al autor, al cómplice se le impone la pena inferior en grado.

### III. La previsión expresa de la autoría mediata en los Códigos Penales

Entretanto, el problema de la punibilidad de la autoría mediata ha pasado a la historia, ya que esa modalidad de autoría ha sido expresamente prevista tanto por el legislador alemán como por el español. Y así, en 1975, en virtud de la Segunda Ley para la Reforma del StGB,

se sustituye el hasta entonces vigente § 47 (v. su texto *supra* I) por el § 25 StGB, en el que, junto a los coautores del antiguo § 47, *se reconocen expresamente* las figuras del autor único y del *autor mediato*, con la siguiente redacción: «§ 25 (Autoría). (1) Se castigará como autor al que cometa el hecho por sí mismo o a través de otra persona. (2). Si varios cometen conjuntamente el hecho punible, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)» (61). Y, en España, el hasta entonces vigente artículo 14.1.º CP 1973 es reemplazado, en el CP 1995, por otro que, con una redacción similar a la del Código alemán, *también prevé expresamente la punición de la autoría mediata*: el actual artículo 28 CP dispone que «[s]on autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado».

#### IV. Mi punto de partida sobre autoría y participación delictiva

Mi punto de partida, al interpretar los artículos 14 y 16 CP 1973 y los vigentes artículos 28 y 29 CP 1995 (62), era –y es– que autor en sentido estricto es aquél cuya conducta es gramatical y directamente subsumible en el tipo. Y que los restantes intervinientes son *partícipes*, en cuanto que todos ellos colaboran con –y derivan su responsabilidad (accesoriedad) de– el hecho cometido por ese autor en sentido estricto, distinguiéndose, dentro de esos partícipes, entre aquéllos cuya participación en el hecho principal se materializa en la realización de actos ejecutivos (art. 14.1.º CP 1973; art. 28, párrafo primero, CP 1995: «realizan el hecho... conjuntamente...»), y entre aquellos otros que lo hacen con actos preparatorios previos a –o simultáneos con– la entrada del delito en la esfera de la ejecución llevada cabo por un autor principal que bien ha actuado solo o lo ha hecho ayudado, en su caso, por los partícipes ejecutivos (63).

(61) «§ 25. Täterschaft. (1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht. (2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)».

(62) Remito para ello a mi «Autor y cómplice», pp. 92 ss., 151 ss., 205 ss. y 215 ss., y a mi «Prólogo» a la 2.ª ed. del Código Penal (Editorial Tecnos), I.6.

(63) Ciertamente que, a diferencia del antiguo artículo 14.1º, que de los partícipes ejecutivos no decía que *eran*, sino que se «consideraban» autores, el vigente artículo 28, párrafo primero, afirma de esos partícipes ejecutivos que «*son* autores», contraponiéndolos a los inductores y a los cooperadores necesarios de los que el mencionado precepto dice que «serán considerados autores». Naturalmente que el legislador puede adoptar la terminología que le parezca conveniente, pero, porque las leyes

En cualquier caso, y prescindiendo ya de cuestiones terminológicas y hasta cierto punto secundarias, lo decisivo –y lo verdaderamente importante– son las consecuencias jurídicas, y lo que no se puede discutir es que el vigente CP, como asimismo hacía el derogado, ordena aplicar, tanto al autor en sentido estricto como al partícipe ejecutivo (a los que mezcla indiferenciadamente en el *totum revolutum* del artículo 28, párrafo primero), la pena prevista en la Parte Especial para el delito en cuestión.

## V. La teoría del dominio del hecho

Como ya he señalado anteriormente, la teoría del dominio del hecho surge para, de alguna manera, tratar de fundamentar la punibilidad del autor mediato: ciertamente que éste, en principio, no es el autor en sentido estricto, cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal que habría que aplicar, y que tampoco es autor (partícipe) ejecutivo, lo que habría permitido su castigo sobre la base de preceptos vigentes con anterioridad a la introducción en el StGB (1975) y en el CP (1995) de la punición expresa del autor mediato, y que, por otra parte, castigarle sólo como cómplice (en Alemania no existe la figura intermedia del cooperador necesario) –cuando ello hubiera sido posible si hubieran concurrido los requisitos de accesoriedad en el autor principal– tampoco parecía una pena adecuada para quien se había servido como instrumento del autor material para lesionar el bien juridicopenalmente protegido. Por ello, con la definición un tanto ampulosa del autor mediato como aquél que tenía el «dominio del

---

de la gramática son las que son, y por mucho que diga de ellos que son autores, lo que no está en las manos de ese legislador es, dentro de los que realizan actos ejecutivos, convertir en autores en sentido estricto, esto es: en sujetos cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal, a aquéllos en los cuales no concurre esa condición, ya que su punibilidad (*porque no es abarcada gramaticalmente por la descripción legal*) no deriva directamente de dicho tipo penal, sino de la causa de *ampliación* de la punibilidad del actual artículo 28: «Pues si A sujeta por la fuerza a la mujer mientras B yace con ella, por mucho que A y B hayan actuado *conjuntamente* y ambos *sean*, por consiguiente y en el sentido del artículo 28 CP 1995, autores, es evidente –por redundante– que sólo ha cumplido el tipo de “atentar con violencia contra la libertad de otra persona mediante acceso carnal” (art. 178 en relación con el 179 CP 1995), quien efectivamente ha “atentado contra la libertad sexual mediante acceso carnal”; y que quien ha aplicado fuerza sin tener acceso carnal ha realizado una conducta no subsumible en el tipo de violación, por lo que su responsabilidad –al contrario de lo que sucede con el autor en sentido estricto– sólo puede fundamentarse sobre la base de *poner en relación* el concreto delito con la “causa de ampliación de la tipicidad” del artículo 28, párrafo 1.º, CP 1995 (“conjuntamente”») (GIMBERNAT, *Prólogo a la 2.ª ed. del texto del Código Penal de Tecnos*, I.6.).

hecho» se intentó fundamentar –*al margen y prescindiendo de la legislación penal entonces vigente*– su punibilidad, porque ¿cómo no podía ser autor quien tenía el «dominio del hecho», quien «decidía sobre el sí y el cómo de la producción del resultado lesivo», quien era «el señor del acontecimiento», aquél que «tenía-en-sus-manos o que tenía las riendas del desarrollo típico» o que «podía dejar correr, detener o interrumpir la realización del tipo»? (64). Al final, y para acabar de fundamentar –antes de 1975 en Alemania, y de 1995 en España– la punibilidad del autor mediato en los Códigos entonces en vigor, se acude a una especie de *pars pro toto* y se define –*y todo ello prescindiendo de las definiciones de autoría y participación contenidas en los Códigos Penales*–, no ya al autor mediato, sino a *cualquier clase de autor* (por contraposición al partícipe) como aquél que ostenta el dominio del hecho.

La opinión que expresaba en 1966, de que la teoría del dominio del hecho «no ha sido capaz de abordar con éxito el problema de la delimitación entre autor y cómplice» (65), la sigo manteniendo en su integridad: las definiciones del dominio del hecho –porque no hay una definición, sino muchas definiciones de esa teoría– son tan ambiguas y carentes de contornos precisos que –sea la que sea la definición queelijamos– no es posible subsumir en ellas con una mínima seguridad (jurídica), y de entre las inabarcables variantes con las que en la vida real se pueden presentar las distintas contribuciones de las personas que intervienen en un hecho delictivo, quién tiene y quién no tiene el dominio del hecho, y, por consiguiente, quién es autor y quién es sólo partícipe (ejecutivo, cooperador necesario, cómplice o inductor).

Y a los hechos me remito. Desde las SSTS de 1 de julio de 1963 (A. 3373), 4 de mayo (A. 811) y 5 de junio de 1965 (A. 2826) (66) hasta nuestros días, los tribunales españoles – con el Tribunal Supremo a la cabeza– ciertamente que han aplicado en innumerables ocasiones la teoría del dominio del hecho, pero ello nunca ha pasado de ser una cláusula de estilo con la que se legitima a posteriori el resultado alcanzado intuitivamente de que una determinada conducta es constitutiva de autoría o de complicidad: los resultados a los que llega nuestra jurisprudencia son tan imprevisibles y contradictorios (muchas veces a la hora de calificar conductas prácticamente idénticas) que, en mi

(64) Para éstas y otras definiciones del dominio del hecho cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 123 ss.

(65) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 151, opinión que fundamentaba en la crítica a la que en páginas anteriores (135 ss.) había sometido a esa teoría.

(66) V. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 122.

opinión, debería haber llegado ya la hora de abandonar definitivamente –por impracticable– la teoría del dominio del hecho.

Por otra parte, no es difícil –más bien, es fácil– encontrar resoluciones judiciales en las que se aplica la teoría del dominio del hecho para argumentar por qué una determinada conducta es constitutiva de cooperación necesaria (67), lo que supone colocar a esta teoría patas arriba. Porque, si una cosa es segura, es que la teoría del dominio del hecho es un criterio para distinguir al autor del partícipe, y, si otra cosa es segura también, es que *el cooperador necesario no es autor, sino que es partícipe del hecho principal*, con lo que, al interpretar la cooperación necesaria –y en contra de lo que hacen nuestra jurisprudencia y una gran parte de la doctrina–, lo que habría que argumentar es, no que el cooperador necesario tiene el dominio del hecho, sino todo lo contrario: *que no tiene el dominio del hecho*: si el dominio del hecho es lo que, según esta teoría, define al autor, entonces no lo puede tener el cooperador necesario que es un simple –aunque muy importante– partícipe, por lo que caracterizar a este último como detentador del dominio del hecho supone tergiversar el postulado fundamental –el dominio del hecho es lo que distingue al autor del partícipe– de la, en cualquier caso errónea, teoría del dominio del hecho.

Si de verdad queremos distinguir al autor del partícipe a lo que hay que atenerse es a lo que establecen los Códigos Penales y prescindir de la teoría del dominio del hecho, un *invento* elaborado al margen de lo que figura en esos textos legales. Y si, en concreto, nos atenemos al CP español, lo primero que hay que decir es que, cuando intervienen varios en un hecho punible, autor es aquél cuya conducta es subsumible en el tipo penal correspondiente, es decir: el que apuñala, el que sustrae una cosa mueble ajena o el que accede carnalmente con violencia a otra persona, independientemente de si ha sido el propio violador o un tercero (partícipe) el que aplica dicha violencia (68). Como hemos visto, la teoría del dominio del hecho surge para justificar la –entonces no prevista legalmente, ahora sí– punibilidad de la autoría mediata y, para dar mayor consistencia a esa justificación, afirma que no sólo el mediato, sino también el inmediato tiene el dominio del hecho, generalizando ese requisito del dominio del hecho como uno que caracteriza a *cualquier clase de autor*. Pero ¿qué necesidad tengo yo de acudir al argumento de que el autor material del delito es autor *porque tiene el dominio del hecho*, cuando esa conclusión se extrae de la elemental evidencia de que lo es porque, simple-

---

(67) Indicaciones sobre esa dirección jurisprudencial en BOLEA, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, pp. 113 ss.

(68) Cfr. supra nota 63 y mi *Autor y cómplice*, pp. 215 ss.

mente, su conducta ha cumplido el tipo penal aplicable, y todo ello independientemente de que, al construir un concepto de autor al margen y por encima de los textos legales, la teoría del dominio del hecho ha llevado a extender la condición de autor a conductas –a las de quienes, sin ser autores mediatos, han intervenido en el delito con actos preparatorios– que no están previstas como tales en los Códigos Penales?

Junto al autor en sentido estricto –aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo penal– el CP 1995 equipara a éste al autor mediato. En su día, mantuve la opinión de que «la utilidad de esta teoría [del dominio del hecho] para la autoría mediata me parece... fuera de duda» (69). A la vista de la extensión que, en aplicación de la teoría del dominio del hecho, ha ido adquiriendo la autoría mediata –incluyendo en ella otros casos distintos de los tradicionales, que habían dado origen al nacimiento de esa forma de autoría–, no volvería a escribir esa frase. Como al describir la autoría mediata, el CP no habla para nada de dominio del hecho, sino de «realiza[r] el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento», creo que lo más conforme con el texto legal sería determinar cuándo, más allá de la inducción y de la cooperación necesaria, se puede afirmar que «el autor de detrás» ha «*instrumentalizado*» al autor inmediato para cometer un delito, una tarea que ni quiero, ni puedo (ni me siento capaz de) abordar aquí.

## VI. Partícipes que colaboran con actos ejecutivos y partícipes que lo hacen con actos preparatorios

Todos los que intervienen en la realización de un delito, y no son ni autores en sentido estricto ni autores mediatos, son *partícipes*, distinguiendo el CP entre los que contribuyen con actos ejecutivos (art. 28, párrafo primero, segundo supuesto), con actos de inducción [art. 28.a)] y con actos preparatorios [art. 28.b), cooperación necesaria, art. 29, complicidad].

Prescindiendo de la inducción, la forma de participación que menos problemas de interpretación plantea, quienes auxilian al autor con actos de ejecución, *e independientemente de si su intervención es necesaria o no*, son todos ellos partícipes ejecutivos y son sancionados con la misma pena que el autor, una consecuencia jurídica que tiene también un fundamento material, ya que en otro lugar (arts. 15-18 CP), y debido a su *proximidad* a la puesta en peligro del bien jurídico,

---

(69) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 136.

el CP ha distinguido también entre actos ejecutivos y preparatorios, en el sentido de que aquéllos son siempre punibles (como tentativa), mientras que estos últimos sólo lo son en determinados casos (70). Por consiguiente, si el interviniente sujeta a la víctima mientras el autor material le asesta la puñalada mortal, si el partícipe *ha escalado el muro* y permanece como vigilante mientras los autores materiales consuman (o intentan consumir) el robo, si la enfermera entrega el instrumental al ginecólogo mientras éste practica un aborto ilegal, estamos en presencia de partícipes ejecutivos cuya punibilidad deriva de poner en relación el tipo penal realizado por el autor material con el segundo supuesto del artículo 28, párrafo primero.

Si el sujeto ha intervenido en el delito, pero no con actos de ejecución –ni de inducción–, entonces su responsabilidad por participación adopta forzosamente la forma de cooperación necesaria o de complicidad. Como se deriva del artículo 29 que regula la complicidad («con actos anteriores o *simultáneos*») –un binomio que es también aplicable, sistemáticamente, a la cooperación necesaria– la presencia en el lugar de los hechos puede dar lugar tanto a la participación con actos ejecutivos como preparatorios. Si el vigilante del robo al que acabo de aludir no ha saltado el muro y, por consiguiente, no ha realizado ningún acto ejecutivo en el sentido del artículo 238.1.º, sino que ha estado ejerciendo la misma tarea de guardia fuera del referido muro, su acto debe ser calificado de preparatorio –de preparatorio, a pesar de que su acción se desarrolla *simultáneamente* con la ejecución del delito que están llevando a cabo los restantes intervinientes–, con lo que, excluida ya su calificación como partícipe ejecutivo, la cuestión que habría que decidir entonces es la de si esa vigilancia es constitutiva de cooperación necesaria o de complicidad.

## VII. El problema de la cooperación necesaria

En 1966, me encuentro con que la dogmática española ha acudido a dos criterios distintos para interpretar la cooperación necesaria (71).

Según el primer criterio –abstracto–, «para averiguar si una determinada conducta es o no condición necesaria del resultado, el juez debería tener en cuenta qué es lo que hubiera sucedido, hipotética-

(70) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 97-99, y ahora, además, los artículos 17.3 («La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley») y 18.2, párrafo primero («La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevé») CP 1995.

(71) Referencias en mi *Autor y cómplice*, pp. 131 ss.

mente, suprimiendo in mente la actividad cuya necesidad se pretende determinar. Si el delito se hubiera ejecutado también, el comportamiento objeto de examen constituiría complicidad; si el resultado criminal no hubiera tenido lugar, el comportamiento sería subsumible en el 14,3» (72).

Según el segundo criterio –concreto– (73), *cualquier* condición en relación de causalidad con el resultado –en el sentido de la teoría de la *conditio sine qua non*–, y *por muy poca importancia que haya tenido para la realización del delito*, sería constitutiva de cooperación necesaria.

Contra la interpretación abstracta de la cooperación necesaria argumenté en su día –y me ratifico en ese argumento– que «no es posible que la ley haya querido –se opone, pues, a la voluntad objetiva de la ley– encomendar al juez tareas insolubles. E insoluble es averiguar si el autor directo hubiera podido o no encontrar un modo de sustituir la actividad del cooperador. Por tanto, y en base al principio *in dubio pro reo*, habría que considerar siempre a todo partícipe que no sea ejecutor, cómplice y nunca cooperador necesario, con lo que el artículo 14 núm. 3 no encontraría jamás una oportunidad de ser aplicado. Y claro es que el legislador no dicta preceptos para que no entren en ningún caso en juego. Resumen: La interpretación abstracta de la “necesidad” es incompatible con la voluntad objetiva de la ley» (74).

Igualmente sigo considerando válidos los argumentos que entonces expuse contra la interpretación concreta de la cooperación necesaria: «Los resultados a que llega la posición concreta nos muestran ya que no puede ser correcta. Pues el núm. 3 del artículo 14 ha de presentar frente al artículo 16 una diferenciación *material*. Con ello quiero

(72) GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, p. 137.

(73) Referencias en GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 133.

(74) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 139. V. también p. 203: «Sin embargo, tampoco esta otra posibilidad de interpretación (la abstracta) del artículo 14 núm. 3 puede ser correcta. Y no lo puede ser por dos motivos fundamentales. En primer lugar, porque no hay juez en el mundo que pueda constatar lo que habría sucedido sin mi colaboración. Y en segundo lugar, porque aunque hubiese un juez que, en efecto, fuese capaz de constatarlo, aunque hubiese en algún lugar de la tierra un juez omnisciente, desde un punto de vista de justicia material la solución seguiría siendo poco convincente. Lo que el partícipe sabe en el momento de actuar es sólo si su aportación es o no difícil de conseguir para el autor en sentido estricto, si ella le resuelve o no un grave problema. Este factor, que es el único que el partícipe conoce, es también el único que hay que tener en cuenta para calificar su conducta. ¿Por qué va a depender el que se me considere cooperador necesario o cómplice de lo que yo no sé –de si mi conducta es “absolutamente necesaria” o no– en el momento de actuar? Lo lógico es que dependa de lo que yo sé. Y lo que yo sé es si estoy resolviendo o no una dificultad sería para el autor directo».

decir lo siguiente: como la consecuencia jurídica de la cooperación necesaria consiste en una pena superior a la de la complicidad, con la definición del artículo 14 número 3 se tiene que describir, forzosamente, una conducta que sea más digna de castigo que la del 16. Pero éste no sería el caso si la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad residiera en que aquella era causal y ésta no para el resultado» (75).

A la vista de que ninguna de las dos exégesis entonces vigentes de la cooperación necesaria eran convincentes –la posición abstracta ni siquiera era viable–, propuse interpretar el entonces vigente artículo 14.3 [hoy: 28.b)], partiendo de que «está fuera de duda que la ley, en el artículo 14 núm. 3, hace referencia a una actividad de *especial importancia* para el resultado. Por ello, el CP vincula a la cooperación necesaria una pena superior a la impuesta al cómplice, cuya conducta no es demasiado importante, no tiene gran trascendencia para la consecución del resultado delictivo» (76). Y añadía que esa interpretación era conforme con lo que en el lenguaje corriente se entendía por una aportación sin la cual no se habría podido alcanzar un determinado objetivo: «El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente: en la conversación de cada día también hablamos de prestaciones o cosas sin las cuales no habríamos podido hacer esto o lo otro. Y hablamos de ello, aunque, naturalmente, ignoramos cuál es el curso que habrían seguido los acontecimientos si no hubiéramos podido disponer de esas prestaciones o cosas» (77).

### VIII. La teoría de los bienes escasos. Reformulación y rebautizo de la teoría de los bienes escasos: la «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)»

Teniendo en cuenta, por consiguiente, que la diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad debe interpretarse, *según una exégesis conforme con el texto de la ley*, en el sentido de que aquella es una *aportación importante* para la ejecución del delito, mientras que la última no lo es, y teniendo en cuenta que, *desde un punto de vista material*, tiene también todo el sentido castigar más severamente la cooperación necesaria (con la misma pena del autor) que la complicidad (a la que se le impone la pena inferior en grado a la del autor), en cuanto que la primera ha contribuido *de manera más decisiva* que

(75) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 140 (cursivas en el texto original).

(76) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 152 (cursivas en el texto original).

(77) GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 152/153.

la segunda a ayudar al autor material para la realización del tipo penal, propuse, para delimitar lo que es necesario de lo no-necesario, la que yo denominé «teoría de los bienes escasos» (78).

Desde su formulación, esta teoría de los bienes escasos ha tenido una gran acogida en la jurisprudencia española –¡muchas gracias!–, si bien tengo que confesar: primero, que, en su aplicación práctica, no ha servido de mucho para diferenciar la cooperación necesaria de la complicidad, y, segundo, que de esa poca utilidad en su aplicación práctica no es responsable la jurisprudencia española, sino, con toda seguridad, mi torpeza a la hora de establecer criterios fácilmente concretizables sobre lo que es y lo que no es un «bien escaso», una torpeza que, de alguna manera, ya intuía en 1966 cuando escribía: «Si este desarrollo [el que había llevado a cabo de la teoría de los bienes escasos en las páginas precedentes] ha sido acertado y si necesita ser completado o modificado en algunos puntos es algo que no le toca decidir al autor de esta obra» (79).

Pero como sigo creyendo que es correcto el *núcleo* de la teoría de los bienes escasos, a continuación voy a tratar de ofrecer criterios de aplicación más seguros, lo que me lleva a proponer, en el presente trabajo, una reformulación de esta teoría y un rebautizo de la misma, sustituyendo el nombre de «teoría de los bienes escasos» por el de «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)».

Para explicar por qué sigo considerando que el *núcleo* de esa teoría sigue siendo válido para delimitar la cooperación necesaria de la complicidad, voy a recordar en lo que sigue, y fragmentariamente, algunos de los postulados y ejemplos –no siempre lineales y no siempre exentos de contradicciones– que recogía en mi monografía de 1966.

La idea central de la teoría de los bienes escasos –como criterio de diferenciación entre el art. 14.3 y el 16 CP 1973 y, actualmente, entre los arts. 28 b) y 29 CP 1995– era la de que la distinción tenía que residir en la mayor (cooperación necesaria) o menor dificultad (complicidad) del autor para obtener la correspondiente prestación del partícipe, y que la cooperación necesaria no se podía entender, *en un sentido estrictamente literal*, de si el autor hubiera podido o no obtener, *hipotéticamente*, dicha prestación si el cooperador necesario real se hubiera negado a aportarla, porque ello habría exigido del intérprete que pudiera demostrar lo indemostrable –qué es lo que habría sucedido, si ...–, sino que había que entenderla, *en un sentido coloquial*, de qué es lo que ex ante suponía una aportación importante para la realiza-

---

(78) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 151 ss.

(79) *Autor y cómplice*, p. 204.

ción de delito, independientemente de si hubiera existido o no la posibilidad, por otros medios, de obtener idéntica aportación.

En mi «Autor y cómplice» distinguía, de entre las aportaciones de los cooperadores necesarios y no-necesarios, entre aquéllas que habían consistido «en la entrega de una cosa» (80) y aquéllas otras que «consist[ían] en un mero hacer» (81).

Por lo que se refería a la entrega de cosas, al interpretar el 14.3, escribía (82): «si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es coautor (83) del 14.3, prescindiendo de si por un azar o realizando un serio esfuerzo hubiera podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona. En cambio, si lo que entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta es de complicidad».

De acuerdo con ese principio –y frecuentemente utilizando casos de la jurisprudencia, y tomando posición frente a ellos, en los que ésta se había pronunciado sobre la concurrencia de cooperación necesaria o complicidad–, y en lo que se refiere a la aportación al hecho delictivo de *bienes no-escasos*, y constitutivos, por consiguiente de conductas de *complicidad*, ponía como ejemplos, la entrega de un cuchillo para cometer un homicidio (84), o de un martillo para el mismo fin (85), o de «una piedra (v. gr., para producir daños), un palo (v. gr., para alcanzar la cosa que se quiere hurtar), una escalera (v. gr., para penetrar en la morada que se quiere allanar)» (86), o proporcionar a los restantes delincuentes una habitación donde planear el hecho punible (87), mientras que, entre otros, calificaba de *bienes escasos*, cuya contribución por parte del partícipe le convertía en *cooperador necesario*, facilitar a los autores materiales de delitos contra las personas instrumentos tales como pistolas, dinamita o un veneno (88).

Y en relación con aportaciones no consistentes en entregar (o en poner a disposición) cosas para la comisión de un delito, sino en el

(80) Pp. 155 ss.

(81) Pp. 167 ss.

(82) P. 159.

(83) Aquí utilizaba la expresión coautor en el sentido legal del 14.3 de «se consideran autores...», aunque, naturalmente, en un sentido técnico el cooperador necesario es un partícipe.

(84) Cfr. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, pp. 154, 194.

(85) *Op. cit.*, p. 155.

(86) *Op. cit.*, *loc. cit.*

(87) La STS de 6 de julio de 1881 había estimado, sin embargo, que esa conducta era de cooperación necesaria: cfr. *op. cit.*, pp. 196/197

(88) Cfr. *op. cit.*, pp. 155, 156, 158 y 160.

despliegue de *actividades* de participación –y, a menudo también, analizando críticamente casos resueltos por la jurisprudencia–, establecía el criterio central de que constituían actividades de cooperación necesaria todas aquéllas que tuvieran un *carácter inequívocamente criminal* (89), reservando para la complicidad aquéllas otras que no habría tenido inconveniente en ejecutar –si no hubiera conocido el uso delictivo que se iba a hacer de tal actividad–, y precisamente por carecer de tal carácter, cualquier persona cuidadosa: «Este factor [el criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta] se corresponde con el siguiente principio: Abundante será toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa; pues si la mayoría de los hombres no ponen reparos a comportarse de esa manera, ello significa que, por así decir, disponemos de tal actividad, que ésta no nos es escasa. Por consiguiente, si un sujeto se encarga de llevar la carta injuriosa que otro ha escrito a su destinatario, tal actividad no será de cooperación necesaria, ya que todo el mundo tiene a su disposición el servicio de correos para remitir una carta. El criterio de la conducta que un hombre cuidadoso no tiene inconveniente en llevar a cabo es aquí el criterio decisivo; precisamente porque, como hemos dicho anteriormente, son estos los que abundan en la sociedad, no los criminales. Por tanto, en principio, toda actividad claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo es escasa y constitutiva de cooperación necesaria. No es claramente criminal, por ejemplo, el trasladar en automóvil al delincuente al lugar del delito; pues, *ocultando las intenciones delictivas*, tenemos a nuestra disposición taxis y otros medios de transporte que nos llevan al punto que determinemos. Por ello, el partícipe que, con conciencia de la finalidad del viaje, lleva a cabo tal conducta no coopera necesariamente; es sólo cómplice. En cambio, es cooperación necesaria la vigilancia mientras otros roban, pues el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo una actividad tan claramente criminal» (90).

En mi «Autor y cómplice», porque estimaba que constituían conductas inequívocamente criminales, entendía que eran casos de cooperación necesaria, ejercer funciones de vigilancia mientras se cometía un robo (91), facilitar el nombre de una persona dispuesta a cometer un aborto ilegal –las SSTs de 11 de octubre de 1946 y de 3 de julio de 1963, en cambio, habían calificado esa conducta de complicidad– (92), indicar a una mujer embarazada qué manipulaciones debería llevar a cabo

(89) *Op. cit.*, p. 167: “El criterio de la inequívoca criminalidad de la conducta”.

(90) *Gimbernat*, Autor y cómplice, pp. 167/168 (cursivas añadidas).

(91) Cfr. *op. cit.*, pp. 168, 197.

(92) *V. op. cit.*, p. 198 con n. 218.

para provocarse un aborto –comportamiento que la jurisprudencia había considerado de complicidad– (93), o poner a quienes necesitaban unas certificaciones falsas en contacto con la persona que sabía cómo realizarlas (94). De igual manera, y dentro todavía del marco de la cooperación necesaria, me «adher[ía] a la doctrina jurisprudencial dominante de considerar cooperación necesaria la consistente, en el hurto o en el robo, en poner a disposición de los autores habitaciones contiguas o pasadizos que llevan a la estancia donde se desea perpetrar el delito y también la de aquéllos que, desde dentro de la casa, facilitan la entrada a los ladrones» (95), como asimismo expresaba que «nada hay que oponer ..., por tratarse de una actividad claramente criminal ..., a la doctrina jurisprudencial dominante de considerar cooperación necesaria la conducta del que en un delito contra la vida o contra la propiedad distrae al sujeto pasivo para que los otros codelincuentes puedan aprovecharse de la situación de sorpresa», añadiendo que «consideraciones parecidas hacen aparecer correcta la tesis del TS de calificar de cooperación necesaria las conductas de la persona que, con engaño, lleva a la víctima a un lugar propicio donde la matan, la de quien indica a los codelincuentes que el sujeto a quien se quiere quitar la vida se ha dormido ya o ha llegado ya a su casa y la del que señala a los ladrones quién es la persona que lleva el dinero» (96).

En cambio, y por sólo mencionar dos supuestos de hecho a los que la jurisprudencia del TS había calificado equivocadamente de cooperación necesaria (97), y por no constituir comportamientos inequívocamente criminales, había estimado que eran de complicidad las actividades de llevar una carta injuriosa a su destinatario (98) o del mero traslado en automóvil del autor al lugar de comisión del delito (99).

#### IX. Los «actos neutrales» o «actos cotidianos»

En 1966, año de la publicación de mi «Autor y cómplice en Derecho penal», nadie se había ocupado en la dogmática juridicopenal –porque no se había tomado conciencia ni de su existencia ni de su

(93) V. *ibidem*.

(94) Cfr. *ibidem*.

(95) *Autor y cómplice*, p. 199.

(96) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 200, donde todos esos ejemplos se mencionan, citando las correspondientes sentencias del TS en las que calificaba de cooperación necesaria tales conductas.

(97) Indicaciones en *op. cit.*, pp. 198/199, 200.

(98) V. *op. cit.*, pp. 168, 200.

(99) V. *op. cit.*, pp. 168, 199.

relevancia— de los llamados «actos neutrales» o «actos cotidianos», es decir: de aquellos actos aparentemente inocuos como vender un cuchillo de cocina o como trasladar a una persona a un determinado lugar, que se convierten en constitutivos de participación delictiva y dejan de ser inocuos, desde el momento en que el partícipe sabe —porque se ha puesto de acuerdo con el autor o porque ha llegado a ese conocimiento por otros medios— que la entrega de ese instrumento (el cuchillo se va a emplear para un asesinato) o el ejercicio de esa actividad (el conductor del automóvil sabe que está trasladando al ocupante al lugar donde éste va a llevar a cabo una violación o un robo) serán utilizados para la comisión de un delito.

Entretanto, sin embargo, la dogmática de los «actos neutrales» se ha convertido, en palabras de *Amelung*, en un «tema de moda» que ocupa y sigue ocupando a la jurisprudencia y a la ciencia penal, no sólo a la alemana (100), sino también a la española (101). En Alemania, cuyo StGB sólo conoce la complicidad —pero no la cooperación necesaria—, la discusión se ha desencadenado porque, según la jurisprudencia y la ciencia dominantes en aquel país, ciertamente que los «actos neutrales» son, en principio, constitutivos de complicidad, si bien, y según las distintas opiniones —en cuyas variantes, naturalmente, no puedo entrar aquí— algunos de ellos deben quedar al margen del Derecho penal: la discusión en Alemania se centra, por consiguiente, en determinar qué «actos neutrales» deben calificarse de conductas de complicidad y cuáles ni siquiera alcanzan esa categoría, debiendo quedar, por consiguiente, impunes.

Lo que la dogmática actual considera «acto neutral» *coincide en todo* con mi concepto de aquellas conductas de participación integrantes —frente a las de cooperación necesaria— de complicidad. En primer lugar, porque yo consideraba «*actividades*» de complicidad «toda actividad que no tiene inconveniente en llevar a cabo cualquier persona cuidadosa» (102), y «*entregas de cosas*», fundamentadoras asimismo de complicidad, aquellos supuestos en los que lo que «se

(100) Indicaciones bibliográficas en ROXIN, *AT II*, 2003, § 26 n. 292, y, más recientemente, en FISCHER, *StGB*, 60 ed., 2013, § 27 n. m. 16 a.

(101) Donde también se ha acabado convirtiendo en un «tema de moda»: cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 253 ss.; FEIJOO, *Límites de la participación criminal*, 1999, pp. 73 ss.; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 2001; LANDA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral «cotidiana». Contribución al límite mínimo de la participación frente a los «actos neutros»*, 2002; ROBLES, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 23 ss.; MIRÓ, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 63 ss.

(102) *Autor y cómplice*, pp. 167/168.

entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir» (103), «actos neutrales» que se convierten en actos de complicidad cuando quien lleva a cabo esa conducta, en principio inocua, sabe que va a ser utilizada como contribución para la comisión de un delito. Y, en segundo lugar, porque, como yo estimaba que era de cooperación necesaria toda conducta de participación que tuviera «un carácter inequívocamente criminal», de ahí hacía seguir, a contrario, que lo que no tuviera ese carácter de que «no [fuera] claramente criminal» (104), sólo podía fundamentar una complicidad.

La coincidencia de «acto neutral» con lo que yo denominaba bien no-escaso constitutivo de complicidad se pone de manifiesto en que, para determinar lo que debe entenderse por «acto neutral», la dogmática y la jurisprudencia alemanas acuden a *los mismos supuestos* que yo empleaba para ilustrar lo que era una actividad o una cosa no-escasas: entrega de un martillo (105) o de un cuchillo de cocina (106) para atacar a otra persona, taxista que conduce al traficante de droga al lugar de comisión del delito (107), entrega de una escalera como instrumento para cometer un robo o un allanamiento de morada (108).

Prescindiendo de ejemplos traídos por los pelos en los que se niega que sean constitutivas de complicidad determinadas «acciones neutrales o cotidianas» –no sería cómplice de un delito contra la Hacienda Pública el que abona a un profesional el dinero que le corresponde por la obra realizada, aun conociendo que la suma percibida por éste no la va a declarar a la Agencia Tributaria (109)–, la doctrina jurisprudencial alemana parte, con razón, de los siguientes principios: «Si la actuación del autor principal está dirigida exclusivamente a cometer un hecho punible, y eso lo sabe quien presta la ayuda, entonces hay que valorar la contribución de éste al hecho como una acción de complicidad; el hecho pierde siempre su “carácter cotidiano” y ha de ser interpretado como de “solidaridad” con el autor» (110).

(103) *Op. cit.*, p. 159.

(104) *Op. cit.*, p. 168.

(105) ROXIN, *op. cit.*, § 26 nn. mm. 218 y 222.

(106) FRISTER, AT, 3.<sup>a</sup> ed., 2008, 28/47.

(107) Así, la jurisprudencia alemana: cfr. ROXIN, *op. cit.*, § 26 n. 330.

(108) Así, la jurisprudencia alemana: cfr. FRISTER, *op. cit.*, 28/45.

(109) Ejemplo que se reproduce a menudo para ilustrar casos de acciones neutrales no constitutivas de complicidad: v. sólo ROXIN, *op. cit.*, § 26 n. m. 218.

(110) Así resumen SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER-HEINE, *StGB*, 27 ed., 2006, § 27 n. m. 10 a, la doctrina establecida por la jurisprudencia del BGH. Análogamente, FISCHER, *StGB*, 60 ed., 2013, § 27 n. m. 18, para quien la posición de la jurisprudencia alemana se puede expresar así: «acciones neutrales en sí pierden su “carácter cotidiano” cuando el comportamiento del autor principal está dirigido a la comisión de un hecho punible y eso lo sabe positivamente quien presta la ayuda».

Ciertamente que el «acto neutral o cotidiano» tiene una significación distinta en Alemania de la que yo propongo que tenga en nuestro Derecho penal.

Como en el StGB, entre los actos preparatorios de participación en el delito, *sólo existe la complicidad* –al contrario de lo que sucede en España, donde, *en función de su importancia para la realización del delito*, el CP distingue los actos de cooperación necesaria de los de complicidad–, en Alemania los «actos neutrales» constituyen el *límite mínimo de la complicidad* –y sirven para excluir, *en supuestos excepcionales*, incluso a algunos de ellos de la esfera de la complicidad–, y son castigados, como tal complicidad, exactamente igual que los «actos no-neutrales» de participación en el delito con una pena inferior (§ 27 en relación con el § 49.1 StGB) a la que corresponde al autor, que es la que se impone (además de a los autores inmediatos y mediatos) también al partícipe ejecutivo y al inductor.

En cambio, como en nuestro Código sí que existe la distinción cooperación necesaria-complicidad, la solución que propongo en este trabajo, y dada que la diferencia entre una y otra reside en la mayor o menor importancia que haya supuesto la correspondiente aportación para la realización del delito, y dada, asimismo, la evidente mayor facilidad que, para ejecutar el hecho punible, tiene el autor principal de obtener «actos neutrales o cotidianos» que no la de conseguir «actos no-neutrales o no-cotidianos», la ayuda con estos últimos integrará una cooperación necesaria, mientras que la que consista en aquellos «actos neutrales o cotidianos» tendrá que calificarse de complicidad (111).

---

(111) La jurisprudencia española se está empezando a ocupar, ocasionalmente, de los actos neutrales, pero a veces en una dirección que no coincide ni con la mantenida por la jurisprudencia alemana (v. supra n. 70), ni con la que yo mantengo en este trabajo. Y así, mientras que los tribunales alemanes consideran que los actos neutrales son constitutivos, por lo general, de complicidad, debiendo quedar impunes sólo en casos excepcionales, y yo soy de la opinión de que la cualidad de acto neutral es lo que distingue a la punible complicidad de la cooperación necesaria (acto no-neutral), el TS ha llegado a decir, equivocadamente, «que estos actos [neutrales] son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que *por regla general no son típicos*» (STS 34/2007, de 1 de febrero, cursivas añadidas). De esta manera, en la primera sentencia en la que, por lo que alcanzo a ver, el TS se ocupó, aun sin emplear todavía esa terminología, de los «actos neutrales», mantuvo la tesis de que, por constituir actos cotidianos, era impune y no constituía complicidad, en una detención ilegal, la conducta de la mujer que, sabiendo que estaba privado ilegalmente de libertad, lavaba la ropa del secuestrado –encerrado durante casi un año en un zulo de tres metros de largo, 1,90 de ancho y 1,95 de alto– y proporcionó el coche con el que aquél fue puesto en libertad, tesis mayoritaria del tribunal que fue rechazada, convincente y contundentemente, en el voto particular formulado a la sentencia por los magistrados Martínez Arrieta y Monterde.

## X. Conclusiones

Reformulando en parte mis tesis expuestas por primera vez, en 1966, en mi monografía sobre «Autor y cómplice en Derecho penal», y rebautizando mi «teoría de los bienes escasos» con el de «teoría de los actos no-neutrales (o de los actos no-cotidianos)», propongo la siguiente interpretación de la regulación de la autoría y de la participación en el Código Penal español.

### 1. AUTORES

*a)* Autor en sentido estricto (o autor material o autor principal) es aquél cuya conducta es directamente subsumible en el tipo correspondiente de la Parte Especial, independientemente de si en la realización de la conducta típica han colaborado también con él otros partícipes con actos ejecutivos.

*b)* Autor mediato es quien realiza el hecho sirviéndose del autor material al que utiliza como un «instrumento» (art. 28, párrafo primero, inciso tercero).

### 2. PARTÍCIPES

Todos los demás intervinientes en el acontecimiento delictivo son partícipes.

*a)* Partícipe ejecutivo [art. 28, párrafo primero, segundo inciso («conjuntamente») CP] es todo aquél que, sin que su conducta sea directamente subsumible en el tipo penal en cuestión, ayuda al autor principal a la realización del delito, *e independientemente de la mayor o menor importancia de su aportación*, con actos ejecutivos en el sentido del artículo 16.1 CP.

*b)* Inductor [art. 20.a)] es quien despierta en el autor material la decisión de cometer un delito.

*c)* Cooperador necesario [art. 28.b)] es el partícipe que, sin ser partícipe ejecutivo, contribuye a la realización del delito con un acto preparatorio caracterizado por ser un «acto no-neutral (un acto no-cotidiano)» o, expresándolo con términos menos precisos, con una «conducta con un carácter inequívocamente criminal» o un «bien escaso».

*d)* Finalmente, la aportación del cómplice (art. 29) al autor principal consiste en un acto preparatorio caracterizado por ser un «acto neutral (un acto cotidiano)» o, expresándolo en términos menos precisos, una «conducta no claramente criminal» o un «bien no-escaso».

### C) LA OMISIÓN IMPROPIA

Voy a empezar con un caso reciente resuelto por un tribunal inferior: el enjuiciado por la sentencia 179/2013, de 30 de julio, del Juzgado de lo Penal de Huelva núm. 1: La niña Dolores, poco tiempo después de ser sometida a una intervención quirúrgica de apendicitis aguda, empieza a presentar síntomas alarmantes: fuertes dolores de abdomen, vómitos, diarreas, picos de fiebre de 39.2.º C. Los dos médicos que la atienden piensan que se encuentran ante una «supuesta y extraña gastroenteritis», pero no consiguen estabilizar a la enferma con la administración de analgésicos y antitérmicos, falleciendo la menor a las pocas horas. El tribunal reprocha a ambos médicos que, para llegar a un diagnóstico correcto de la enfermedad que sufría la paciente, deberían haber realizado pruebas complementarias como análisis de sangre o alguna exploración radiográfica o ecográfica.

«Las defensas sostienen que la asistencia facultativa de ambos acusados fue correcta desde el primer momento y que la realización de pruebas complementarias o la implantación de un tratamiento antibiótico, *aunque hubieran detectado el mal, no hubieran impedido el resultado de muerte*». Frente a esta alegación de que la acción omitida no hubiera impedido el resultado (los médicos fueron condenados por un homicidio imprudente en comisión por omisión), el Juzgado contesta que «ha quedado acreditado que los acusados Vicente y Celia no aplicaron a la paciente algunas prácticas recomendadas que *hubiesen dado más chance* de alcanzar un diagnóstico precoz», con lo que «aquellas actuaciones [de diagnóstico] se habrían anticipado lo suficiente para evitar, *probablemente*, el proceso infeccioso del que derivó el resultado fatal», añadiendo que «esta clara negligencia profesional no facilitó una intervención operatoria o un tratamiento antibiótico lo más inmediato posible, lo que *tal vez hubiera evitado* las consecuencias del resultado fatal final o disminuido sus efectos». (Todas las cursivas que figuran en las citas literales de la sentencia han sido añadidas).

En mi trabajo «Tiene un futuro la dogmática juridicopenal», publicado en 1970 (112), escribía: «conocido el alcance de la teoría [establecida por la dogmática para interpretar un determinado precepto o una determinada institución] y el razonamiento en que se basa, es posible controlar si se es consecuente con la teoría misma, si su aplicación a un caso concreto es, sobre la base de los presupuestos en que se apoya, correcta –por hallarse comprendido realmente dentro del

---

(112) Cito del texto que recojo en mis *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 140-161.

sector que aquélla abarca— o incorrecta —cuando se extiende a supuestos que caen fuera de su campo—» (113), y añadía: «La dogmática jurisdicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación» (114).

Con la concepción dominante de la omisión impropia sucede, en cierto sentido, lo contrario de lo que acontece con la teoría del dominio del hecho. Como he tratado de demostrar supra B V, esta última teoría está formulada en términos tan ambiguos e inconcretos que hace impracticable una aplicación precisa de la misma al caso concreto, tal como lo pone de manifiesto la jurisprudencia española de las últimas décadas, cuyos resultados contradictorios, a la hora de hacer entrar en juego la teoría del dominio del hecho, para determinar lo que es autoría y lo que es participación (115), hacen imposible prever cuál va a ser la calificación de una conducta cuando en la comisión de un delito intervienen varias personas, con las lamentables consecuencias que de todo ello derivan para la *seguridad jurídica*.

En la omisión impropia sucede todo lo contrario, ya que aquí la doctrina dominante (116) nos ofrece una fórmula de *precisión casi matemática* para determinar cuándo se le debe imputar al garante el resultado típico sobrevenido, a saber: «cuando su acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad (o en la certeza) hubiera evitado el resultado».

Si aplicamos esta fórmula de la doctrina dominante al caso resuelto por el Juzgado de lo Penal de Huelva, éste tendría que haber absuelto —y no condenado, tal como hizo, a los médicos acusados, Vicente y Celia— del delito de homicidio imprudente en comisión por omisión. Ya que, como la propia sentencia reconoce implícitamente, para nada

---

(113) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 159.

(114) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 158.

(115) Incluso sobre lo que es cooperación necesaria, a pesar de que ésta, como también he expuesto (supra B V), por ser una indubitada forma de participación, se tendría que caracterizar por la no-detentación del dominio del hecho.

(116) Amplísimas referencias sobre esta doctrina dominante en GIMBERNAT, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión»*, pp. 396 ss. Se cita del texto de este trabajo, publicado por primera vez en 2000, de acuerdo con la paginación con la que aparece recogido en mis *Estudios sobre el delito de omisión*, 2013. Los restantes trabajos míos sobre la omisión se recogen también en —y se citan con la paginación de— mis mencionados *Estudios sobre el delito de omisión*.

puede hablarse de que la acción omitida de efectuar pruebas complementarias de análisis de sangre o de exploraciones radiográficas o ecográficas *habrían evitado la muerte de la niña con una probabilidad rayana en la certeza*.

Y no puede hablarse de ello, en primer lugar, porque no está acreditado que si esas pruebas se hubieran realizado se hubiera podido alcanzar un diagnóstico precoz de la enfermedad que padecía la niña, sino que esas pruebas, según la sentencia, sólo «hubiesen dado más chance de alcanzar un diagnóstico precoz», y «dar más chance» es únicamente una probabilidad, pero no una probabilidad rayana en la seguridad de conseguir un diagnóstico correcto. Y no puede hablarse de ello, en segundo lugar, porque, aunque se hubiera podido llegar a ese diagnóstico precoz, ni siquiera en ese caso podría afirmarse que las medidas terapéuticas que entonces habrían venido médicamente indicadas —«una intervención operatoria o un tratamiento antibiótico»— habrían impedido la muerte de la víctima con una probabilidad rayana en la certeza: *sólo, «probablemente, el proceso infeccioso del que derivó el resultados fatal (se habría podido evitar)»*, es lo que se lee en la sentencia.

En otros trabajos míos —a los que aquí me remito (117)— creo haber demostrado que tanto la jurisprudencia española, como la alemana, a la hora de afirmar la presencia de una omisión impropia y, consiguientemente, de imputar el resultado al garante, echan por la borda la fórmula cuasimatemática de la «probabilidad rayana en la certeza de la evitación del resultado», para hacer responder al omitente por la lesión sobrevenida aunque la acción omitida hubiera supuesto sólo una probabilidad de impedir el resultado, algo que sucede especialmente —pero no sólo— en los supuestos de imprudencia médica omisiva (118), o en aquellos otros en los que el garante, como sucede, por ejemplo, en supuestos de responsabilidad por el producto, se niega a dar un orden de retirada del producto, sin que en estos casos pueda afirmarse, obviamente, con una probabilidad rayana en la certeza, que los cientos de mayoristas, los miles de minoristas, ni las decenas de miles de consumidores que ya están en posesión del producto en cuestión, hubieran obedecido dicha orden de retirada o se hubieran abstenido de consumirlos (119).

En realidad, la fórmula de la «probabilidad rayana en la certeza de evitar la lesión» tiene limitado su campo de aplicación coherente a casos extremos, como el de la muerte del bebé por inanición —si la madre—

---

(117) GIMBERNAT, *Estudios sobre el delito de omisión*, pp. 76 ss., 83 ss., 98 ss.

(118) Para más detalles, cfr. GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 98 ss., 319 ss., 411 ss.

(119) Ampliamente sobre la omisión impropia en la responsabilidad por el producto, GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 400 ss.

garante hubiera alimentado a su hijo, con práctica seguridad no habría muerto— o del guardabarreras que no baja las vallas —si lo hubiera hecho, el tren, también con práctica seguridad, no habría arrollado al automóvil que se le cruzó en las vías—; pero la omisión impropia —especialmente la omisión impropia imprudente— debe —o debería— extenderse a un ámbito mucho más amplio, y así lo entienden también, con razón, pragmática (pero inconsecuentemente), los tribunales, como el Juzgado de lo Penal de Huelva: con razón, ya que el Derecho penal no puede quedarse con los brazos cruzados, y tolerar que, por ejemplo, los médicos dejen de aplicar las medidas terapéuticas médicamente indicadas —sin experimentar ningún temor a ser hechos responsables penalmente por los resultados sobrevenidos— con el ciertamente irrefutable argumento de que —aunque se diagnostique correctamente y se trate conforme a la *lex artis* a los que sufren una peritonitis o un cáncer o una infección o un traumatismo severo— unos pacientes se mueren, y otros no, unos experimentan un agravamiento de su estado de salud, y otros no.

No pretendo en este trabajo hacer propaganda alguna de la fórmula que he propuesto para determinar —frente al criterio de la teoría dominante— cuándo se le puede imputar a un garante el resultado sobrevenido, a saber: «cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de ese foco de permitido en ilícito o la no reconducción al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados» (120)

Lo único que he querido poner aquí de manifiesto es la esquizofrenia de la doctrina dominante que, primero, presenta una definición de la omisión impropia como aquélla en la que la acción omitida por el garante habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza, y luego se olvida de ella a la hora de imputar resultados lesivos al omitente-garante. Si se quiere hacer dogmática juridicopenal en serio sólo quedan dos caminos: o se cambia esa definición o, si no se cambia, se aplica en sus propios términos, porque lo que no es posible lógico-jurídicamente es la tomadura de pelo de que la definición abstracta de omisión impropia vaya por un lado y la calificación concreta de un comportamiento como tal omisión impropia, por otro.

---

(120) GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 248; v. también pp. 298/299. En otro lugar, (Comentarios al Código Penal, tomo I, Edersa, 1999, p. 439), he formulado la misma definición de una manera semejante: «la equivalencia desvalorativa de un delito de omisión (impropia) con el delito de acción se dará cuando la inactividad del encargado de una fuente de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de esa fuente de permitida en ilícita, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado».

## D) EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

En 1970 publiqué «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?» y al año siguiente, en 1971, otro trabajo titulado «El sistema del Derecho penal en la actualidad» (121), en los que, apoyándome en el psicoanálisis, mantengo que el libre albedrío es indemostrable, pero que ello no supone que se venga abajo el Derecho penal, sino sólo una explicación distinta de los Códigos Penales realmente existentes, alejada del entendimiento de la pena vinculada a la culpabilidad, y ésta a un *indemostrable* juicio de reproche que se hace recaer sobre el autor, porque éste ha cometido un delito, a pesar de que «podría haber actuado de otra manera»; en mi concepción, la pena aparece como un *demostrable* mecanismo de motivación (122) para fortalecer las prohibiciones que son imprescindibles para mantener la vida social dentro de un marco de convivencia mínimamente tolerable.

Como he expuesto en otro lugar, «rechazo que se me incluya, habitualmente, entre los partidarios de la prevención general negativa, como si defendiera una teoría del “reflejo condicionado” a la Pavlov» (123).

Lo que yo defiendo es, ni más ni menos, que la prevención general positiva constituye el fundamento de la pena (124), pero explicando, además, cuál es el mecanismo de funcionamiento de esta clase de prevención.

«Naturalmente», expongo en el mismo lugar (125), «que, como escribe *Jakobs*, la pena “grava al comportamiento quebrantador de la norma con consecuencias costosas”, que, por ello, convierte al delito en una “alternativa de conducta no deseable”, y que la pena se aplica para que al ciudadano se le “ejercite en la fidelidad al Dere-

(121) Ambos trabajos aparecen recogidos en mis *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 140-161 y 162-181, respectivamente.

(122) Que ese mecanismo de motivación es *empíricamente demostrable* se pone de manifiesto en que cada vez que, por la razón que sea (huelgas de policías o grandes catástrofes, como terremotos, etc.), deja de tener vigencia efectiva el Derecho penal, se produce un aumento insólito de toda clase de delitos, como atentados contra las personas, saqueos de comercios, etc., cuya única explicación plausible es la de que personas, que mayoritariamente no habían cometido hasta entonces ningún hecho punible, dejan de estar *motivadas* para no hacerlo porque sus conductas antijurídicas –al haber quedado neutralizado el Derecho penal– no van a traer consigo el *mal* de la imposición y ejecución de una pena.

(123) GIMBERNAT, *Prólogo* al libro de ALCÁCER, *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 15/16.

(124) Aun reconociendo, naturalmente, que la negativa es también *uno* de los fines de la pena

(125) GIMBERNAT, *Prólogo*, cit., p. 17 (cursivas en el texto original).

cho”, aprendiendo así, independientemente de que en el caso concreto viole o no la norma, “la conexión entre comportamiento y deber de asumir sus costos”, modelo este de finalidad de la pena al que *Jakobs* denomina el de la “prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma (la llamada prevención general positiva, o de carácter genérico –es decir, no sólo intimidatoria–)”.– Esta ulterior función de la pena no se distingue en nada de la propuesta por el psicoanálisis, en cuanto que también para éste el sentido de la pena establecida para el delito por las “autoridades determinantes de la sociedad” –en este caso: por la autoridad específica del legislador penal– consiste asimismo en “mantener”, “renovar” y “formar” el Super-Yo –en este caso: el Super-Yo coincidente con la norma penal– “convirtiéndose” así el “poder físico (de la pena)... en uno moral” (126).– La diferencia entre la teoría psicoanalítica de la pena y la de *Jakobs* reside en que, mientras que éste se limita a establecer que la finalidad de la pena reside en la prevención general positiva, *pero sin explicar de qué modo se genera*, aquélla fundamenta racionalmente cuál es el mecanismo psicológico que opera que el castigo estatal se traduzca en un mantenimiento y reconocimiento de las normas promulgadas por las “autoridades determinantes de la sociedad”».

Como es obvio que los fenómenos psíquicos y espirituales tienen su origen en el cerebro, *Freud* no podía ignorar –y no ignoraba– que la estructura psicoanalítica –yo, ello, superyo– tenía una base orgánica, imposible de esclarecer al tiempo de *Freud*, teniendo en cuenta que en aquel entonces la neurología era todavía una ciencia incipiente, aunque *Freud* nunca descartó que, con el desarrollo de esa ciencia, se pudieran confirmar fisiológicamente algunos de sus descubrimientos (127).

«El edificio teórico del psicoanálisis que hemos creado», escribe *Freud*, «es, en realidad, una supraestructura que alguna vez podrá asentarse sobre un fundamento orgánico; pero éste no lo conocemos

---

(126) Todas estas últimas citas entrecomilladas recogen literalmente o parafrasean párrafos de FROMM, *Sozialpsychologischer Teil, Studien über Autorität und Familie*, editado por HORKHEIMER y otros, 1936, p. 85.

(127) Cfr. ROTH, *Die Zeit (on line)*, 16 de mayo de 2007: «Para él (para *Freud*) lo psíquico era una parte de la actividad cerebral que desarrolla un mundo propio. Interrumpió sus primeros intentos de una fundamentación neurológica, pero mantuvo hasta su muerte que lo espiritual puede –e incluso debe– ser fundamentado neurobiológicamente».

todavía» (128). Y algunos años antes, y en el mismo sentido, *Freud* había escrito lo siguiente:

«Es un resultado inamovible de la investigación que la actividad espiritual está vinculada a la función del cerebro como a ningún otro órgano. Un poco más allá –no se sabe hasta dónde– nos lleva el descubrimiento de la no-equivalencia de las partes del cerebro y su relación especial con determinadas partes del cuerpo y actividades espirituales. Pero todos los intentos de, partiendo de ahí, acertar con una localización de los acontecimientos espirituales, todos los esfuerzos de imaginar las representaciones almacenadas en las células nerviosas y de trasladar los estímulos a las fibras nerviosas, han fracasado radicalmente. El mismo destino es el que le espera a una teoría que, por ejemplo, quisiera reconocer el lugar anatómico del sistema de lo consciente, de la actividad espiritual consciente, en la corteza cerebral, y situar los acontecimientos inconscientes en los sectores subcorticales del cerebro. *Aquí nos encontramos con una laguna que actualmente no es posible rellenar* y que tampoco pertenece a las tareas del psicoanálisis. Nuestra tópica psíquica no tiene nada que ver, *provisionalmente*, con la anatomía; se refiere a regiones del aparato espiritual –*independientemente del lugar del cuerpo en que estén situadas*– y no a lugares anatómicos» (129).

Muchos años después de la muerte de *Freud* se ha producido un avance espectacular en la investigación del cerebro, llegando las neurociencias a resultados coincidentes con la teoría psicoanalítica, localizando en el cerebro los elementos integrantes del edificio teórico del psicoanálisis, también del inconsciente (130), por lo que el neurocientífico *Roth* ha podido escribir que «no puede existir duda alguna sobre la corrección de las afirmaciones fundamentales de Freud» (131). Y por lo que se refiere a la influencia del inconsciente en nuestro comporta-

(128) FREUD, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse, Gesammelte Werke*, tomo XI, p. 403

(129) FREUD, «Das Unbewusste (1913)», *Gesammelte Werke X*, p. 273. (Todas las cursivas han sido añadidas, menos la de la palabra «provisionalmente» que aparece subrayada en el texto original de FREUD).

(130) Cfr. sólo el libro de los neurólogos Karen KAPLAN-SOLMS/Mark SOLMS, *Clinical Studies in Neuro-Psychoanalysis [manejo la traducción alemana, Neuro-Psychoanalyse*, 2.ª ed., 2005, Capítulo 10 («Sobre la anatomía neurológica del aparato psíquico»), pp. 299 ss.].

(131) ROTH, FÜHLEN, *Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2.ª ed., 2003, p. 434. V. también el mismo, *Die Zeit (on line)*, 16 de mayo de 2007: «A él [a Freud] tenemos que agradecerle la teoría más amplia sobre el espíritu y, al menos en tres aspectos, la neurociencia confirma hoy sus tesis: lo inconsciente tiene más influencia sobre lo consciente que a la inversa; lo inconsciente surge temporalmente antes que las situaciones conscientes; y el yo consciente tiene poco acceso a los fundamentos de sus deseos y acciones».

miento, según el neurocientífico norteamericano Gazzaniga (132), «mucho de lo que hacemos viene dirigido por el inconsciente y está ya casi fijado antes de que nos sea consciente», pues «las investigaciones han demostrado efectivamente que las decisiones vienen marcadas en el cerebro milésimas de segundos antes de que se tomen conscientemente», ya que «una gran parte del trabajo que realiza el cerebro se desarrolla de una manera completamente inconsciente». Esta idea de que es un inconsciente inaccesible, en principio, al consciente el que determina nuestras conductas es uno de los principios fundamentales de las neurociencias [«La sensación de querer hacer algo ahora surge *después de* que en el cerebro, más exactamente: en el sistema límbico y en los ganglios basales, se ha tomado la decisión inconsciente de si algo debe hacerse ahora y de una determinada manera» (133)] y coincide ampliamente con el papel que Freud atribuía también al inconsciente en la toma de decisiones (134), lo que ha llevado a los científicos del cerebro a considerar el libre albedrío como una «ilusión» (135),

(132) En una entrevista concedida al semanario alemán Der Spiegel (50/2011, pp. 149-152).

(133) ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln*, cit., p. 531 (cursivas en el texto original).

(134) Cfr. GIMBERNAT, *Desde el diván, Estado de Derecho y ley penal*, p. 2009: «La explicación que aporta Freud –y ahí reside su gran descubrimiento, que ha revolucionado la comprensión del comportamiento individual y también el de las masas– es que, en contra de lo que creíamos, nuestros actos no sólo están regidos por nuestra parte consciente, sino también por un tirano que desconocemos, que todos llevamos con nosotros, y que es el inconsciente. Este descubrimiento es, según Freud, la tercera herida narcisista que ha sufrido la humanidad: la primera, la cosmológica copernicana de que la Tierra que habitamos no es el centro del universo, sino un minúsculo planeta perdido en la inmensidad del espacio; la segunda, la biológica darwiniana de que no somos unas criaturas creadas por Dios, sino sólo una simple especie animal evolucionada de otras especies; y la tercera, la psicológica freudiana de que ni siquiera “el Yo (lo consciente) es señor en su propia casa» [FREUD, *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse* (1917), *Gesammelte Werke* XII, p. 11], ya que nuestros actos están codeterminados por causas que desconocemos.– El inconsciente se forma en el primer tramo de la vida y su contenido es reconducible a las circunstancias que rodean al niño en esa etapa original: su relación con los padres, de los padres con él y de los padres entre sí (violencia doméstica, discusiones matrimoniales, divorcios), el carácter de éstos (déspotas, sobreprotectores, incapaces de mostrar afecto o que ponen un precio a su cariño, alcohólicos, narcisistas, pusilánimes, etc.), la presencia o no de hermanos y el trato recibido por cada uno de ellos dentro del ámbito familiar, la pérdida temprana de alguno de los padres –o de ambos– o de los hermanos, al igual que otras circunstancias del entorno en el que ha transcurrido esa primera parte de la existencia como la ruina o la prosperidad o las dificultades económicas de la familia, o el desarrollo de la infancia en situaciones dramáticas como lo puede ser una guerra, por sólo mencionar, de entre los innumerables, algunos de los factores que han ido impactando en el hasta entonces virgen mundo de las sensaciones y de los sentimientos del niño, y que le van a condicionar durante el resto de su vida».

(135) Cfr. sólo ROTH, *op. cit.*, p. 528; Gazzaniga, entrevista cit.

exactamente la misma expresión que había utilizado *Freud* (136), en su día, al referirse a ese libre albedrío.

Esta negación de la existencia del libre albedrío, o al menos de su demostrabilidad, ha hecho saltar todas las alarmas entre los científicos del Derecho Penal, que se las ven y se las desean para digerir y asimilar estas últimas aportaciones de una ciencia de la naturaleza y que ha acabado convirtiendo también la relación entre Derecho penal y neurociencias en un nuevo «tema de moda», tema de moda del que los lectores de habla española tienen la suerte –si es que quieren formarse una opinión fundamentada– de la reciente publicación del oportuno –no lo puede ser más– y pluralista –tampoco lo puede ser más– libro colectivo «Neurociencias y Derecho penal» dirigido por Eduardo *Demetrio* y coordinado por Manuel *Maroto* (137).

Por lo demás, remito a mis obra citadas supra nota 120 para fundamentar por qué un Derecho penal que prescindiera del libre albedrío, y que distinga entre personas accesibles y no accesibles al efecto motivador de la pena, interpreta el Derecho vigente tan bien –o mejor– que otro basado en la culpabilidad y coincido con *Roth* cuando escribe que un Derecho penal que ha prescindido de la culpabilidad «no excluye la idea de la *responsabilidad* por el propio comportamiento y por sus consecuencias. Esta responsabilidad es ella misma un producto educacional que establece lo que una persona debe y no debe hacer en la sociedad sin perjudicarse a sí mismo ni a los demás» (138).

Son las 4,25 de la madrugada del día 21 de abril de 2014 y creo que ha llegado el momento en que ni debo seguir abusando más del lector que ha tenido la paciencia de llegar hasta el final de este largo artículo, ni de la paciencia de los editores de este Libro-Homenaje a Bernd Schünemann que habían fijado para unos pocos días antes la fecha límite para la entrega de los trabajos (tampoco, paradójicamente, de mi propia paciencia, ya que soy uno de los coeditores de dicho Libro-Homenaje), trabajo que quiero terminar con las mismas palabras con las que concluía mi aportación («*Die omissio libera in causa*») al Festschrift que también se va a publicar en Alemania con el mismo motivo del 70 cumpleaños de Bernd Schünemann: «Por el bien de nuestra ciencia deseo a nuestro homenajeado que siga enriqueciéndose con sus publicaciones, porque en esas contribuciones siempre se podrá encontrar –como hasta ahora– algo nuevo, algo original cuando no algo genial».

---

(136) Vorlesungen, Gesammelte Werke XI, p. 42.

(137) *Neurociencias y Derecho penal*, Edisofer/B de f, Madrid-Montevideo-Buenos Aires 2013, XVIII + 690 pp.

(138) *Op. cit.*, p. 554.



## Culpabilidad y libertad de voluntad (1)

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (2)

Catedrático de Derecho Penal  
(Colombia)

*Hoy, como hace cien años, «la esencia, fundamento y límites del poder punitivo del Estado (son) todavía temas candentes de discusión»*

NÓDIER AGUDELO BETANCUR (3)

*«Naturalmente, me gustaría poder decir que sabemos con seguridad la manera por la que el cerebro se mete en el asunto de la mente, pero no puedo, y siento decirlo, nadie puede»*

ANTONIO DAMASIO (4)

SUMARIO: I. Homenaje, amistad y algo de pequeñas historias.–II. Teorías psicológica, normativa y funcional de la culpabilidad. Asiento de las dos primeras en la libertad de voluntad. Funcionalismo y positivismo.–III. Culpabilidad, pre-

---

(1) El tema de este escrito, que se elabora en honor del profesor Nódier AGUDELO BETANCUR, se corresponde en sentido general, pero no en los subtemas específicos ni en los detalles, con el sentido de la conferencia pronunciada por el autor en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela el 15 de junio 2012, durante el Primer Seminario Internacional de Derecho Penal en el que también intervino el homenajeado. Quiero con este escrito también rendir tributo póstumo de reconocimiento a la doctora Ninoska KEIPO, Presidenta de la Sala Penal del TSJ., una de las organizadoras de aquel evento, reciente y sorpresivamente fallecida

(2) Doctor h.c. en Derecho, Universidad de Medellín, 2011.

(3) Nódier AGUDELO BETANCUR, con ocasión de la celebración del primer centenario de la muerte de Francesco Carrara (*El pensamiento jurídico-político de Francesco Carrara*, edit. Temis, Bogotá, 1988, p. 3).

(4) Antonio DAMASIO, *El error de Descartes*. 3.<sup>a</sup> ed., edit, Crítica, Barcelona, 2007, p. 2

vención y dogmática en Gimbernat y Roxin. Observaciones críticas.–IV. Concepto y evolución de la libertad de voluntad. Desconcertante agnosticismo de Roxin. Ni el determinismo ni el indeterminismo están demostrados o refutados empíricamente, pero el segundo posee apoyo experiencial y de sentido común y es el supuesto de todo concepto normativo.–V. Culpabilidad y Estado democrático de derecho. A pesar de todo, Roxin admite la culpabilidad y bajo otras etiquetas también la libertad de voluntad.–VI. Libertad y neurociencia. Estado de la cuestión.–VII. Conclusión lógica contra el determinismo rígido (=indeterminismo débil).

## I. HOMENAJE, AMISTAD Y ALGO DE PEQUEÑAS HISTORIAS

Escribir en un libro homenaje a un académico destacado y a un profesor emérito es siempre una tarea grata y honrosa. Pero en mi caso personal, escribir en honor del profesor Nódier Agudelo Betancur es una misión mucho más especial porque no se trata de un profesor cualquiera ni de un amigo cualquiera. En nuestra común relación personal y académica de más de treinta años, Nódier Agudelo me ha brindado una amistad franca y firme que ha resistido todas las pruebas, incluso las de la maledicencia. Esta nuestra entrañable amistad está documentada desde antaño. Para probarlo bastaría de su parte exhibir el «Prólogo» enjundioso que escribió en Medellín en marzo de 1982 para la primera edición de mi *Derecho Penal Fundamental* (Temis, Bogotá, 1982), y de parte mía la muy sentida dedicatoria que le hice de mi último libro (5), recién en septiembre de 2011, que hoy le reitero de corazón: «A Nódier Agudelo Betancur, leal amigo de siempre y compañero de todas mis luchas jurídicas, infatigable constructor de vías para el pensamiento penal demoliberal colombiano e internacional».

Desde las primeras dos líneas de aquel «Prólogo» –en que su autor mostró con generosidad y claridad la estructura de la obra (pese a sus graves defectos de todo orden), puso de presente el que ha sido siempre una de las guías supremas de su pensamiento y de su acción –al lado, obviamente, de sus nítidas perspectivas demoliberales–, esto es, el principio, tomado de Ihering, de que «*La jurisprudencia, para ser práctica, no debe limitarse tan sólo a las cuestiones prácticas*» (6), o, como otro pensador lo expresara, y que es lo mismo, en toda ciencia «lo más práctico es una buena teoría».

(5) *Derecho Penal –Parte General– Principios y categorías dogmáticas*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2011.

(6) *Ibidem*, p. IX.

Este apotegma lo hemos compartido ambos plenamente desde el comienzo como guía de lucha contra las resistencias y las críticas y lo mantuvimos a viento y marea frente a la necesidad del cambio de paradigma para comenzar a comprender correctamente las nuevas orientaciones de nuestra ciencia penal. Las nuevas ideas críticas sobre el derecho penal de culpabilidad, que tomamos en parte del neokantismo y del finalismo y en parte contra ellos, así como la necesidad –nunca bien acabada– de erradicar el peligrosismo, crearon un movimiento telúrico dentro del derecho penal colombiano que avanzó a la par con la reforma legislativa hasta la aparición del en ese sentido novedoso y modernista Código Penal de 1980 (7). Este Código fue el legado central que nos dejó la generación anterior de penalistas con el entusiasmo de perfilar no sólo los principios rectores del derecho penal demoliberal, sino incluso de llegar a definir, en el afán garantista de su Parte General, algunos de los elementos de la concepción dogmática del delito. Un Código, por tanto, tan «dogmático» que se metió a legislar sobre asuntos de la dogmática que no le correspondían.

Ese movimiento de renovación dogmática encontró voz, como veremos seguidamente, en la revista *Nuevo Foro Penal* y tomó impulso con el «Congreso Internacional de Criminología» que convocó la Universidad de Medellín en 1984, por cuyo medio el país tamizó las recias y alborozadas enseñanzas de la criminología crítica sin caer en los peligros del abandono del garantismo (8). Y así como Gaitán Mahecha, Reyes Echandía, Romero Soto, Estrada Vélez y Londoño Jiménez (que formaron, entre otros, la generación de los 50) pudieron abrir los caminos a la dogmática de orientación clásica y neokantiana antes de que en el país se derogara el positivista Código Penal de 1936 (que rigió hasta 1981) (9), la generación de los 70 –de la que Nódier y

---

(7) La orientación y la estructura de la Parte General del C.P./80 se mantiene en el vigente, Ley 599 de 2000, incluso con desarrollo de los principios rectores, establecimiento positivo de su prevalencia normativa (que ya era una conquista doctrinal) y consagración de la dignidad como principio supremo.

(8) Puede verse: Juan Guillermo SEPÚLVEDA (Coord.), *Criminología crítica – I Seminario*, Universidad de Medellín, 1984.

(9) Es dudoso, sin embargo, que la superación del peligrosismo haya sido real a mediano plazo. Las leyes procesales de la actualidad lo introducen de soslayo, como se evidencia de la simple lectura del nuevo artículo 310 del C. de P.P. (Ley 906 de 2004), proveniente de la Ley 1142 de 2007: «Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible...». Si semejante concepto «general-objetivo» de peligrosidad se adopta para las medidas provisionales sobre la libertad, es claro que los criterios no son mejores para las penas y desde luego para la administración de beneficios penales, procesales y penitenciarios, con cuya sistemática negación se han recondicionado las cárceles. Debo esta observación al colega Fidalgo Javier Estupiñán.

yo formamos parte— pudo hacer dogmática garantista y de principios mucho antes de que se redactara la carta de derechos de la Constitución de 1991, en plena ebullición de la escuela finalista, y mantenerla luego más allá de ésta, presentando críticamente su estructura mucho antes de que se conformaran los movimientos pos-finalistas y funcionalistas que hoy nos saturan. Frente a estos últimos puede quedar muy poco de liberalismo garantista porque de lo que se trata es de la protección de valores comunitarios y no de bienes jurídicos personales —es decir, otra vez, con nuevo nombre, la «defensa social»—, de la conversión de la pena retributiva en prevención (general) con olvido de los mecanismos sociales de prevención directa o primaria. No podíamos, en nuestro entusiasmo juvenil, anticipar que tras la criminología crítica y los procesos de descriminalización de aquellos años, el péndulo giraría hacia las más severas formas del expansivo punitivismo de nuestros días, cuyas puertas fueron abiertas por la flexibilización político-criminal de la dogmática, que obviamente da más fácil cabida y legitimación a los valores oficiales o dominantes que a los valores críticos o ideales.

Esos mismos nexos afectivos que mencioné me lanzan al otro aspecto de la cuestión, que es la muy lustrosa trayectoria académica del querido homenajeado. En primer lugar, él ha sido formador de varias generaciones de penalistas colombianos desde sus cátedras de la Universidad de Antioquia (Medellín) y de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). En segundo lugar, su obra escrita, por lo demás múltiple y extensa, se caracteriza no sólo por el rigor de las investigaciones, la honestidad de las exposiciones y la alta calidad de las producciones, sino también por su carácter didáctico y su firme asentamiento en los principios liberales de los grandes clásicos del pensamiento penal, que el ilustre profesor se ha dedicado a difundir y rescatar con éxito por y para toda América Latina. Estos trabajos de recuperación y re-elaboración actualizada del pensar de los clásicos penales y de la reestructuración interna de la teoría del delito son una obra suya tan conocida y meritoria como sus bien documentados y persistentes estudios sobre el esclarecimiento de conceptos tradicionales tan confusos y erráticos como los de imputabilidad e inimputabilidad, la defensa subjetiva o putativa, la influencia de la emoción violenta y de la embriaguez en la responsabilidad penal, el trastorno mental, la inculpabilidad y el error, temas que él ha tratado con singular maestría en sucesivas y re-editadas monografías, y también, como he dicho, con enorme claridad. Nadie como él maneja en el país los conocimientos psicológicos y psiquiátricos necesarios al derecho penal científico, ni conoce mejor el pensamiento ilustrado y clásico.

Pero, como si fuera poco, en la pluma de Nódier Agudelo los más espinosos problemas de la dogmática penal se tornan fáciles, pues él posee en la exposición oral y escrita esa «facilidad tan difícil» de que hablaba Ortega porque traduce al lenguaje sencillo y usual y a esquemas simples y didácticos los más arduos y abstractos temas de nuestra disciplina.

Entre muchas anécdotas del sobresaliente pero siempre sencillo y respetuoso profesor Agudelo recuerdo una en especial, que consigo porque describe su «genio y figura», una inteligencia aguda que nunca pierde el sentido de la realidad ni del humor. Algún bromista le salió al paso una vez, en los pasillos del Palacio Nacional de Medellín, que a la sazón fungía como palacio de la justicia regional de Antioquia, y le preguntó cuándo iba a cambiar el tema de la inimputabilidad, asunto sobre el cual el profesor Agudelo había publicado varias monografías, ciertamente esclarecedoras de la teoría y sobre todo de su incrustación al ordenamiento colombiano (para entonces, tras varios Proyectos, comenzaba a regir el Código Penal de 1980). Con su habitual sentido del humor y su característica agudeza mental, Nódier le respondió, sin arrogancia, que ya lo estaba haciendo y que precisamente iba a escribir en esos días sobre un tema de interés para el interpelante, que era el de «el error y la ignorancia» en derecho penal. Este chispazo desde luego concitó las sonrientes celebraciones de los contertulios. Pero era verdad que iba a escribir con tino sobre el intrincado tema del error en materia penal, como en verdad lo hizo.

Corrían los años 70 y para entonces Medellín era todavía típicamente una ciudad de provincia, relativamente aislada en lo cultural del resto del país, de suerte que resultaba bastante difícil desde allí para los jóvenes documentar y hacer conocer a escala nacional el pensamiento sobre las nuevas instituciones penales. La coyuntura la representó la discusión a escala nacional de los sucesivos proyectos y anteproyectos de códigos penales que remataron en el C.P. de 1980. Los jueces podían por entonces, sin embargo, publicar sus mejores providencias en la «*Crónica Judicial*», gaceta oficial del Tribunal Superior de Medellín que en la época se publicaba con cierta regularidad y era siempre esperada con ansiedad en los medios judiciales y universitarios, pero cuya circulación era muy limitada. Por esos mismos días habían salido a la luz pública varios números periódicos de la revista *Temas de derecho penal colombiano* (1966-1973) fundada por el profesor Federico Estrada Vélez y el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez y más tarde dirigida por el magistrado Edgar Tobón Uribe. *Tribuna Penal*, publicación periódica del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, también dio a la luz pública por entonces algunos números con contenidos de importancia (1984-1988) bajo la

dirección del profesor Hernando Londoño Jiménez. Las Universidades de Antioquia y de Medellín igualmente publicaban en la época sus revistas, no especializadas en derecho penal, pero sí con espacios para el mismo.

En todo caso, había ya en Medellín en ese momento todo un semillero de jóvenes juristas que venían estudiando con juicio y profundidad las novedades de los sucesivos proyectos de códigos penales, de los cuales fue especialmente impactante el de 1974 por su definido perfil dogmático y por las destacadas intervenciones de los más prestantes penalistas nacionales, como lo eran los profesores Alfonso Reyes Echandía (Universidad Externado de Colombia), Federico Estrada Vélez (Universidad de Medellín), Luis Enrique Romero Soto (Universidad Santiago de Cali), Luis Carlos Pérez (Universidad Nacional), Bernardo Gaitán Mahecha (Pontificia Universidad Javeriana), Luis Eduardo Mesa Velásquez (Universidad de Antioquia), Servio Tulio Ruiz (Bogotá), Pedro Pacheco Osorio (Cartagena), Jesús Bernal Pinzón (Bogotá), Ernesto Saa Velasco (Popayán) y el inolvidable maestro de varias generaciones Jorge Enrique Gutiérrez Anzola –para no citar a los positivistas que los precedieron y entre los cuales destacan Carlos Lozano y Lozano, Jorge Eliécer Gaitán, Rafael Escallón, Jorge Gutiérrez Gómez y Parmenio Cárdenas–, varios de los cuales tomaron parte también en la redacción definitiva del Código de 1980.

Entre aquellos jóvenes jugaba un papel muy destacado nuestro homenajeado, al lado de figuras como Fernando Meza Morales, Julio González Zapata, J. Guillermo Escobar Mejía, Carlos Jaramillo, Iván Gómez Osorio, Mario Salazar Marín, Álvaro Vargas, Hernando Londoño Berrío, y un poco después Jesús Albeiro Pulgarín, Fernando Velásquez, Juan Oberto Sotomayor, Hernán Darío Benítez y Néstor Raúl Posada Arboleda –quien me sucedió en la cátedra de la Universidad de Medellín–, entre muchos otros. En realidad aquí se encuentran reunidas –y así fue siempre– varias generaciones académicas de penalistas.

Pero enjambres de jóvenes estudiosos había también por entonces en Bogotá –en donde el maestro Reyes Echandía y sus discípulos, como Jaime Bernal Cuéllar, Luis Enrique Aldana Roza, Antonio José Cancino Moreno, Hernando Baquero Borda, Iván González Amado y un poco después Eduardo Montealegre Lynett, por citar sólo unos pocos, brillaban con luz propia desde su «escuela» de la Universidad Externado de Colombia–, y asimismo en ciudades como Cali y Popayán, en donde se destacaron juristas como Edgar Saavedra Rojas, Jorge Enrique Valencia, Jesús Orlando Gómez López, Jesús Ignacio

García, Germán Pabón Gómez y muchos más. Después resonarían también los nombres de Carlos Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll y Álvaro Orlando Pérez Pinzón, desde antes y después de su paso por la Corte Suprema de Justicia. Y siguiendo esta tradición de jurisconsultos se sumarían igualmente en los últimos años los nombres sobresalientes de Yesid Reyes Alvarado y Manuel Salvador Grosso García, proclives ambos a la rigurosa exposición, más o menos crítica, de la doctrina penal de Jakobs. Entre tanto, el autor de este ensayo, sobre todo a partir de 1982 –pero ya desde antes en su cátedra de la Universidad de Medellín, en la que había remplazado desde 1971 a su maestro Federico Estrada Vélez–, postuló la necesidad de mirar críticamente las exacerbaciones subjetivistas de la teoría final de la acción de Welzel –que también Nódier Agudelo difundía a su modo y en su estilo– y de construir una dogmática axiológica de valores jurídicos positivos supraleales que luego empalmaría de modo muy cercano con las vertientes político-criminales liberales del gran maestro alemán Claus Roxin.

El llamado «grupo de Medellín» (que resulta un tanto exagerado llamar «escuela») no operó aislado (10) ni nació de la nada (11), ni se puede decir que fue «fundado» por nadie en particular, porque solo se trata de un nombre que evoca a un número amplio de jóvenes que emprendieron, cada cual por su propio camino y con mayor o menor proyección y recíproca influencia, labores de construcción de una dogmática penal crítica y democrática en el país y que dio a conocer en éste los aportes del finalismo; ninguno de ellos había tomado parte desde luego en la reforma legislativa que se gestó en los 70 del pasado siglo y que finalmente cristalizó en el Código de 1980, pero prácticamente todos fueron colaboradores asiduos de la revista *Nuevo Foro Penal* (12).

Desde la época abrieron los primeros juristas citados a todo el país el foro de la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del*

---

(10) Movimientos similares y tal vez no menos exitosos hacían ebullición en otras ciudades del país, especialmente Bogotá, Cali y Popayán, como acaba de indicarse.

(11) Para 1970 ya Bernardo Gaitán Mahecha, Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Romero Soto, Federico Estrada Vélez, Luis Carlos Pérez, Servio Tulio Ruiz y Luis Eduardo Mesa Velásquez habían producido sus grandes obras de construcción o iniciación dogmática, y los maestros Luis Carlos Pérez, Jesús Bernal Pinzón y Pedro Pacheco Osorio habían dado a luz sus enjundiosas obras sobre la parte especial del Código Penal de 1936 (que estuvo en vigencia hasta el 1 de julio de 1981).

(12) Una temprana referencia parcial a este tema puede verse ya en mi *Derecho Penal Fundamental*, 1.<sup>a</sup> ed., edit. Temis, Bogotá, 1982, pp. XVIII y XIX del «Proemio».

*Cauca* y mantuvieron los segundos la no menos importante revista *Derecho Penal y Criminología*, que bastantes servicios prestaron ambas también a esa juventud nacional que ingresaba a los estudios de la nueva dogmática penal desde todos los puntos cardinales del país –habíamos cambiado la influencia del positivismo italiano por los baremos más racionales de la dogmática alemana y española–. En los 80 eran ya célebres las anuales *Jornadas de Derecho Penal* convocadas por la Universidad Externado de Colombia, que todavía subsisten con gran éxito, y el maestro Reyes Echandía, que a la sazón las dirigía, no olvidaba invitar como ponentes a noveles juristas nacionales al lado de grandes figuras del derecho penal de habla hispana. Estaban, pues, en formación nuevas generaciones de penalistas, hoy ya en su madurez y esplendor, que bastante han producido para la dogmática nacional (13).

Lamentablemente, el impulso de los estudios dogmáticos de la teoría del delito recién se ha perdido un poco en Colombia por la fuerza que han cobrado los estudios procedimentales tras la instauración en 2004 del nuevo sistema penal acusatorio, aquejado de fuerte influencia del derecho penal norteamericano, ajeno a nuestras tradiciones e incluso en parte a nuestros principios, como lo ilustra, entre otros institutos, el fomento desmesurado de la «justicia negociada» (14). No se sabe a quién se le ocurrió sostener aquí al respecto la equivocada y difundida tesis de que si se conoce la mecánica del procedimiento acusatorio no se necesita la dogmática del derecho penal material y desde luego esto ha influido en la decadencia del rigor de coherencia y racionalidad en nuestro discurso judicial a casi todos los niveles (15). A menos dogmática en las decisiones

---

(13) Algunos de esos ensayos, a veces sepultados tras la desaparición de muchas publicaciones periódicas, o en todo caso de difícil consecución, he tratado de recuperarlos bibliográficamente para la historia y la crítica de nuestra dogmática penal –que no es tan pobre como dicen algunos iconoclastas– en mi última obra, *Derecho Penal –Parte General– Teoría del delito y de la pena*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2012.

(14) Sobre ello, muy críticamente, ROXIN, Claus, «De la dictadura a la democracia. Tendencias del desarrollo en el derecho penal y procesal alemán», en Diego ARAQUE (Coord.), *Estudios de derecho penal –LH a Juan Fernández Carrasquilla–*, Universidad de Medellín, 2012, pp. 634-636; también SCHÜNEMANN Bernd, *El derecho penal contemporáneo –Sistema y desarrollo– Peligro y límites*, edit. Hammurabi, Bs. Aires, 2010, trad. e Introducción por Carlos Julio Lascano (h) y José Milton Peralta, tesis 7 a 11 y 17, pp. 40-44 y 47.

(15) Bacigalupo nos ha transmitido la singular recordación –que es de suyo una gran enseñanza en los no muy buenos tiempos que corren para el derecho penal de garantías (Cfr. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, «El “viejo y buen” Derecho penal liberal. ¿Una alternativa posible para el derecho penal de nuestro tiempo?», en ARAQUE, Diego, *Estudios...*, cit., pp. 337 ss., concretamente p. 337 *ab initio*)–, de que el proceso penal no figuraba entre los instrumentos de la política criminal de V. Liszt,

judiciales, menos independencia de los jueces y menos posibilidad de realización de una justicia segura e igualitaria (Gimbertat Ordeig). El procesalismo asegura el cumplimiento de las formas garantistas, pero nada aporta a la seriedad y coherencia de los razonamientos con que se formulan imputaciones o cargos de naturaleza penal. La dogmática no es sólo un camino para llegar a una aplicación racional e igualitaria de las leyes penales, sino el único camino que conocemos para ello.

Fuera de la publicación de las múltiples y meritorias monografías a que he aludido y antes de ellas, Nódier Agudelo Betancur fundó a finales de los años 70 y dirigió personalmente con acierto hasta finales de los 80 la revista *Nuevo Foro Penal*, que fue insustituible y permanente fuente de formación e información dogmática para las nuevas generaciones y que abrió para muchos los foros penales del país y del extranjero. Bajo direcciones distintas, la revista ha perdurado hasta la fecha.

Una labor de difusión, actualización y modernización posterior comparable, pero con un sentido distinto, concretado en el conocimiento de nuevos ensayos de avance en la dogmática contemporánea –con marcado énfasis en las corrientes normativistas– sólo se ha visto en el despliegue extraordinario de publicaciones dirigido por el profesor Eduardo Montealegre Lynett –destacado penalista y procesalista– desde la Universidad Externado de Colombia, cuya revista *Derecho Penal y Criminología*, no menos importante, ha visto la luz pública con regularidad por varias décadas y continúa hoy esparciendo el conocimiento penal más actualizado internacionalmente, como también lo sigue haciendo *Nuevo Foro Penal* desde la Universidad EAFIT de Medellín, bajo la luciente dirección de uno de los jóvenes penalistas de quienes hablo, el hoy profesor Juan Oberto Sotomayor.

Pero es más con respecto a nuestro homenajeado: En el núm. 1 de su revista, aparecida en 1978, publicó Nódier un ensayo titulado «*Diversos contenidos de la estructura del delito*» –que más tarde convirtió en monografía como «*Esquemas del delito*»–, que hasta hoy sigue siendo texto obligado de estudio para los estudiantes que se inician en nuestras disciplinas, escrito brillante y didáctico en el que dio a conocer la clasificación entonces aceptada internacionalmente de los esquemas dogmáticos del delito (clásico, neoclásico y finalista) y destacó de modo muy creativo y didáctico sus características y dife-

---

pues no es un medio de lucha contra la criminalidad sino de realización de la justicia y de satisfacción de las garantías en el desarrollo de imputaciones penales (Enrique BACIGALUPO, *El debido proceso penal*, edit. Hammurabi, BS. Aires, reimpresión de 2007, pp. 20-21).

rencias. Ese fue un ensayo pionero y orientador en el cambio de las caducas estructuras peligrosistas de que se nutría la ciencia del derecho penal colombiana hasta esos días entusiastas del cambio a la nueva metodología dogmática, años que eran todavía al mismo tiempo de furor del finalismo en el panorama internacional. Estábamos consolidando el nuevo lenguaje de la comunidad científica internacional del derecho penal contemporáneo –tal vez un poco tarde con respecto a otros países, como Argentina, que había iniciado la renovación en los años 40 con Ricardo C. Núñez y Sebastián Soler, bajo el magisterio de don Luis Jiménez de Asúa (16)–. Europa comenzaba apenas a ver, en estos comienzos de los 80 del pasado siglo, la necesidad de relacionar la dogmática penal –ya casi exhausta con los excesos panlogicistas y conceptualistas– con las ciencias sociales (17), sin que las intuiciones político-criminales de Roxin se desarrollaran todavía (18), o no lo hicieran todavía a gran escala por lo menos en idioma español.

Toda esa obra, inspirada e inspiradora, hizo internacionalmente conocido y respetado el nombre de Nódier Agudelo Betancur, que a pesar de su grandeza o justo por ella nunca cambió su personal talante de sencillez, modestia y apertura al diálogo que sólo lucen los grandes maestros. Hoy sigue siendo un catedrático de amplia influencia en

(16) Cfr. sobre el tema, ensayo de Enrique Bacigalupo citado más adelante.

(17) Al respecto es demostrativo el volumen publicado bajo la dirección de Santiago MIR PUIG, *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma, Barcelona, 1982, tercer seminario hispano-germánico de Derecho Penal, en donde intervienen grandes expertos de Alemania y España que hablan de posibles tendencias sociales y hasta teleológico-valorativas en derecho penal, sin citar más que tangencialmente a Roxin en dos o tres notas a pie de página. Para la época eran Hassemer, Naucke, Callies, Esser, Lüdersen, Sack, Tiedemann y desde luego los finalistas (Welzel, Maurach y Stratenwerth y Jescheck) los penalistas más citados por los académicos alemanes y españoles. NAUCKE concluía su trabajo de ese volumen con la advertencia premonitoria de que «*Lo único que hará la filosofía social de un derecho penal científico-socialmente orientado será abrir la puerta a un Derecho penal de la eficacia, oscuro y vacilante*» (p. 95). Y allí mismo remataba Luzón Peña su intervención con la luminosa precisión de que ante el fracaso manifiesto de la retribución y de todos los fines de la pena preventiva hay que pensar, más que en la reforma del Derecho penal, en «*modificar lo más intensa y radicalmente posible el sistema social*», algo que no se puede hacer con los recursos del primero ni de la política criminal (p. 157).

(18) Una toma de conciencia de este desarrollo cobra forma en Alemania apenas sí en 1984 con la publicación de SCHÜNEMANN sobre *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales– LH a Claus Roxin*, aparecido en alemán en 1984 y en español en 1991 (Editorial Tecnos, Madrid). El desarrollo del normativismo penal es un poco más tardío porque su funcionalidad reza con la «sociedad del riesgo», cuyo concepto sólo aparece con Beck dentro de la sociología en 1986. El sociologismo de Jakobs, tomado de Luhmann, florece también a partir de los 80 del pasado siglo y llega a su apogeo muy entrados los 90.

Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú, especialmente, pero su obra es conocida en toda América Latina.

## II. TEORÍAS PSICOLÓGICA, NORMATIVA Y FUNCIONAL DE LA CULPABILIDAD. ASIENTO DE LAS DOS PRIMERAS EN LA LIBERTAD DE VOLUNTAD. FUNCIONALISMO Y POSITIVISMO

En el curso de este escrito, «culpabilidad» se emplea como responsabilidad personal o subjetiva y se parte de la base de que, no siendo juicio de reproche moral o personalizado, exige internamente libertad de decisión del agente (imputabilidad y ausencia de constreñimiento moral invencible) y externamente evitabilidad de la conducta antijurídica, o lo que es jurídicamente igual, exigibilidad de la conducta debida (ausencia de causas legales de inculpabilidad o exculpación). En este sentido culpabilidad exige un agente responsable de sus propios actos y que es tratado en proporción merecida y razonable al daño antijurídico ocasionado con ellos.

El tema de la culpabilidad y su núcleo existencial y antropológico –y no sólo valorativo– como «poder actuar de otra manera» es, para decirlo en palabras de Welzel, uno de los temas permanentes de la ciencia del derecho penal (19). Ella implica «libertad de decisión» como posibilidad de elegir entre diversas opciones valorativas que se ofrecen como motivos o razones para la acción, y «libertad de acción» como ausencia de constreñimientos externos (la acción es vista como obra personal de ese agente y no de otro factor) para realizar una determinada acción externa posible entre varias opciones (20). Es, pues, un tema siempre actual y siempre recurrente, que cada generación de penalistas debe reelaborar y contrastar, entre otras cosas, con el estado de las ciencias naturales de la conducta, especialmente hoy

---

(19) WELZEL, Hans, «Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal», en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*. México, 1978, pp. 203 ss. La idea de este título ha sido retomada recientemente por SCHÜNEMANN, según obra que se reseña más adelante.

(20) «... un agente *pudo* realizar una acción que no realizó siempre que sea cierto que pudo hacerla *si* lo hubiera elegido», reza la célebre definición de G. E. MOORE sobre el «*poder actuar de otra manera*» (cit. por MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Responsabilidad jurídica y libertad –Una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 135); y la voluntad es libre, como más adelante se señala, cuando su contenido corresponde al que el agente quería darle.

en día con la neurobiología o neurociencia. En la última década el tema se ha vuelto a plantear a raíz de que las ciencias experimentales de la actividad cerebral –con resultados visibles en los «experimentos de Libet» de 1983 y 2004–, según sostienen algunos, han establecido que toda la actividad consciente, reflexiva o racional del hombre está determinada causalmente porque por el cerebro no pasa nada que no esté unido a la cadena de causas y efectos. Y esto, que es en cierta medida cierto y también muy kantiano en el concepto de causalidad (pero obviamente no en el de liberad), no decide nada acerca de si algunos estímulos cerebrales no se originan precisamente en un impulso de autonomía producido por el sujeto mismo y que, por decirlo de algún modo, no proviene causalmente de estímulos exteriores ni de impulsos inconscientes (emanados del sistema límbico o subcortical), sino que se origina en lo que llamamos conciencia o reflexión y por tanto en las capas superiores del cerebro. Aunque sin duda toda actividad humana está influida por factores de emoción o sentimiento emanados del inconsciente, esto no excluye la posibilidad –todavía no descartada– de que en algún momento el yo tome conciencia de ellos y los redirija, reimpulse, reconfigure o inhiba. Bien expresa el filósofo Paul Ricoeur que «el hombre no es libre por antonomasia, sino que está sometido a ciertas condiciones, impuestas por su cuerpo, de las cuales no puede disponer» (21). La libertad es, pues, siempre limitada y sólo puede ejercerse por cauces corporales y transformar el mundo por medio de la acción externa.

En algo más de ciento cincuenta años de elaboración, la dogmática jurídico-penal, hasta épocas muy recientes, se han planteado –al lado de múltiples conceptos de acción y de injusto– solamente dos grandes concepciones de culpabilidad: la psicológica y la normativa. Ambas tienen en común el percibir tras la culpabilidad un sustentáculo psicológico real que se traduce en una cierta relación del autor con el hecho típicamente antijurídico, esto es, del autor con la conducta que se califica como culpable y por medio de ésta también con sus resultados. La diferencia entre ambos grandes conceptos reside en que la teoría psicológica estima que esa relación se agota en su consistencia psíquica y concretamente asume las formas de dolo o imprudencia, en tanto que la teoría normativa hace más énfasis en el grado de libertad con que el sujeto actuó –denominado generalmente «exigibilidad» del deber jurídico dependiente de la imputabilidad y de la normalidad de las circunstancias externas– y en la calificación normativa que de ello se deriva y que se conoce desde Frank como «reprochabilidad»; pero

---

(21) Paul RICOEUR, *Lo voluntario y lo involuntario*, en Franco VOLPI, *Enciclopedia de obras de filosofía*, t. II, edit. Herder, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2006, p. 1818.

de todas maneras la «culpabilidad normativa» implica también entre sus elementos dolo y culpa de raíces psicológicas en un contexto de normalidad de las circunstancias internas (imputabilidad) y externas (ausencia de causas de inculpabilidad o exculpación) del actuar. Lo «normal» refiere aquí a lo que un hombre medio o común (cualquiera como nosotros) puede controlar, dominar o evitar al actuar de un modo determinado, en tanto concurren individualmente en el autor al momento en que despliega o debe desplegar su conducta; por cierto, no un hombre medio en general, sino un hombre medio del grupo social y cultural a que pertenece el autor.

Según expone Bacigalupo, «En realidad, *Frank* sólo sostenía que la culpabilidad no podía «agotar su contenido en una relación psíquica respecto de algo determinado», ni ser limitada a la parte interna del acto (...), sino que las «circunstancias acompañantes» –se refería a los elementos de las causas que excluyen la culpabilidad– eran también de significación para la valoración jurídica de una acción como culpable (...) ..., lo que en verdad se dice es que el juicio jurídico de la culpabilidad no se limita a la comprobación de una relación psicológica, sino que debe considerar también si en las circunstancias en las que el autor actuó su acción podía ser disculpada o no» (22).

Esto revela que para ser responsable por culpabilidad, a tono con la teoría normativa, se requiere que el sujeto sea imputable, actúe con dolo o imprudencia y posea en el momento libertad de decisión al estar ausentes en su actuar circunstancias legales de exclusión de la imputabilidad y de la culpabilidad, tales como la enajenación mental, la coacción y el miedo insuperables y el error invencible.

Durante toda la evolución dogmática, la culpabilidad ha tenido como presupuesto o componente la imputabilidad, genéricamente entendida como capacidad de culpabilidad, cuyo contenido material está dado por la capacidad individual de comprender la ilicitud del propio comportamiento y de orientar éste por los valores sociales propuestos por el ordenamiento jurídico (23). Así lo entiende también el artículo 33 de nuestro C.P. Esta capacidad siempre se ha entendido como susceptible de demostración empírica; se presume en las perso-

---

(22) BACIGALUPO, Enrique, *El positivismo jurídico de la generación del 40 y la recepción de la dogmática penal alemana en Argentina*, conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires el 4 de septiembre de 2009, versión electrónica, p. 21; paréntesis no son texto, pero refieren a notas de pie de página.

(23) Este contenido del concepto se mantiene invariable hasta hoy, incluso en las obras de los más grandes críticos de la libertad de voluntad y de los conceptos tradicionales de culpabilidad, como Roxin (cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General I*, edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 798-813 y 819 ss.).

nas mayores de edad, pero en cada caso se puede demostrar por diagnóstico psicológico-psiquiátrico que el sujeto en concreto no pudo comprender la ilicitud de sus acciones o no pudo determinarse con arreglo a esa comprensión (capacidad de comprensión y autocontrol o autogobierno) por trastorno mental, inmadurez psicológica o diversidad socio-cultural.

Lo que ha sido variable –y mucho– en la dogmática penal es la ubicación sistemática de la imputabilidad en la teoría del delito, que ha girado desde la capacidad de acción hasta la capacidad de culpabilidad (y aún de pena). Esta última ha sido su tranquila sede desde la teoría normativa, si bien en ésta como «elemento» (sólo hay culpabilidad para los imputables) y a partir del finalismo como «presupuesto» (para ser culpable es menester primero ser imputable, pero entre la imputabilidad y la culpabilidad se interpone la fundamentación de las medidas de seguridad para inimputables, mantenidas en el derecho penal con el establecimiento, después de los clásicos, del carácter binario del derecho penal, para cuya sistematización introdujo Maurach la categoría de la «atribuibilidad» o «responsabilidad por el hecho antijurídico») (24) (aceptada asimismo por Amelung y Bacigalupo para el funcionalismo (25)).

De cualquier manera, para ser declarado culpable ha sido siempre necesario –y sigue siéndolo, incluso para críticos funcionalistas o prevencionistas como Roxin (26)– que el sujeto al momento de actuar posea, empíricamente demostrada, la capacidad individual de comprender la ilicitud de sus actos y de autogobernar su conducta de acuerdo al plexo de valores propuesto por el derecho positivo en cuanto ordenamiento, en concreto el ofrecido sobre la conducta respectiva por el tipo penal en su función de motivación.

Ambas concepciones de la culpabilidad parecían combatir por asuntos meramente sistemáticos –que hoy les parecen a muchos secundarios (27)–, pero en verdad ello sucedía porque compartían pacíficamente el común fundamento del sistema teórico del delito y de la pena en el concepto universal de persona, al que desde luego se aparejan los de dignidad, autonomía, libertad, igualdad de trato y los demás derechos fundamentales del imputado. Estos fundamentos, que todavía el finalismo no abandonó –aunque abrió las puertas para su

(24) MAURACH, Reinhart, *Derecho penal-Parte General*, edit. Ariel, Barcelona, 1962, t. II, cap. VIII, pp. 11 ss., trad. y notas de Juan Córdoba Roda.

(25) SCHÜNEMANN, B., *El derecho penal contemporáneo...*, p. 128.

(26) ROXIN, *ob. cit.*, pp. 807-813 y 822-824.

(27) Puede verse, por todos, la dura crítica de ROXIN al pensamiento sistemático en su obra central (*ob. cit.*, Par. 7, IV, Nos. 30-49, pp. 206-216), en tanto que GIMBERNAT lo enaltece (*ob. cit.*, p. 27).

desmoronamiento con su prelación del desvalor de acto sobre el de resultado en la configuración del injusto típico—, hacían de la dogmática penal una actividad con pretensiones humanitarias y límites liberales o personalistas. El objetivo, de Binding y Liszt hasta Welzel, era encontrar límites al poder del estado para que la protección de los bienes jurídicos (de la víctima y de la comunidad) tuviera lugar dentro de los marcos seguros de la estricta legalidad y demás garantías del Estado democrático de derecho.

Como ese objetivo hacía indispensable mantener la separación entre moral y Derecho, prontamente la crítica denunció ciertos peligros moralizantes en la teoría normativa, elementos enfatizados desde Welzel (la culpabilidad puramente normativa como reproche moral de los motivos de formación de la voluntad criminal). Llegó a advertirse, creo que con acierto, que por esa vía la culpabilidad normativa podía convertirse en una «policía del espíritu»; y luego por lo menos la opinión disidente de importantes penalistas vio la necesidad —de estirpe democrática— de construir un concepto de culpabilidad sin reproche moral a fin de no incurrir en autoritarismo (por ejemplo, Hassemmer (28), Stratenwerth (29) y Mir Puig (30)). En todo caso, con la teoría normativa de la culpabilidad y pese a la aportación de los conceptos de exigibilidad/reprochabilidad derivados de la normalidad de las circunstancias internas y externas del autor al momento de realizar el hecho, el cuerpo de la culpabilidad continuaba conformándose ontológicamente porque allí se mantenían como elementos centrales el dolo y la culpa (e incluso un concepto mixto de imputabilidad)

---

(28) «Alternativas al principio de culpabilidad?» (1981), en *Persona, mundo y responsabilidad*, edit. Temis, Bogotá, 1999, trad. de Francisco MUÑOZ CONDE y María del Pilar DÍAZ PITA, pp. 51 ss., especialmente «Resumen» de la p. 62. También MIR PUIG ha renunciado hace tiempo a la culpabilidad como reproche y ahora la define claramente como imputación personal por el quebrantamiento del imperativo derivado de la norma de determinación tras la comisión del hecho típicamente antijurídico (MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal-Parte General*, 8.ª ed., edit. Reppertor, Barcelona, 2009, L 20/1 y 28-38, pp. 528 y 538 ss.). Adhiere, sin embargo, a la doctrina de que la libertad de voluntad es de imposible demostración científica, ya que la entiende como «desvinculación de la voluntad humana de la ley de causalidad» y cree en la posibilidad de una determinación causal con arreglo a sentido normativo (*ibidem*, núm. 40, p. 538).

(29) STRATENWERTH, Günther, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, trad. e Introducción por Francisco Muñoz Conde.

(30) Síntesis de estos pensamientos puede verse en Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, «Dogmática penal sin culpabilidad en la hora actual», en Yesid REYES ALVARADO (Coord.), *Dogmática y criminología-LH a Alfonso Reyes Echandía*, edit. Legis, Bogotá, 2005. La primera versión de este ensayo, bajo el rubro de «Hacia una dogmática penal sin culpabilidad», se había publicado en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, 1982, pp. 954 ss. Puede verse, sobre el estado de la cuestión, por todos, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal-Parte General*, 7.ª ed., edit. B. de F., Montevideo/Bs. Aires, 2007, Lcción 20, pp. 519 ss., y CV. ROXIN, *Derecho penal...*, par. 19, núms. 43-45, pp. 812-813.

en sentidos más psicológicos que normativos. Lo que poco se cuestionaba era el contenido de ese «juicio de reproche», o sea el concepto material de culpabilidad, que desde Welzel se hizo consistir en el reproche de los motivos de la formación de voluntad.

El verdadero cambio sistemático traído al sistema teórico del delito al influjo de la teoría normativa de la culpabilidad lo introduciría en realidad el finalismo al trasladar –con antecedentes en Dohna y Weber– dolo e imprudencia hacia el tipo, construyendo el tipo subjetivo, pero lamentablemente escindiendo el concepto milenario del dolo en «dolo natural» o «dolo de tipo», descendido hacia el tipo como voluntad final de realización del hecho, y «conocimiento de la antijuridicidad» conservado en el estrato del reproche de culpabilidad, pero obviamente normativizado bajo la forma de «potencial conocimiento del injusto» (cuyo papel central es dar cabida a la posible relevancia del error de prohibición)(31).

El siguiente cambio de trascendencia se surtiría con la innovación, sistematizada por Roxin a partir de 1970 (32), de la imputación objetiva, que mutó el contenido del tipo objetivo, que era un hecho voluntario, por la creación y realización de un riesgo (de lesión del bien jurídico). Con esto el acento se pone ya en una acción cuyo aspecto principal es el peligro (creación de un riesgo no permitido y realización del mismo en el resultado típico). Este giro contiene a su vez el peligro político-criminal de que el concepto, todavía sustancial, de «creación y realización de un riesgo» mediante la acción personal, se convierta en una entelequia puramente normativa como «imputación» de esa creación (o de su no evitación). En este paso, sin embargo, la realidad resulta sustituida por el lenguaje simbólico funcional de su significado jurídico penal, algo que se aprecia del modo más pronunciado en Jakobs al sustituir la realidad social por la comunicación (33).

---

(31) La discusión en torno a la ubicación de la «conciencia de la antijuridicidad» sigue siendo hoy todavía discutida porque los conceptos de dolo, error, tipo subjetivo y culpabilidad/responsabilidad continúan en revisión por la ciencia penal. En mi obra la he situado siempre en el dolo y el dolo en el tipo subjetivo, pero con funciones al mismo tiempo en la responsabilidad personal (culpabilidad en sentido estricto, sin reproche moral). Con esto se ha mostrado de acuerdo, recientemente y desde el normativismo –exceptuando la doble posición– el profesor Yesid REYES ALVARADO, «La configuración del dolo y la teoría del error», en Diego ARAQUE (Coord.), *Estudios...*, ob. cit., pp. 1011 ss., especialmente p. 1032 *in fine*. En España, con suficiencia, De la CUESTA AGUADO, P. M., *El conocimiento de la ilicitud*, edit. Dykinson, Madrid, 2007.

(32) Véase C. ROXIN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en derecho penal», en *Problemas básicos del derecho penal*, edit. Reus, Madrid, 1976, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, pp. 128 ss.

(33) Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Derecho penal contemporáneo...*, tesis 21 a 24, pp. 51-54.

Empero, cada avance dogmático trae también sus peligros con respecto al nivel de garantías alcanzado en la estructura sistemática precedente. Para la imputación objetiva de Roxin, que pretende aportar mayor nivel de seguridad jurídica al reafirmar la estricta legalidad en el tipo objetivo con criterios «objetivos» (pero no ontológicos sino normativos), el riesgo consiste en que generalmente se olvida que al tipo pertenece en primer lugar, antes de la imputación objetiva del riesgo prohibido y su realización en el resultado, el concepto de autor, que es nada menos que la persona a quien se imputa o puede imputarse como agente la producción y realización de tal riesgo. Y este concepto de autor precisamente en Roxin se torna incierto porque se lo hace depender del concepto gaseoso de «dominio del hecho», que él mismo define como un criterio valorativo «abierto» que se ha de determinar caso por caso porque no es posible suministrar de él una noción general precisa y clara (34).

Para ambas corrientes del pensamiento penal fueron también claros los límites de la responsabilidad culpabilista, de un lado por lo *previsible* y del otro por lo *evitable* para el hombre (medio); en torno a ello se construyen los conceptos de dolo e imprudencia, pero también el de exigibilidad e incluso el propio concepto de injusto objetivo (fundado en una evitabilidad general). El proceso de normativización teleológica de las categorías dogmáticas sigue avanzando a pasos gigantados que a veces no se interpretan correctamente y en todas sus consecuencias en los tiempos iniciales.

Por lo demás es claro todavía que para todos la *culpabilidad* se contrapone a la *inocencia*, como de modo explícito lo dispone el artículo 29 constitucional, y requiere por ende como factor real, de alcance tanto en el derecho penal material como en el procesal, un cierto grado de participación interna y externa del sujeto imputado en la realización del acontecimiento delictivo. Esa participación no es normativa sino real y no es la imputación sino lo que se imputa, tanto en la imputación objetiva al tipo cuanto en la imputación subjetiva a la responsabilidad personal.

En la época más reciente y gracias a la pluma siempre magistral e inquietante del profesor Jakobs (35), ha aparecido la discusión acerca de un tercer concepto de culpabilidad, que él mismo ha denominado «concepto funcional de culpabilidad». Según este tercer concepto, la culpabilidad no es ya algo que ontológicamente se dé en la persona

---

(34) ROXIN, Claus, *Autoría...*, pp. 143 ss.

(35) G. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, pp. 125 ss.; del mismo, *Derecho Penal-Parte General*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 575 ss.

del autor o pre-exista a la imposición de la pena, sino algo que se le imputa normativamente, como el delito mismo y la pena, y que justamente se imputa de acuerdo con las mismas necesidades de prevención general (positiva) de la pena, dentro de la misión del derecho penal de mantener y reforzar la estabilidad normativa de cada sociedad en su configuración concreta y/o reforzar la fidelidad al derecho. En efecto, sostiene Jakobs, *la imputación por culpabilidad significa la imputación de un «defecto volitivo» y este existe siempre que el autor hubiese podido evitar la infracción, procurándose motivos para ser fiel al Derecho*; se trata, pues, de un déficit de voluntad consistente únicamente en «déficit de motivación fiel al Derecho» (36), en no haber hallado motivos para cumplir la norma o simplemente en haber tenido el concreto deber de conocerla y cumplirla y no haberlo hecho.

De esta manera se ha concretado el riesgo, previsto desde el comienzo por los críticos de la teoría normativa, de que la culpabilidad se convierta en algo que no está en la conducta ni en la persona del culpable sino en la cabeza del juez, esto es, del poder punitivo estatal que el juez encarna y representa. Se trata por tanto de algo construido por el derecho positivo, disponible para el poder e instrumentado por las necesidades preventivo generales, un concepto que ya no posee raigambre «ontológica» sino funcional, pero que según Jakobs sustituye al libre albedrío en una sociedad secular y desmitificada. Ante la objeción, dirigida por Roxin, de que un concepto de tal naturaleza instrumentaliza por completo al ser humano (37), en contra de los principios kantianos de dignidad y autonomía («obra de tal manera que el fin de tu actuar y el hombre mismo sean siempre un fin, nunca un medio»), Jakobs ha respondido de manera enfática que su concepto funcional de culpabilidad no instrumentaliza al ser humano, sino que simplemente describe instrumentalizaciones existentes hace mucho tiempo (38).

En la imposición de la pena criminal es inevitable, según esto, que el individuo sea en cierta medida utilizado como instrumento para los fines colectivos de la prevención general (39); es decir, se impone la pena a unos para que otros no delincan o delincan menos y de esta manera se fortalezca la seguridad común o se refuercen los valores jurídicos en la conciencia colectiva. Lo que, empero, según Roxin,

(36) JAKOBS, Günther, «El principio de culpabilidad», trad. de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Derecho Penal y criminología*, núm. 50, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo-agosto de 1993, p. 144.

(37) ROXIN, *Derecho Penal...*, *ob. cit.*, pp. 805-807, paráf. 19, núms. 31-33.

(38) JAKOBS, *El principio...*, p. 149.

(39) Así de claro en ROXIN, *ob. cit.*, paráf. 3, núm. 51, p. 102.

justifica esta inevitable mediatización en la aplicación de la pena dentro del marco de la culpabilidad por el hecho, esto es, al cobijo de la idea de justicia retributiva (40) y por tanto dentro de los límites de lo «merecido» personalmente por el sujeto. Y en todo caso es hoy incuestionable que la persecución por el Estado de fines sociales utilitarios por medio de la pena criminal –y de las medidas de seguridad para inimputables, que en algunos países se aplican también a sujetos culpables muy peligrosos, como sucede en Alemania con la custodia de seguridad– exige que la misma no sólo sea útil en el caso concreto, sino que en todo caso se acoja a las exigencias constitucionales que rigen para toda intervención estatal de derechos fundamentales, esto es, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad e idoneidad en el contexto de la aspiración nunca soslayable a la construcción de un «orden justo». Lo difícil en la práctica es que estas justificaciones sean algo más que discursos legitimadores. «Las partes escogen los principios (de la justicia y del sistema social) como si fueran para una sociedad en la que ellos mismos fueran a vivir, como si hicieran planes por adelantado» (41). El «velo de ignorancia» (Rawls) puede que funcione en la filosofía estricta, pero en la teoría y en la práctica política es más que dudoso que lo haga porque están de por medio muchos intereses terrenales que son de difícil supresión (incluso sólo mental).

Toda la tradición del derecho penal liberal y su esforzada construcción de la culpabilidad como pilar de la responsabilidad personal es una lucha sin tregua por evitar o minimizar esa instrumentalización, pero la verdad es que siempre en el fondo ha quedado el amargo sabor histórico de que ello es imposible, al menos en términos absolutos. Esto es reconocido explícitamente por el propio Roxin (42), y no podía ser de otra manera porque va ínsito en cualquier concepción preventiva y por tanto socialmente utilitaria de la pena, que de todas maneras es un «mal» que, aunque se quisiera, no retorna las cosas al

---

(40) Con todo y lo que necesitamos de ella, la idea de justicia dista mucho de ser clara. Se trata, en primer lugar, de un «valor absoluto» o «valor final» y es sabido que sobre éstos no existe posibilidad de planteamiento y conclusión de un diálogo racional (Hume, Kelsen, Popper, Rawls), salvo en hipótesis ideales. La justicia social y política es otra cosa, pues ni siquiera es una idea, sino una práctica que varía con los pueblos y las épocas, las estructuras sociales y los prejuicios, y que contiene todavía y por doquier demasiadas reglas de exclusión, por no hablar de sus falencias en cuanto falta de equidad como uno de los problemas de la actual estructura del mundo, pese a lo mucho que han aportado las ideas contractualistas para la construcción de la moderna sociedad democrática (cfr. NUSSBAUM, Martha, *La fronteras de la justicia-Consideraciones sobre la exclusión*, edit. Paidós, Bs. Aires, 2007, cap. I, trad. de Ramón Vilá Vernis y Albino Santos Mosquera).

(41) NUSSBAUM, *ob. cit.*, p. 37, p.n.

(42) *Ob. cit.*, p. 102.

«bien». Hasta las más estrictas concepciones retributivas de la pena muestran que históricamente la pena criminal siempre se conminó y ejecutó con baremos preventivos, algo que se puede aprehender tanto en la expiación cuanto en la corrección y con mayor claridad en el espectáculo ejemplarizante y atemorizante de la ejecución penal que acompañaba a los antiguos y medievales ritos de la ejecución penal (43). Hoy sigue siendo igual, aunque ha disminuido la crueldad corporal de penas y ejecuciones, pues el rigor de las penas privativas de libertad sigue en aumento en el tiempo y en la disciplina de seguridad de su cumplimiento. La estructura y funcionamiento de las más modernas «cárceles de alta seguridad», talladas al mejor estilo norteamericano, no es por cierto un modo claramente humanitario y resocializador. Las cárceles pueden mirarse como producto de la visión utilitaria de la pena en cuanto prevención por medio de la segregación o incluso de la inocuización cuando se trata de prisión perpetua. Esta visión utilitarista de la pena viene de Beccaria y por esto algún sector de la dogmática alemana se muestra un poco crítico con su obra (44). Hemos sustituido las penas corporales por las cárceles, pero no estamos en condiciones de afirmar de modo tajante que la privación de libertad en las cárceles de hoy es una pena menos cruel, dadas las condiciones de hacinamiento y deshumanización que imperan en casi todas ellas y en casi todos los países.

En este último contexto es importante resaltar que para Jakobs el concepto de culpabilidad funcional al sistema normativo vigente presupone siempre normas legítimas (45), esto es, la instalación del orden jurídico sobre una verdadera sociedad civil porque de otra manera no puede darse el Estado democrático de derecho. El problema es la identificación de los criterios de legitimación de esas normas y su disponibilidad por el propio derecho positivo. Y esto es

---

(43) Por todos, FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, Cap. I.

(44) Cfr. Kai AMBOS, «Cesare Beccaria y la tortura: comentarios críticos desde una perspectiva actual», en Jean Pierre MATUS (Dir), *Beccaria-250 años después*, edit. B. de F., Montevideo/Bs. Aires, 2010, pp. 155 ss.

(45) JAKOBS, *El principio...*, pp. 145-149. Si el orden social es ilegítimo, el sujeto seguirá siendo siempre culpable de la infracción normativa, pero con una culpabilidad meramente formal (que, sin embargo, es la única que manejan los jueces en todo el mundo porque siempre están sometidos al imperio de la ley y sólo de ella) (*ibidem*, p. 145). De cualquier manera es suficiente con la culpabilidad formal –algo muy característicamente positivista– y la material existirá también en cuanto la sociedad estatal no posea medio distinto a la pena para resolver el conflicto a favor de la estabilidad normativa. La culpabilidad se surte por «defecto volitivo» y de éste responde todo el que infringe la norma en cuanto la sociedad la haya tratado en esto como una persona igual a las otras: todas deben ser fieles al derecho y auto-administrarse motivos para preferir el cumplimiento de la norma a cualquier otra cosa.

inobjetable: si el derecho penal de todas maneras obra como puntal de sostenimiento del orden establecido, su legitimidad depende de que funcione con relación a un orden relativamente justo desde el punto de vista social, algo que parece todavía lejano para la gran mayoría de países en el mundo actual.

Pero hay que tener en cuenta que en el funcionalismo penal la relación del autor ordinario con la norma no se toma mirando en aquel un individuo –que es un ente físico al que sólo se puede responder, en cuanto sea peligroso, con medidas de seguridad y no con penas–, sino una «persona social» que como tal tiene unos roles y deberes igualitarios que bastan para imputarle culpabilidad de una defraudación normativa si, por ejemplo, teniendo el deber, incumple la norma por no atender el deber de informarse correctamente sobre ella y encontrar motivos para acatarla. Como la misión es asegurar el orden social, no se trata de si el autor poseía «una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado» (46). El autor tenía que procurarse él mismo los motivos de esa alternativa para no tener que responder por la infracción normativa. El motivo del conflicto es que el autor no ha escogido para su conducta la motivación conforme a Derecho; y para imputar esto basta con que el autor haya tenido la posibilidad de reconocer la norma y no lo haya hecho (47).

Problemático es que, como el sistema funcionalista de Jakobs se pretende puramente descriptivo, es difícil con él discernir socialmente entre facticidad, validez y legitimación del Derecho –como sí puede hacerlo, con un discurso de presupuestos distintos que parte del «sistema de los derechos», por ejemplo, Habermas (48)– porque las meras descripciones no son idóneas para cuestionar un sistema de normas; mejor dicho, no son aptas para discutir cuestiones de legitimidad de ningún sistema social cuyo ordenamiento jurídico se expone en términos de dogmática funcional. Según Kant, en cuanto heterónomo el Derecho se dirige únicamente a la regulación de lo externo y deja librado a la autonomía personal del destinatario el procurarse motivos para cumplirlo, de modo que el Estado no puede reprocharle sus actitudes internas. También para Jakobs cada persona es libre de procurarse los motivos para ser fiel al Derecho, pero la diferencia está en que según este autor el ciudadano no solo es libre para obtener tales motivos, sino que además soporta la carga social de encontrarlos o proveerlos, ya que de lo contrario incurre en responsabilidad penal por su infracción (49).

Para Jakobs ciertamente el ciudadano está bajo el poder de la norma y obligado a cumplirla, de modo que tiene asimismo el deber de

---

(46) JAKOBS, *Derecho Penal...*, p. 185.

(47) *Ibidem*, pp. 581-582.

(48) J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, edit. Trotta, Madrid, 1998.

(49) G. JAKOBS, *El principio...*, p. 145.

procurarse los motivos para ello y si incumple esta obligación es culpable (= responsable) de la infracción normativa (50). Es decir, violar el deber de procurarse (= obtener como sea) motivos para ser fiel a la norma es ya ser culpable y justo aquí resalta que la culpabilidad es funcional para el mantenimiento de la vigencia de la norma, que para Jakobs es sobre todo vigencia interna o internalizada en cuanto deber de fidelidad al ordenamiento. Es decir, por medio de la imputación de culpabilidad y de pena el Estado consigue el fin de prevención general positiva (=conseguir que todos se provean de motivos o razones para ser fieles al Derecho como primer deber de todo ciudadano o «persona social») de dirigir a voluntad la configuración de un orden social determinado (51). De modo que ROXIN tiene razón: una mediatización de la persona en aras de intereses colectivo-estatales no podría ser más manifiesta y por tanto tampoco más intolerable desde el punto de vista del principio kantiano de dignidad humana (52), ni más contrario a la idea contemporánea de Estado democrático de derecho.

Hay aquí un cierto y relevante punto de toque del funcionalismo penal con el positivismo formalista de la teoría pura del derecho y desde luego con el relativismo valorativo de los neokantianos (Kelsen mismo es neokantiano) (53). Dado que de este modo la legitimidad es un presupuesto de la dogmática descriptiva o funcional, todo orden normativo «es» legítimo para los planteamientos del funcionalismo, al menos en su vertiente radical o sistémica (54). Y, en efecto, nada puede ser «funcional» a un sistema que se suponga reconocidamente «ilegítimo» porque la funcionalidad de los conceptos dogmáticos reza con el mantenimiento y reforzamiento de la estabilidad normativa del mismo (identidad normativa de la sociedad) y lo que sin duda se puede suponer es que ningún sistema social de normas se identifica con un orden que se reconozca a sí mismo como injusto –así sea siquiera parcialmente, en tanto hablemos de injusticias graves–. El asunto no es muy distinto para el funcionalismo «moderado» de Roxin; sólo que para éste se añade que la Constitución «lo diga» (positivismo constitucional en lugar del legal).

---

(50) JAKOBS, *El principio...*, p. 143: «Si el sujeto está sometido a la norma con este su cometido (de procurarse obligatoriamente motivos para que el cumplimiento de la norma le sea preferible), ello se le imputa como culpabilidad, y esta imputación se evidencia en la pena... La finalidad de la culpabilidad es la estabilización de la norma débil (cuya debilidad precisamente consiste en que no puede demostrarse que para el individuo sea preferible cumplir la norma)...» (los paréntesis son explicativos del texto, conforme a su propio tenor, pero no hacen parte de la cita).

(51) *Ibidem*, pp. 143-144 *in passim*.

(52) ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 805-807.

(53) Pero es claro que la posición que se comenta, desde el punto de vista de la ética liberal de Kant ya no sólo no es neokantiana, sino que se encuentra del otro lado de la línea.

(54) En realidad este defecto es propio de toda «dogmática pura», que no es otra cosa que sistematización lógico-formal del derecho positivo vigente, con independencia de sus contenidos axiológicos y del sistema social que éste apoya.

Innegable resulta, por otra parte, que la dogmática funcional es, como cualquier dogmática sin postulados valorativos de estirpe personalista, usada de modo «neutral» para traducir la funcionalidad de cualquier sistema punitivo legal con cualquier orden social que lo sustente. El problema funcionalista es que la persona (social), al estar bajo el marco de un ordenamiento jurídico, tiene el deber de hallar los motivos para cumplirlo o de verse expuesta, si no lo hace, a responder penalmente por el defecto volitivo que lo lleve a la infracción de sus normas. Aquí, sin duda, según Jakobs, la culpabilidad funcional no se comporta socialmente de manera distinta a como hacía o haría el principio de responsabilidad por el resultado en tanto que éste también quisiera mantener la estabilidad de un cierto orden normativo. La cuestión no es de relación de la persona individual con la norma, sino que el rol de ciudadano en cuanto persona social obliga a conseguir la motivación para cumplir con el deber normativo e impone responsabilidad en caso contrario. El «déficit volitivo» —que además no ha de entenderse en términos psicológicos— que hace culpable al agente lo responsabiliza siempre que no está ahí, en el puesto indicado por el rol, a pesar de que debía estarlo según la organización social de las competencias. El principio que rige es: *quien puede conocer la ley* —y esto es posible siempre en cuanto exista comunicación y se trate de sujetos imputables— *tiene el deber de respetarla y responde sin más por su infracción* (55), a título de culpabilidad, por no haber encontrado motivos para cumplir la norma.

También es verdad que para la mayoría de expositores —por ejemplo, Roxin (56), Mir Puig (57)— parecen ser suficientes los presupuestos normativo-constitucionales del Estado democrático de derecho. Pero esto sólo es acertado en parte porque, aunque la teoría del Estado democrático de derecho contiene unos presupuestos axiológicos bastante bien establecidos —como ser la persona y su dignidad, los derechos fundamentales de libertad personal y libertades conciencia, culto y expresión, la regla formal de igualdad de trato, la división de poderes, etc.—, no todas las constituciones los configuran de la misma manera y con igual extensión de contenidos valorativos y, sobre todo, el sistema social que subyace a la constitución positiva y es por ésta protegido no posee en todas partes el mismo grado de justicia social y de igualdad real de oportunidades. Por esto son insuficientes los criterios de justicia formal para apreciar en su debido contexto la justicia de la pena, siempre relativa al grado de justicia material desarrollado por cada sistema social. Por otra parte, las constituciones también pueden ser reformadas y sustituidas y esto no siempre sucede para el bien común.

---

(55) Jakobs. *El principio...*, p. 149.

(56) C. ROXIN, *Derecho Penal...*, paráf. 2, pp. 51 ss.

(57) MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal-Parte General*, 8.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimpresión, edit. Reppertor, Barcelona, 2009, pp. 109 ss., L 4/59-78; del mismo, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., edit. Bosch, Barcelona, 1982.

### III. CULPABILIDAD, PREVENCIÓN Y DOGMÁTICA EN GIMBERNAT Y ROXIN. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Hacia 1970 –y más o menos al mismo tiempo que Roxin (aunque los presupuestos de ambos son en parte distintos)– Gimbernat Ordeig (58) puso de presente la imposibilidad conceptual de un derecho penal de culpabilidad porque, según él, la culpabilidad se funda en el concepto de libertad de voluntad (libre arbitrio) y esta precisamente no se puede demostrar de manera científica o empírica en cada caso concreto. La libertad de voluntad es indemostrable, como «poder actuar de otra manera» en cada caso concreto y por tanto de ella se puede decir que no existe (pues esto es lo mismo que sostener que no se puede probar). Y es en verdad claro que si la libertad de voluntad no existe o no puede probarse, una pena fundada en la culpabilidad reposa sobre un incomprensible fundamento fáctico que no se puede demostrar en el proceso penal democrático y que por tanto el juez puede imputar a cualquiera «a su libre arbitrio». Por esto hemos sostenido la necesidad de una dogmática no sólo lógica y de correctos presupuestos valorativos, sino también «practicable», porque lo que no se puede probar tampoco se puede refutar y no resulta por tanto compatible con las exigencias de un proceso penal democrático.

El argumento de que el «poder actuar de otra manera» no se puede demostrar en cada caso concreto (salvo como fenómeno «forense» por las causas de ocurrencia de exclusión de la culpabilidad), esto es, que nunca es verificable empíricamente que el autor individual de una determinada conducta podía proceder de manera distinta a como lo hizo, viene ventilándose en la dogmática penal desde los años 60 del siglo anterior, cuando fue brillantemente planteado por Engisch (59), si bien tenía importantes precursores desde por lo menos una década atrás con las obras de Nowakowski (1950-1957) y Bockelmann (1963) (60). El argumento ha servido desde entonces para sostener dogmáticamente la construcción de un concepto dogmático de culpabilidad sin reproche

(58) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?* (1970), Editorial Temis, Bogotá, 1983. Las citas ulteriores de este autor remiten a esa edición.

(59) K. ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal* (1965), trad. de Luis Guzmán Dalbora, edit. B. de F., Bs. Aires/Montevideo, 2006.

(60) *Ibidem*, «Presentación» a cargo del Prof. Dr. Gonzalo D. Fernández, p. 46; C. ROXIN, *Derecho Penal...*, p. 799, No. 19 y nota 34.

moral (61)-(62), esto es, construido con un enfoque distinto al de reproche de los motivos de formación de voluntad que tuvo desde Frank y se consolidó en Welzel (63), pero también para fundar el rechazo del propio principio de culpabilidad y edificar un derecho penal puramente preventivo, como el propuesto, cada cual a su modo, por Gimbernat y Roxin. Es que, en efecto, las doctrinas de la culpabilidad y de la pena retributiva estuvieron unidas desde el origen de la primera. Una culpabilidad sin reproche moral se encuentra, por ejemplo, tanto en Hassemer (64)-(65) y

---

(61) Los que, pese a admitir la indemostrabilidad de la libertad concreta, siguen argumentando con la culpabilidad como reproche moral, tienen que acudir a la «culpabilidad social» o de término medio (lo que algunos han llamado mal y muchas veces «determinismo débil», sin determinismo en absoluto porque este solo se puede remitir a lo individual y concreto), o sea, no a lo que el sujeto hubiera podido hacer personalmente en su determinada situación, sino a lo que cualquiera otro –o un vaporoso «hombre medio»– habría hecho en su lugar en tal situación (Mir Puig, Muñoz Conde, Jescheck, Jescheck/Weigend). Y esto ya no es culpabilista porque pretende fundar la culpabilidad de un hombre en la hipótesis de lo que otro probablemente habría hecho en su misma situación. Pero, si como también se ha destacado, la «capacidad de obrar de otra manera» no podría probarse como «causa psíquica» en el individuo concreto que actúa, mucho menos puede esto hacerse con los baremos de un homúnculo medio en similares circunstancias conocidas de acción. La «culpabilidad social» –y este es un argumento muy fuerte pocas veces esgrimido– pulveriza o difumina el principio básico de que la responsabilidad penal es estrictamente personal o individual y por tanto solo puede fundarse en una culpabilidad enteramente personalizada, debido que él no responsabiliza al sujeto por lo que él mismo hizo, sino por lo que otros pudieron haber hecho.

(62) ROXIN, *Derecho penal...*, paráf. 19, núm. 20, p. 800.

(63) Cfr. J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, «Hacia una dogmática penal sin culpabilidad», en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Medellín, 1982; *del mismo*, «Dogmática penal sin reproche de culpabilidad en la hora actual», Yesid Reyes Alvarado (Coord.), *Dogmática penal y criminología-LH a Alfonso Reyes Echandía*, edit. Legis, Bogotá, 2005. También, S. MIR PUIG, *Derecho Penal-Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., edit. B. de F., Bs. Aires/Montevidéo, 2007, pp. 519 ss., y 8.<sup>a</sup> ed., cit., pp. 525 ss.

(64) HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1984, p. 299.

(65) La posición de Hassemer es al respecto a la vez clara y peculiar: de un lado, porque sostiene que –por razones distintas a las de la op. dom.– está bien que el derecho penal judicial se desvincule de los problemas de la libertad de voluntad y del reproche de culpabilidad; de otra parte, porque considera con razón que la cuestión de culpabilidad en el proceso penal democrático se reduce legalmente a que el juez no tiene que demostrar positivamente la existencia de libertad en la situación concreta del autor –incluso presume parte de ella en el establecimiento de la imputabilidad–, sino que ha de atenerse a su configuración «forense» demostrando únicamente la no ocurrencia de una causa de inculpabilidad. Hay quienes sostienen, sin embargo, que no está claro (o está claro que no) si es «libertad de voluntad» lo que queda después de descartar las causas de exclusión de la culpabilidad, que algunos distinguen entre «inculpabilidad», que elimina la libertad, y «exculpación», que simplemente reduce su ámbito en forma grave– es o no libertad de voluntad. (cfr. HASSEMER; Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 58). Lo cierto al respecto es que la exculpación elimina la culpabilidad relevante para el derecho penal de la imputación subjetiva.

Stratenwerth (66) como en Roxin (67) y asimismo en la obra del autor de este escrito (68).

Gimbernat entiende que el «principio de culpabilidad» (y la «culpabilidad» misma, ya que él no acentúa ninguna diferencia entre ambos) tiene en derecho penal dos sentidos correlativos y solo dos, o al menos uno de ellos: fundar la atribución del hecho antijurídico a su autor en la libre decisión de voluntad y/o prohibir la responsabilidad objetiva o por la mera causación del resultado (69).

Un examen cercano del tema muestra que existe por lo menos otro sentido posible de la culpabilidad penal, cual es el de la imputación subjetiva fundada en la imputabilidad y limitada al dolo o en su defecto a la culpa o imprudencia, con las eximentes conocidas como causas legales de inculpabilidad o exculpación. Es claro que Gimbernat no renuncia a la responsabilidad penal fundada en el dolo o la culpa del agente (70), y no he visto en su obra ningún argumento acerca de que la (real o supuesta) imposibilidad de probar la libertad de voluntad y de acción en cada caso concreto excluya también la de demostrar el dolo y la culpa y por tanto imputar subjetivamente con base en ellos. Desde luego algo así tampoco se encuentra en la obra de Roxin, ni de ningún otro penalista que yo conozca (71). Sería fácil mostrar, de la mano por ejemplo de Hassemer, Stratenwerth y Jescheck, que el principio de culpabilidad cumple en derecho penal también otras funciones sobresalientes, como determinar el grado de participación interna y externa del sujeto en el injusto típico, suministrar criterios subjetivo-normativos para el respeto del principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena y marcar el límite máximo de la misma, fundar la obligación de respeto absoluto e incondicional de la dignidad humana del penado (y en general del imputado), etc. (72)

Por esos caminos fue fácil para Gimbernat mostrar que la dogmática penal inspirada en la culpabilidad no tenía futuro. En lugar de ésta

---

Más allá de esto queda el ámbito de la libertad de voluntad en los campos de la moral, en donde precisamente el Derecho penal como tal nada tiene que decir.

(66) *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, 1980.

(67) *Derecho Penal...*, p. 800.

(68) *Derecho Penal –Parte General– Teoría del delito y de la pena*, Cap. III, Par. 15, edit. Ibáñez, Bogotá, 2012.

(69) GIMBERNAT, *¿Tiene futuro...*, nota 12, pp. 33-34.

(70) *Ibidem*, p. 16.

(71) Tal vez la doctrina sobre el concepto des-psicologizado del dolo –dolo no es conocimiento sino «deber de conocer» impuesto por el rol social asumido por el agente–, originada probablemente en escritos de Jakobs posteriores a su «Manual», sea la más cercana a ello, pero solo en el mismo sentido indirecto en que el «potencial conocimiento del injusto» no es ya conocimiento de la antijuridicidad del hecho sino mera posibilidad (normativa) del mismo.

(72) Con más amplitud en mi *Derecho Penal –Parte General– Principios y categorías dogmáticas*, cit., pp. 302 ss. y 323 ss.

propuso, como se anticipó, un derecho penal preventivo en cuyo seno el Estado cumple con la pena una «racional» y además «razonable» misión preventiva y pedagógica consistente en la formación o reforzamiento de la conciencia moral colectiva mediante el apoyo punitivo de los valores fundamentales que pueden apreciarse en la conformación social de los bienes jurídico-penales (clara en esto la influencia de la teoría psicoanalítica de formación del «superyo», aunque transpolada al campo de la conciencia colectiva, donde el psicoanálisis es sin duda más débil que en el individual (73)).

Lo que en lugar de la dogmática penal de culpabilidad, que califica de metafísica, propone también el autor citado, es una dogmática estrictamente conceptualista y metódicamente sistematizada que, delimitando conceptualmente los tipos penales, muestre a todos los ciudadanos dónde comienza y dónde termina el comportamiento punible, suministrando a todos por esta vía seguridad jurídica al hacer posible una administración de la justicia penal segura y calculable. La dogmática se ve allí hermosamente como el único método racional de que hoy disponemos para el abordaje de la aplicación del derecho penal positivo, en un bosquejo tal vez demasiado racionalista o conceptualista que se agota en el uso de la lógica. Pero a la vez el famoso pasaje olvida que los tipos no son la única materia de elaboración de la dogmática del delito porque a su lado hay que edificar también los temas de los otros elementos constitutivos del delito, sus causas de exclusión y las condiciones de aplicación de las penas legalmente conminadas. Se trata, en todo caso, de uno de los pasajes más bellos y a la vez más ingenuos de la literatura penal (74), citada tanto por auto-

---

(73) Este terreno conceptual es más tarde explorado por Luzón Peña, Diego-Manuel, «Prevención general y psicoanálisis», en S. Mir Puig (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales...*, pp. 141 ss.

(74) «*Ingenuos*» porque el autor contempla una dogmática única, pura, ideal, racional y meramente lógico-sistemática que no se dará de hecho en el futuro, salvo hasta el finalismo –la que se da después, en efecto, está fuertemente permeada por criterios más o menos volátiles de política criminal que la tornan imprecisa e insegura–, pero también porque supone que la función de certeza que sin duda puede desprenderse del método dogmático depende solamente de la interpretación y sistematización de los tipos, olvidando los demás elementos del delito y prescindiendo del abrumador supuesto de que no todos –ni mucho menos– de los presupuestos de la dogmática penal provienen de la ley (los tipos penales), ya que también emanan de la jurisprudencia, de las opiniones de los doctrinantes, de la filosofía del derecho, de la interpretación de la constitución material de cada Estado, de los estándares creados por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, de la inclusión y el entendimiento de principios de política criminal, de la extensión que se le da al concepto de Estado social y democrático de derecho y el sentido que se le asigne a su relación con la teoría del contrato social, etc. etc. También olvida que no siempre los tipos legales están bien redactados y ante las vaguedades de las legislaciones de última generación ni

res de lengua castellana como de lengua germánica (que el propio Roxin trae a colación, aunque califica de que contienen declaraciones tal vez algo «enfáticas»)(75):

«... La dogmática jurídicopenal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal... Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación... Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad... (serán) una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo de una dogmática, más lotería...» (76).

Previamente había sentado el ilustre tratadista ibérico que sólo en un derecho penal de la prevención general (negativa) y de la prevención especial que fije la gravedad de las penas no por los fundamentos metafísicos del principio de culpabilidad sino por la protección de bienes jurídicos y por el establecimiento de un régimen de responsabilidad subjetiva que diferencie dolo e imprudencia, «la pena no es ya algo irracional (77), sino racional, es más: razonable. Existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con “buena conciencia” porque es la justa retribución por el daño libremente causado... y concebir la pena como “una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son” (cita del Proyecto Alternativo Alemán de 1969, elaborado por Baumann, Roxin y otros)». Queda claro: sin buena dogmática no puede haber para los ciudadanos una buena, esto es, igualitaria y segura impartición de justicia penal. En días recientes (2006 y 2010), Schünemann ha vuelto a insistir sobre el particular, en lucha contra el sistema anglo-americano –que entremezcla cuestiones penales con las procesales– y contra el abandono de la realidad por parte del funcionalismo radical (78).

---

siquiera se puede seguir presumiendo que han sido elaborados de buena fe para generar un poder punitivo de claros perfiles. Buena parte de esos presupuestos y su carácter extra- o supra-legal fueron puestos de presente expresamente varios años más tarde por Enrique BACIGALUPO, en *Delito y punibilidad*, edit. Civitas, Madrid, 1983, y luego también por muchos otros juspenalistas.

(75) C. ROXIN, *Derecho penal...*, paráf. 7, núm. 31, p. 207.

(76) Gimbertat ORDEIG, *ob. cit.*, p. 27.

(77) Se refiere seguramente a la repetida formulación de que el mal del delito se compensa o anula por el mal delito, un pensamiento que es propio del pensamiento penal derivado de los filósofos del idealismo alemán (Kant y Hegel).

(78) SCHÜNEMANN, B., «El sistema de la teoría del delito», en *Derecho penal...*, pp. 32 ss.

A ello hay que formular varias glosas igualmente importantes. Pero ante todo la observación previa de que ciertamente Gimbernat contrapone «libre albedrío» y «determinismo», pero no señala la acepción precisa en que se vale de estos términos que, sin embargo, se usan en el bagaje de la ciencia y la filosofía en varias acepciones con matices y grados diferentes. Así, es preciso distinguir entre determinismo débil (que admite la posibilidad de intervención de la conciencia reflexiva no determinada causalmente en el proceso de decisión) y determinismo fuerte o rígido (nada pasa, tampoco por la mente, sino está causalmente determinados por factores materiales previos), y de modo paralelo entre libre albedrío absoluto (libertad sin causas) y relativo (la libertad se expresa por conductos causales y tiene limitaciones y condicionamientos). Las observaciones son las siguientes:

1. El derecho penal nunca es racional y razonable porque la ecuación delito-pena no es de igualdad ni de equivalencia (únicas ecuaciones filosóficamente calificables como racionales). Por el contrario, dado que esa relación es siempre desigual y valorativa, culturalmente variable, el derecho penal como tal es siempre irracional y por ello su limitación por medio del principio de estricta legalidad de delitos y penas es siempre racional. En efecto, como hace años lo señaló Carlos Cossio al elaborar ese argumento (79), es racional limitar la irracional, que es lo que hace el principio de estricta legalidad penal, y es irracional extenderlo y por esto es irracional en derecho penal la analogía desfavorable o *in malam partem* (80). Por otra parte, considerar la pena como un «bien» conducirá siempre al redentorismo penal o al versátil expansionismo, y con ello a la disminución de las garantías, pues no parecería razonable tratar de minimizar el «bien social» ni es claro que contra él los ciudadanos precisen garantías. Es para mí indudable que las teorías de la pena como prevención general positiva han propiciado o reforzado al menos los movimientos inflacionarios del punitivismo que hoy afectan al mundo.

2. Por otra parte, dado que la pena es necesariamente un mal, ningún derecho penal puede ser «bueno» de suyo. Por esto las doctrinas demoliberales, a fin de imprimirle cierta consistencia que lo tornen limitado y controlable, requieren la minimización de las penas y

---

(79) Cossio, Carlos, «El principio *nulla poena sine lege* en la axiología egológica», en *Teoría de la verdad jurídica*, edit. Losada, Bs, Aires, 1954, pp. 273 ss.

(80) Este pensamiento, seguido también por JIMÉNEZ DE ASÚA, lo hemos adoptado como «fundamento filosófico» del principio de estricta legalidad penal desde la primera edición de nuestro *Derecho Penal Fundamental*, edit. Temis, Bogotá, 1982, pp. 71 ss., y 2.<sup>a</sup> ed., 1989, pp. 79 ss. Igual en *Derecho Penal Fundamental 1*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2004, pp. 189 ss.

la contemporánea maximización de las garantías penales. Ejemplo brillante de construcción en estos sentidos lo representa por todos la obra de Ferrajoli (81). No hay ejemplo más claro del antagonismo dramático que hoy vivimos entre el derecho penal en acción –que transcurre en los recintos de legisladores y jueces penales– y la ciencia dogmática y la filosofía del derecho penal.

2. Una dogmática severamente racionalista o conceptualista sólo existió en los tiempos en que Gimbernat escribía la pequeña obra maestra citada y hasta unos años después mientras reinó el finalismo. En lugar de ella comenzó a entronizarse luego en el mundo entero, más o menos veinte años después, una dogmática de certeza reducida que combina lo dogmático o lógico-sistemático con los criterios abiertos de política criminal, tal como Roxin empezó a propugnarla en otra pequeña obra maestra de los años 70 del pasado siglo –que sin embargo tuvo claros precedentes en las doctrinas de Gallas sobre la prevención a finales de los 50(82) y en las funcionalistas de Callies de finales de los 60(83)–, dogmática político-criminal que sólo más tarde alcanzaría desarrollo en la teoría del delito hasta alcanzar el impulso avasallador que hoy ostenta. El único que ha mantenido una dogmática lógicamente rigurosa es Jakobs –y por vías distintas el propio Gimbernat en escritos ulteriores–, en una perspectiva neopositivista y conservadora, pero con una doctrina penal que parte del supuesto de un «Estado democrático de derecho» cuyo primer fundamento no es la persona y sus derechos sino la función de seguridad del sistema social, y en todo caso tampoco sin grandes lastres político-criminales derivados del fin de la pena (fidelidad al derecho, estabilización normativa, aflicción o dolor para el reo, aseguramiento por encima de resocialización, etc.).

Por cierto que estos desarrollos de la política criminal de la prevención, como era de esperarse, no han contribuido a la seguridad jurídica en el sentido tradicional de servir de dique para los ciudadanos frente al poder punitivo estatal, sino, por el contrario y pese de seguro al deseo explícito de su gran forjador (Roxin), al desmoronamiento en la dogmática penal internacional del principio de estricta legalidad penal. Porque una dogmática permeada por categorías abier-

---

(81) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón-Teoría del garantismo penal*, edit. Trotta, Valladolid, 1995.

(82) Ya entre 1950 y 1959 había predicho Gallas que después del finalismo el derecho penal desembocaría en una estructura nueva dominada por «un pensamiento valorativo y teleológico» (GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Seminario de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, 1959, p. 64 *in fine*).

(83) A respecto, por todos, SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, edit. Bosch, Barcelona, 1976.

tas de la política criminal no puede contribuir a mostrar los límites del tenor literal de los tipos penales y tal vez no es posible reducirla a que limite la interpretación teleológica al tenor literal de los mismos. Si la función central del tipo legal es la seguridad normativa de la colectividad y no la de los derechos fundamentales del imputado, su interpretación está legitimada para acudir a métodos diferentes que por vía rápida conducen a la expansión de su sentido, muy a pesar de su tenor literal (o gracias a un tenor literal confeccionado intencionalmente con vaguedad).

Lo propio de una renormativización teleológico-valorativa «abierta» de los conceptos dogmáticos, aunque se lo haga con inspiración en los principios y valores (también «abiertos») de la Constitución positiva es precisamente la tendencia inevitable a interpretar los tipos y las demás categorías de la teoría dogmática del delito con base en criterios de valor que buscan la acomodación de los conceptos, los textos legales y los precedentes judiciales a las conveniencias argumentativas de la llamada necesidad de prevención general (positiva o negativa), la primera de las cuales representa el fin general de las penas en el sistema de Roxin (84), así se insista en que la función esencial del derecho penal es proteger, mediante la pena preventiva, los bienes jurídicos (funcionalizados). Un ejemplo espectacular lo muestra la combinación de los conceptos roxinianos de imputación objetiva y autoría, pues queriendo con la primera perfilar con mayor nitidez que las doctrinas ontologicistas (causalismo y finalismo) el tipo objetivo, terminó por difuminar los límites y por tanto las funciones garantistas de este último al permearlo con el criterio valorativo «abierto» y por tanto impreciso y subjetivo de «dominio del hecho».

Otro tanto ocurre con su triunfal doctrina de la autoría mediata por dominio de organización o de aparatos organizados de poder, que amplía la categoría tradicional de la autoría mediata a casos en que el autor material también es responsable por transmitir la orden de eje-

---

(84) En realidad, Roxin sostiene para la construcción del injusto típico el principio político criminal de la «protección subsidiaria de bienes jurídicos», que él considera satisfecho cuando con la conducta se crea un riesgo no permitido que se concreta en el resultado y no está por fuera del fin de protección del tipo, y asimismo un principio político criminal para la construcción de su concepto de «responsabilidad», combinación que es de culpabilidad –como «asequibilidad normativa» y capacidad de autogobierno de la conducta–, principio este último que estriba en las necesidades sociales de la prevención general y especial. Un resumen muy claro de estas doctrinas puede verse en ROXIN, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, conferencia pronunciada en la Universidad de Córdoba, Argentina, en abril de 2008, versión electrónica, Sección V.

cución con cierta autonomía, en tanto que los ejecutores son dominados por el «hombre de atrás» por medio de su fungibilidad entre los múltiples ejecutores potenciales disponibles, pero son también penalmente responsables como autores (la jurisprudencia dominante en Alemania consideró a los jefes por mucho tiempo simplemente cómplices, aunque en verdad para el suscrito son ciertamente coautores, pero a título de ideólogos y dirigentes de la banda y de la empresa criminal, esto es, en su papel real de autores intelectuales que no se desvinculan totalmente de la ejecución).

Ciertamente esto último demuestra, con preocupante claridad, que en el sistema de Roxin, conocido e influyente en la teoría y la práctica del mundo entero, el supremo principio de la política criminal –por lo menos de la que él sostiene, pero no de la política criminal demoliberal– no es el de legalidad ni el de dignidad, sino el de la prevención general (positiva) con esbozos de justicia material; y esto parece bien en principio, pero sucede que la justicia material se puede llenar, como valor abierto de política criminal, con los más variados y variables contenidos y en la escogencia de estos contenidos juega un papel muy destacado la ideología personal del operador jurídico, algo que no es en verdad lo óptimo para la función de garantía del principio de estricta legalidad penal. Esto es particularmente claro frente a la prevención general positiva que Roxin postula, pues nadie puede precisar los contenidos valorativos en que habría de afinarse, con respecto a la cual hay que destacar que no es, ni de lejos, el principal contenido de justicia social material y que apareja por su propio concepto un fin muy «funcional» pero escasamente democrático, como es el de imponer por el poder de la pena los valores hegemónicos del ordenamiento jurídico positivo a la conciencia de los ciudadanos.

Es necesario, en cambio, en sede de interpretación de los tipos penales y a la vista de su función esencial de seguridad jurídica, combinar el «valor de verdad» con el «valor de justicia» de las proposiciones jurídicas, echando mano, en los inevitables juicios de valor que implica esa operación, de los principios y valores personalistas de la Constitución y su reconocimiento del carácter trascendente de los derechos inalienables del hombre (Const. Pol., art. 5), los tratados y declaraciones de derechos humanos, las normas rectoras de la ley penal y fuentes de derecho positivo de similar rango, pero no como valores «abiertos» o indeterminados, sino en su mayor determinación o precisión conceptual y liberal posible y con una nítida función personalista. Y hay que tener en cuenta que en contra del ciudadano nunca se puede esgrimir, por razones teleológicas, un sentido del tenor

literal de los tipos más amplio que el sentido natural de sus palabras en su mayor significación para el hombre común, esto es, para el lenguaje usual. Como tampoco es de recibo que una garantía individual del imputado o del reo se invierta de sentido y se invoque contra él como «derecho fundamental» de la colectividad. O sea que, en suma, en materia de interpretación de los tipos penales el «valor de justicia» de las proposiciones sólo puede servir a la función de limitar el poder punitivo que con ellos se inaugura, evitando sobre todo las graves injusticias de toda forma de analogía *in malam partem* e incluso de interpretaciones teleológicas expansivas.

4. Desechada en modo total la culpabilidad –y salvo la vía de construir en la teoría del delito una categoría final de «responsabilidad», cuyos contenidos hay que precisar– no queda sino el derecho penal de la prevención, algo que sin duda estrecha más las ya harto confusas barreras que separaban los conceptos y las realidades de las penas y de las medidas de seguridad en el derecho penal. Pero aquí prevención no juega en el sentido primario y fuerte de Beccaria («es mejor prevenir los delitos que castigarlos»), sino en el sentido de la pena misma que se amenaza, aplica y ejecuta con criterios de utilidad preventiva. Por cierto que la fórmula roxiniana de una «responsabilidad» que se edifica con la suma de prevención general y culpabilidad flota en el vacío porque previamente se han rechazado por él mismo todos los conceptos conocidos de culpabilidad y suprimido de tajo la retribución y, sobre todo, porque a renglón seguido se añade que *la necesidad preventivo general de la pena no requiere de una especial fundamentación porque se parte del supuesto de que cuando la ley amenaza con pena una conducta es porque considera necesaria su prevención*. Esto significa, sin rodeos, que el juez no tiene que motivar racionalmente en cada caso concreto la necesidad preventivo general de la pena porque simplemente ha de atenerse a su previsión en el tipo legal y trabajar, como en los viejos tiempos del positivismo, con el postulado de que «el legislador es sabio».

5. Y, a su turno, desechada la libertad de voluntad y de acción («poder actuar de otra manera») junto con el concepto de culpabilidad, no queda para la prevención un panorama distinto al de una concepción determinista del ser humano y por tanto del delito y de la pena. Dado que la serie causal es indefinida hacia el pasado –todo efecto proviene de una causa anterior–, la imposibilidad de retrotraer los casos penales hasta el infinito no deja otra alternativa –hasta ahora no confesada por los preventivistas– que ampararse en la «responsabilidad legal» del viejo positivismo criminológico. Por estos senderos la pena preventiva se convierte, como se dijo,

en medida de seguridad –reacción de defensa social contra objetos peligrosos– y la «peligrosidad» retorna a la dogmática penal por la puerta de atrás.

Por otra parte, una concepción determinista de la pena ve en ésta la interposición no de un motivo sino de un factor causal –no racional– para actuar de modo no delictivo. Pero como de hecho muchos delitos se cometen, esa concepción resulta de antemano un fracaso: la pena como causa para no delinquir es un fracaso porque de hecho muchos hombres delinquen a pesar de ella y a pesar de conocerla previamente, en tanto que es propio de las causas actuar sin excepciones ni sorpresas. Ese mismo carácter frustráneo no puede predicarse frente a una responsabilidad fundada en criterios no deterministas porque para éstos la pena es un motivo que las leyes proponen a los asociados para que no delincan, una razón que le ofrecen a su razón para que se aparten de la criminalidad, no una contra-causa de los impulsos delictivos, y como tal motivo puede ser aceptado o no por sus destinatarios en el ámbito de su libertad de querer y de actuación.

En lo que sin duda tienen razón los preventivistas contemporáneos es en que una sociedad democrática no puede limitarse a un ejercicio meramente retributivo de la pena, ni a la sanción de la culpabilidad por la mera exigencia de una idea metafísica de justicia retributiva. La retribución es esencial para determinar la justicia de la pena por merecimiento personal (culpabilidad jurídica por el injusto típico) y controlar tanto su proporcionalidad cuanto su concreta utilidad social de prevención general intimidatoria, pero no puede ya acudir a ella como mero castigo o aflicción, expiación o cosa por el estilo. La justicia retributiva es esencial para apreciar la razón por la cual las leyes y los jueces aplican las penas criminales con fundamento y medida en los criterios de gravedad de injusto y culpabilidad (bien jurídico lesionado y grado de su afectación, de una parte, y grado de libertad interna y externa al momento de actuar, de otro, apreciada esta última en términos «forenses», según Hassemer (85), por los indicadores negativos que la ley demarca para la exclusión de la responsabilidad personal o culpabilidad jurídica por el hecho). Es necesario que la pena posea, entonces, tanto un «valor de justicia» como un «valor de utilidad» social.

Debe resaltarse que, sobre todo a partir de 1980 y por obra hoy muy llamativa de la «escuela de Frankfurt» [E.A.Wolff,

---

(85) *Ob. cit.*, p. 299.

Hassemer (86), Köhler (87), Kahlo (88), Zaczyk (89)] –una de las pocas propuestas alternativas que se han formulado al derecho penal funcional–, se registra en nuestros días un retorno no funcionalista y no hegeliano (o sea independiente de Jakobs y Roxin) sino más bien neo-kantiano a los fundamentos de la pena retributiva por culpabilidad (90)- (91), por reputar que es esta visión la que mejor preserva la dignidad humana del reo al fundar la responsabilidad penal en el demérito personal que puede imputarse con base en la culpabilidad por el hecho y por ende con el presupuesto de la libertad de voluntad como capacidad concreta y real del individuo de actuar de modo distinto en la situación en que optó por la conducta criminal.

La pena retributiva se aplica porque es justa, pero en un mundo secularizado como el que viene de la Ilustración, según Roxin y Schünemann, tiene que ser también socialmente necesaria y útil para la prevención de nuevos delitos –protección de bienes jurídicos hacia el futuro–, y esta necesidad preventiva tiene que ser fundamentada racionalmente por el juez en cada caso dentro del marco del respectivo tipo legal, que se supone respetuoso de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

(86) W. HASSEMER, *Fundamentos...*, p. 397.

(87) KÖHLER, Michael, «La imputación subjetiva; estado de la cuestión», en FRISCH/KÖHKER/SCHÜNEMANN/JAKOBS/ROXIN/SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de la teoría del delito*, edit. Civitas, Madrid, 2000, pp. 69 ss.

(88) KAHLO, Michael, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en HEFENDEHL, Roland (ed.), *La teoría del bien jurídico, fundamento legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 53 ss.

(89) Ver también: FRISCH/KÖHLER/SCHÜNEMANN/JAKOBS/ROXIN/SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de la teoría del delito*, edit. Civitas, Madrid, 2000.

(90) ZACZYK, Reiner, «Sobre la justicia de la imposición de penas a los seres humanos», en MONTEALEGRE LYNETT/BAUTISTA PIZARRO/CARO JOHN/POLAINO-ORTS (Comps.), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 57 ss.

(91) De esta renovación habla también, críticamente –si mal no lo entiendo, siguiendo los pasos de Lüdersen (1995) y desde el LH a éste–, SCHÜNEMANN, *ob. cit.*, pp. 169 ss. Pero ha de destacarse que de estas perspectivas de concepción «neo-absoluta» de la pena, que Jakobs funda en Hegel (dejando de lado a Luhmann) y los demás partidarios en Kant (escuela de Frankfurt), se apartan de modo parcial Schünemann y el autor de este escrito, que no aprecian libertad de voluntad en los términos ideales de Kant sino en una reactualización del pensamiento renacentista y aristotélicotomista de la libertad de voluntad como capacidad real psicológico-social de decisión práctica, y de veras no en una vuelta a la idea del puro libre albedrío (poder de voluntad para decidir sin apoyo causal alguno), sino en una concepción realista psicológico-normativa de la libertad de decisión limitada por la realidad, que impone y legitima el principio social de la responsabilidad por los propios actos en el marco del merecimiento personal por el concreto hecho antijurídico realizado.

En ello hay sin duda una simbiosis actual de Kant (o Hegel) con los utilitaristas liberales, si bien Schünemann –en oposición a los nuevos neokantianos de la «escuela de Frankfurt»– ha puesto de relieve que la pena culpabilista-prevencionista de hoy no posee tinte kantiano porque se funda en una libertad de voluntad real psicológico-social que para Kant no contaba y en verdad no podía existir porque el mundo real causal en que se mueve el delincuente carece de comunicación y paralelismo con el mundo ideal en que imperan las ideas de la razón pura (para el conocimiento) y de la razón pura práctica (para la voluntad «metafísica» (92)), y tanto el sujeto que delinque cuanto el delito que comete pertenecen al primero de ellos, esto es, al mundo causal o sensual.

La justicia retributiva es el fundamento de la pena criminal para la inmensa mayoría de los retribucionistas y neo-retribucionistas; sólo para Roxin dicha idea no es fundamentadora sino sólo limitadora de la pena preventiva. Como es sabido, para Roxin prima en el momento de la conminación la prevención de integración o prevención general positiva, en tanto que para Schünemann, según sus escritos más recientes, de lo que se trata es de la prevención general intimidatoria o «amenazadora» fundada en y limitada por la culpabilidad inspirada en la libertad real psicológica del individuo en la situación concreta. Y ciertamente en un Estado social y democrático de derecho la pena no puede dejar de ser justa –y la única idea de justicia aplicable en este contexto es la de justicia retributiva–; pero también tiene que ser socialmente útil porque tal estructura política no tolera intervenciones inútiles (desproporcionadas e innecesarias) en los derechos fundamentales y porque en su seno la pena retributivo-preventiva no puede ya mirarse –o no exclusivamente– como anulación de la malvada voluntad manifestada por el delincuente, sino como medio de control social de la criminalidad mirada como fenómeno también social (casi de salud pública, pero en todo caso de

---

(92) En efecto, para Kant el imperativo categórico y la retribución talional son contradictorias en el seno del derecho penal contemporáneo porque la libertad kantiana es «metafísica», mejor dicho se mueve en la dimensión ideal de la razón pura práctica o voluntad trascendental pura a que pertenece el *homo noumenon* (el hombre en sí, adscrito al mundo «inteligible»), en tanto que el delito es producido causalmente en el mundo sensual o empírico por el *homo phaenomenon* o individuo real concreto que mora en el mundo físico o sensual. De modo que la libertad kantiana es «de otro mundo», en tanto que delito y pena –pena retributiva que implica aflicción, dolor y aseguramiento social preventivo– incumben al mundo ideal de las «cosas en sí» que nada tienen que ver con el reino del ser en que se mueve el delincuente y en el que sólo rige el principio estricto y total de causalidad. La libertad kantiana es, pues, una aporía –algo metafísico perteneciente al reino de la metafísica confutada por el propio Kant–. Ver, sobre esto, SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho penal contemporáneo...*, cit., pp. 171-184; y, por ejemplo, GARCÍA MORENTE, Manuel, *La filosofía de Kant—Una introducción a la filosofía*, edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1982, cap. V.

seguridad ciudadana e instrumento para la construcción de una comunidad pacífica de personas convivientes).

El legislador no conmina pena para ciertas conductas simplemente porque son injustas en el sentido de contrarias a la idea ética de justicia –eso conduciría al paternalismo moral–, sino porque agravan bienes jurídicos y desestabilizan las bases del orden social y precisamente son necesarias como importante medio de control social de conductas indeseables por su nocividad y, sobre todo, para que permanezcan incólumes las esferas de libertad y derechos de todos, al margen de las perturbaciones que puedan derivarse de los abusos de las libertades ajenas [«sólo somos libres de hacer y el Estado sólo puede prohibir lo que no perjudique la libertad o derechos de los otros» (93)]. A su vez, el juez no las sanciona simplemente porque la pena esté prevista en la ley, sino porque es justo hacerlo (94) y porque en el caso se aprecia la convergencia empírica de necesidad y utilidad sociales, por ejemplo, disminuir el impacto atemorizador del delito en la colectividad y en las víctimas, protegerlas a ambas e incluso al propio delincuente, propiciar a éste una oportunidad de reparar el daño y retornar a la vida pacífica de la comunidad, reforzar la confianza de todos en la vigencia protectora del orden jurídico, restablecer la paz social perturbada por el delito, garantizar el general y pacífico disfrute de los bienes jurídicos...

#### IV. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD. DESCONCERTANTE AGNOSTICISMO DE ROXIN. NI EL DETERMINISMO NI EL INDETERMINISMO ESTÁN DEMOSTRADOS O REFUTADOS EMPÍRICAMENTE, PERO EL SEGUNDO POSEE APOYO EXPERIENCIAL Y DE SENTIDO COMÚN Y ES EL SUPUESTO DE TODO CONCEPTO NORMATIVO

Pero podemos preguntar si está justificado: 1) abandonar el concepto dogmático –cuando no el propio principio político criminal– de

---

(93) J. S. MILL, *Sobre la libertad*, Cap. I. Sobre el tema de las libertades civiles y políticas han escrito casi todos los filósofos y pensadores de la ciencia política. El liberalismo contemporáneo parte desde luego de la famosa obra de Mill que acaba de citarse y los no menos fundamentales escritos de David HUME sobre *la libertad* y de John LOCKE sobre *El gobierno civil*, siempre contrapuesto al *Leviatán* de Thomas Hobbes. En la modernidad, después de los escritos de Kant, merecen especial mención al respecto las monografías de Schopenhauer, Schelling y Max Scheller y más recientemente las de Erick Fromm, John Rawls, Karl Popper y Martha Nussbaum.

(94) «Justo» significa aquí equitativo, igualitario y razonable, en el marco de la ley.

culpabilidad con base en la supuesta indemostrabilidad del «libre albedrío» en cada caso concreto?, 2) darle la espalda al sistema de la dogmática en aras de una dogmática teleológico-valorativa manipulada al vaivén de confusos o difusos criterios «abiertos» de valoración fundados en una política criminal cualquiera y en el método de problemas, o incluso abandonar los rigores de la estricta legalidad penal en aras de la política criminal real o supuestamente contenida en determinadas interpretaciones de la constitución positiva?, 3) prescindir del criterio sustancial de la libertad de voluntad en aras de un determinismo incierto que, en el mejor de los casos, tampoco se puede demostrar y es políticamente inviable? Ejemplo: podríamos entender que el «debido proceso» es el contenido en cualquier ley, con independencia de que se respeten o no, a tono con el contexto del Estado democrático de derecho en que se inscribe el artículo 29 constitucional, contenidos valorativos tales como el juez independiente e imparcial, el enjuiciamiento no sumario, el establecimiento de un efectivo derecho de defensa técnica y material, la consagración del principio de contradicción probatoria, la doble instancia, etc.?

La primera pregunta se responde negativamente con facilidad de la mano del propio profesor Roxin. Siendo como es un crítico de las ideas de retribución y culpabilidad –que no de otra manera podría adscribirse a las líneas funcionalistas del prevencionismo–, él mismo concluye por introducir las en su sistema, si bien con el escamoteo de que no se trata del «fundamento» sino del límite del máximo de la pena, en su categoría de la «responsabilidad», como es mostrado en varios pasajes de este ensayo. Él mismo admite llanamente que no se conoce hasta hoy un concepto mejor que el de culpabilidad –sin necesidad de reproche moral– para demarcar límites materiales al poder punitivo estatal (95).

Para responder, también negativamente, a los otros interrogantes, sentemos previamente que la libertad posee (a) una estructura psicológica en la voluntad como capacidad reflexiva de decisión por encima de los impulsos y en cierta medida como resistencia de las presiones provenientes del mundo externo, y (b) una estructura social como capacidad de optar por varias conductas posibles en cada situación en tanto no concurren circunstancias externas y extremas de constreñimiento (que en el campo del derecho penal conocemos como causas de inculpabilidad). La «libertad negativa» consiste con claridad en la ausencia de coacciones, no de condicionamientos, y la «positiva» en lo que a partir de allí podemos hacer en el mundo para configurar

---

(95) ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 100 y 812.

nuestras decisiones concretas, construir nuestra personalidad y labrarnos nuestro propio destino (96). Siempre, claro, dentro de límites y condicionamientos porque no existimos aislados sino al tiempo en el mundo físico y social.

Desde el punto de vista antropológico parece claro que la libertad se exhibe como una adquisición evolutiva de la especie que le ha conferido al hombre el predominio evidente sobre los demás animales y al tiempo el señorío relativo sobre sí mismo. Y desde la perspectiva cultural se trata de una capacidad que le permite al hombre, como individuo, como especie y como pueblo o grupo y en términos generales que no se pueden absolutizar, para, como decía Pico della Mirandola a finales del siglo xv, al despuntar el Renacimiento italiano (97), forjarse su propio destino, hacerse dueño del mismo, supliendo las deficiencias del instinto y de la fuerza física de que no lo dotó la naturaleza. Y ya en nuestros días, Popper ha expresado con tino (citando a Waddington, 1941) que el motor de la evolución humana «es la “libertad de ser singular y distinto del vecino”, “de estar en desacuerdo con la mayoría y seguir el propio camino”» (98). Sin entrar aquí en consideraciones sobre sus implicaciones en el derecho penal personalista y de culpabilidad, el notable penalista y filósofo del derecho portugués Figueiredo Dias propone, fundado primariamente en Schopenhauer (99) y Bergson (100), una visión de la libertad como «ser libre» que se ancla en la «personalidad» y que hace al hombre responsable por lo que es por cuanto es libre de hacerse a sí mismo y por extensión también de fabricar sus actos y omisiones; libertad que es sobre todo existencial y caracterológica, pero que no responde a una concepción determinista o indeterminista (101), sin desconocer, claro, la igualdad fundamental de todos sustentada en libertad y dignidad.

---

(96) Por todos, BERLIN, Isaiah, «Dos conceptos de libertad», en *Sobre la libertad*, Edición de Henry Hardy, Alianza Editorial, primera reimpresión, Madrid, 2008, pp. 208 ss. y 217 ss.

(97) PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni, *Oración por la dignidad humana* (1497).

(98) POPPER, Karl R., *La miseria del historicismo*, edit. Alianza/Taurus, Madrid, 2002, p. 178.

(99) SCHOPENHAUER, Arthur, *La libertad*, edit. Premia, México D.F., 1978.

(100) BERGSON, Henri, *Ensayo sobre los datos inmediatos de la conciencia*, edit. Francisco Beltrán, Madrid, 1927, trad. de Domingo Barnés.

(101) FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Liberdade – Culpa – Direito Penal*, Coímbra Editora, 3ª. ed., 1995. Sobre la obra, su concepto de libertad y sus alcances para el derecho penal, AMBOS, Kai, «La libertad de ser como dimensión de la personalidad y fundamento de la culpabilidad penal – Sobre la doctrina de la culpabilidad de Jorge Figueiredo Dias», en *ADPCP*. Vol. LXIII, 2010, trad. de María Cecilia Dómine.

Es una hipótesis plausible la de que la inteligencia humana se haya desarrollado como mecanismo de defensa y supervivencia precisamente para compensar otras debilidades de la especie. De esta manera el hombre habría convertido sus debilidades en su mayor fortaleza. La capacidad de «tomar decisiones inteligentes» es justamente la de poder adaptarse al medio con respuestas impredecibles en circunstancias variables, crear conscientemente respuestas que no se someten sin más al encadenamiento de causas y efectos previsibles. Sobre este fondo destaca la actualidad de un pensamiento como el de Spinoza, que ya en el siglo XVII pregono el determinismo incluso en las decisiones conscientes, pero jamás negó la capacidad del hombre para tomar decisiones y adoptar el comportamiento correcto, por más «ilusoria» que sea la libertad con que lo hace (102). Creo que Freud no pensaba diferente (103) y ambos andaban tras certera intuición al predicar que la actividad consciente va siempre precedida de la inconsciente, lo psíquico instalado en la fisiología cerebral (que, sin embargo, para Freud era, de acuerdo con su momento histórico, todavía fuertemente mecanicista, pero sostenía al propio tiempo la antinomia psicoterapéutica de que la curación en última instancia solo podía producirse por decisión propia o autónoma del paciente).

En tiempos más recientes, Schünemann ha sostenido (104) –apartándose de su maestro Roxin– que la libertad de voluntad hace parte de la estructura del lenguaje y de los procesos de construcción social de la realidad, la función motivadora de la conminación penal y la vivencia subjetiva de libertad por parte del individuo, entre otras consideraciones de importancia. Su evidencia es inmediata, copiosa y cotidiana.

También Fried ha mostrado que la «libertad de la mente» está unida a la construcción social de la realidad y consiste –dicho en tér-

---

(102) DAMASIO, Antonio, *En busca de Spinoza-Neurología de la emoción y los sentimientos*, edit. Crítica, sexta impresión, Barcelona, 2009, p. 169.

(103) *Ibidem*, página.

(104) SCHÜNEMANN, Bernd, «Libertad de voluntad y culpabilidad en derecho penal», en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del Milenio*, edit. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 24 ss. Del mismo, «La culpabilidad: estado actual de la cuestión», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Universidad Pompeu Fabra, edit. Civitas, Madrid, 2000, pp. 93 ss.; del mismo, «La significación del principio penal de culpabilidad en la época de la globalización», en Jaime BERNAL CUÉLLAR (Coord.), *Memorias-XVI Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 215 ss.; conclusivo, «la concepción clásica del principio de culpabilidad es aún actual, si se renuncia sólo a la idea de retribución unida a ella... el principio de culpabilidad resistirá a esta moda (que intenta dejarlo de lado) y además dará el fundamento del derecho penal después del fin del milenio» (p. 243, p.n.).

minos muy propios de los liberales norteamericanos— en «la propiedad sobre uno mismo», si bien muestra que su amplitud y efectividad dependen íntimamente de los espacios de libertad que dejen las regulaciones legales en general y desde luego de las condiciones económicas de cada sociedad y de cada persona (105). En todo caso, esa «libertad de la mente» no se confunde con las correspondientes libertades civiles de conciencia, expresión, culto y desarrollo de la personalidad (autonomía para que cada cual escoja lo que es «bueno» para sí mismo y en buena parte también para sus hijos menores, sin que el Estado se lo pueda imponer u objetar, sin atentar contra los derechos y libertades de otros). Libertades civiles como esa reconocen y garantizan la «libertad de la mente» y brindan el espacio social, económico y político para desarrollarlas, pero no se confunden con aquella, ni la crean, aunque sí contribuyen a conformarla. A configurar ese espacio de libertad mental contribuyen también derechos como el de la objeción de conciencia.

Queda sin embargo un problema no resuelto: sea la mente un proceso social adelantado por los individuos en la tarea de construcción, reconstrucción o interpretación creadora de la realidad (que parece ser la tesis ontologicista o realista sostenida al tiempo por los individualistas, personalistas y liberales), o que, al revés, sean los procesos sociales de construcción de la realidad por medio del lenguaje y los patronos de la interacción cotidiana (propia de los comunitaristas, transpersonalistas y funcionalistas en general) los que crean la mente, la diferencia entre mundo interior y exterior, individual y social no aparece nítida y tajante. De modo que el mejor o el único camino metódico que queda para andar estos senderos es el de un cierto eclecticismo que supere ambos planteamientos aislados (subjetivismo y objetivismo puros). Así, no podría predicarse la existencia de relaciones funcionales que no relacionan nada porque no reconocen sustratos ontológicos, sino que todo lo quieren reducir a fenómenos normativo-funcionales y autorreferentes, y tampoco se podría sostener en las ciencias penales (y sociales en general) la existencia de fenómenos ontológicos que puedan explicarse sin teleología de fines y funciones, o que operen sin un cierto nivel de normativización.

Sería entonces inexacta la premisa metodológica contemporánea, tan pronunciada en el funcionalismo radical de Jakobs, que pretende la total renormativización, esto es, des-ontologización y des-psicologización de todos y cada uno de los conceptos jurídico-penales, que pasan a ser así materia disponible para los poderes estatales. «Pues las

---

(105) FRIED, Charles, *La libertad moderna y los límites del gobierno*, edit. LibertyFund, Madrid, 2009, cap. 4, especialmente pp. 101 ss. y 130 ss.

instituciones no tienen «esencia» alguna independiente de sus fines» (106); de ello, pues, no está lejos tampoco el pensamiento de Roxin con su tan exitosa como hoy poco clara pretensión de permear las categorías dogmáticas por las categorías político criminales –sin ningún esclarecimiento de lo que ello desdibuja o flexibiliza las categorías dogmáticas con que la secular tradición científica quería brindarnos seguridad jurídica e igualdad por medio del establecimiento de un método racional de interpretación de las leyes y de solución final de conflictos penales–.

Por el contrario, los derechos y libertades de las personas en el Estado democrático de derecho son tanto sustratos reales cuanto valoraciones normativas de los mismos por el ordenamiento. Y las consecuencias que de esto se derivan no están aún claras en la ciencia penal actual y se puede aseverar que las disputas al respecto apenas sí han comenzado a abrirse. Ello es, como se verá, de la máxima relevancia para los conceptos de libertad de voluntad/culpabilidad que en este escrito se ventilan.

Estos son, pues, los presupuestos fácticos y axiológicos de la libertad de voluntad como núcleo de la culpabilidad en derecho penal –que vamos a desbrozar un poco más–, ninguno de ellos contraprobado por las ciencias empíricas, aunque tampoco se puedan considerar demostrados completamente de ese modo. Muchas cosas importantes sólo las conocemos de este modo vacilante y aproximativo, por ejemplo, el origen de la vida, y no por esto ponemos en duda que la vida tuvo un origen determinado.

Si la libertad de decisión no se puede demostrar directamente por procesos empíricos –como lo sostienen Gimbernat y Roxin–, tampoco el determinismo psíquico está demostrado de ese modo con una cobertura total. Es racionalmente admisible hasta el momento que, no obstante pasar de modo necesario por las complejas redes neuronales del cerebro, la conciencia tiene posiblemente la última oportunidad, al menos inhibitoria, frente a las pulsiones inconscientes a la acción y la orden motora final. Ninguna demostración científico-natural impide hoy seguir sosteniendo que, funcionando en los marcos inevitables de la fisiología cerebral, la conciencia aporta normalmente el control final de la conducta molar que llamamos «libre». Aunque no hay conciencia sin cerebro, no todo cerebro genera conciencia tal como la sabemos instalada en la especie humana. Y así como el psiquismo es un principio biológico que se desarrolla poco a poco y paso a paso en la escala zoológica, no es descartable en términos absolutos que junto con él despunte una cierta capaci-

---

(106) ROXIN, *Derecho Penal...*, pp. 98-99, *in passim*.

dad de escogencia y decisión que va en aumento a medida que se asciende en esa escala y en la evolución (107). Es completamente claro, en el estado actual de las ciencias, que todo movimiento responde a una causa antecedente que lo impulsa. De modo que si lo que llamamos conciencia o pensamiento es producto de movimiento neuronales o eléctricos de las capas superiores del cerebro –apoyadas por las inferiores–, estos movimientos generadores de conciencia tienen que responder a una causa o impulso motor. Pero precisamente, en una visión filogenética, la evolución puede haber creado la conciencia precisamente con cierta capacidad de «autonomía» para tales impulsos, pues de otra manera no se ve para qué podría servir o qué ventaja podría representar en el mundo de la lucha por la vida y la reproducción. En efecto, de qué serviría que la conciencia pueda ver o prever la necesidad o conveniencia de ciertas reacciones si tiene que esperar un movimiento causal aleatorio que las produzca desde afuera? Solo seríamos conscientes entonces de nuestra propia impotencia e inutilidad, algo que no corresponde al campo de nuestra milenaria experiencia cotidiana.

Esta mi concepción de la libertad humana –que es personal, obviamente y no contiene nada de novedoso–, con poseer una sobresaliente estructura normativa en cuanto a su contenido y ámbito de ejercicio, no puede dejar de lado sus sustratos antropológicos y psicológicos, viene de lejos. Ya en 1968 (tesis de grado), con reiteración en 1979 (108), aunque más desde el punto de vista de la antropología

---

(107) Sin embargo, en lo relativo al origen y la naturaleza del conocimiento sigue abierta la polémica entre innatistas y evolucionistas, en el mismo sentido en que polemizan todavía y sin fin racionalistas y empiristas, idealistas y materialistas. En los Estados Unidos de América aún persiste la división entre las escuelas que enseñan como verdad el creacionismo y las que prefieren como tal el evolucionismo. Ello se debe sobre todo a que el estado actual de la ciencia sobre esos temas es apenas sí embrionario, e incluso hay muchos que piensan que una solución definitiva a los problemas que plantean «no va a ocurrir en el futuro previsible ni con las herramientas de que disponemos actualmente» (FODOR, Jerry, *La mente no funciona así-Alcance y límites de la psicología computacional*, edit. Siglo XXI, 2003, trad. de José Luis Gil Aristu, p. 7). *Es por tanto bastante osada la tesis determinista fuerte que niega por «improbable» la libertad de voluntad, sin poder demostrar la suya propia*, en tanto lo es mucho menos la indeterminista porque la libertad cuenta con respaldo empírico, si no de la ciencia (que tampoco la desmiente), al menos sí de la experiencia general de la vida y el sentido común, las percepciones subjetivas de la mayoría de los seres humanos, las estructuras del lenguaje usadas en la comunicación cotidiana, la existencia de normas en la vida social, la necesidad de libertades civiles y políticas (que han de poseer un sustrato real), etc. Cuando se sostiene algo contrario al sentido común hay que ser de todas maneras muy exigente con la prueba.

(108) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Antropología de la libertad*, Universidades Simón Bolívar y de Medellín, t. II, ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1979, pp. 157.

filosófica que de la teoría del derecho penal o de la neurociencia, dejé sentado que la libertad es de la esencia del hombre y, por serlo, puede este ente en su ser ganarse y también perderse, o no ganarse nunca, o tan sólo parecer que se gana. En este planteo inicial soy sin duda tributario de la interpretación filosófica que en 1929 hizo Heidegger en torno al ser del hombre como libertario «ser-ahí» (109), habiendo dejado ya de lado desde luego la idea central del «determinismo histórico» de Marx, aunque no sus ideas juveniles sobre el «hombre total» y la alienación, por ejemplo. La libertad psicológica –siquiera parcial o relativa– del individuo es palmariamente incompatible con el determinismo histórico y con cualquier forma de «historicismo» (en el sentido de Popper: cualquier teoría que considera causalmente determinado y por ende predecible el futuro histórico de las sociedades). El hombre es el ser por el cual las libertades de decisión y de acción llegan al mundo, aunque obviamente no de la nada sino del devenir filogenético. Esto hace que en gran medida la conducta futura ante situaciones hipotéticas sea indeterminada e impredecible, mientras podemos al tiempo prever en modo muy aproximado el comportamiento de casi cualquier otro ente en el mundo exterior.

Esto lo expresa hoy Damasio con claridad al señalar que «es evidente que a medida que las sociedades humanas se hicieron más complejas..., su supervivencia y bienestar dependieron de un tipo adicional de gestión no automática en un espacio social y cultural... (es) lo que generalmente asociamos con razonamiento y libertad de decisión» (110).

Esta doctrina se ha tornado dramática para el mundo de las ciencias penales de hoy porque en su «Manual» (1994, tomo I publicado en español en 1997), el profesor Roxin, último gran paladín alemán de las ideas liberales y democráticas en el derecho penal y cuyas obras son sabidamente de resonancia mundial, ha manifestado que se declara «agnóstico» acerca de la cuestión fáctica de la libertad de voluntad como libre albedrío (111), que ésta en realidad es indemostrable empíricamente en cada situación concreta (112) y que su construcción de la categoría dogmática de «responsabilidad» –fundada en la necesidad de prevención general y limitada por la culpabilidad y la idea de justicia implícita en la secular doctrina de la retribución– es utilizable igualmente por deterministas, indeterministas y agnósticos porque es independiente del libre arbitrio (113). No es verdad que las

(109) MARTIN HEIDEGGER, *El ser y el tiempo*, edit. FCE, México, 1951, trad. de José Gaos, p. 54.

(110) A. DAMASIO, *En busca...*, p. 162.

(111) ROXIN, Claus, *Derecho Penal-Parte General I*, edit.. Civitas, Madrid, 1997, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, p. 808, Sección 5.ª, paráf. 19, núm. 35.

(112) *Ibidem*, p. 799, núm. 19.

(113) *Ibidem*, p. 808, núm. 37.

tesis agnósticas le sirvan a todos, pues los deterministas e indeterministas precisamente no son agnósticos porque esta posición no consiste en sostener lo que a uno le apetezca, sino en que no hay razones plausibles para mantener ninguna de las posiciones opuestas sobre un tema hipotético cualquiera. Si realmente la libertad humana no es empíricamente demostrable, ni hoy ni nunca, entonces lo que esto significa que es no puede ser abordada con el método científico porque éste consiste en aportar pruebas empíricas de la existencia de un fenómeno o de una relación. En este sentido habría tenido razón Kant al sostener que la libertad humana es un problema «metafísico».

Este último concepto, el de libertad como componente de la responsabilidad penal, sin embargo y sin admitirlo expresamente, lo sustituye Roxin por conceptos como «*asequibilidad normativa*» (114) y «*capacidad de autocontrol*» de la conducta (115), que sí considera demostrables empíricamente por dictámenes psiquiátricos (116), pero que de modo manifiesto son conceptos normativos con el mismo sustrato psicológico que tradicionalmente se asigna a las categorías dogmáticas de imputabilidad y culpabilidad. Para Roxin, en efecto, la libertad que resulta de las anteriores premisas empíricas es una «*aserción normativa*», una «*suposición de libertad*» que exige que el derecho penal trate al sujeto imputable «*como libre*» (esto es, *como si* fuese libre) (117). Se trata, pues, no sólo de una mera hipótesis –hipótesis que no es para él de naturaleza empírica, sino de simpatía política y preferencia ideológica– y de un ente completamente normativo que no es propio del hombre en cuanto tal sino del Derecho en cuanto orden democrático (118), un constructo jurídico que nos depara la

---

(114) Entiende Roxin que esta denominación, que él toma de Noll (1966), coincide conceptualmente con la de «*motivabilidad normal*» que, viniendo de V. Liszt, es sostenida en España por GIMBERNAT, MIR PUIG y MUÑOZ CONDE (*ob. cit.*, p. 807, núm. 34, nota 69).

(115) *Ibidem*.

(116) *Ibidem*, p. 810, núm. 39, y 824, núm. 2, entre otras.

(117) *Ibidem*, p. 808, núm. 35, y paráf. 3, núm. 39, p. 101. Es posible leer en este punto la tesis de Roxin sobre la libertad como una específica aplicación de la «*filosofía del como si*» (Hans Vaihinger, 1911, que mucho toma del concepto nietzscheano del valor de verdad como valor de utilidad para la vida y se convierte por tanto en pragmatismo), según la cual toda filosofía y toda ciencia –en este caso todo conocimiento sobre la libertad humana– es una ficción inteligente, un «*como si*» que debemos suponer verdadero porque es útil para la vida, pero no tenemos modo de confrontarla con la nuda realidad. El problema es que una tesis así no es científica porque no es «*falsable*» (en el sentido de Popper), de modo que anuda o impide el progreso científico.

(118) Ello no obstante, autorizada doctrinante española se expide en el sentido de que los conceptos roxinianos de imputabilidad y culpabilidad son «*mixtos*», esto es, conceptos normativos con sustrato ontológico, algo que nosotros no vemos claro

idea del Estado social y democrático de derecho, pero que no está arraigado en la imagen del hombre mismo ni en el concepto supraconstitucional de persona (119). Con todo, la autorizada opinión de Pérez Manzano que acaba de invocarse, interpreta de modo distinto el pensamiento de Roxin como «mixto» —es decir, ontológico y normativo— en la estructura de los conceptos de imputabilidad y culpabilidad (y por tanto también, supongo, en lo relativo a la libertad humana). Si esta interpretación fuese correcta, entonces la parte «ontológica» de la estructura de la libertad sería demostrable empíricamente en cuanto perteneciente al mundo del ser y por tanto de alguna manera alcanzable por el conocimiento científico; con ello, el agnosticismo autoproclamado por Roxin en esta materia quedaría también autodestruido.

A pesar de todas sus manifestaciones contra las doctrinas tradicionales de la culpabilidad —críticas en las que muchas veces lo asiste la razón, por ejemplo, al rechazar el reproche moral (120)— y de la retribución, Roxin remata el tema con esta conclusión:

*«No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar*

---

(Mercedes Pérez Manzano, *ob. cit.*, más adelante, pp. 571-572, nota 14). Ver también nota siguiente.

(119) Nótese que la tesis de ROXIN no es, como la doctrina que él mismo cita como dominante (*ob. cit.*, pp. 808-809, núms. 37 y 38), que ante la indemostrabilidad del libre albedrío y dado que el determinismo neurobiológico de la decisión volitiva tampoco está probado empíricamente, hay que partir en el derecho penal de la hipótesis realista del libre albedrío (en el sentido preciso del «poder obrar de otra manera» que se excluye por la inimputabilidad y las causales de inculpabilidad), posición que él no considera «posible ni necesaria» (*ibidem*, p. 809 *in fine*. Núm. 38). En contra de la doctrina de ROXIN sobresalen en la dogmática penal las opiniones de Schünemann, Dreher, Lackner y Arthur Kaufmann, según el mismo lo señala (*ibidem*, pp. 808-809, núm. 37). Sin embargo, de modo literal es cierto que el propio Roxin apunta que su concepto de «culpabilidad» —que mantiene dentro de la categoría de «responsabilidad» y pese a haber rechazado previamente todo concepto anterior de culpabilidad y retribución— es un «dato mixto empírico-normativo»: sus bases son las demostrables «capacidad de autocontrol y la asequibilidad normativa», a partir de cuya demostración «forense» se imputa o «atribuye normativamente —en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista— la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho» (*ibidem*, p. 810, núm. 39). Esto lo reitera con respecto a la imputabilidad (*ibidem*, paráf. 20, núm. 2, pp. 823-824). Pero obsérvese que ello no sólo delata cierta inconsistencia con las opiniones citadas con anterioridad, sino que deja en claro que lo que se presume e imputa normativamente es precisamente la libertad de voluntad para la acción. Y ello es lo que aquí se cuestiona porque el Derecho como orden normativo no puede crear nada en el ser del hombre y la libertad de voluntad justamente posee una estructura psicológica real que es independiente de las normas jurídicas.

(120) ROXIN, *ob. cit.*, paráf. 19, núm. 39, p. 810.

*parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena» (121).*

Principio que además declara insustituible a la hora actual como límite del poder punitivo estatal (122). En otro pasaje de su monumental «Manual» llega incluso a sostener que en el estado de necesidad disculpante «el autor no sólo actúa antijurídicamente, sino que *también puede (sic) actuar de otro modo y se comporta por ello culpablemente*» (123) (lo que comporta la admisión de la libertad que en otros párrafos rechaza como fundamental componente de la culpabilidad). También al definir el concepto de bien jurídico implica Roxin que se trata de fines útiles para el «libre» desarrollo del individuo o para el funcionamiento del sistema social (124). Qué significa «libre» en este texto roxiniano?

Como espectadores del mundo contemporáneo, no podremos borrar de nosotros la imagen histórica del Comandante Neil Armstrong (125) en los últimos minutos del alunizaje del Apolo XI el 20 de julio de 1969, cuando tuvo que decidir conscientemente, control en mano y sin más tiempo por agotamiento del combustible, con la ayuda de su piloto Edwinaldrin, bajo sus órdenes, si escogía de inmediato un lugar para posar el módulo lunar o abortaba la misión para no perecer. Tomó sin duda la decisión correcta, cambiando el rumbo de la historia, pero la tomó él a propio riesgo y es difícil pensar que estaba determinado causalmente para obrar de esa manera y seleccionar ese punto preciso –dentro de lo que tenía a su alcance y más allá de lo programado por los computadores– desde el comienzo de los tiempos. Unas horas después desciende paso a paso y a su propio ritmo las escalerillas del módulo, se devuelve un poco al final y decide luego por sí, ante sí y para el mundo cómo e incluso con qué pie tocar por vez primera la superficie de la Luna por parte del hombre. ¿Quién o qué lo empujó en ese «pequeño paso» que, sin embargo, tampoco estaba dando por casualidad? Existencialmente es difícil hallar una demostración más bella y dramática de lo que llamamos libertad como capacidad de decidir entre varias opciones posibles, aunque desde luego muchas individualidades humanas se han visto en todos los tiempos y se ven diariamente ante predicamentos semejantes, y en

---

(121) *Ibidem*, paráf. 3, núm. 46, p. 99, p.n.

(122) *Ob. cit.*, pp. 100 y 812.

(123) *Ibidem*, par. 7, núm. 64, p. 222.

(124) ROXIN, *Derecho penal...*, p. 58.

(125) Falleció el 25 de agosto de 2012, mientras se llevaba a cabo la revisión final de este ensayo.

escalas menos trascendentales todos los seres humanos lo vivimos a diario, prácticamente a cada instante de la vida consciente.

No debemos asustarnos con la hipótesis de que el «poder actuar de otra manera» no se puede probar empíricamente, porque de ser cierta podemos objetar que tampoco se puede demostrar de ese modo el «no poder actuar de otra manera» y ante esta recíproca anulación o inutilización de cada una de las tesis por su opuesta habríamos de optar forzosamente por otras pruebas, tales como las vivencias subjetivas, la experiencia cotidiana y los contenidos del lenguaje y de las normas sobre la libertad, el sentido del aprendizaje –que apunta siempre a la adquisición o reforzamiento de controles por entrenamiento en conductas y en patronos valorativos–, la autoevidencia de nuestra racionalidad y en última instancia hasta el indeterminismo cuántico –de cuyo carácter elemental y primario se derivan para la física todos los procesos deterministas y la existencia de normas en el mundo social (126)–. Todos estos argumentos obran a favor de la hipótesis de una libertad humana que consiste en que el hombre individual posee en realidad, en la mayoría de los casos, el control de sus actos y de su destino. La libertad de que hablamos no consiste solamente en que *de hecho no somos siempre controlados por el pasado ni por el ambiente*, aunque recibimos de ellos claras influencias, sino que somos agentes con cierta capacidad de innovación en nuestras reacciones. En el dilema de causalidad y deliberación, sólo tenemos que discernir las deliberaciones que conducen a alguna parte o que abren caminos y horizontes y las que son irrelevantes porque no cambian nada [Dennet (127)].

---

(126) No pretendo con esto sugerir que la «indeterminación» que la teoría cuántica aporta a la física tenga algo que ver con la noción de libertad humana para actuar, sino mostrar que un cierto grado de indeterminación es posible en el mundo, tanto físico como humano, y es compatible con el determinismo (que con razón suele diferenciarse del fatalismo). El sociólogo y filósofo noruego Jon Elster (1989) intentó cimentar, contra el funcionalismo, esta relativa indeterminación de los fenómenos sociales con su tesis de una causalidad social (si A, algunas veces B) distinta de la física (si A, siempre B), con base en los microfundamentos de la conciencia individual (las creencias, sentimientos, intenciones y opiniones, siempre variables, influyen en el desarrollo de la historia) (cfr. Jon ELSTER, *El cemento de la sociedad: las paradojas del orden social*, edit. Gedisa, Barcelona, 1997); del mismo, *La explicación del comportamiento social-Más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*, edit. Gedisa, Barcelona, 2010: a pesar de su posición determinista («toda explicación es causal», dice), sostiene que las ciencias sociales disponen poco o nada de explicaciones basadas en leyes generales, que son las propias de las ciencias naturales (pp. 23-24).

(127) Citas del autor más adelante, en el acápite VI.

A hechos así se suma, por lo demás, que es para los deterministas en general y hasta hoy hartamente difícil explicar causalmente la creación humana de la cultura. Hay esbozos de pruebas y experimentos conductistas, claro está (128), y también diseños y ensayos de «ingeniería social», pero no cubren por ahora –ni remotamente– todo el campo de la experiencia consciente. Sin que por ello se niegue que con sus técnicas se puedan manipular comportamientos e incluso pensamientos de muchas personas. No hay en el mundo un poder que no intente manipular a las personas y es cierto que en muchas ocasiones lo consigue tanto en lo social como en lo político. Pero hasta hoy la historia sigue siendo, que se sepa, un terreno de predominio de la libertad humana, que obviamente no es ni ha sido nunca absoluta y probablemente no va a serlo jamás; del mismo modo, el motor de la vida es la evolución y el de la naturaleza el cambio. Sólo porque el efecto sobrepasa o modifica la causa en calidad o cantidad hay movimiento y cambio en el mundo real. No todo está determinado de antemano ni todo es pura improvisación en la vida social; y en la evolución los cambios se improvisan como ensayos cuya utilidad posterior confirma la conveniencia adaptativa de mantenerlos.

El determinismo estricto o duro ofrece, por lo demás, una falla lógica difícil de salvar. Según él todo lo existente es un efecto de causas anteriores. Pero la causa no puede dar más de lo que ella es en sí misma, ni generar algo distinto. De este modo, tiene que haber igualdad entre causa y efecto, pues lo que este último tenga de más o de distinto no sería producido por la causa. Por consiguiente, no habría cambios en la realidad, sino a lo sumo movimientos en círculos viciosos o en series indefinidas, o meros cambios de forma. Quedarían entonces sin explicar las mutaciones reales de los objetos de la naturaleza, la evolución en la biología y el progreso en las sociedades, ya que lo que en el «efecto b» exceda de la «causa a» no es causado por ésta.

## V. CULPABILIDAD Y ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. A PESAR DE TODO, ROXIN ADMITE LA CULPABILIDAD Y BAJO OTRAS ETIQUETAS TAMBIÉN LA LIBERTAD DE VOLUNTAD

De todas maneras, la culpabilidad es y sigue siendo, incluso para las variantes extremas del normativismo penal contemporáneo, un supuesto necesario de la responsabilidad penal, esto es, de la aplica-

---

(128) SKINNER es un ejemplo muy representativo al respecto. Cfr. B.F. SKINNER, *Más allá de la libertad y la dignidad*, edit. Martínez Roca, Barcelona, 1986.

ción y ejecución de una pena criminal justa como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo. Y como la pena es siempre pena estatal, culpabilidad y pena presuponen la existencia del Estado y su derecho positivo (*nulla culpa nulla poena sine Ius*). A pesar de que ya no se la puede mantener como juicio de reproche moralizante contra los motivos de la formación de voluntad, o contra el carácter o la conducción de vida del autor o de su actitud interna frente al Derecho, sí puede y debe hacérselo como participación de la libre decisión del sujeto mayor y sano en la comisión de la conducta punible, pues sólo ella puede fundar racionalmente para un Estado social y democrático de derecho la asignación de responsabilidad penal a una persona. El delincuente es siempre persona y no hay delito alguno que lo despersonalice total o parcialmente; y esto es si se quiere más valedero para las simples imputaciones procesales.

Para el momento actual de la cultura jurídica y política de Occidente, el Estado que impone penas legítimas sólo puede ser un Estado democrático de derecho, constitucionalmente establecido; pero esto no decide que todo lo que actúa dicho Estado es legítimo por el hecho de atenerse a sus formas. De suerte que para la cuestión de la legitimidad de un juicio de culpabilidad que a su vez legitime la imposición de una pena criminal, lo decisivo es que tal culpabilidad se construya de tal manera que resulte compatible con los principios y valores del Estado democrático de derecho (Mir Puig) (129), de los cuales el primero es la persona y de él se derivan obligatoriamente los de dignidad, culpabilidad, legalidad y humanitarismo en el establecimiento y funcionamiento de un sistema legal o judicial de sanciones penales.

Según la doctrina del Tribunal Supremo alemán, acogida por amplios sectores de la ciencia penal, el principio constitucional de dignidad obliga a la construcción de un derecho penal de culpabilidad y por tanto al reconocimiento de que no hay pena sin culpabilidad ni por encima del límite de la culpabilidad (lo que supone, sin embargo, que ésta es medible, pese a que en la práctica no se sabe bien cómo medirla, salvo por los baremos negativos establecidos en la ley como eximentes de la culpabilidad, como son la coacción y el miedo insuperables y el error esencial e invencible de tipo prohibitivo o permisivo).

Lo curioso y dramático en la evolución de la teoría del delito contemporánea es que un paladín de sus cambios y a la vez de las predi-

---

(129) S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2.ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 1982; del mismo, «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en *El poder penal del Estado – LH a HildeKaufmann*, Editorial Depalma, Bs. Aires, 1985.

cas de protección de las libertades de la persona, como lo es Roxin, se afilia, como se ha dejado expuesto, a la tesis de que la libertad de voluntad como libre albedrío es indemostrable y expresamente se declara agnóstico del libre albedrío. Un ejemplo ilustra este contrasentido: una persona no puede ser agnóstica de Dios y salir los domingos como cura o pastor a predicar el Evangelio.

Al mismo tiempo que eso y luego de refutar toda posibilidad de retribución legítima y de rechazar por diversos motivos de fondo los diversos conceptos materiales de culpabilidad que la dogmática penal ha construido, declara Roxin tajantemente, de manera contradictoria:

«La punibilidad del autor que se ha conducido de forma contraria a derecho no procederá cuando no sea culpable. Según entiendo la culpabilidad esto se traduce en lo siguiente: no será culpable quien no pueda comprender o no pueda ser influenciado por la norma prohibitiva, es decir, quien no es «motivable por la norma». Este sería el caso de una persona demente o de quien se encuentra en completo estado de ebriedad, de tal forma que no comprenden el sentido de la norma o que ya no pueden dirigir su forma de actuar. Para determinar si efectivamente se trata de un caso así, puede realizarse, en principio, una investigación con la ayuda de un psiquiatra, de tal manera que mi concepto de culpabilidad no depende de la eterna disputa acerca del libre albedrío del ser humano» (130).

Salta a la vista que lo que aquí denomina Roxin «motivabilidad por la norma» (131) y en otros pasajes llama «asequibilidad normativa y capacidad de autocontrol», son exactamente lo mismo que la doctrina tradicional conoce como imputabilidad en su relación concreta con el hecho antijurídico, en otras palabras, la libertad de decisión y actuación del autor evidenciada en su capacidad de comprensión de los valores normativos, su capacidad de autogobierno de sus actos conforme a estos valores y su concreta posibilidad psicológico-existencial de optar por esa conducta en vez de otra u otras. Ello sin duda es igual a la libertad misma como «poder actuar de otra manera», que, como se ve, sí se puede demostrar empíricamente con dictamen de psiquiatría forense y psicología judicial, exactamente como ha sucedido siempre con los componentes psico-biológicos de la imputabilidad y como se puede sin duda proceder con la normalidad de las circunstancias externas del actuar (ausencia de causas de exclusión de

---

(130) ROXIN, «Evolución...», p. 19.

(131) Que es la misma «motivabilidad normal» que en este contexto utilizan expositores españoles como Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde y Mir Puig, que en definitiva es una entidad psiconormativa que se remite a la capacidad de motivarse por los valores de la norma (algo que, creo, sólo puede hacer quien puede elegir entre dejarse motivar o no por ellos).

la culpabilidad). Porque, en síntesis, en este punto la doctrina de Roxin es un simple trueque de etiquetas o nomenclaturas. Pero ni él es determinista, ni es claro el sentido de su confesado agnosticismo sobre la libertad de la persona cuando una y otra vez se declara paladín de la democracia y de las libertades civiles y además acude a la culpabilidad y a la retribución para confundar la responsabilidad en cuanto categoría a la vez culpabilista y preventivista: ninguna pena sin culpabilidad ni por encima de ésta y a la vez ninguna pena sin necesidad preventivo general. No lo sigue en ello su destacado discípulo español Luzón Peña, quien aclara que el determinismo de la conducta humana racional desconoce el aporte de la filosofía neokantiana acerca de las diferencias entre las ciencias naturales y las del espíritu, y declara que la libertad de voluntad o capacidad de libre decisión y acción es un asunto real del individuo concreto y hace parte esencial de la vida social y normativa que inspira la culpabilidad como reprochabilidad penal individual (132). Por otra parte, el «poder actuar de otra manera» no es el único componente del delito circunscrito procesal y empíricamente a pruebas indirectas o meramente indiciarias. Todos los componentes subjetivos, y entre ellos en primer lugar nada menos que el dolo, están sometidos por necesidad a la misma limitación.

## VI. LIBERTAD Y NEUROCIENCIA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En obra más reciente he asumido que la libertad de voluntad no ha sido confutada en la neurobiología por los ya muy conocidos «experimentos de Libet» (1983-2004), justo los que han reavivado la polémica entre los penalistas en especial a partir de la interpretación contraria de Roth (2003). Al tenor de esos experimentos –de suyo simples–, la corteza cerebral toma conciencia de la necesidad de la decisión para la acción concreta –que tarda unos 500 milisegundos– unos 200 a 400 ms después de que los factores basales o inferiores han prefigurado ya de manera inconsciente la decisión. Pero Libet no niega que, pese a esta preformación límbica de la decisión, la conciencia carezca de influjo en la conducta molar: «la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes» (133).

(132) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de derecho penal-Parte General*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2012, pp. 500-506.

(133) Cit. por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», en *inDret3/2012*, p. 34.

En otras palabras, según tales experimentos, la conciencia entra en liza después de que el inconsciente ha tomado ya la decisión para actuar, pero sin que la orden final se haya impartido todavía. Pero cuando esos datos llegan a la conciencia faltan todavía entre 100 y 200 milisegundos para que el cerebro imparta la orden motora. La interpretación que he brindado –de la mano sobre todo del neurocientífico Damasio, que resume en su momento el estado de la cuestión por fuera del derecho penal– es que ese último lapso de tiempo es suficiente para que la conciencia, radicada según parece en la corteza cerebral, suministre su apoyo final o definitivo al «siga» o «pare» de la decisión prefigurada por los centros subcorticales. Es posible que esta terminología no sea ya suficientemente actualizada, pero lo que hoy parece más probable es que la racionalidad es un producto del cerebro humano que depende de la interacción recíproca y unitaria de las áreas subcorticales y corticales y no de una de estas solamente; en otras palabras, *no somos racionalmente solo emociones ni solo genoma, pero tampoco pura reflexión de la corteza cerebral.*

Lo que sostiene entonces (2011) se contiene en los cuatro o cinco párrafos siguientes (134), a los cuales le he añadido alguna consideración nueva sobre el «compatibilismo».

Que todo el proceso de la toma de decisiones personales y su motivación se asiente en o pase por procesos neurobiológicos que cuentan con la relación cerebro-cuerpo-mente, que apareja asimismo la de lo consciente y lo inconsciente (el yo, el ello y el superyó de Freud), es algo evidente porque el hombre es un habitante del mundo físico-causal y no puede operar por fuera de él. Pero ese asiento psicobiológico o neuronal no niega la capacidad de tomar decisiones personales y de ponerlas en práctica, sino que las explica y no es de ninguna manera incompatible con la libertad como capacidad de agitar o inhibir el impulso a la acción.

Que lo que llamamos «libertad de la voluntad» se ejerza por actos corporales y no pueda desplegarse en la nada es algo que no parece haber sido seriamente sostenido por nadie, al menos en los tiempos modernos (135). Pero existe en realidad un problema: recientes estudios neurobiológicos sostienen que el acto voluntario se inicia en el cerebro unos 300 o 400 milisegundos antes de que el sujeto (el cerebro mismo) pueda tomar conciencia de la decisión en curso (*experi-*

---

(134) Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal –Parte General– Principios y categorías dogmáticas*, edit. Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 312 ss.

(135) Al respecto, muy claro y perspicaz en la doctrina de la fundamentación determinista de la conducta racional, con apoyo en recientes investigaciones psicológicas y neurobiológicas, P. M. de la Cuesta Aguado, *El conocimiento...*, cit., cap. III.

*mentos de Libet*), porque la decisión se inicia por impulsos automáticos que dependen del aprendizaje, el sentimiento y la intuición y una previsión o representación mental anticipada del curso de la acción. Esto limita la racionalidad de la decisión, pero no la elimina, porque si todo el proceso hasta la realización del acto toma al menos medio segundo, el sujeto tiene tiempo para tomar consciencia de la decisión en curso e interponerle las valoraciones que puede aportar su conocimiento actual y por tanto su previsión de los efectos fácticos y normativos de la actuación para su futuro personal y social (136).

Desde 1998 se define que hay libertad de voluntad, filosóficamente hablando, si y sólo si una *persona* posee la capacidad de tener o formar la voluntad que ella quiere tener, según la tesis «compatibilista» (137) de Harry Frankfurt (138). Es posible ser determinista –no ponerse de espaldas a los resultados de la ciencia empírica– y admitir la libertad (de voluntad y de acción) porque la causalidad no se entiende ya como antes, como lo hacía Kant, por ejemplo, cuyo concepto de libertad moral es metafísico (pese a su renuncia a la metafísica) y el de causalidad aparece como una fuerza mecánica y fatal o inexorable. Hoy sabemos que en el reino de la causalidad hay inmensos campos de azar –la causalidad es un entramado tan complejo de factores que sus redes pueden no conducir a ninguna parte porque en el mundo físico-causal no hay metas ni premeditaciones y por tanto la naturaleza y la evolución no van hacia ninguna parte determinada de antemano (139).

En sentido contrario, el ejemplo más ilustre de compatibilidad entre determinismo rígido e imputación normativa de la moral o del derecho es posiblemente el de Kelsen. Él piensa que la libertad de voluntad no es posible en el mundo determinista o natural de que el hombre hace parte y la ficción de libertad es innecesaria porque la conminación de una sanción supone la capacidad de la norma para convertirse en «motivo determinante» (en sentido causal) de la con-

---

(136) *Ibidem*, pp. 92-93.

(137) Según esta interpretación del estado actual de la existencia o no de libertad de decisión o libertad volitiva, la libertad de voluntad es compatible con el determinismo de la fisiología del cerebro. Más aún, entendemos nosotros, como ha quedado expuesto, que la conciencia tiene base y funcionamiento nervioso en la complejísima red neuronal del cerebro –que no se conoce del todo todavía y que probablemente en ese tema concreto puede no llegar a conocerse nunca, como piensan algunos científicos.

(138) MAÑALICH, Juan Pablo, «Determinismo, autonomía y responsabilidad penal», en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad*, edit. B de F., Montevideo/Bs. Aires, 2011, pp. 190-193 ss.

(139) Cfr. DENNET, Daniel C., *La libertad de acción*, edit. Gedisa, Barcelona, 2000, trad. de Gabriela Ventureira, pp. 78 ss.

ducta permitida. La libertad de que se habla en el Derecho, según el mismo pensador, es la «libertad jurídica», consistente en la potestad del hombre de hacer lo que las normas no prohíben (libertad negativa y meramente formal) (140). También interpreta a Kant en el sentido de que la libertad de voluntad de que habla el filósofo es metafísica y que trasladada por él mismo al mundo físico o sensible del «hombre fenómeno» es una simple *ficción*, porque como realidad se opone a la ley de causalidad que rige sin excepción en todo el reino natural (141). Sin embargo, Kelsen no resuelve aquí el problema que tenía que resolver –y con ello incurre en petición de principio– a saber, que depende del hombre mismo permitir o no que las prescripciones de la norma jurídica se conviertan en «motivos determinantes» de su conducta concreta, o sea que esta motivación no obra sin la voluntad sino en virtud suya y de hecho puede ocurrir o no, según la decisión del agente.

También en lo psíquico se puede seguir hablando con propiedad de una cierta –aunque parezca mínima– capacidad de interposición de impulsos conscientes que provienen de la autonomía interna de la persona y se incrustan en el total proceso cerebral inconsciente y consciente (subcortical y cortical), al final del mismo, con poder para ordenar que culminen o se aborten las pulsiones de acción que llegan a la conciencia preformadas por los niveles inferiores inconscientes (142). Es claro que se puede sostener, desde el punto de vista del *determinismo rígido*, que también ese «impulso final» estaría determinado causalmente. Y así puede aceptarse como hipótesis, sin afectar el *indeterminismo débil*, porque la serie causal puede venir de muy atrás pero nunca es unidireccional sino que avanza como en zigzag, tomando a cada paso uno de múltiples caminos posibles, más o menos al azar. Para que haya libertad en el sentido indicado basta con que el hombre posea la capacidad de dirigir la causalidad –que viene de atrás– por una de esas vías conclusivas, a su amaño, desechando las otras, y que llegue así al resultado previsto y deseado por el agente. Parece poco, pero es suficiente porque también así la causalidad aparece finalmente en manos del hombre y este continúa siendo el amo de sus acciones y dueño de su destino particular.

La mejor síntesis sobre el concepto de compatibilismo la he encontrado precisamente en Dennet: «*Podemos tener libre albedrío y tam-*

---

(140) HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, edit. Universidad Autónoma de México, México D.F., 1982, pp. 55-57 y 105-112.

(141) *Ibidem*, p. 109, nota 73.

(142) «Aún en un mundo completamente determinista existen suficientes razones para distinguir las deliberaciones que contribuyen substancialmente a la causación de un acontecimiento de las que no conducen a resultados relevantes» (DENNET, *ob. cit.*, p. 122).

*bién ciencia*» (143). Él mismo lo explica: «Dispositivos deterministas más complejos (que un robot en Marte) no solamente se controlan a sí mismos, sino que evitan cualquier intento de ser controlados. Si somos dispositivos deterministas, nos controlamos y controlamos nuestros destinos; por lo tanto, no hay nada que temer al respecto» (144).

En otras palabras, el determinismo personal sólo podría funcionar como autocontrol en el marco de ciertos impulsos causales. No estamos, reitera Dennet, controlados por nuestro pasado –por tanto, ni por los genes ni por la evolución– porque precisamente la herencia nos ha construido como «seres que se controlan a sí mismos (afortunadamente)» (145), capaces sin duda de improvisar reacciones adaptativas; tampoco lo estamos por el entorno porque éste demanda nuestra respuesta, pero no la predetermina ni nos controla (146). Si el control no está en la herencia –genes, instinto– ni en el entorno, entonces el control está en nosotros mismos y depende de nosotros –de lo que llamamos «yo» en cuanto persona total– si lo activamos o no y en qué medida.

Todo organismo viviente es una respuesta en cierta forma creativa al entorno porque éste no predetermina la respuesta. Dennet ilustra sus explicaciones con el ejemplo de una máquina sin tripulación humana que llega a Marte (147): para adaptarse a un entorno cambiante sin riesgo de ser destruida por las circunstancias, y dado que las señales de control no tendrían tiempo de ir y volver desde la Tierra, la NASA tuvo que diseñar robots auto-controlados. Los humanos somos algo más complejos, pero tenemos que hacer lo propio –y con mucha más inteligencia– para sobrevivir y prosperar en nuestro travesío y a veces áspero mundo. De consiguiente, no importaría mucho si fuera verdadera la tesis de que la libertad de voluntad no se puede demostrar o no existe porque hasta ahora nadie ha podido aportar una construcción determinista coherente y completa de la responsabilidad penal, es decir, ni del delito ni de la pena. Si esta posibilidad fuera visible, entonces de verdad los indeterministas estaríamos preocupados o tristes.

La tesis indeterminista débil de la voluntad como agente final de impulso o contención no ha sido desvirtuada por la ciencia, aunque se

(143) *Ibidem*, p. 33.

(144) *Ibidem*, p. 89, p.n.

(145) *Ibidem*.

(146) *Ibidem*, p. 75.

(147) Curiosamente, mientras se escribía este ensayo, en agosto de 2012, un robot de tales características se ha posado con éxito sobre la superficie marciana, por cuenta de la NASA, y desde allí envía, en modo automático o semi-automático, fotografías y resultados de análisis diversos del suelo, del subsuelo y de la atmósfera, cuyos resultados, dos meses después, son alentadores.

insiste en que tampoco está demostrada empíricamente (como tampoco lo está su antítesis determinista). A tono con ella, «culpabilidad» y «responsabilidad penal» no son nociones viables, en la práctica cotidiana del derecho penal ni de la vida, con criterios estrictamente deterministas, porque se interpone la evidencia experiencial de que no pueden ser reducidas a meras atribuciones sociales normativas. El argumento, claro, no está libre de objeciones porque en esta materia nada es claro y definitivo. Pero considero que sigue siendo válida la observación de Hassemer (1981) en el sentido de que la tesis de que se puede prescindir del libre albedrío y conservar en plenitud de funciones el concepto de culpabilidad es solo una doctrina «tranquilizadora» que ha deteriorado gravemente los alcances garantistas del principio de culpabilidad (148). La culpabilidad se funda en una cierta libertad de la voluntad o simplemente no existe, y en su lugar se entroniza una responsabilidad social o legal. Así de claro.

La conciencia siempre está ahí disponible para rectificar el rumbo de la conducta automática e impulsiva y luego para seleccionar entre la enorme y compleja red de opciones, y estas facultades de corrección y selección reflexiva pueden entenderse hoy como su consistencia y la razón de su origen en la evolución animal (Kosslyn/Dennett). «El animal se inclinará hacia aquella conducta que «pesa más», pero es el animal el que valora qué posibilidad tiene más «peso» de acuerdo con el sistema de «valores» que ya ha construido en su cerebro, dentro de la programación de la especie», escribe Javier Monserrat (149). Este proceso de ponderación es en el hombre mucho más complejo que en el animal porque en él entran en juego los valores creados por la cultura e incorporados a su conocimiento, y no sólo los relacionados con los instintos y la supervivencia. En él también entran en juego complejas consideraciones en el comportamiento altruista, que poco se aprecia entre los animales y que exige en el hombre decisiones supra-instintivas que van más allá de los intereses del «yo».

Podemos, pues, renunciar al sujeto puramente racional y reflexivo del libre albedrío clásico, pero todavía quedará espacio, según la neurobiología actual, para la culpabilidad (responsabilidad subjetiva), aunque desde luego en términos algo más reducidos, que es lo que De la Cuesta Aguado –basado en investigaciones filosóficas y psicológi-

---

(148) W. HASSEMER, *Alternativas al principio...*, *ob. cit.*, p. 52.

(149) Disponible en Internet, 7 de febrero de 2010. Sobre el tema también MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad...*, *ob. cit.* Este autor, me parece, da por establecido el determinismo psicológico en un grado mucho mayor del que puede considerarse científicamente establecido, en un sentido laxo que equipara determinación causal con razón suficiente.

cas de actual fundamento científico, por ejemplo las realizadas a partir de 1994, entre otros, por Libet y Damasio— ha denominado con acierto y coraje «racionalidad limitada»: la decisión racional o reflexión se funda en las emociones y estas son despertadas en todo el organismo por los «marcadores somáticos» (señales corporales de advertencia aprendidas por el organismo y que se traducen en sensaciones, emociones y sentimientos con los cuales comienza el proceso decisorio de la acción a nivel preconscious, encaminado a la supervivencia y adaptación al futuro del individuo con respecto al medio natural y social).

Una toma de decisión (informada) en estas condiciones supone que el sujeto conoce o siente 1) la situación que exige decidir sobre la acción, 2) la gama de distintas opciones de respuesta útiles que se le ofrecen y sus consecuencias inmediatas y futuras, y 3) (el sujeto) dispone de una «estrategia lógica» para seleccionar la opción apropiada tanto a la situación como al futuro del sujeto (150).

A ello se agrega desde luego que el cerebro humano como totalidad, no por sí sólo sino unido al cuerpo y en relación con el ambiente—que el individuo humano contribuye a formar y a cambiar— desarrolla el fenómeno que llamamos conciencia o mente, que es la que toma conocimiento de los procesos impulsivos y emocionales y puede someterlos—si hay capacidad del sujeto y tiempo en la reacción, que generalmente los hay— a la criba controladora de las valoraciones aprendidas en el largo proceso de socialización (con algunas cosas sin duda heredadas de la evolución de la especie, pues el hombre no nace completamente en blanco), pudiendo decidir sobre la opción adecuada antes de que el impulso preconscious termine su curso.

Es para mí motivo de honor y satisfacción espiritual que una penalista tan decantada y sobresaliente como Mercedes Pérez Manzano, en reciente y erudito ensayo (151), llegue a conclusiones similares a las precedentes, sin haber desde luego conocido la obra contentiva de los párrafos precedentes (ni yo la de ella en tales puntos) (152). Ella ciertamente había sostenido la tesis de una libertad de voluntad real psicológica ya en su conocida obra *Culpabilidad y prevención*

(150) A. DAMASIO, *El error de Descartes*, edit. Crítica, Madrid, 2007, pp. 196-197.

(151) Mercedes PÉREZ MANZANO, «El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», en *Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 2012, pp. 567 ss.

(152) Cita únicamente, al comienzo de su enjundioso artículo, un pasaje esencial del *Derecho Penal Fundamental*, vol. II, edit. Temis, 1989; este pasaje ya aparecía en la edición de 1982, pp. 360-361. Aclaremos que esa opción fue por una libertad interna de autonomía (indeterminismo: mientras éste no se contrapruebe empíricamente, sigue en pie por muchas otras razones ya esbozadas).

(Madrid, 1990), pero la reitera y desarrolla ahora técnicamente, en homenaje (inmerecido) al suscrito, disertando sobre el tema metódica y racionalmente para llegar, tras extensa y sólida argumentación y con la validación de una rica bibliografía jurídico-penal y neurocientífica en varios idiomas, a una conclusión similar: *definitivamente no está científica y positivamente contraprobada la tesis de la existencia de una libre decisión de voluntad de raíz psicológica y neurobiológica*. El propio Libet reconoció en 1999, según cita de la mencionada tratadista, que en la psicobiología de la toma de decisiones «*hay margen temporal para la libertad*» (de al menos 100-200 milisegundos antes de que el cerebro transmita la orden motora) y en ese tiempo residiría la libertad de voluntad, que bien podría «permitir ejecutar la decisión o bien vetarla». Este es ciertamente un «papel estelar» para la voluntad porque bien puede impedir o inhibir el impulso a la acción que viene del proceso límbico. Neurocientíficos como Haggard (2008) sostienen «haber localizado el sector cerebral en el que dicha actividad de veto tendría lugar durante esos 100 ms» (153).

Es por tanto perfectamente plausible la conclusión final de Pérez Manzano: No se ha cerrado la posibilidad de defender, al menos como probable o no refutable, la tesis de que «el último viaje –la última palabra en la terminología de Roth (cita)– desde la corteza cerebral hasta los ganglios basales que forman parte del sistema límbico tiene el sentido de grabar en la memoria... la decisión tal y como ha sido finalmente adoptada –esto es, modificada y filtrada por el segmento de actividad neuronal consciente–, antes de enviar la orden de ejecución a los músculos (154).

De todas maneras, y esto es demasiado importante, los experimentos de Libet versaron solamente sobre acciones muy simples consistentes en movimientos físicos de los dedos que el sujeto (preadvertido) debía decidir a su amaño después de que un cronómetro a su vista llegara a cero. Se trata, pues, de acciones preparadas y preavisadas, sin motivación compleja ni textura valorativa. Por fuera quedaba, pues, toda exploración de actividades complejas y en especial relacionadas con la toma de decisiones normativas, y esto le resta mucha validez frente a la comprensión de las acciones con sentido jurídico-penal (155). Es también digno de reiterar que el propio Libet reconoció que en realidad existe un margen temporal de por lo menos 100 ms. entre la toma de conciencia de la decisión y la orden motora, «de modo que en ese tiempo la mente consciente podría bien permitir eje-

---

(153) PÉREZ MANZANO, *ob. cit.*, p. 582.

(154) *Ibidem*, p. 595.

(155) *Ibidem*, pp. 591 ss.

cutar la decisión o bien vetarla» y en este poder de veto residiría el específico poder de la libertad de voluntad, que así resulta desempeñando en la ejecución del acto el «papel estelar» que ya mentamos (agrega Pérez Manzano) (156). Lo que Libet no hizo fue repetir los experimentos y demostrar que en un nuevo tiempo el mismo sujeto, ante iguales estímulos, producía exactamente la misma secuencia de respuestas. Y solo en el caso que los resultados hubieran sido positivos, se podría hablar de determinación causal completa de los respectivos movimientos –no de otros–, pues es claro que según el principio causal los experimentos susceptibles de repetición deben arrojar siempre los mismos resultados.

El experimento de LIBET aporta prueba de la intervención de pulsiones o actividades eléctricas del cerebro inconscientes y previas a la decisión, pero no descarta en absoluto la intervención del área cerebral superior de la conciencia (157). Lo que según el experimento sucedería es que a las capas superiores del cerebro, portadoras de la conciencia, sólo llega la información, según se indicó, cuando ya la decisión está pretomada por las capas inferiores (inconscientes), restando un pequeño pero importante lapso de tiempo para la acción misma (lapso durante el cual la conciencia dispone de la información y de tiempo para ponderar consecuencias de fines y de normas). En la realidad, podría decirse, ello puede corresponder a algo así como a un retrato simple y esquemático del comportamiento animal, desde las abejas y las hormigas hasta los hombres: el instinto, el aprendizaje y la experiencia imprimen en las capas inferiores «marcadores somáticos» que se disparan emocionalmente ante la inminencia o percepción global de la necesidad o urgencia de la acción. Sólo al final intervienen selectivamente las capas superiores del cerebro, en el hombre los filtros de la conciencia y la reflexión. Ello sucede así, apunta Damasio, porque el diseño del cerebro sólo permite una cantidad muy limitada de información consciente (158) y el cerebro como control de mando no debe ser sobrecargado. Pero la reacción total y final no la produce el cerebro como tal, aisladamente, sino la coordinada unión de *cuerpo-cerebro-mente* (159) en intercambio dinámico con su medio circundante.

---

(156) PÉREZ MANZANO, *ob. cit.*, p. 582.

(157) *Ibidem*, p. 587.

(158) DAMASIO, *El error...*, p. 233.

(159) *Ibidem*, p. 288. Tan unitarios son los conceptos que un pensador español expresó que no es correcto hablar de «mi cuerpo y yo», sino de «mi cuerpo: yo»; mejor dicho, mi cuerpo-y-mi cerebro porque, hasta ahora, el «yo» sigue siendo una hipótesis explicativa de la personalidad que como concepto sustantivo no pasa de lo metafísico (cfr. DENNET, *ob. cit.*, capítulo 4).

Entre los filósofos, que no pocas veces se anticipan a la ciencia, Merleau-Ponty (160) escribió de modo visionario en los años 60 del pasado siglo que la conciencia no existe aislada, sino que está incrustada en un yo de carne y hueso que habita en el mundo, que es «una conciencia encarnada en un cuerpo sexuado» que existe siempre como ser-en-situación. «Probablemente la racionalidad está modelada y modulada por señales corporales, incluso cuando realiza las distinciones más sublimes y actúa en consecuencia» (161). Esto incluso es bueno porque, al lado de la intuición, permite actuar rápido en situaciones en que no hay mucho tiempo para pensar ni mucho qué pensar, pues hay situaciones en que pensar demasiado para reaccionar resulta malo para la defensa o adaptación del organismo. A diferencia de las emociones, agrega el mismo científico, «La razón (solamente) nos brinda la ocasión de pensar con inteligencia (reflexión que mide, calcula y sopesa) antes de reaccionar de manera inteligente» (162).

Más que estar determinado en cada mili-paso del complejo proceso de la conducta voluntaria o consciente, de lo que se trata es de que la mente no puede obrar sin cerebro ni éste sin cuerpo y ninguno de ellos sin relación concreta y permanente con el entorno (163). «Que el proceso (del organismo hacia la acción) continúa más allá de las razones del corazón, de esto no hay ninguna duda» (164). No actuamos sólo por la razón y por la lógica, sino también por preferencias (emocionales e instintivas) y por intuiciones (operaciones lógicas muy rápidas de base emocional). Y esta es desde luego la tarea difícil: desplazar el espíritu de su pedestal en ninguna parte hasta un lugar concreto (del cerebro y de sus funciones), al tiempo que se conserva su dignidad e importancia; reconocer su origen humilde (en el largo y penoso camino de la evolución) y su (inmensa) vulnerabilidad (y falibilidad), pero seguir dirigiendo una llamada a su gobierno» (165). En ello estamos lejos, pero lo estaríamos aún más sin conjurar el error de Descartes consistente en separar y aislar como sustancias el cuerpo y el alma y extraer a ésta totalmente del campo causal y al primero nada menos que del terreno del pensamiento. Según quedó visto, este dualismo persiste, con otras denominaciones y matices, en Kant (mundo sensible/mundo inteligible, fenómeno/nómeno). Lo que la mente

---

(160) MERLEAU PONTY, Maurice, *La estructura del comportamiento*, edit. Hachette, Bs. Aires, 1957, y *Fenomenología de la percepción*, F.C.E., México, 1957.

(161) DAMASIO, *El error...*, p. 235.

(162) *Ibidem*, p. 3, p.n.

(163) *Ibidem*, p. 297, p.n.

(164) *Ibidem*.

(165) *Ibidem*, p.288, *in fine*.

aporta son las reflexiones; y si estas no sirven para nada en la conducta futura de los hombres porque se limitan a estar determinadas, entonces no sirven para nada. El determinismo antropológico y social es sorprendente porque según él la razón no aporta nada a la conservación de la especie, a la evolución del hombre ni al desarrollo de la historia. Esto linda con un materialismo pedestre que podría creerse que estaba superado!

Sería grandioso poder sostener cómo exactamente funciona el cerebro en el proceso de producir la mente o surtir la reacción psíquica consciente, pero no puede afirmarse, nadie puede hasta hoy hacerlo, como lo anunciamos en cita que encabeza el ensayo. Quizás, como se ha dicho, conocemos hoy mucho del cerebro, casi todo, pero lo poco o mucho que nos falta es esencial y parece ser infranqueable en el sentido de que no es por ahora esperable que lo podamos saber alguna vez (166). La idea de Damasio no se aparta de las que forja Pérez Manzano en guerra justa con la interpretación en exceso determinista de Roth (167) y otros: «poseer una mente significa que un organismo forma representaciones neuronales que pueden convertirse en imágenes, ser manipuladas en un proceso denominado pensamiento y eventualmente influir en el comportamiento al ayudar a predecir el futuro y por tanto a formarlo» (168). La mente –producto de la activi-

---

(166) *Ibidem*, p. 294.

(167) Pese a sus esforzados y agudos argumentos contra la libertad de voluntad –el proceso de la razón también estaría causalmente determinado, como todos los demás–, Roth «sólo afirma prudentemente que no hay decisiones *puramente* racionales si por ellas se entiende las decisiones tomadas sin ninguna intervención del sistema emocional no-consciente, de modo que la decisión sería, en su opinión, siempre el fruto de la interacción entre lo consciente y lo inconsciente» (PÉREZ MANZANO, *ob. cit.*, p. 594). Pero definitivamente ello no es prueba de que la consciencia esté en su integridad determinada físico-causalmente por lo inconsciente, sino que ambas instancias toman parte en el total proceso de la decisión y en ningún caso puede alguna de ellas obrar por fuera de la fisiología cerebral, como tampoco puede la acción voluntaria cambiar el mundo externo sin valerse de procesos causales. Excepcionalmente pueden las instancias o capas inferiores, por impulsos extremos provenientes del sistema límbico, forzar el paso por la puerta de la conciencia sin contar con ella, como si se tratara de un gol olímpico (casos de corto circuito, sideración emotiva, sobresalto defensivo en situación de gran sorpresa, trastorno mental transitorio, embriaguez plena, automatismos aprendidos, etc.). Estos casos precisamente son «excepcionales» –salvo los últimos– porque en ellos no hay para la conciencia tiempo de interponer filtro alguno, o es demasiado alta la fuerza con que el impulso empuja desde atrás y ella no consigue frenarlo. Estos casos son, por cierto, supuestos de ausencia de libertad de voluntad (falta la acción en sentido jurídico-penal o en todo caso la culpabilidad). Es, en suma, del mayor interés destacar que el propio ROTH ha admitido (2009) que *el estado actual de las ciencias del cerebro «no es incompatible con un concepto débil de libre albedrío»* (*b.*, p. 601, en nota 84).

(168) *Ibidem*, p. 112.

dad cerebral, pero no mero «epifenómeno» suyo— aporta el hecho nuevo del comportamiento con base en la argumentación lógica y, ni qué decirlo, con fundamento en valoraciones. Sin duda esto le ha representado al hombre inmensas posibilidades de adaptación dinámica por medio de las redes sociales de comunicación e imputación.

En conclusión, la conciencia no es menos por el hecho de que necesariamente haya de pasar por las redes neuronales del cerebro, las subcorticales o límbicas primero y las corticales o racionales propiamente dichas después. El papel penetrante de los sentimientos nos da la oportunidad de aumentar efectos positivos y reducir peligros potenciales. Ninguna obra humana puede escapar a sus soportes en el estrato físico-causal del mundo y ningún pensamiento se puede surtir por fuera de las redes neuronales del cerebro. Pero sería, sea dicho contra el determinismo cognitivo, bastante grave que estuviéramos gobernados exclusivamente por el sistema límbico (subcortical), que solo maneja emociones y que es sustancialmente idéntico con el de los animales, ya que es el desarrollo de la corteza cerebral lo que más nos diferencia de éstos y nos depara la capacidad de conocimiento reflexivo. En tales condiciones, el conocimiento racional serviría de poco, si es que todavía sirve para algo al no poder dominar ni trascender las pulsiones emocionales provenientes del inconsciente límbico.

En cualquier caso, agregamos, la opinión inicial de Roth acerca de que también la racionalidad estaría estrictamente determinada —aunque creamos lo contrario y no conozcamos de momento los mecanismos exactos, que podrían ser, por ejemplo, automatismos lógicos o computacionales— choca con una objeción lógica insalvable: si los contenidos de la razón y la razón misma sólo responden, como cualquier otra cosa, a determinaciones causales, entonces resulta indiferente el contenido de verdad o falsedad de las ideas, percepciones y proposiciones y por tanto habría que cambiar toda la teoría del conocimiento porque careceríamos de criterios para decidirlo e incluso de posibilidad para preferir la verdad (169). Es, empero, incuestionable que *nuestro entendimiento, caso de estar determinado en ese sentido riguroso, no está invariablemente determinado a la verdad porque entonces el error en el conocimiento y en la ciencia, verdad de a puño, quedaría sin explicación. Otra cosa es que el pensamiento sólo pueda*

---

(169) El argumento viene del filósofo y psicoanalista ROLLO MAY, *Amor y voluntad-Contra la violencia y la apatía en la sociedad actual*, edit. Gedisa, 3.ª ed., Barcelona, 2011, trad. de Alfredo Báez, p. 182, quien ofrece una interesante versión que funda la libre voluntad en la intencionalidad que permea todos los actos de la conciencia, con apoyo en los conceptos que Brentano, Husserl y Heidegger tomaron de los antiguos, en especial de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino.

curzar por los cauces cerebrales y por tanto de manera psicobiológica o neuronal. No hay mente sin cuerpo, pero tampoco sin trascendencia de lo meramente corporal o sensorial.

Los experimentos de Libet demuestran que hay actividad cerebral preconsciente anterior a la toma de decisiones, pero no demuestran que la corteza cerebral no participe en esa actividad previa, ni esclarecen el papel que la corteza cerebral juega en la decisión misma (170). Posiblemente, como se desprende de los experimentos posteriores de Trevena/Miller –que introducen variaciones de interés a los de Libet–, esa actividad preconsciente previa no puede considerarse «causa de la decisión misma» y sólo significa que «el cerebro se pone en alerta para la realización del experimento» (171). *De ninguna manera se ha demostrado que la corteza cerebral no participe en la toma de decisiones* (172) *y mientras esto no suceda no se puede afirmar que la neurociencia actual descarta la toma de decisiones conscientes, voluntarias o libres.* Hace varias décadas, concretamente en 1944, en un contexto literario, el escritor alemán Alfred Andersch, expresó bellamente sobre ese pequeño espacio «vacío» que aún queda entre la reflexión y la decisión: «En esa pequeñísima fracción de segundo, que precede al de la decisión misma, se concreta la posibilidad de libertad absoluta que el hombre posee. El hombre no es libre en el momento del acto mismo, porque al ejecutarlo se restablece la vieja tensión en cuya corriente circula su naturaleza. Ese momento solamente está conservado en el fino aliento fugaz entre el pensar y el querer. Somos libres solamente en algunos momentos, en momentos que son preciosos...». Y anota con razón el comentarista que ello tiene qué ver también con la concepción de la acción en Hannah Arendt, por cuanto en ella es claro que la acción, siempre impredecible, «está íntimamente ligada a la reflexión, a los momentos de pensar y juzgar» (173).

Que lo inconsciente influye en las actividades conscientes estaba claro al menos desde FREUD –quien con un concepto determinista del psiquismo se vale de un método de psicoterapia que no puede ser sino indeterminista porque requiere del paciente la toma de decisiones propias–, pero nada revela que esas influencias sean determinantes y en todo caso nadie les asigna el control total de la conducta (174). La actual fisiología cerebral no está en condiciones de desmentir la

---

(170) PÉREZ MANZANO, ob. cit., pp. 586-587.

(171) *Ibidem*, pp. 584-585.

(172) *Ibidem*, p. 587.

(173) WOLFGANG HEUER, «Política y coraje cívico», en Laura QUINTANA/Julio VARGAS (Compiladores), *Hannah Arendt-Política, violencia, memoria*, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2012, pp. 21-22.

(174) *Ibidem*.

noción milenaria del hombre como «ser racional», al menos en el sentido limitado actual de que la razón existe y sigue poseyendo el predominio (tiene en cierta medida el control).

En cualquier caso no hay motivos para el pesimismo en la contemplación retrospectiva de nuestra evolución animal y en lo que de momento conocemos de la actividad cerebral. El comportamiento de lobos, delfines, cuervos, vampiros y desde luego monos, entre otras especies –para no mencionar a los elefantes y a los perros– sugiere (ya) una estructura ética elemental (175), y el comportamiento inteligente se ofrece en estructuras psíquico-emocionales de animales que nos parecen muy lejanos y no lo son tanto. Al fin de cuentas la separación en el mapa del genoma y de las configuraciones genéticas consta hoy que es muchísimo más reducida o estrecha de lo que pudiéramos haber pensado hasta hace poco más de diez años; lo sorprendente es que diferencias genéticas tan pequeñas comporten innovaciones tan extraordinarias en el modo de ser y comportarse del ser humano.

Empero, en esas pequeñas diferencias cifra el hombre la superioridad de la especie mediante la construcción del trabajo productivo y cooperativo, la creación de la ciencia y la cultura y la puesta en marcha de procesos tecnológicos que nos separan cada vez más y más rápidamente de otras especies animales. Posiblemente tampoco estuvimos solos todo el tiempo, pues neandertales y otras especies humanas, provenientes de otras ramas del árbol de la vida, se extinguieron en edades no tan antiguas. El psiquismo, en suma, parece ser un principio evolutivo de la vida toda y no una peculiaridad tardía de la especie humana. La libertad de elección, si no hablamos desde el comienzo de proporciones enormes, podría no ser una singularidad de nuestra privilegiada especie, cuya adquisición habría sido propiciada por necesidades crecientes de adaptación y supervivencia, formada gradualmente durante millones de años por incontables ensayos de error/aproximación o de inutilidad/beneficio para la supervivencia. Y como todo en la evolución, algunos pasos habrían tenido que contar con momentos favorables en los complejos y desde luego azarosos entrecruzamientos de series causales, como también tuvo que hacerlo la Tierra durante la formación de nuestro sistema solar. La suerte parece contar en los destinos de la vida y sin duda también de la conciencia reflexiva, cuya lenta irrupción en los lentos procesos de la evolución sigue siendo un prodigio que no acabamos de comprender. Lo que sí parece específico del *homo sapiens* es la inteligencia reflexiva, la auto-conciencia.

---

(175) DAMASIO, *En busca...*, p. 156.

Pese a la existencia de antecedentes, límites y condicionamientos en los procesos cognitivos y volitivos, sostenía (el determinista) Spinoza, como ya lo anunciamos, «todavía podemos decir un no categórico, de manera tan libre e imperativa como lo haría Inmanuel Kant, por ilusoria que sea la libertad de dicho no», pues de todas maneras es algo que el no-yo no hubiera hecho. Pese a sus disputas con el libre albedrío, nunca negó Spinoza que los hombres pudieran tomar decisiones y controlar voluntariamente su comportamiento. Por eso pensaba que podemos tomar decisiones libres y responsables, equivocadas y correctas (176). Lo que entonces se disputaba era —y creo que sigue siéndolo—, el concepto puro de simple libre albedrío, la absoluta «libertad de» (negativa): obrar sin impulsos ni condicionamientos y por fuera de la causalidad, en lugar de obrar, dentro de ciertos límites de normalidad de actuación humana en la vida social común, con ellos pero con capacidad también relativa de domeñarlos, de frenarlos o de impulsarlos («libertad positiva»). Esta última ya admite la operante presencia de factores condicionantes y desencadenantes, pero los enfrenta a las barreras ordinarias y superiores del yo consciente, con capacidad de interponerles reflexivamente el freno volitivo de la inhibición, de reconfigurarlos, de redirigir los impulsos, aplazarlos o ampliarlos y también de reducir o variar las tendencias, para bien o para mal. Todo esto sin duda lo hará, ya no tanto por impulsos y estímulos, sino por motivos de ponderación, sentido y valor, utilidad y conveniencia.

Con razón pensaba también Spinoza, quien «no era precisamente un liberal», que el punto crucial de la filosofía política es que (por fortuna) resulta imposible saber y por tanto controlar lo que piensan y pueden expresar las demás personas; y agrega Popper, de quien he tomado la referencia, que «el factor humano es, en última instancia, el elemento incierto y voluble por excelencia de la vida social y en todas las instituciones sociales» y que de su incontrolabilidad depende precisamente la libertad de pensamiento y expresión (177).

Popper es incluso de la opinión radical, que comparto, de que «la búsqueda de una ley que determine el “orden invariable” de la evolución no puede de ninguna forma caer dentro del campo del método científico, ya sea en biología, ya en sociología (y desde luego tampoco en psicología)» (178). Y así como no podemos, por la enorme complejidad de factores involucrados y, como aquí destacamos, sobre todo en virtud del «factor x» que interviene en la determinación de toda conducta molar concreta, prever la conducta futura del individuo, o predecir con exactitud cuál será su reacción específica frente a una situación hipotética cualquiera, tampoco es posible predecir el

(176) DAMASIO, *En busca...*, p. 169.

(177) POPPER, *La miseria...*, p. 106, en concordancia con p. 177.

(178) *Ibidem*, p. 124, p.n. Por esto también opina Popper que la «ingeniería social», si llegara a alcanzar su objetivo de «transformar al hombre», destruiría *eo ipso* la objetividad del conocimiento y la ciencia misma, dado que «ambas están basadas en la libre competencia de pensamiento, es decir, en la libertad» (*ob. cit.*, p. 177).

futuro de la historia, cuyo curso, según el autor en cita, depende del desarrollo del conocimiento y no se puede predecir qué tanto crecerá el conocimiento humano en un tiempo dado (179). Como muchas veces ha sido mostrado, ni siquiera podemos predecir con exactitud la frase siguiente de un discurso, por coherente que éste sea.

Pero hay algo más, digno de ser sopesado: Ni la conciencia de la libertad prueba la libertad –podría ser una ilusión–, ni la falta de conciencia de la causalidad de un acto prueba la ausencia de determinación causal del mismo. Ello porque, en general, la «conciencia de» algo (o «creencia en» algo) no prueba la existencia real de su objeto, ni su falta demuestra su inexistencia. En todo caso, lo máximo que puede hacer la libertad de la voluntad es escoger entre causalidades o motivos, no producir acciones *ex nihilo*, y de aquí que esta potencia psíquica sea distinta del libre albedrío de la tradición filosófica.

## VII. CONCLUSIÓN LÓGICA CONTRA EL DETERMINISMO RÍGIDO

En conclusión, el *indeterminismo débil* no está confutado por la ciencia natural, ni el determinismo total de la conducta humana reflexiva está probado a cabalidad y en toda la extensión necesaria. Pero si el determinismo (sobre todo en sentido fuerte y completo) estuviera probado o se partiera de él para regular la vida social, el Derecho penal sería impracticable porque entonces el reo siempre diría que no tiene nada de qué responder porque él no hizo lo que se le imputa, sino que el suceso criminal se produjo por virtud de fuerzas extrañas e incontrolables, llámense destino o causalidad inevitable, como se ven discurrir las obras humanas en la tragedia griega. Esta es la reversión del argumento roxiniano de que si la responsabilidad se fundara en la libertad de voluntad habría que absolver por *in dubio pro reo* a todos los imputados porque no habría manera de probarla (180).

Por el contrario, contra el determinismo completo o rígido de la conducta personal se ha aducido por lo menos un argumento lógico que su propio autor, el filósofo y psicoanalista Rollo May, califica con razón de irrefutable: *Si, en concreto, se argumenta que la conducta personal y sobre todo los actos de conocimiento están completamente determinados, se puede replicar que no es posible demostrar que esa argumentación sea verdadera porque prescinde de criterios para*

(179) *Ibidem*, p. 12.

(180) ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 799-800 *in passim*.

*determinar su verdad o falsedad* (181). A menos, claro está, que se sostuviera, contra toda evidencia, que no sólo estamos determinados al conocimiento, sino también a la verdad. La ciencia sería entonces innecesaria porque todo cuanto podamos pensar sería verdadero por el hecho causalmente determinado de que lo pensamos. Estaríamos entonces de antemano y de principio a fin salvados de los desastrosos efectos del error. El determinismo, si fuera verdadero, sería además maravilloso para el ser humano y no se podría definir de otra forma que como *adquisición de autocontrol limitado*, con lo que se destruiría a sí mismo porque el autocontrol es lo opuesto del determinismo ciego. Si el pensamiento, en su forma y en su contenido, estuviera causalmente determinado de manera estricta, lo estaría igualmente para todos y por lo tanto todos pensaríamos más o menos lo mismo y en caso alguno serían posibles el engaño y la mentira. No sé si esto sería o no demasiado bello, pero ya no sería humano y el mundo no podría ser como es. Metafísicamente, incluso el mal desaparecería de la vida del hombre.

Una asunción determinista total del ser humano obligaría a incluirlo en los casos penales como simple objeto de peligro que debe ser tratado siempre con medidas de seguridad de diverso alcance, desde inocuidador hasta protector y resocializador. Esta sería una configuración del derecho penal como protección de la comunidad contra despersonalizados sujetos peligrosos que no se comportan socialmente como ciudadanos sino que tienen que ser enfrentados como «objetos peligrosos» o como «enemigos», medidas que previenen el delito del modo más eficaz, aunque sea al precio del peor terror penal, p.ej., medidas de reclusión y tratamiento forzado de duración indeterminada. Es decir, todo lo que conocemos hoy como derecho penal del Estado democrático de derecho, al menos en el específico terreno de las penas, habría de retornar a las peores épocas de la barbarie punitiva para que la sociedad y las víctimas pudieran encontrar protección o satisfacción adecuadas. Quizás habría allí provisoriamente orden, pero no un orden de justicia y paz sino de temor y fuerza. Y, por otra parte, toda la criminología tendría que postrarse se nuevo ante las reducciones lombrosianas del delincuente nato e instintivo.

Para decirlo con Zaffaroni, no quedaría tras ello nada del Estado democrático de derecho y en lugar suyo se entronizaría el más cruel, sanguinario, invasivo y arbitrario Estado de policía (182), cercano en

---

(181) MAY, Rollo, *Amor y voluntad-Contra la violencia y la apatía en la sociedad actual*, edit. Gedisa, Barcelona, 2011, trad. de Alfredo Báez, p. 182.

(182) ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal-Parte General*, edit. Ediar, Bs. Aires, 2000, pp. 38-41.

su régimen de terror a la guerra de todos contra todos. No hay normas que cumplir, porque sin libertad para hacerlo sencillamente no hay normas. Y como no hay normas tampoco hay límites a las reacciones estatales (si se mantiene un Estado) y cualquier persona puede ser tratada por sus actos o su modo de ser de cualquier manera por cualquier autoridad. La cultura jurídica acumulada a lo largo de los siglos se perdería en el más denso despotismo y en la sumisión. Porque si no hay normas tampoco hay quien defina las causas y efectos del delito y de la pena y cómo afrontarlas en la configuración de la vida social y en la medida del poder punitivo estatal.

Por todo esto, como Nódier Agudelo Betancur nos ha enseñado magistralmente a asumirlo con su palabra y con su ejemplo durante toda su vida académica y docente, hay que sostener a toda costa – mientras la ciencia lo permita y en la medida en que lo haga, que en esto consiste una posición de «*indeterminismo débil*» como el que hemos sostenido– la visión del hombre como ser (relativamente) libre y por esto (limitadamente) responsable de sus actos, dentro de ciertos límites que son tanto empíricos como razonables; pero no como mera hipótesis normativa, disponible por el derecho positivo, sino como imagen del hombre real que el Derecho tiene que reconocer y proteger. La libertad es del ser del hombre «como las nubes son las nubes del cielo». Si las nubes nos estorban es peor para nosotros, no para el cielo, pero en la realidad tendremos que contar siempre con ellas. Un derecho penal severamente determinista, por el contrario, como la causalidad ciega y total en que se inspira, carece de límites y de motivos racionales para establecerlos y por esto salta a la vista su incompatibilidad con el personalismo y con el Estado democrático de derecho, ya que en el peor de los casos nos conduciría de regreso al sistema peligrosista de la escuela positiva italiana, y en el mejor al utopismo de la «pena médico-protectora» de Dorado Montero, incursas ambas en la negación de la persona como ser consciente con cierto poder de autocontrol o autodirección de sus actos.



# Tentativa y dolo eventual: bases para su convivencia

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho penal. Universidad de Sevilla

## RESUMEN

*El trabajo se ocupa de la debatida cuestión en torno a la admisibilidad teórica de la tentativa con dolo eventual así como de la procedencia de su castigo. La postura que se sostiene ofrece una respuesta afirmativa a ambas cuestiones, si bien condicionada por la introducción de una serie de límites motivados tanto por argumentos de orden dogmático como político criminal. Con base en ellos, la principal restricción se traduce en la exigencia de la producción de un resultado típico intermedio de menor gravedad respecto al que podría evolucionar la conducta intentada.*

**Palabras clave:** *Tentativa, dolo eventual, peligro concreto y abstracto, concreción del riesgo, estados de incertidumbre, política criminal, resultado típico, delitos de peligro.*

## ABSTRACT

*This paper deals with the controversial question related to the possibility of founding an attempt committed with *dolus eventualis*, as well as to the admissibility of basing a judgment of criminal responsibility for the results that are caused as consequence of it. It is defended an affirmative position concerning to both questions. However, the supported thesis proposes to introduce several limits to the punishment, based both on dogmatist arguments as on criminal policy reasons. The main restriction consists of demanding the production of an intermediate result of minor gravity with regard to the one that might produce the attempt.*

**Keywords:** *Attempt, *dolus eventualis*, concrete risk, abstract risk, concretion of the risk, scientific uncertainty, criminal policy, result, Crimes of danger*

**SUMARIO:** I. Introducción.–II. Una breve aproximación a la fenomenología de casos que responden a la estructura de la tentativa con dolo eventual.–III. El

debate en torno a la punibilidad o impunidad de la tentativa con dolo eventual. Las coordenadas dogmáticas de la solución.–IV. La incidencia de las consideraciones de política criminal.–V. La tentativa con dolo eventual en el marco del Derecho positivo: los tipos de la Parte Especial.–VI. Valoración y conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre las clásicas construcciones elaboradas por la dogmática jurídico penal se cuentan dos figuras de amplia tradición en la Teoría del Delito. Se trata, por una parte, de las formas imperfectas de ejecución, y, por otra, de la atribución subjetiva del resultado a un autor bajo una figura a medio camino entre el dolo directo y la imprudencia consciente: el *dolo eventual*. Sabido es que la importancia de la que gozan ya por separado cada una de estas dos construcciones no significa, en absoluto, que su elaboración se beneficie de la supuesta sencillez de sus perfiles. Representan, por el contrario, dos estructuras sumamente complejas, repletas de serios problemas conceptuales y aplicativos, lo que explica que, pese a su tradición, no puedan considerarse definitivamente cerradas. Se comprende, por ello, que su formulación teórica diste de ser unánime, y que sólo sea posible hablar de un moderado consenso en torno a los respectivos fundamentos y límites de su castigo gracias a una ingente labor interpretativa realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Precisamente, a la vista de la continua discusión que acompaña a la elaboración de los rasgos propios de cada una de estas figuras a nadie debiera extrañar la dificultad para contar con soluciones mucho más consensuadas cuando se combinan sus respectivos rasgos, dando lugar entonces a la llamada *tentativa con dolo eventual*. Se trata, en definitiva, de los casos en los que la actuación del agente, manifestada por hechos exteriores que no culminan en la producción del resultado al que directamente se encaminaban, se atribuye en términos subjetivos al autor con una actitud propia del dolo eventual, calificación ésta última que, dependiendo de la concreta teoría de que se parta, se fundamenta en la alta probabilidad conocida por el autor de producción del resultado, en su consentimiento acerca del eventual acaecimiento de éste, en su indiferencia o, conforme a criterios normativos, como el que atiende a si el autor adopta medidas orientadas a evitar el riesgo

conocido (1), o al grado de capacidad para prever la infracción de la norma (2).

Para empezar a situar en sus justos términos el alcance del debate, no está de más reconocer que la intensidad de las dudas despertadas por la construcción en estudio no sólo es tributaria de la ya referida complejidad dogmática de cada uno de sus referentes. En ella pesan también, y de manera significativa, las vacilaciones a que se presta la valoración de la gravedad de su injusto y, con éstas, lo discutible de la oportunidad y necesidad de su castigo, aspectos que indefectiblemente remiten a consideraciones de orden político criminal. No se explica de otra forma que aun cuando nuestra jurisprudencia se muestre en términos generales abiertamente favorable al castigo de las formas imperfectas de ejecución con dolo eventual, no termine de llevar ese punto de partida hasta sus últimas consecuencias y que, aun sin proporcionar la mayoría de las veces una explicación de sus oscilaciones, esté dispuesta, por ejemplo, a admitir esa construcción cuando en el curso de una pelea la agresión no evoluciona hacia el resultado más grave aceptado por el autor y, sin embargo, no la tome en consideración, por seguir con los ejemplos, cuando enjuicia al sujeto que coloca un explosivo o incendia una vivienda también con la misma actitud subjetiva si bien finalmente sólo algunos de sus moradores fallecen mientras que otros resultan ilesos. En casos como éste, nuestros Tribunales parecen dispuestos a colmar la calificación de los hechos con la apreciación del correspondiente delito de peligro colectivo así como de los tipos de asesinato consumados, pero renuncian a apreciar tantas tentativas de asesinato con dolo eventual como, según el ejemplo, per-

---

(1) CORCOY BIDASOLO, M., «Concepto dogmático y jurisprudencial de dolo. Su reciente aproximación a la imprudencia en nuestra jurisprudencia», en *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 0, junio 2012.

(2) PEREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011, quien renuncia por completo a conceder cualquier protagonismo a la vinculación psíquica del sujeto con los hechos. Para este autor, el dolo supone el «reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediado ex ante la posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento». Así entendido, los datos psíquicos, como el conocimiento o la voluntad son sólo indicios del grado de capacidad para prever la desviación de la conducta de la norma infringida.

En general sobre una concepción normativa del dolo, véase en Alemania HASSEMER, W., «Los elementos característicos del dolo», trad. de Díaz Pita, M. M., en *ADPCP*, 1990, pp. 225 ss., o en España DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, Valencia, 1996; la misma en «La presunta inexistencia del elemento volitivo del dolo y su imposibilidad de normativización», en *Revista penal*, 2006, pp. 59 ss., con reflexiones críticas sobre la tesis también normativa de FEIJÓ SÁNCHEZ, B., desarrollada en «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en *CPC*, 1998, pp. 269 ss.

sonas pudieran haber sido alcanzadas por el explosivo o se encontrasen adicionalmente en la vivienda en el momento de los hechos.

En realidad, no debe sorprender el peso de las consideraciones que desbordan los resultados estrictamente dogmáticos si se tiene presente que, ante todo, la estructura de la tentativa con dolo eventual supone aunar dos figuras que ya de por sí comportan una valoración expresa o implícitamente degradada respecto a otras. Indiscutido es, de una parte, que la tentativa representa un contenido de injusto inferior al propio del delito consumado, una consecuencia inexorable en un sistema que no está dispuesto a renunciar al *desvalor del resultado*, lo que encuentra su traducción exacta en la rebaja de la pena que para estos casos dispone expresamente el artículo 62 CP. Por otra parte, y aun cuando formalmente nuestro legislador no haga referencia expresa en la Parte General a la figura del dolo eventual y a resultados de su elaboración dogmática se acepte de forma mayoritaria que a todos los efectos, también de pena, es una forma de dolo, en la base de su comprensión está la idea de que la ausencia de una voluntad directamente dirigida a la producción de un resultado lesivo impregna a la figura de tintes singulares, que antes parecen apuntar al debilitamiento de la peligrosidad que le es propia que a mantener su gravedad pareja con los casos de dolo directo. Se explica, por ello, que la combinación de ambas valoraciones sea un buen caldo de cultivo para un sentir que, en ocasiones, esté dispuesto a admitir espacios de impunidad a la luz de una consideración global de las circunstancias del caso.

De unas y otras razones intentaremos dar cuenta a lo largo de las páginas de este estudio. De momento, y con carácter previo a adentrarnos en el debate suscitado en torno al castigo de la tentativa con dolo eventual conviene hacer alguna puntualización acerca de los trazos esenciales en la comprensión de cada uno de los miembros que componen la estructura, en tanto labor que facilita la delimitación de la materia objeto de estudio. Ni siquiera parece necesario advertir la imposibilidad de acometer en estas líneas una exposición exhaustiva de sus respectivos rasgos, labor que ha sido objeto de densos y cualificados trabajos de investigación a los que no cabe más que remitirse en este punto. Sin ser, por ello, pretensión de estas líneas abordar la complejidad de una materia que necesariamente quedaría trivializada, por simplificada, fuera de estudios de aquella envergadura, nos limitamos a esbozar el trazo de las coordenadas básicas de las que partimos en la comprensión de la tentativa con dolo eventual, labor que pasa por recordar, siquiera sea someramente, los presupuestos aplicativos de cada una de las figuras que la componen.

## II. UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA FENOMENOLOGÍA DE CASOS QUE RESPONDEN A LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL

Comenzando con la referencia a los aspectos estrictamente indispensables del diseño teórico de las formas imperfectas de ejecución, resulta obligado traer a colación la intensa polémica que tradicionalmente ha despertado en la doctrina penal la cuestión relativa al fundamento con base en el cual proceda su castigo (3). Conocida es la clásica discusión que ha enfrentado, por un lado, a las teorías que fundamentan su injusto en el exclusivo reconocimiento de un desvalor de acción –las doctrinas subjetivas, como es el caso de las que ponen el acento en una voluntad manifestada del autor contraria a Derecho o en su peligrosidad–, y, por otro, aquellas que requieren para conformar tal injusto un desvalor de resultado constatado, *ex post*, en términos objetivos. Frente a las exigencias de esta última comprensión, y en cierto modo como un intento de superar sus dificultades se sitúa aquella otra que, sin renunciar a comprobar una situación de peligrosidad, la formula desde una perspectiva *ex ante*, de modo tal que el único punto de referencia para apreciar la concurrencia o no de un estado de peligro es el que atiende a si, en el momento de obrar, un observador de los hechos percibiría la situación de riesgo. Conforme a la formulación de esta predicada doctrina (4), el juez deberá proceder al enjuiciamiento conforme a la que se conoce como «prognosis posterior», en la que tienen cabida los conocimientos que tendría, no ya el agente (5), sino un espectador objetivo situado en su lugar en el momento de

---

(3) Para un estudio detallado de estas doctrinas puede verse, entre otros, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 3 ss.; ALCÁZER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada 2000, pp. 17 ss.; NÚÑEZ PAZ, M. A., «Delito intentado e idoneidad en Derecho español», en *Revista Penal*, 2004, pp. 124 ss.; CUELLO CONTRERAS, J., «Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa», en *ADPCP 2007*, pp. 47 ss.

(4) Obvio es recordar que su predicamento no significa su aceptación unánime, algo que en el ámbito que nos interesa de la tentativa no es de extrañar a la vista de las críticas a las que en general se ha enfrentado la adopción de una perspectiva *ex ante*. Paradigma de ellas es la interesante contribución de BURKHARDT, B., «Conducta típicamente relevante y enjuiciamiento *ex ante*», traducción de Alcácer Guirao, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, núm. 11, 2001.

(5) De otra forma, como advierte FARRÉ TREPAT, E., si sólo se tuvieran en cuenta los conocimientos que poseía el autor, toda tentativa parecería peligrosa, castigándose también acciones objetivamente no peligrosas, *La tentativa de delito, ob. cit.*, p. 36.

obrar, además de los conocimientos y saberes singulares con los que contase el autor (6).

Aun renunciando a entrar en los pormenores de esta postura a la vista de la vasta literatura al respecto, interesa llamar la atención sobre el dato de que la adopción de este punto de partida, al que nos adherimos en estas líneas, supone reconocer la presencia conjunta en el injusto de la tentativa de un *desvalor de acción y de resultado*, de modo tal que sólo la concurrencia de ambos colma su injusto. El primero se caracteriza por la ejecución voluntaria de actos encaminados a la consecución de un resultado lesivo. La importancia de su atención se relaciona directamente con el reconocimiento de la función preventiva del Derecho penal, y de modo especial, con la finalidad motivadora de las normas penales, conforme a la cual no puede ser la misión de esta rama del Derecho prohibir resultados sin más, sino prohibirlos en tanto expresen la contravención de un mandato dirigido a los ciudadanos. El segundo, el *desvalor de resultado*, se cifra en la comprobación de una situación de peligro para el interés de que se trate, viniendo reclamado su protagonismo por la función de *protección de bienes jurídicos* que es propia del Derecho penal. Sólo entonces, con la segunda exigencia, se asegura que esta rama del Ordenamiento Jurídico no termine castigando meras intenciones que no tienen correspondencia con una situación real y objetiva de peligro para el interés en cuestión protegido por la norma penal. Precisamente la ausencia de riesgo está en la base del reconocimiento generalizado de la impunidad tanto de la llamada tentativa *irreal* o *absolutamente inidónea* como del *delito imposible*. Más compleja se presenta la identificación

---

(6) FARRÉ TREPAT, E., *ibidem*, pp. 32 ss.; SOLA RECHE, E: *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, pp. 212 ss.; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, Valencia, 2003, p. 205; ALCÁZER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, 2000, pp. 466 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., quien considera que los respectivos planos que aportan las perspectivas *ex ante* y *ex post* no impiden que sea posible «distinguir *ex post* entre tentativas *ex ante* peligrosas». Todo ello sobre la base de la posibilidad de reconocer un determinado grado de consenso social respecto a la percepción de lo «real». En concreto, su castigo requeriría un mínimo de peligrosidad intersubjetiva, criterio que cobra especial importancia en la cuestión relativa a la punibilidad o no de la tentativa inidónea. Según el criterio, y sin perjuicio de sus matices, procedería en todo caso su castigo cuando tanto *ex ante* como *ex post* la tentativa se estime peligrosa por desconocerse la razón de la no producción del resultado salvo para un espectador omnisciente, así como en aquellos otros en que *ex post* el intento no resulte peligroso pero *ex ante* lo sea para el hombre medio en la posición del autor, en *El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 127 ss.; MIR PUIG, S., «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001.

del desvalor del resultado en la *tentativa inidónea*, considerada mayoritariamente punible. Se explica por ello que para justificar su castigo se hayan ensayado diversos intentos que oscilan desde el reconocimiento de que en ella es suficiente el desvalor de acción hasta las propuestas de renunciar a su sanción (7), pasando por las que se esfuerzan en identificar también en su estructura un resultado, consistente básicamente en la conmoción del Derecho (8).

Comoquiera que sea, y a partir de la aceptación de aquel fundamento del castigo de la tentativa, una de las cuestiones más espinosas que plantea es la relativa al grado de peligro propio de *su forma acabada* o, dicho de otro modo, la cuestión en torno a si el injusto de la tentativa, caso de que el autor realice todos los actos que debieran dar lugar a la producción del resultado, se corresponde con la estructura propia de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto. Vaya por delante que la dificultad, en realidad, no surge en el caso de la llamada *tentativa idónea acabada*, en la que, por definición, se reconoce una situación de peligro concreto para el bien jurídico de que se trate. Es evidente, en efecto, que cuando el autor realiza la totalidad de los actos potencialmente aptos para producir un resultado lesivo (por ejemplo, dispara con mala puntería a su víctima), se cierne sobre el bien jurídico en cuestión un peligro que, en tanto culminado e idóneo para lesionarlo, ha de valorarse como concreto. Las dudas se plantean cuando de la llamada *tentativa inidónea –acabada–* se trata, en tanto que un juicio *ex post* de los hechos arroja como resultado la ausencia de un peligro real para el interés protegido. Se ha sostenido por ello en ocasiones que el tipo de peligro que fundamenta su castigo se basa en consideraciones aportadas por la *estadística*, esto es, atentas a datos que se apartan del análisis de los hechos tal como han tenido lugar en la realidad para atender en su lugar a los que proporciona aquella ciencia formal. De admitirse esta perspectiva, habría que reconocer que el grado de peligro en que se basa la estructura que nos ocupa es por definición abstracto (9).

Desde la obligada renuncia a abundar en estas líneas en las razones que nos llevan a aceptar esta comprensión, nos adherimos a la postura de quienes sostienen que también el peligro que fundamenta el castigo de la tentativa inidónea acabada no se cifra de modo abs-

---

(7) SOLA RECHE, E., *ibidem*, p. 184.

(8) Véase las referencias bibliográficas que al respecto ofrece SOLA RECHE, E., «La peligrosidad de la conducta como fundamento del injusto penal», en *ADPCP* 1994, nota 16.

(9) Sobre la exposición de estas doctrinas, véase de nuevo al respecto ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *ob. cit.*, pp. 231 ss.

tracto, sino que reclama la comprobación de la *potencialidad lesiva* para el bien jurídico (10), elaborado sobre la base de un juicio atento a aquello que se considere como *razonable*. Si bien tal punto de partida dista de ser unánime (11), parece coherente entender que a él conduce la adopción de la ya referida perspectiva *ex ante* (12), esto es, atenta a las circunstancias concurrentes en el momento en que se realizó la acción, entendiendo por tal las tomadas en consideración por un espectador objetivo que además contase con los conocimientos específicos del autor en el momento de obrar. Es, en definitiva, una perspectiva atenta a lo que pudiera denominarse como una *percepción razonable de los hechos*, que sobre la base de su significado para la generalidad de los individuos permite apreciar un estado de peligro que potencialmente avanza hacia la afectación del bien jurídico. Con tal punto de partida, que se sitúa por lo demás en condiciones de proporcionar otras consecuencias dogmáticas satisfactorias (13), se con-

(10) Resulta plenamente asumible en este sentido la postura de TAMARIT SUMALLA, J. M., quien sin renunciar a la exigencia de un desvalor de resultado en la tentativa, cifra éste en los casos de inidoneidad en «una mínima posibilidad de peligro, lo cual supone asumir una idea paralela a la de peligro hipotético o posible y rechazar consiguientemente una genérica presunción de peligro inherente a la voluntad de consumación». De este modo, el autor completa el juicio de peligrosidad *ex ante* con lo que se ha denominado «prognosis posterior». El necesario «peligro potencial» constituirá el desvalor objetivo propio de las hipótesis de relativa inidoneidad», *La tentativa con dolo eventual*, en *ADPCP* 1992, pp. 538 s.

(11) Véase por ejemplo MIR PUIG, S., en *RECPC*, 2001, *ob. cit.*, para quien la estructura de la tentativa inidónea corresponde a la de los delitos de peligro abstracto. Para ello, razona sobre la base de que en aquélla la «ejecución comienza cuando ya era imposible que se produjera la consumación y ello podría haberlo sabido o de hecho lo sabía alguien en aquél momento (*ex ante*)». De este modo, «*ex ante* era cognoscible o incluso conocida por alguien la inidoneidad o la circunstancia que determinaba ésta», p. 13. Todo ello sin perjuicio de que, según el mismo autor, en estos casos siga existiendo «un peligro general, esto es, estadístico», lo que fundamentaría la comprensión como delito de peligro abstracto (pág. 13). Con una postura distinta a la defendida en el texto, véase también por ejemplo MAQUEDA ABREU, M. L., «La idea de peligro en el moderno Derecho penal», en *AP*, 1994-1, p. 484. Atendiendo en exclusiva a la situación de peligro *realmente* producida, afirma que la tentativa inidónea tiene que situarse en un estadio previo al de los delitos de peligro abstracto, en tanto que por contraposición a la tentativa, en los delitos de peligro abstracto «puede y debe exigirse, siquiera sea por vía interpretativa la aptitud objetiva de la acción para producir la lesión del bien jurídico y, por tanto, precisamente su idoneidad siquiera sea en un juicio *ex ante*».

(12) Ya en este sentido, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *ob. cit.*, pp. 382 ss.

(13) Cuyo estudio excede de la pretensión de estas líneas. Baste con todo señalar que tal punto de partida permite una solución satisfactoria de los casos en que como reacción a la tentativa inidónea, el sujeto contra el que se dirige la acción se defiende del intento (por ejemplo, golpeando a quien le apunta con un arma descar-

cede prioridad al significado de la conducta por encima de consideraciones que no debieran pasar de un plano secundario, como las relacionadas, bien con el puro azar (por ej., cuando la víctima en apariencia dormida a la que pretendía matar el autor había fallecido minutos antes a consecuencia de un paro cardíaco sufrido durante el sueño), bien con circunstancias que, desde luego, difícilmente son meritorias de un trato privilegiado para el autor (pensemos en su des-piste a la hora de cargar el arma) (14).

No se pasa por alto, en todo caso, que cuando hemos planteado la búsqueda de un paralelismo entre la estructura del injusto de la tentativa y la de un delito de peligro –concreto en el caso de la tentativa idónea y potencial en el caso de la inidónea– hemos cuidado de precisar que nuestra referencia lo es a la tentativa *acabada*. Distintas parecen ser las cosas en el caso de la llamada tentativa *inacabada*, en tanto que si, por causas ajenas a su voluntad, el autor no realiza la totalidad de los actos que debieran dar lugar a la producción del resultado, el grado de lejanía con la efectiva lesión del bien jurídico es superior al de aquellos otros en que llegaran a realizarse. Nadie dudaría, en efecto, del mayor riesgo a que se expone el bien jurídico cuando el arma efectivamente se dispara y pasa rozando a la víctima por la sien, que cuando, por cualquier razón, el disparo no se produce pese a ser apuntado el objetivo. Pero lo anterior no supone negar que también en los casos de idoneidad del intento no acabado el bien jurídico ha quedado expuesto, *de facto*, a una situación de peligro real que, de no ser por aquellas circunstancias ajenas a la voluntad del autor, habrían evolucionado hacia su lesión. Así, por ejemplo, el castigo de quien en el último momento es impedido por un tercero de apretar el gatillo cuando se encontraba apuntando con el arma a su víctima se explica por la situación de peligro a que, también en esta fase más remota, ha quedado expuesto el bien jurídico. En realidad, para apreciarla, la única exigencia es que quede identificado tanto el riesgo como el objeto u objetos sobre el que pende. Debido a la ausencia de este requisito habría de quedar impune el mismo sujeto de nuestro ejemplo paralizado por un tercero en el momento de efectuar el disparo si

---

gada). En realidad, el problema sería similar al que se plantea en la legítima defensa putativa. Véase al respecto, MUÑOZ CONDE, F., «Legítima defensa putativa: un caso límite entre justificación y exculpación», en *Publicaciones del Centro de Estudios Criminológicos. Preguntas a la reforma penal. Universidad de La Laguna, 1992*, p. 130.

(14) Claro que en estos casos sigue quedando abierta la cuestión en torno a si el injusto así definido debe ser castigado o, al menos, con la misma pena que la tentativa idónea, cuestión que en todo caso habrá de solucionarse de la mano de argumentos relativos a la *necesidad* de pena de la conducta.

apuntase ahora a una bocacalle de la que tal vez y por puro azar pudiera salir cualquier persona, caso en el que el estado de peligro creado no pasaría de ser abstracto.

Sobre todo lo anterior tendremos ocasión de volver con más detenimiento al tratar el específico problema de la tentativa con dolo eventual. De momento, y junto con las observaciones anteriores relativas a la concreción del peligro en las formas imperfectas de ejecución, conviene abundar en otras que de alguna forma nos introducen en la estructura que ahora nos interesa, la tentativa con dolo eventual. En concreto, alguna mención merece la determinación de las condiciones con las que identificar una resolución delictiva que colme el desvalor de acción del delito intentado. Casi huelga decir que su apreciación no deja espacio alguno a la duda allí donde el autor se proponga como objetivo la producción de un resultado lesivo e, inspirado por él, comience a ejecutar los actos a ese fin orientados. Más complejas parecen presentarse las cosas cuando el agente no tiene adoptada una resolución acabada, de modo que aun cuando inicie la ejecución de los actos que pueden dar paso a la comisión de un delito, demore la formación de su voluntad definitiva hasta comprobar la concurrencia de determinadas circunstancias. Estamos, en definitiva, ante la fenomenología de casos que de modo más amplio se comprenden bajo el concepto de *la voluntad condicionada de obrar*. Las razones por las que el autor se reserve aún la formación de su decisión final pueden ser de lo más variadas: desde condicionarla a que el plan proyectado resulte realmente atractivo (por ejemplo, que la persona a la que sigue con la finalidad de atracarla cuando se dirige a sacar dinero en el cajero extraiga una cantidad importante), hasta la concurrencia de cualquier circunstancia más o menos caprichosa para él (por seguir con el mismo ejemplo, que quien extraiga dinero del cajero sea una persona extranjera).

Como anunciábamos, la referencia a esta tipología de casos resulta interesante en nuestro estudio tanto a la hora de depurar lo que pueda realmente considerarse una forma imperfecta de ejecución como para diferenciar la voluntad condicionada del dolo eventual. Para empezar, y por abordar en primer lugar la cuestión de menor complejidad, hay que reconocer que los trazos de la distinción entre esta forma de dolo y la voluntad condicionada no parecen representar, al menos en principio, demasiadas dificultades. Así, por ejemplo, sintetiza Farré Trepât las diferencias entre ambas figuras al afirmar que «en el dolo eventual la voluntad de actuar no se halla condicionada. El autor quiere en este caso realizar la acción, pero no tiene la seguridad de que a través de la misma se produzca el resultado. Por el contrario, en la voluntad de

obrar condicionada es la resolución del autor sobre si debe o no realizar la acción lo que se halla condicionado. En ese caso, el autor no ha decidido aún si quiere actuar» (15).

A estos argumentos añadimos nosotros que sólo una comprensión excesivamente generosa de las bases conceptuales del dolo eventual podría justificar su apreciación en los ejemplos que proponíamos. Desde luego, que si por dolo eventual se entiende querer algo cuya certeza de producción se desconoce, habríamos de dar la razón a quienes estuvieran dispuestos a descubrir su estructura bajo esta figura. No es éste, sin embargo, el concepto de dolo eventual que maneja la dogmática jurídico penal. Con él se designan los casos en los que, si bien el resultado se presenta como probable y el autor sigue actuando, éste no quiere directamente su producción, sino que se lo representa sólo como una posible consecuencia de su hacer y –según las distintas teorías– la contempla como probable, la consiente o es indiferente valorativamente hacia ella (16). De acuerdo con lo anterior, la eventualidad del querer debe reducirse al resultado de la acción que pone en marcha el agente, sin comprender la posible realización en el futuro de actos típicos. De ser este el caso nos encontraremos ante una *decisión condicionada* al curso de los acontecimientos, calificación que no impide que los actos que en ese estado realice el autor se consideren ejecutados con dolo directo.

Partiendo, por todo lo anterior, de la escasa dificultad para advertir la diferencia estructural entre el dolo eventual y la llamada voluntad condicionada de obrar, cumple reconocer que, en realidad, la complejidad que tradicionalmente ha ocupado a la doctrina al tratar estos casos se ha centrado en determinar si la actitud subjetiva de indecisión es suficiente para fundamentar la resolución de delinquir como presupuesto conceptual de la tentativa. Desde el reconocimiento de que se trata de una cuestión que ha generado un intenso debate doctrinal cuya detallada exposición supera las posibilidades de esta contribución (17), nos limitamos a tomar posición en él dando la razón a quienes entienden que sólo de forma muy limitada puede concederse un beneficio al autor –al considerar que sus hechos son atípicos– por el dato de que inicie la ejecución del delito haciendo depender su voluntad de un acontecimiento externo. Porque como con acierto se ha observado, si

---

(15) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, ob. cit.*, p. 95.

(16) Sobre la caracterización del dolo eventual véase por todos DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual, ob. cit.*

(17) Por todos, FARRÉ TREPAT, E., *ibidem*, pp. 95 ss. En relación con la inducción, yo misma tuve ocasión de ocuparme de esta polémica en *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, pp. 406 ss.

así se procediera se estaría regalando impunidad por el solo hecho de que quien actúa sea más dubitativo, más reflexivo o, simplemente, más caprichoso en la conformación de su voluntad, razones que en absoluto justifican expulsar del concepto de tentativa lo que no deja de ser una resolución delictiva (18).

Admitido lo anterior, cuestión distinta es que para apreciar una tentativa en los casos de voluntad condicionada sea preciso que concurra una exigencia básica, que incluso pareciera ociosa recordar; a saber, que el autor haya dado comienzo, no a la ejecución de cualquier acto, sino de aquellos ya constitutivos del inicio de la ejecución delictiva. Este requisito, en apariencia casi obvio por tautológico, se traduce en dos exigencias fundamentales. La primera, a su vez la más básica, es que la actuación puesta en marcha por el autor que aún se reserva su decisión final suponga ya un inicio de la ejecución del delito de que se trate. Se quiere con esto decir que, por razones evidentes, no procede calificar como actos intentados aquellos que no superen los umbrales de la fase preparatoria del delito según la concreta teoría que se adopte como punto de partida –objetiva, subjetiva o mixta–. Así, por ejemplo, en el caso que proponíamos líneas más arriba de quien hace depender su voluntad de atracar a la víctima de que extraiga del cajero una cantidad significativa de dinero, la calificación de los hechos como una forma imperfecta de ejecución del robo requerirá que el autor haya comenzado a realizar actos que realmente puedan considerarse ejecutivos de ese delito. Impune habrá de considerarse, por ello, la mera observación o seguimiento de la potencial víctima que poníamos como ejemplo. Porque, de por sí, estar atento a la cantidad de dinero que extrae alguien de un cajero difícilmente representa conforme a la –mayoritaria– teoría mixta, el inicio de una tentativa de robo.

Pero en segundo lugar, aquella exigencia que hemos descrito como básica tiene una proyección adicional que afecta de manera específica a la fenomenología de casos que, si bien de forma amplia pueden entenderse comprendidos bajo la denominación de *voluntad de actuar condicionada*, revisten peculiaridades propias que, a mi entender, no siempre han sido puestas suficientemente de relieve por la doctrina. Me refiero a aquéllos caracterizados porque el aspecto del que el autor hace depender su voluntad de cometer el delito es justamente que en el decurso de los hechos sea necesario realizar sus elementos típicos. De este modo, a diferencia de la tipología usual de casos de voluntad condicionada, en los que la decisión de cometer un delito depende de hechos externos pero en todo caso distintos a los que fundamentan su concurrencia, en

---

(18) Por todos, FARRÉ TREPAT, E., *ibidem*, p. 109, sumándose así a la reflexión ya realizada por Arzt en la doctrina alemana.

los que ahora referimos la decisión delictiva del autor se condiciona a que no pueda lograr el propósito que previamente ha definido sin realizar los elementos de un tipo delictivo. Para ilustrar su fenomenología bien pudiera servir el ejemplo de quien sujeta y abraza con ánimo libidinoso a una chica con la que apenas está comenzando una relación sentimental sin saber si ella aceptará la conducta sexual que de este modo se le solicita, pero estando decidido en todo caso a consumarla si es que finalmente se opusiera. Como ejemplo adicional valdría el de quien llama a la puerta de un domicilio con la intención de pasar en todo caso al interior de la vivienda aun cuando el morador manifestase su oposición, si bien sin descartar que éste consienta. Otro tanto habría que decir por último, para no agotar el sinfín de ejemplos imaginables, en el caso del mendigo que solicita a un cliente de un bar las monedas que está depositando en el platillo como propina, si bien, caso de que se las niegue, está decidido a sustraerlas. El rasgo común a todos los supuestos es que el sujeto ha dado comienzo a la realización de los actos encaminados a la satisfacción de su propósito, si bien lo hace admitiendo cualquier posibilidad: la de conseguirlo de modo atípico o bien continuar la ejecución de su plan pero concurriendo ya un elemento –la ausencia de consentimiento del titular del bien y el eventual empleo de violencia o intimidación– que determinaría de modo inequívoco la calificación de los hechos como típicos.

Según entiendo, la peculiaridad de esta tipología de casos dentro de la categoría más amplia de los de voluntad condicionada arroja como resultado que en ellos ni siquiera puede afirmarse la existencia de una forma imperfecta de ejecución. En efecto, la razón de ser de su peculiaridad tiene que ver de nuevo con aquella premisa que en su momento calificamos como básica, y que ahora se perfila esencial en orden a evitar el peligro de camuflar como tentativas supuestos que debieran quedar impunes. Recordemos que según dicha premisa la apreciación de las formas imperfectas de ejecución requiere que los actos que ejecute el autor con voluntad condicionada sean ya de por sí constitutivos de un delito. Y si bien entonces ya veíamos que una primera derivación de esta exigencia expulsa del delito intentado los actos meramente preparatorios, una segunda reclama que el autor haya dado comienzo, no a la ejecución de cualquier acto que –superando el umbral de los preparatorios– se oriente a la satisfacción de los fines que pretende, sino de aquéllos constitutivos de un tipo delictivo. Por esta razón no procede considerar como inicio de la ejecución delictiva la realización de los actos que, también de manera atípica, puedan permitir al agente la consecución de los fines que pretende. Así, volviendo a nuestros ejemplos, en tanto que el sujeto esté tan sólo

llamando a la puerta sin saber si le dejarán pasar, abrazando a una chica con la que ha comenzado una relación sentimental desconociendo si ésta consentirá o no el contacto físico, o solicitando unas monedas que puede que voluntariamente le entreguen, su conducta no habrá traspasado aún el umbral de los actos típicos, ni en tanto delito consumado ni como tentativa. De otra forma, si ya los actos integrantes de esta fase se calificaran como constitutivos de una tentativa, se estaría otorgando consistencia para fundamentar el reproche penal a la voluntad del autor con independencia de los hechos que objetivamente realiza, proceder manifiestamente incompatible con los principios que inspiran la intervención del Derecho penal. Sólo cuando continúe obrando pese a la negativa del titular del bien jurídico de que se trate y, en su caso, empleando medios violentos o intimidatorios que aseguren la producción del resultado en tales condiciones, podrá decirse que ha *comenzado a ejecutar* el tipo delictivo de que se trate.

Por lo demás, y descartada en esta específica modalidad que nos ocupa la concurrencia de la tentativa, casi huelga insistir en que tampoco se produce confusión alguna entre su estructura y la propia del dolo eventual. Así, retomando nuestro ejemplo de quien se encuentra decidido a cometer una violación en el caso de que su nueva pareja se oponga a mantener relaciones sexuales, es obvio que tiene intención directa de consumarla en cualquier hipótesis, aun cuando su consecución por medios delictivos dependa de la oposición de la víctima. Por las mismas razones, actúa con dolo directo –y no eventual– el sujeto decidido a entrar a cualquier precio en la vivienda ajena así como el mendigo dispuesto a conseguir las monedas en todo caso.

El esfuerzo por acotar los genuinos supuestos de tentativa con dolo eventual quedaría incompleto si no hiciéramos alguna referencia adicional, también necesariamente concisa, a las exigencias básicas que deben concurrir para apreciar el título de imputación subjetiva en que consiste el dolo eventual. Vaya por delante que no se trata de discutir en estas líneas cuál sea el criterio más adecuado para definirla, pretensión que, de nuevo, estaría condenada a la tacha de falta de profundidad. Lo que se pretende tan sólo es llamar la atención sobre los extremos a los que, y con independencia de la teoría que se adopte para definir el dolo eventual, puede referirse la eventualidad que le es característica. Al respecto se reconoce que la circunstancial aceptación de un resultado lesivo supone, en esencia, el desconocimiento certero en torno a su verificación, requiriendo después cada una de esas concepciones requisitos específicos para fundamentar tal título subjetivo (el elevado grado de sospecha del riesgo, la concurrencia de indicios que manifiesten que el autor en

todo caso proseguiría su conducta en caso de conocer el riesgo, o su actitud de indiferencia ante tal posibilidad). En todo caso, con cualquier concepción, el referente de la incertidumbre puede obedecer, básicamente, a dos grandes tipos de razones. La primera, a que el agente desconozca a ciencia cierta la peligrosidad como tal de los actos que comienza a ejecutar –aun cuando comprenda su alta posibilidad y la acepte–. Pensemos, por ejemplo, en quien teniendo serios motivos para pensar que es portador de una enfermedad transmisible por vía sexual mantiene relaciones sin protección y sin realizar ningún tipo de advertencia a quienes con él se relacionan. Por añadir otro ejemplo, podríamos pensar en la actuación de quien duda acerca de si la ingesta de una determinada dosis de una sustancia química puede tener consecuencias letales en las personas y, sin embargo, la suministra veladamente a su vecino para robarle mientras se encuentra bajo sus efectos. Son casos, si así se quieren ver, caracterizados porque la incertidumbre del sujeto se refiere al aspecto más remoto imaginable en la explicación del suceso: el que tiene que ver con la peligrosidad de la conducta. La segunda de las razones que pueden estar en la base de la incertidumbre propia del dolo eventual corresponde a los casos en que el autor, aun siendo conocedor de la peligrosidad insista a los actos que realiza, dude sobre la materialización de ese riesgo en un resultado, inseguridad que la mayoría de las veces será explicable por la intervención del azar. Manejando una variante del ejemplo anteriormente propuesto, sería el caso de quien conoce efectivamente su condición de portador de la enfermedad contagiosa y, con ello, la existencia de una peligrosidad cierta de contagio, pero no adopta ninguna medida de protección, aun cuando en ningún momento pretenda transmitir la enfermedad a la persona con quien mantiene las relaciones. La misma situación de incertidumbre estaría presente allí donde el sujeto ignore cualquier extremo fáctico del que depende la concurrencia real del peligro. Bastaría pensar ahora en el caso de quien desconoce la existencia de un objeto que en su caso resulte lesionado por la conducta que emprende; sirva de ejemplo el de quien arroja piedras desde una ventana sin saber si efectivamente en ese momento transita alguien por el lugar, aun cuando conoce y acepta la alta posibilidad de que así sea. Otro tanto habría que decir allí donde el sujeto desconozca el número exacto de objetos que resultarán afectados por su actuación. Si retomamos el ejemplo anterior bastaría introducir la variante de que dude acerca de si efectivamente se encuentran personas en la zona, aun sin saber con exactitud cuántas resultarán alcanzadas o los daños que sufrirán. En todos estos

supuestos la dificultad que tiene el autor para conocer a ciencia cierta el potencial alcance de su actuación –cuyos resultados aceptase explica por la intervención de un componente de azar.

Esta somera delimitación del referente del estado de incertidumbre propio del dolo eventual resulta interesante a los efectos que nos ocupan, por cuanto tiene el valor de excluir de su estructura, en sentido contrario, el desconocimiento de otros aspectos ajenos a los dos grandes bloques anteriores. En concreto, permite expulsar de su concepto los casos en los que la incertidumbre del sujeto en el momento de obrar tan sólo se refiera a la efectiva concurrencia o no de determinados aspectos que, sin embargo, en todo momento *quiere con dolo directo*. Pensemos en quien está decidido a robar un joyero conociendo con certeza que en su interior se halla una determinada joya, aun cuando acepta la posibilidad de que en el cofre se encuentren adicionalmente otras, incluso de valor superior. En ejemplos como éste, si finalmente el robo alcanzara un montante superior su realización estaría comprendida por el *dolo directo* del autor, por mucho que en el inicio su existencia fuera incierta. Lo mismo habría que afirmar respecto al caso propuesto por Jescheck del ladrón que entra en la casa con el propósito de apoderarse de cualquier cosa que encuentre (19). Desenfocaría el referente del *querer* afirmar que respecto a los objetos que en concreto se hallen en la vivienda –desconocidos por aquél– obra con dolo eventual de sustraerlos. En realidad, la única peculiaridad de estos casos reside en que el autor desconoce el alcance exacto de aquello que pretende conseguir con *dolo directo*, esto es, de la entidad de un resultado que quiere tan cuantioso como el que pueda conseguir si la suerte juega a su favor.

Hasta aquí nuestro intento por delimitar los genuinos casos de tentativa con dolo eventual. Es el momento ahora de abordar la cuestión principal de este trabajo; a saber, si realmente, allí donde se aprecie, se trata de una estructura punible.

### III. EL DEBATE EN TORNO A LA PUNIBILIDAD O IMPUNIDAD DE LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL. LAS COORDENADAS DOGMÁTICAS DE LA SOLUCIÓN

Cuando la doctrina penal se ha ocupado de la cuestión relativa a las posibilidades de castigar la tentativa con dolo eventual, las distin-

---

(19) JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, p. 417.

tas posiciones se han centrado en demostrar, respectivamente, la concurrencia o ausencia de peculiaridades propias introducidas por la combinación de cada una de las figuras que integra su concepto. Así, para la corriente –mayoritaria– que considera que no existen argumentos para renunciar a su castigo, ni siquiera para introducir limitaciones en él, la razón obedece a una doble ecuación: por un lado, a la plena coincidencia del dolo de la tentativa con el propio de las formas consumadas; por otro, a la idéntica capacidad del dolo eventual con las restantes formas de dolo para resistir las estructuras que éstas admiten. Por su parte, los partidarios de excluir el castigo de aquella construcción o, al menos, de introducir una serie de limitaciones en ella, ponen a menudo el acento en la negación de la pretendida equivalencia entre la tipicidad subjetiva del delito intentado y consumado, argumento al que en ocasiones se añade la comprensión de la voluntad de consumir el delito en la tentativa como un elemento anímico, incompatible con la atribución subjetiva necesariamente más débil en que consiste el dolo eventual. Con todo, y aun cuando de este modo el debate se reviste del bagaje propio de la discusión dogmática, tampoco se oculta la cuota de protagonismo que en él ocupa el juicio en torno a la conveniencia y necesidad de su castigo. A nadie debiera extrañar que así sea teniendo en cuenta, entre otras razones, que el dolo eventual es una figura a menudo difícil de deslindar en sus límites respecto a la imprudencia, y que en ésta el legislador ha renunciado al castigo de las formas de imperfecta ejecución por razones, no conceptuales, sino estrictamente de política criminal (20).

Sobre esta cuestión tendremos ocasión de volver más adelante cuando llegue el momento de presentar la postura que sostenemos en la materia. Por ahora nos interesa recordar, siquiera sea de forma somera, las distintas soluciones mantenidas al respecto en el panorama doctrinal. Como en cierto modo se ha anunciado, éstas responden a tres grandes posiciones. La primera la representan quienes aceptan en todo caso el castigo de la tentativa con dolo eventual sin introducir, por ello, peculiaridad alguna respecto a las formas consumadas. Esta postura no sólo puede considerarse mayoritaria en la doctrina alemana (21) y espa-

(20) En este sentido me pronuncié en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998, pp. 121 ss.

(21) En la doctrina alemana cuenta, entre otros seguidores, con ROXIN, C., «Über den Tatentschluss», en *Gedächtnisschrift für Schröder*, München, 1978, pp. 145 ss.; KÜHL, K., «Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung», en *JuS*, 1980, p. 274, STRATENWERTH, G: *Strafrecht*, AT, Köln/Berlin/Bonn/München, 1981, p. 108; VOGLER, T: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin/New York, 1985, vor § 22.86, 22.4 ss.; HERZBERG, R. D., «AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrecht», en *JZ* 1989, pp. 470 ss.; FRISCH, W: «Risikanter Geschlechtsverkehr eines

ñola (22), sino también predominante en nuestra jurisprudencia. La segunda corresponde a quienes sostienen con carácter general la impunidad de esta construcción, unas veces por considerarla ya inadmisibile conceptualmente (23); otras por razones estrictamente relativas a la procedencia de su efectiva incriminación (24). La tercera postura es ecléctica respecto de las anteriores, y es defendida por quienes proponen

---

VIH Infizierten als Straftat?, -BGH St 36.1", en *JuS*, 1990, p. 366; STRENG, F: "Rücktritt und dolus eventualis", en *JZ* 1990, pp. 219 ss.; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed. Trad. de Manzaneros Samaniego, Granada, 1993, p. 703; JAKOBS, G: *Derecho penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*, trad. De Cuello Contreras y González de Murillo, Madrid 1977, p. 866.

(22) En este sentido, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, ob. cit., pp. 93 ss., si bien se muestra dispuesta a admitir una rebaja de la pena «si se demostrase que las conductas cometidas con dolo eventual crean *ex ante*, una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido. En este caso, y atendiendo a la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado, se plantearía en los supuestos de tentativa con dolo eventual una doble atenuación que derivaría para algunos casos en la escasa o nula punibilidad de los mismos» (pág. 95); también en «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en *ADPCP 1986*, al hilo del comentartio de la STS de 30 de enero de 1982, pp. 17 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Consideraciones dogmáticas y política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», en *La Ley*, 1988; CORCOY BIDASOLO, M., y CARPIO, D., «La llamada conducción "suicida" y la responsabilidad de la víctima» (a propósito de la STS de 17 de noviembre de 2005), en *La Ley*, 13 de abril de 2007. Véase también CORCOY BIDASOLO, M., «Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario», en *Seguridad Vial y Derecho penal*, Valencia, 2008, pp. 74 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., DE VICENTE REMESAL, J., y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1989, pp. 361 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*. Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca 2001, pp. 1127 ss.

(23) STOOS, C., «Dolus eventualis und Gefährdung», en *ZStW*, 1895, p. 100; LAMPE, E., «Genügt für die Entschluss. des Täter in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?», en *NJW* 1958, pp. 332 ss.; SALM, K., *Das vollendete Verbrechen I/I*, Berlin, 1963, pp. 49 s; KOTZ-OTT, H., *Eventualvorsatz und Versucht*, Zurich, 1974, pp. 39 ss.; PUPPE, I., «Der halberzige Rücktritt», en *NStZ* 1984, p. 491; BAUER, W., «Die Abgrenzung des dolus eventualis –ein Problem der Versuchsdogmatik», en *Wistra* 1991, pp. 168 ss., sobre la base de la incompatibilidad semántica de la tentativa con el dolo eventual, si bien proponiendo, *de lege ferenda*, la incorporación de delitos de peligro que permitieran el castigo de su estructura.

(24) WOLTER, J., *Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in eine funktionalen Straftätssystem*, Berlin, 1981, pp. 192 ss.; ARZT, G., «Falsch Aussage mit bedingtem Vorsatz», en *Fs. Für Jescheck*. Berlin, 1985, pp. 391 ss.

En nuestra doctrina, es la postura seguida por TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP*, 1992, ob. cit., pp. 557 ss., quien ofrece una cuidada referencia bibliográfica de las distintas posiciones doctrinales tanto en nuestro Derecho como en Derecho comparado; RAMOS TAPIA, M. I., «El delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás (A propósito de la STS 25 de octubre de 1999)», en *RECPC*, 2 de marzo de 2000, p. 3.

introducir ciertos límites o restricciones a su castigo. Entre sus defensores destaca la propuesta de supeditar la intervención penal en la materia a que la conducta genere una conmoción social que presente la intervención del Derecho penal como necesaria; razonamiento que, en definitiva, remite a consideraciones de prevención general positiva (25).

A la vista de las distintas posibilidades de comprender el régimen de la tentativa con dolo eventual, y como presupuesto para comenzar a plantear las posibilidades de su castigo, no está de más tomar posición respecto de la cuestión que, según señalábamos, condiciona en buena medida la solución que se sostenga. Se trata de la relativa a la identidad del dolo en el delito consumado e intentado, aspecto que básicamente enfrenta a los partidarios de su similitud en ambos casos (26) frente a quienes descubren un específico elemento anímico en la tentativa –cifrado en la voluntad de consumir el delito–, con la consecuencia entonces de exigir el dolo directo respecto a la producción del resultado (27).

Aun sin desconocer que ciertamente ese elemento intencional está presente en la tentativa realizada con dolo directo, anticipamos nuestra postura contraria a exigir su presencia con carácter general en todas las formas intentadas. Como respaldo argumentativo vienen en consideración argumentos de diversa índole. El primero de ellos tiene que ver ya con razones de orden gramatical. Recordemos que, según el artículo 16 CP, existe tentativa «cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor». Si partimos de que el precepto representa una causa de extensión del castigo respecto de los distintos tipos penales de resultado consumado, de tal modo que su única virtualidad es la de anticipar la intervención penal a fases previas a la consumación, habrá de concluirse que, a salvo de referencias expresas, la tentativa admite tantas formas de dolo como el delito consumado. Resulta así

---

(25) En este sentido, SALM, K., quien condiciona el castigo a que se produzca un resultado conmovedor del Derecho («*rechtserschütternden Erfolg*»), *Das versuchte Verbrechen*, Karlsruhe, 1957, p. 4; SCHMIDHÄUSER, E. (mitarbeit von H. Alwart) *Strafrecht*, AT, 1984, que excluye el castigo de la tentativa inidónea con dolo eventual, pp. 344 ss.; ALWART, K: *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982, p. 219.

(26) ALASTUEY DOBÓN, C., «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5, 2011, p. 35, adhiriéndose expresamente a la postura sostenida por CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal, PG III, Teoría Jurídica del Delito*, Madrid, 2001, p. 186.

(27) Recordemos que es la postura sostenida por ejemplo por TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP* 1992, *ob. cit.*, pp. 549 ss.

que su estructura tan sólo es incompatible con la realización imprudente de los hechos que pudieran dar lugar a la comisión de un delito, puesto que, como es sabido, para que así fuese habría sido necesaria la presencia de una cláusula especial en el Código penal que lo contemplase. A salvo de aquellas referencias, de la lectura del artículo 16 CP cabe extraer que el legislador se limita a exigir que el sujeto obre con dolo respecto a la realización de los actos ejecutivos que deben producir el resultado; y desde luego también con una actitud de indiferencia pueden llevarse a cabo los que den comienzo a la ejecución de un delito y generen, por eso, un estado de peligro.

Un argumento adicional para descartar con carácter general la supuesta presencia del ánimo de consumación en la tentativa tiene que ver con el fundamento de su castigo. La razón de ser de su incriminación es, según tuvimos ya ocasión de tratar, la atención a la situación de peligro que el inicio de la ejecución del delito comporta desde una perspectiva *ex ante* para el bien jurídico de que se trate (desvalor de resultado) sobre la base de la existencia de un comportamiento conocido y querido por el autor (desvalor de acción). En esa secuencia de peligro se agota el injusto de la tentativa, sin que se vea condicionado por la supuesta existencia de una voluntad trascendente de alcanzar la consumación. La única exigencia es que también en estos supuestos el autor realice con dolo –incluido el eventual– los actos que dan paso al estado de peligro (28). Pero una cosa es que cuando obra con dolo directo respecto a la producción de un resultado tenga intención de «llegar hasta el final» y otra que la peculiaridad de estos supuestos deba extenderse con carácter general a todos los casos de tentativa. Puede por ello decirse que, en realidad, la única exigencia común a todas sus formas, conforme al estricto tenor literal de la ley, nace y se agota en la mera realización dolosa de los actos que deberían objetivamente producir un resultado. De hecho, incluso en la tentativa con dolo directo el dato de que el autor mantenga o no su voluntad de llegar hasta el final es sólo una cuestión que atañe a la posibilidad de que se acoja al desistimiento y, con ello, se haga merecedor de la impunidad. Pero ésta, y es importante destacarlo, no se vincula en solitario a la presencia o ausencia de una voluntad de consumir el delito, sino a

---

(28) Es éste el único valor que entiendo cabe conceder al argumento que maneja MIR PUIG, S., en sentido contrario al que aquí se sostiene: «la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba todavía que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución», *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, p. 369.

su materialización en la evitación de la situación de peligro conocida y querida por el autor, fundamento, insistamos, del castigo de la tentativa. No hay mejor prueba al respecto que el hecho de que aun cuando desapareciera la voluntad de consumar el delito el autor seguiría siendo castigado por una tentativa en el caso de que no consiguiera evitar la situación de peligro. Resulta así que el ánimo de consumación, ni tiene consistencia por sí sólo para excluir el desvalor de la tentativa a efectos de apreciar el desistimiento, ni puede tenerlo tampoco en sentido inverso para fundamentarlo. Lo decisivo en ambos casos es la concurrencia de la situación de peligro en que consiste el inicio de los actos ejecutivos y que el autor sea consciente y quiera –de la forma que sea– su realización.

Ahora bien, con lo anterior tan sólo hemos sostenido que ni desde un punto de vista gramatical ni relacionado con el fundamento del castigo de la tentativa existen razones para excluir la compatibilidad de ésta con el dolo eventual sobre la base de una supuesta exigencia de consumación como elemento subjetivo del tipo de injusto del delito intentado. La admisión de lo anterior no elimina sin embargo la subsistencia de otros reparos relacionados con su efectiva incriminación. Para empezar, pudiera manejarse algún argumento gramatical relativo a la supuesta incompatibilidad de la descripción legal de la tentativa con el dolo eventual. En concreto, las dudas pudieran surgir del hecho de que en el artículo 16 el legislador se refiere a los «actos que objetivamente deberían producir el resultado», referencia que tal vez pudiera dar lugar a pensar que a consecuencia de aquéllos debe producirse con seguridad éste. Si así fuera habría de declararse incompatible la estructura de la tentativa con el dolo eventual, en tanto que es consustancial a su concepto la incertidumbre en torno a la producción del resultado. Ahora bien, para evitar tal conclusión bastará con acudir, como con acierto ya lo hiciera Luzón Peña, «a una interpretación amplia para el dolo eventual, entendiendo que la tentativa inacabada o acabada consiste en realizar actos de ejecución que, en caso de realizarse la eventualidad aceptada (en caso de concretarse el peligro en dirección lesiva), debería producir como resultado el delito» (29).

Más allá de lo anterior y abandonando los argumentos formales para reparar en los de fondo, la viabilidad de la postura que niegue cualquier obstáculo dogmático para el castigo de las formas de imperfecta ejecución con dolo eventual requerirá todavía demostrar que, de acuerdo con

---

(29) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, 1996, p. 469, también en «Dolo y dolo eventual: reflexiones», *ob. cit.*, p. 1129. En sentido contrario a la posibilidad de salvar la objeción se muestra MIR PUIG, S., en *REPCP*, 2001, *ob. cit.*, p. 7.

la respectiva concepción de que se parta, su estructura resiste sin fisuras su comisión con el título subjetivo propio del dolo eventual. Es, por ello, el momento de analizar si realmente existe tal compatibilidad a la vista de los requisitos estructurales que hemos adoptado como punto de partida en la comprensión de la tentativa y del dolo eventual.

En concreto, nos hemos adherido a la postura de quienes requieren para que proceda el castigo de las formas de imperfecta ejecución la percepción por parte de un espectador objetivo dotado de los conocimientos del autor de una situación de peligro concreto, o al menos potencial, para el bien jurídico en el momento de realizar la conducta. De acuerdo con este punto de partida avanzamos nuestra postura en el sentido de entender que las eventuales restricciones en la punibilidad de la tentativa con dolo eventual sólo serán admisibles en tanto que la aceptación por parte del autor de la eventual producción de un resultado se deba a las peculiaridades del juicio de peligro que comporta la conducta. Dicho de otra forma, la tesis que se sostiene parte de que propiamente no existen razones para limitar el castigo de aquella figura asociadas con la eventualidad del querer, sino sólo en tanto esta peculiar forma de dolo se implique con el juicio de peligrosidad ínsito a la acción que, según recordábamos, requiere atender a los singulares conocimientos del autor (30). En concreto, se defiende en estas líneas que las peculiaridades que introduce en el régimen de la tentativa su realización con dolo eventual se ciñen a los casos en que la inseguridad en torno a la producción del resultado se deba a la imposibilidad de definir en un plano objetivo, bien la entidad del riesgo, bien el potencial objeto de su materialización. Se trata, en definitiva, de la primera fenomenología de casos que líneas más arriba presentábamos como exponente de aquéllos en los que el estado de incertidumbre con que obra el autor se debe a la indefinición de los extremos que permitirían afirmar la existencia de una situación de peligro para el bien

---

(30) Se rechazan así buena parte de las teorías que en la literatura penal han servido de apoyo argumentativo para limitar el castigo de la tentativa con dolo eventual. Entre ellas, si acaso convenga marcar la distancia de cuanto aquí se sostiene respecto a las que proponen compensar la mayor exigencia de riesgo con la supuesta debilidad del dolo eventual. Es el caso en la doctrina portuguesa de FARIA COSTA, *Tentativa e dolo eventual*, Coimbra, 1987, pp. 85 s., de cuyo pensamiento ofrece un cuidado resumen TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP* 1992, *ob. cit.*, pp. 527 ss. A diferencia de ella, insistimos en que nuestro punto de partida consiste en admitir que, en términos puramente dogmáticos, la actitud subjetiva propia del dolo eventual no determina, de por sí, ninguna restricción en las posibilidades de castigo de la tentativa, y por tanto, tampoco en lo que atañe a la supuesta menor energía criminal que despliega el autor. La única singularidad que puede aportar en la cuestión que nos ocupa es la que, en su caso, derive de la mayor imprecisión de la situación de peligro.

jurídico desde el punto de vista de un espectador objetivo que contase además con los conocimientos de aquél. Cuando, por el contrario, el riesgo y el objeto o los objetos sobre los que pende queden identificados, al menos sean identificables, y la eventualidad característica del dolo eventual sólo se refiera al componente azaroso en torno a su materialización en un resultado, no habrá razón alguna para introducir restricciones en el castigo de las formas imperfectas de ejecución llevadas a cabo con dicho título de imputación subjetiva (31).

Para comprender el alcance exacto de la propuesta que acabamos de presentar conviene referirnos por separado a cada una de las situaciones de imprecisión que reconocemos como causa para limitar el castigo de la tentativa con dolo eventual.

#### a) **La incertidumbre en torno al riesgo que amenaza con producirse**

A fin de evitar cualquier tipo de confusión, conviene insistir en que cuando limitamos el alcance de las peculiaridades de la estructura en comentario a la incertidumbre en torno a la existencia del peligro que comporta el inicio de la ejecución, en modo alguno referimos los casos en que aquella indefinición impida reconocer una situación de riesgo para el hombre medio, observador de los hechos. Porque si así fuera, desaparecería por completo el fundamento del castigo de la tentativa de acuerdo con las premisas que adoptamos, con la consecuencia de que decaería ya la pretensión de su sanción con independencia de la actitud subjetiva del autor. Frente a ellos, el objeto de nuestra atención son los casos en que, aun cuando ese espectador pudiera advertir la existencia de un peligro, su *entidad* no quede acotada, de modo que resulte imposible descubrir un *riesgo perfilado* que amenace con materializarse en un resultado lesivo concreto. Imaginemos por ejemplo el caso de quien para «dar un escarmiento» a su enemigo lanza unos petardos en las proximidades del lugar en que éste monta a caballo, con el ánimo de que el animal se asuste y reaccione de modo incontrolado. En este supuesto resultaría realmente complejo identificar el concreto tipo delictivo que queda en grado de tentativa: ¿un delito de daños al animal?, ¿de lesiones respecto al jinete?, ¿de homicidio de éste?, ¿de lesiones o daños a terceros que resultasen afectados

---

(31) Esta idea, que en parte la sostenía ya en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, *ob. cit.*, está presente en el razonamiento de algunos autores contrarios al castigo de la tentativa con dolo eventual. Si bien, como veremos, con matices en cuanto a su formulación, es el caso de RAMOS TAPIA, M. I., en *RECPC*, 2 de marzo de 2000, *ob. cit.*

por la reacción del animal? o tal vez, ¿de todos esos posibles referentes? Los ejemplos podrían multiplicarse. Por solo citar alguno más podríamos referir el de quien arroja piedras a la calle desde una terraza sin mirar al exterior con la finalidad de ganar una apuesta si no produce ningún daño. De nuevo aquí se repiten las mismas dificultades de concreción: si no llegara a alcanzar a ningún transeúnte ni a dañar ningún vehículo o propiedad ajena, ¿de qué respondería el autor?, ¿por una tentativa de lesiones leves?, ¿de lesiones graves?, ¿por un homicidio?, ¿por una tentativa de daños?(32).

Como puede comprobarse, lo peculiar de los casos que nos ocupan reside en que el contexto general de incertidumbre en el que se desenvuelve la situación impide afirmar que alguno de los posibles riesgos tenga mayor protagonismo frente a otros. Todos ellos se presentan de forma tan remota como indiferenciada, por lo que no pasan de ser genéricos o no concretados. Por eso, sólo si se concibiera el injusto de la tentativa en términos de un riesgo abstracto de que de cualquier modo se produjera cualquier resultado lesivo podría fundamentarse su castigo. No es esa, sin embargo, la justificación que le sirve de base sino, como hemos tenido ocasión de insistir, la de castigar de modo autónomo el estadio previo a la consumación de una *concreta* forma delictiva que, respecto al bien jurídico, representa una situación de peligro concreto o, al menos, potencial. Por falta de este requisito, si en los ejemplos que presentábamos pese a la maniobra del autor no llegara a producirse ninguno de los posibles resultados abstractamente imaginables habría de renunciarse al castigo de los hechos como tentativa de lesiones, homicidio o de daños.

Conviene precisar, con todo, que la exigencia anterior en torno a que el riesgo que justifique el castigo de la tentativa quede concretado no quiere decir ni que deba ser único ni que, por ello, no pueda existir un margen de imprecisión en torno al peligro que finalmente pueda materializarse en un resultado lesivo. De hecho, si de lo que se tratara con esta exigencia fuese de requerir la concurrencia en exclusiva de un riesgo la consecuencia sería la concesión de un absurdo privilegio a quien realiza una conducta a resultas de la cual pueden acaecer distintas consecuencias lesivas. Frente a esta conclusión, el sentido del requisito

---

(32) De hecho, la falta de concreción del riesgo ha sido uno de los argumentos manejados en contra de la procedencia del castigo de la tentativa con dolo eventual por parte de aquellos autores que no introducen ningún filtro a la hora de depurar los presupuestos con los que proceda su castigo. Es el caso de TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP* 1992, *ob. cit.*, p. 548, para quien el castigo de esta figura «resulta indeseable en la medida en que supone una preocupante elevación del nivel de inseguridad jurídica, puesto que no se determinan con certidumbre “a priori” cuáles son los riesgos relevantes».

en comentario es exigir la presencia de un riesgo que de manera definida tenga capacidad para evolucionar hacia la producción, no de cualquier resultado, sino de uno –o varios– en concreto que guardan una relación de graduación o proximidad *inmediata*. Así, por ejemplo, habría de considerarse identificable el riesgo contenido en la conducta en el supuesto de quien golpea a otro con un instrumento peligroso con la intención directa de causarle lesiones leves pero aceptando la posibilidad de que sufra daños graves o incluso la muerte, caso en el que la calificación de los hechos conforme al artículo 148.1 no sería óbice para apreciar el correspondiente concurso de leyes con la tentativa del resultado más grave a título de dolo eventual (33). Todo ello siempre que la relación entre la conducta y el riesgo de producción del resultado permitiera advertir un estado de peligro, no sólo identificado o identificable, sino también *inmediato* respecto al que no se termina materializando. Por eso, en el caso de quien conociendo su condición de portador del virus del Sida mantiene relaciones sexuales con un tercero sin protección y sin hacerle advertencia alguna acerca del peligro que en ese caso comporta la práctica, nadie dudaría en reconocer que de manera inmediata la eventualidad del querer se refiere a la situación de contagio y, por tanto, a la producción de un delito de lesiones –graves–. Distinta habría de ser la valoración respecto al otro riesgo adicional también presente en la conducta: que la transmisión de la enfermedad desemboque finalmente en la producción de un resultado letal, riesgo que no sólo se presenta como más remoto, sino que depende de variables adicionales que determinan que en el momento de la actuación deba considerarse como abstracto.

Por lo demás, desde la exigencia de que el riesgo se presente concreto y en una relación de cierta proximidad con su eventual materialización se comprenden las reticencias que despierta el castigo de la tentativa en una tipología especial de supuestos de relevancia en alza en la actual sociedad de riesgos. Se trata de aquellos en los que la actitud de indiferencia del sujeto encuentra como referente un estado de *incertidumbre científica* acerca de su eventual producción como consecuen-

---

(33) GÓMEZ RIVERO, M. C., AAVV, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2010, pp. 82 s., donde sostengo que la cualificación comprende los casos en que, de producirse el resultado más grave, éste sería preterintencional. Es una postura que se distancia así de la defendida por TAMARIT SUMALLA, J. M., quien en relación con el anterior artículo 421 señalaba que su incorporación al CP «constituye la vía político-criminalmente más adecuada para ofrecer un adecuado tratamiento a aquéllas situaciones en las que los tribunales a menudo han tenido que recurrir a la hipótesis del dolo eventual para justificar la calificación como homicidio frustrado o intentado de hechos que habrían merecido penas irrisorias o la impunidad», en *ADPCP*, 1992, *ob. cit.*, p. 552.

cia de una conducta determinada, cuestión en la que a menudo se implica la de su dilación temporal. Conviene dejar claro que la dificultad ni siquiera se plantea allí donde, pese a las sospechas, el riesgo se considere permitido, como será el caso en que aquellas no hayan alcanzado el grado suficiente como para determinar la prohibición de la conducta que lo comporte (34). Pero cuando así sea, la realización de la actividad de riesgo no será constitutiva del correspondiente tipo intentado debido a la imprecisión de los resultados en que puede materializarse. En puridad, antes que con cuestiones relacionadas con la eventualidad del querer, la improcedencia de fundamentar en estos casos la tentativa obedece, una vez más, a la dificultad para concretar el riesgo que amenaza con materializarse, si bien ahora la peculiaridad no reside ya en lo azaroso de la producción de cualquier resultado dentro de un abanico de posibles consecuencias abstractas. La razón se explica por la incapacidad misma de la ciencia para trazar una relación causal entre una concreta actuación y un resultado. No se olvide que la identificación de una situación de riesgo en la tentativa se basa en un juicio de conocimiento científico en torno a los efectos asociados a una determinada práctica, presupuesto ausente por definición cuando en el momento de ejecutarla no se conocen las leyes causales que rigen el fenómeno de que se trate. Por ello, como escribía en otro lugar, allí donde se parta de una situación de incertidumbre o de desconocimiento científico en torno a los posibles efectos causales, decaerá la posibilidad de responsabilizar al autor por un intento de causar algo que, paradójicamente, ni él ni nadie conoce si es posible causar (35).

#### b) **La incertidumbre en torno al objeto sobre el que pende el riesgo de producción de un resultado**

Por las mismas razones relativas a la imposibilidad de concretar el peligro que reclama el castigo de la tentativa, su estructura habrá de excluirse igualmente en los casos en que el carácter eventual del que-

---

(34) Consideración que, por cierto, no siempre ha de vincularse a la existencia de una prohibición plasmada positivamente en una norma. Así lo puso ya de relieve la conocida STS de 18 de noviembre de 1991 en el caso del contagio de virus del Sida a consecuencia de las transfusiones sanguíneas realizadas en un hospital antes de la entrada en vigor de la Orden que obligaba a realizar las pruebas de detección del virus con carácter previo a la transfusión. Pese a ello, y debido al alto consenso imperante ya en aquel momento en torno a que una de las vías de contagio de la enfermedad era la sangre, el TS condenó a los responsables del hospital por las lesiones producidas.

(35) De ello me ocupé en «Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo», en *Revista General de Derecho penal*, <http://www.iustel.com>. Número 9, mayo 2008.

rer se refiera a la existencia del objeto sobre el que recae la conducta, de tal modo que no quede mínimamente identificado. Se trataría de aquéllos en los que, de acuerdo con la perspectiva del hombre medio dotado de los conocimientos del autor al momento de obrar, no pueda verificarse una situación de *peligro* recayente sobre *uno o varios objetos* que resulten acotados. Vaya por delante que no se quiere decir con lo anterior que éste o éstos deban quedar por completo identificados, sino tan sólo que resulten *concretables* y que, de ese modo, queden perfilados tanto en su cualidad como cantidad. En lo que a lo primero se refiere, su cualidad, es claro que en modo alguno se trata de exigir el conocimiento certero de la *identidad* del objeto, algo por completo secundario a la vista de su irrelevancia en general para conformar los distintos tipos delictivos. Con la referencia a la cualidad se trata tan sólo de definir la categoría o índole a la que pertenece. Sin esa concreción, del mismo modo que si no se precisara la cantidad de los objetos envueltos en la situación, sería imposible formular desde la tan reiterada perspectiva *ex ante* la relación de inmediatez entre el peligro creado y los objetos en que debe materializarse, indispensable para fundamentar el desvalor de resultado propio de la tentativa.

Precisamente la dificultad para concretar el objeto u objetos en potencia afectados por la conducta de riesgo explica que el legislador haya recurrido a tipificar determinados comportamientos en la PE que, estructuralmente, representan formas de ejecución intentadas con dolo eventual (36). Pensemos en la falta del artículo 630, relativa al abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos «de modo o con circunstancias que pudieran causar daños a las personas o contagiar enfermedades», o en el artículo siguiente, el 631, que castiga a los dueños encargados de la custodia de animales peligrosos o dañinos que «los dejaren sueltos o *en condiciones de causar mal*» (37). Ya en

---

(36) FEIJÓ SÁNCHEZ, B., «Determinados comportamientos, por ejemplo la utilización de energía nuclear, pueden afectar a una multitud de personas y provocar un número indefinido de víctimas... se trata de hechos contra los que los delitos tradicionales de resultado (homicidio y sus formas, lesiones, etc.) no pueden luchar de forma político criminalmente satisfactoria». De ello extrae la consecuencia de que «En el ámbito del delito doloso, la creación de un riesgo controlado que se sabe que solo puede lesionar a una persona o a un número determinado de personas sólo cobra relevancia desde el punto de vista de los delitos puros de resultado (homicidio y sus formas, lesiones, daños, etc). Si no se produce el resultado, la conducta habrá de calificarse como tentativa», en «Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?», en *La Ley* 1997-1, p. 2005. Véase también el mismo en «Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (I)», en *La Ley*, 6 de diciembre de 1999.

(37) En realidad este tipo ofrece a su vez una muestra de la dificultad ya comentada de apreciar la tentativa con dolo eventual allí donde no queda delimitado tampoco el peligro. Porque, ¿en qué consiste el «mal»? ¿en daños a la propiedad

el capítulo de los delitos, resulta obligada la cita de los estragos (art. 346) o incendios con riesgo para la vida o integridad física (art. 351). Pero sin duda, la muestra más recurrente de la técnica de tipificación que nos ocupa es el artículo 381 CP, que contempla el delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás (art. 381 CP). Por ejemplificar en relación con este último, pensemos en el caso del conductor suicida que finalmente no se encuentre durante su trayecto con ningún vehículo, ¿cómo fundamentar una tentativa con dolo eventual? Ciertamente cabría pensar en un intento de lesiones u homicidio, pero, ¿cuántos?, ¿tal vez el número se fijaría recurriendo a un criterio estadístico que atendiera al volumen de vehículos que transitan normalmente por la vía cualquier día como el de los hechos y a esa misma hora? Y a su vez, ¿cómo concretamos el número de tentativas en relación con cada uno de ellos? ¿Conforme a la media de ocupantes que suelen ir en cada vehículo según estadísticas más o menos fundadas? (38). A la vista de la dificultad para ofrecer una respuesta a estos interrogantes hay que dar la razón a los autores que descartan que la tentativa de homicidio comience con la entrada en la autopista del vehículo que circula en dirección contraria, y exigen, al menos, que se aviste el primer vehículo que circule correctamente (39). Conviene recordar, por otra parte, lo cuestionable que

---

ajena?, ¿en lesiones?, ¿en homicidio?, ¿en daños a otros animales por el contagio de una enfermedad transmisible al morder?

(38) No es por ello de extrañar que los autores que no introducen depuración alguna en el tratamiento de la tentativa con dolo eventual terminen manejando como argumento en contra de su castigo en general esta falta de concreción. Es el caso de TAMARIT SUMALLA, J. M., quien a la vista de que el dolo eventual puede abarcar resultados incompatibles entre sí, se pregunta «¿A cuál de ellos habrá que conceder relevancia?... Por otra parte, ¿cómo se delimita la extensión de la pluralidad de tentativas concurrentes? ¿habrá tantos delitos en grado de tentativa o frustración como personas pasaban a menos de cierta distancia, o las que debían haber pasado pero no pasaron?», en *ADPCP*, 1992, *ob. cit.*, p. 550, también nota 114.

(39) SILVA SÁNCHEZ, J., «Consideraciones dogmáticas y político criminales del fenómeno de la conducción suicida», en *La Ley*, 1988-3, pp. 970 ss.; MIR PUIG, S., «Conducción temeraria y el nuevo artículo 340 bis d) del Código Penal», en *Derecho de la Circulación*, núm. 11, 1993, p. 191; CORCOY BIDASOLO, M. y CARPIO, D., *La Ley*, 13 de abril de 2007, *ob. cit.* En sentido contrario véase LUZÓN PEÑA, D. M. DE VICENTE REMESA, J. y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1989, *ob. cit.*, pp. 363 ss. Estos autores proponen castigar los casos que nos ocupan como una tentativa de homicidio, si bien, añaden, las penas correspondientes «quizás habría que aplicarlas en su grado máximo, por existir probablemente un concurso ideal con una tentativa de otras muertes o lesiones a otros terceros y daños en el vehículo con dolo eventual», p. 364. Según entiendo, a las críticas que, conforme a la comprensión que sostenemos, se haría merecedora la propuesta de apreciar una tentativa en este supuesto habría de añadirse lo discutible de aumentar las penas sobre la base de lo que no deja de ser una presunción: la de la circulación de

resulta en este punto el recurso a los datos que proporciona la estadística. Porque, como ya sostuvimos, la anticipación de la intervención penal que de por sí supone el castigo de la tentativa reclama, aun desde una perspectiva *ex ante*, un grado de peligro real, no calculado, cuyas exigencias, por ser más estrictas, exceden de la mera contemplación estadística de peligro. De otro modo se estaría dando cabida en este ámbito a las presunciones, un expediente por completo incompatible con los principios garantistas que reclama la intervención del Derecho Penal (40). Distinto sería, continuando con el mismo caso, si finalmente durante el curso del trayecto llegara a verificarse la implicación en la situación de peligro de uno o varios vehículos con sus respectivos ocupantes. Porque una cosa es que al inicio de la ejecución no esté concretado en modo alguno el objeto u objetos sobre el que recae el riesgo y otra que éste no pueda concretarse durante todo el tiempo en que se prolonga la ejecución de los actos que, en su caso, determinarían la producción del resultado. De ser así, y sin perjuicio de las precisiones que a continuación realizaremos, nada se opondría a apreciar tantas tentativas como personas en concreto resultasen afectadas por la situación de peligro creada por el autor durante el lapso temporal comprendido desde el inicio de la ejecución hasta su finalización (41). Se daría entonces aquella relación de inmediatez y actualidad del peligro que reclama el desvalor de resultado de la tentativa (42).

---

otros conductores por la vía. Resulta por lo demás llamativo que esos mismos autores no recurran a tal presunción en otras variantes que proponen, como la del conductor suicida que observa que se le aproxima otro vehículo. En este caso, reservan la regla concursal para el supuesto en el que sean varios los vehículos que hubieran tenido que desviarse para no colisionar.

(40) Del valor en general de las presunciones en Derecho penal tuve ocasión de ocuparme en «Presunciones y Derecho penal», en *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia 2009, pp. 765 ss.

(41) Sin perjuicio de las puntualizaciones que posteriormente se formulan, asiste la razón a SILVA SÁNCHEZ, J., cuando se plantea el tratamiento del caso en que el conductor suicida se cruce hasta con cuatro vehículos y sólo colisione con el último de ellos. A la responsabilidad por los resultados derivados de la colisión «habrá que añadir las frustraciones resultantes de las colisiones que, dándose todas las bases, no se produjeron por causas distintas a la voluntad del agente», en *La Ley*, 1988, *ob. cit.*

Nos apartamos de este modo del planteamiento de los autores que sin embargo parten también de la necesidad de concretar el riesgo para castigar la tentativa con dolo eventual. Es el caso de RAMOS TAPIA, M. I., en *RECPC*, 2 de marzo de 2000, *ob. cit.*, para quien cuando «el peligro *ex ante* es genérico o indeterminado, ni siquiera se suele contemplar la posibilidad de castigar por tentativa, aunque finalmente algún concreto bien jurídico haya corrido un peligro inminente de lesión» (sin cursiva en el original).

(42) Ni que decir tiene que esta conclusión sostenida para los casos de creación de una situación de peligro, resulta si cabe más evidente cuando llega a producirse

Hasta aquí los trazos de la solución que sostenemos en un plano estrictamente dogmático o, si se quiere, atinente a las posibilidades de elaborar en puros términos teóricos la construcción que nos ocupa. Ahora bien, si los resultados que arroja este juicio en términos de posibilidad conceptual se considerasen definitivos, sin necesidad de ninguna comprobación ulterior, se estarían obviando dos tipos de consideraciones de distinto cariz que, sin embargo, representan sendas piezas imprescindibles en el juicio en torno a la procedencia de la solución. La primera de ellas es la relativa a la viabilidad del trazo propuesto a la luz de consideraciones generales de política criminal. Sabido es que aun cuando tal tipo de reflexiones no puede condicionar por sí sola la intervención penal, las soluciones estrictamente técnicas tampoco pueden aislarse de las razones de oportunidad y conveniencia que tienen su punto de mira en la atención de la realidad sobre la que la disciplina ha de ser aplicada, una simbiosis que desde las enseñanzas de Roxin parecen irrenunciables (43). En segundo lugar, cualquier solución que pretenda encontrar aplicación *de lege lata* requiere conciliarse con las correspondientes previsiones legales que ya de forma puntual el legislador haya optado por introducir en los concretos ámbitos de que se trate; en lo que ahora nos interesa, en los eventuales preceptos que de modo expreso castiguen las situaciones de peligro aceptadas por el autor con dolo eventual. Vayamos por partes.

#### IV. LA INCIDENCIA DE LAS CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

Según avanzábamos, el rendimiento de cualquier solución dogmática pasa, en primer término, por contrastar los resultados que arroja con consideraciones de orden político criminal, atentas a la *necesidad* de castigo de la conducta. Sólo entonces el diseño propuesto podrá considerarse, más allá de su corrección técnica, como ajustado a la realidad sobre la que ha de ser aplicada y, sobre todo, plausible en sus consecuencias. Para afinar en sus justos términos la conveniencia de

---

una colisión a consecuencia de la cual, sin embargo, no tienen lugar todos los resultados lesivos posibles en atención a los bienes jurídicos implicados. SILVA SÁNCHEZ, J., propone el ejemplo en el que como consecuencia del impacto fallece uno de los ocupantes del vehículo pero quedan vivos los otros dos que también circulaban en él, caso en el que considera que habrá de castigarse al conductor por el resultado consumado en concurso con dos delitos en grado de tentativa, en *La Ley*, 1988, *ob. cit.*, pp. 970 ss.

(43) ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Barcelona, 1972.

repensar cualquier planteamiento teórico a la luz de aquellas consideraciones habrá que puntualizar que el sentido de las correcciones que, en su caso, prosperen, está llamado a limar los posibles excesos que arroje la solución teórica esbozada; nunca a ensanchar el ámbito de lo punible conforme a criterios de oportunidad o necesidad de pena. Porque, si así fuera, se estaría otorgando a este tipo de consideraciones un valor constituyente de la responsabilidad penal que entraría directamente en pugna con la garantía que supone asentar la intervención penal en las premisas sistemáticas previamente dadas. Por esta razón el valor de las precisiones relativas a la *oportunidad* de imponer una pena sólo puede cobrar el sentido de *renunciar* a ciertos ámbitos de castigo que dichas premisas permitirían; nunca a la inversa.

Aplicado lo anterior a la cuestión que nos ocupa, tales reflexiones nos llevan a plantear si realmente puede considerarse definitiva la conclusión alcanzada en los apartados anteriores en el sentido de valorar como penalmente relevante la tentativa realizada con dolo eventual allí donde la incertidumbre en torno a la producción del resultado se explique por la intervención del azar o si, por el contrario, su valor es provisional, pendiente aún de proceder a introducir, en su caso, restricciones ulteriores atentas a razones utilitaristas. Por presentar las conclusiones que a continuación se desarrollan, puede adelantarse ya la propuesta de limitar el castigo de dicha construcción a los casos en que se verifique la producción de un resultado típico intermedio que, si así se quiere ver, está llamado a operar en la práctica como una suerte de *condición objetiva* del castigo de esta figura.

Partimos, en efecto, de que la pretensión de castigar como tentativa con dolo eventual cualquier supuesto en el que tanto el riesgo que comporta la conducta como el objeto sobre el que recae queden identificados, o al menos sean identificables, llevaría en la práctica a una desmesurada extensión del castigo, en cierto modo parecida, aun cuando de distinta intensidad, a la que se produciría si se considerase punible en todo caso la realización imprudente de los actos que finalmente no dan paso a la producción de un resultado, una conclusión que, como es sabido, el propio legislador se ha cuidado de evitar. Cierto es que existe una importante distancia valorativa entre la realización imprudente de los actos que pueden desembocar en la producción de un resultado lesivo, y la puesta en práctica de esa misma conducta con un actitud propia del dolo eventual. Pero tal salto valorativo repercutirá, en los términos que tendremos ocasión de sostener, en el distinto papel que cobra en uno y otro caso la exigencia de la producción de un resultado. En nada empaña esa distancia, en lo que ahora nos interesa, a la consideración como degradada de la peligrosi-

dad que conllevan ambas formas de proceder respecto a lo que supondría la puesta en práctica de una tentativa con dolo directo. Para exponer cuanto queremos decir sirva de ayuda el ejemplo de quien arroja piedras a la ventana de su vecino, que vive solo, con el exclusivo propósito directo de causarle daños en el cristal, si bien aceptando como una posibilidad elevada que aquél se encuentre en las proximidades y efectivamente resulte alcanzado y, como mínimo, lesionado. No cabe duda de que en casos como éste el riesgo resulta perfectamente identificable y que también lo es el objeto de la acción cuya lesión el autor comprende con dolo eventual. La inseguridad con la que obra se debe en exclusiva al protagonismo del componente de azar, del que en última instancia dependerá que el morador se encuentre o no en la trayectoria del impacto y, con ello, que resulte lesionado o ileso. Conforme al punto de partida que hemos adoptado, no podrían oponerse, por eso, dificultades dogmáticas a su efectiva incriminación. Resulta, sin embargo, que incluso ya de forma intuitiva el sentimiento jurídico parece reclamar un tratamiento diferenciado para estas conductas frente a aquellas otras en las que, manejando ahora una variante del mismo ejemplo, el autor arroja la piedra a la ventana con la intención directa de lesionar a su vecino, aun cuando finalmente, debido a su mala puntería, no lo consiga. Ello hasta el punto de que aquel sentimiento primario pareciera mostrarse dispuesto a reconducir su solución, en lo que a los posibles daños personales se refiere, antes al ámbito de lo impune que de lo punible. Y todo sobre la base de que cuando el resultado no se produce, la ausencia en el autor de una intención directa de producirlo repele, conforme al mismo sentir, un tratamiento equiparado a los supuestos de dolo directo.

En la búsqueda de una explicación dogmática capaz de ofrecer un respaldo argumentativo al resultado que arroja dicha percepción primaria, a menudo se ha recurrido a argumentos relativos al menor contenido de peligrosidad que en estos casos comporta la actuación (44). En ocasiones la razón por la que así sea se ha querido encontrar en el dato de que lo normal es que quien actúa sin intención directa de producir un resultado no insista en el intento, lo que redundaría directamente en el menor grado de peligro al que queda expuesto el bien jurídico. Frente a este modo de razonar, entiendo que los argumentos para justificar un tratamiento diferenciado de la estructura que nos ocupa frente a los casos de tentativa con dolo directo deben tomar en consideración, en exclusiva, el grado de peligro ínsito al concreto

---

(44) De esto tuve ocasión de ocuparme en *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Valencia, 1998, pp. 129 ss.

intento que motive el enjuiciamiento de la conducta, sin atender a la potencial batería de otros ulteriores. Desde este punto de vista no les falta razón a quienes destacan que el menor grado de peligrosidad de la tentativa que nos ocupa se explica sobre la base de la no puesta en práctica por el autor de los medios que asegurarían el resultado (45). Porque, como se ha dicho, «no siempre “querer es poder”, pero es más fácil que se pueda queriendo poder que sin quererlo» (46).

Si se admiten las premisas anteriores estamos en condiciones de dar un paso más en la formulación de nuestra propuesta, en el sentido de reclamar para el castigo de aquella forma debilitada de peligro la producción de un resultado típico intermedio que, pese a ese juicio inicial, presente a la postre el riesgo creado por el autor como no despreciable atendiendo a la posibilidad de que se produzcan otros más graves. Tal exigencia vendría a cumplir una función en cierto modo similar a la que desempeña el acaecimiento del daño en la depuración de la imprudencia penalmente relevante. En uno y otro caso, la verificación de un resultado cobra el valor de seleccionar aquellos supuestos más graves necesitados de intervención penal. Obvio es que existen sustanciales diferencias entre el caso que nos ocupa y el régimen de la imprudencia. Para empezar, y en lo que atañe a las consecuencias que se reservan para uno y otro, porque las opciones en el tratamiento de la tentativa con dolo eventual no se expresan en términos del binomio sanción por un delito consumado/impunidad. Se trata, por el contrario, de admitir junto a las formas consumadas el castigo de la tentativa por un resultado más grave, una consecuencia por lo demás razonable, por cuanto supone ampliar la intervención penal en los casos de dolo eventual respecto al régimen de la imprudencia de manera proporcional a la mayor gravedad de aquél título de imputación subjetiva frente a esta otra forma. Se entiende, por esta razón, que el papel del resultado en uno y otro caso está llamado a ser también necesariamente

---

(45) LUZÓN PEÑA, D. M., «Dolo y dolo eventual: reflexiones», *ob. cit.*, p. 1127: «El dolo eventual supone, en cuanto a desvalor (subjetivo y objetivo) de acción, una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad, y además la peligrosidad *a priori* que en el dolo directo de 2.º grado –donde hay conciencia de la seguridad de producción del hecho– y que en el dolo directo de 1.º grado por regla general –ya que en éste el sujeto pone todo de su parte para lograr el fin». De hecho, estas premisas llevan al autor a fundamentar ya en general la posibilidad de castigar de modo menos severo la ejecución de un delito con dolo eventual, apreciando una atenuante analógica del 21.6 CP. En este sentido debe verse a MIR PUIG, S., proponiendo la aplicación de la atenuantes contenida en el artículo 9.4 del anterior CP y, en su caso, la atenuante analógica del artículo 9,10, en *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Jescheck, 1981*, p. 427).

(46) OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1986, p. 94.

distinto. En concreto, el castigo de la tentativa con dolo eventual se supedita a la producción de un resultado intermedio, en línea de progresividad respecto de aquél más grave al que la conducta realizada podría potencialmente evolucionar. La exigencia que nos ocupa compartiría así con el condicionamiento del castigo de la imprudencia al acaecimiento del daño el representar un indicador de que el acto realizado ha alcanzado un grado de afectación tal para el bien jurídico que desvirtúa la consideración inicial acerca de que los intentos no intencionales revisten en general menor peligrosidad, y no reclaman, por ello, la *necesidad* de la intervención penal.

Conforme a lo anterior, y retomando el ejemplo propuesto, procedería apreciar una tentativa de homicidio con dolo eventual allí donde quien arroja una piedra a la casa de su vecino con la intención de dañar el cristal pero aceptando cualquier eventualidad, causa lesiones finalmente al morador. Si, por el contrario, por puro azar éste se encontrase en esos momentos en un lugar ajeno a la trayectoria de la piedra, la falta de materialización –aun mínima– del riesgo en un resultado intermedio actuaría como argumento en contra de la necesidad de la intervención penal. Otro tanto habría que decir respecto a la puesta en práctica de los actos que comportan un peligro colectivo, pero siendo en todo momento identificables tanto los objetos afectados como el riesgo creado. Pensemos en el conductor suicida que circula en dirección contraria por una autovía con el propósito de ganar una apuesta. Aun cuando, según vimos, resultaría posible identificar aquellos extremos durante el curso de la ejecución, la calificación de los hechos como tentativa de homicidio con dolo eventual de forma adicional a la apreciación del delito contra la seguridad colectiva sólo procedería conforme a lo expuesto allí donde se verifique la producción de un resultado intermedio de lesiones.

De estos últimos supuestos tendremos ocasión de volver a ocuparnos en el apartado que sigue al hilo del encaje de la solución propuesta con los tipos delictivos de la Parte Especial en los que puntualmente el legislador ha incorporado delitos de peligro en los que la producción de un resultado lesivo puede quedar comprendida por el dolo eventual del autor. De momento nos interesa llamar la atención sobre dos aspectos. El primero de ellos, abunda en la utilidad de la propuesta, mientras que el segundo atiende a la traducción de sus efectos.

En primer lugar, en lo que se refiere a las consideraciones relativas a la conveniencia del tamiz que se defiende, conviene observar que su utilidad no se ciñe a depurar la intervención penal en los supuestos más graves, saliendo así al paso de las objeciones relacionadas con la «hipertrofia punitiva» que comportaría el castigo generalizado de la

tentativa con dolo eventual (47). Tiene también el valor de superar las críticas relativas a la inseguridad jurídica del castigo de la estructura que nos ocupa, lo que en ocasiones ha motivado incluso su tacha de «indeseable» (48). Pensemos en el caso de quien pone en práctica un riesgo cuyas consecuencias son identificables, pero no únicas. Bastaría con recordar el del conductor suicida que se cruza durante su trayecto con un número cierto de vehículos y acepta con dolo eventual la producción de cualquier consecuencia: desde lesiones leves hasta la muerte de sus ocupantes. Con la restricción en comentario su calificación no quedaría al albur de una acusación más o menos amplia que le llevase a responder, sin saber muy bien porqué, por una tentativa de lesiones o por homicidio con dolo eventual. Lejos de dicha incertidumbre, esta segunda calificación más grave quedaría reservada a los casos en que el riesgo se hubiera materializado en un resultado lesivo intermedio.

La segunda de las consideraciones que anunciábamos tiene que ver con los efectos prácticos de esta comprensión, de indudable interés en la contemplación de la propuesta desde un punto de vista utilitarista. En concreto, su rendimiento es perceptible tanto en los casos de *tentativa idónea* como *inidónea*. En relación con los primeros las consecuencias saltan a la vista, en tanto que pese a la idoneidad del intento para producir un resultado más grave se renuncia a la intervención penal cuando aquella peligrosidad –real– no evoluciona siquiera sea a un resultado típico de menor gravedad que aquel en que podría haberse materializado el riesgo. Si acaso, en relación con esta fenomenología de supuestos tan solo tiene sentido insistir en la trascendencia de tal restricción a la hora de distinguir entre el régimen de los tipos delictivos que admiten o no una graduación en su gravedad y entre los primeros, de forma paradigmática, en relación con los delitos contra las personas. De hecho, no se pasa por alto que a menudo hemos ejemplificado sobre la base de la eventual responsabilidad del autor por una tentativa de homicidio que, al no producirse, puede dar lugar a un resultado de lesiones, en todo caso de menor gravedad valorativa. Lo anterior no es óbice a que los ejemplos se extendieran también a las lesiones, pero siempre que tuvieran tal gravedad que la tentativa se hubiera concretado en una lesión previa de inferior intensidad.

El efecto práctico, al final, es que la solución adoptada lleva a renunciar al castigo allí donde el riesgo de lesión aceptado por el autor con dolo eventual diera lugar, caso de materializarse, tan sólo a la

---

(47) TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP*, 1992, *ob. cit.*, p. 558.

(48) TAMARIT SUMALLA, J. M., *Ibidem.*, p. 548.

comisión de una falta, o bien donde, tratándose de un delito, el legislador no haya tipificado la falta correspondiente y tampoco exista un tipo delictivo de menor gravedad ni otros situados en línea de progresividad. Porque en ninguno de estos casos podría identificarse un resultado intermedio considerado penalmente relevante por el legislador y, con ello, de intensidad suficiente como para justificar en términos utilitaristas el castigo de los hechos con base en el riesgo de que evolucionen hacia un resultado más grave. De nuevo, el recurso a algún ejemplo puede servir para ilustrar cuanto se expone. Imaginemos el caso de una embarazada que, a sabiendas de su estado, consume sustancias tóxicas o se administra a su criterio medicamentos peligrosos para su situación conociendo el alto riesgo de que el feto resulte dañado o incluso de que llegue a abortar, mostrando en todo momento una actitud de indiferencia ante tal posibilidad. Si, pese a todo, aquél no llegase a registrar lesión alguna habría de excluirse la pretensión de castigar los hechos como una tentativa de un delito de lesiones al feto o de aborto. La conclusión sería la misma si el feto sufriera sólo lesiones leves que, como es sabido, el legislador ha renunciado a tipificar como una falta. Porque de nuevo en este caso estaría ausente un resultado típico intermedio que actúa como filtro con el que depurar la intervención penal con base en la gravedad evidenciada del peligro de que se produzca un resultado ulterior. Continuando con nuestro ejemplo, la solución sólo sería distinta si el feto experimentara anomalías tan graves que justificaran la calificación de los hechos como un delito de lesiones al feto consumadas con dolo eventual, caso en el que este título entraría en concurso –de leyes– con una tentativa de aborto, también con dolo eventual.

Aun sin ser acompañada de argumentos que ofrezcan una explicación de tal proceder, sino inspirada más bien por cierto sentido intuitivo, ésta es la solución que a menudo está presente en los pronunciamientos jurisprudenciales en que los Tribunales de justicia han tenido que calificar la actuación de quien con dolo eventual pone en marcha una conducta cuyo potencial lesivo excede del resultado que finalmente se acaba materializando, ya sea en relación con un único objeto (49) o con un círculo de objetos identificados o, al menos,

---

(49) Entre otras, véase por ejemplo la STS de 21 de diciembre de 2002, en el caso de quien disparó a la víctima para huir de un robo aceptando con dolo eventual su muerte pero causándole tan sólo lesiones; la de 22 de marzo de 2003 respecto a la conducta de quien propinó diversas puñaladas a la víctima con dolo eventual respecto a la producción de la muerte; la de 28 de febrero de 2005, en un supuesto de malos tratos en el que el marido colocó una prenda en la nariz de la víctima mientras dormía, si bien ésta logró salvar la vida aun cuando sufrió una depresión de carácter grave; la de 15 de marzo de 2005, en el caso del disparo con una pistola de perdigones a conse-

identificables (50). De estos últimos tendremos también ocasión de dar cuenta en el apartado que sigue, en tanto que dicho proceder es singularmente visible en relación con los tipos de peligro de alcance colectivo que, al menos en principio, parecen responder a la estructura de la tentativa con dolo eventual. Por ahora nos interesa destacar que junto con las consecuencias que conlleva la postura que aquí se sostiene en relación con el castigo de la tentativa idónea, no menos importantes son sus resultados cuando de la tentativa *inidónea* se trata. En efecto, si la procedencia de la imposición de la pena se condiciona a que se produzca un resultado típico que depure la necesidad de la intervención penal, la conclusión inmediata es la expulsión de estos supuestos del ámbito de lo punible. Pensemos en casos como el de quien dispara a su víctima con un arma sin conocer si se encontrará cargada, no estándolo finalmente, y quedando acreditado que actuó en todo momento con una actitud de indiferencia ante tal posibilidad; o en el de quien apunta con su arma hacia la cama abultada sin saber si dormirá o no una persona en ella, resultando finalmente que se encontraba vacía. En tanto que en estos y otros supuestos de inidoneidad del intento —en lo que ahora nos interesa, realizado a título de dolo eventual— pese al peligro que *en potencia* representa la conducta desde una perspectiva *ex ante* se descarta cualquier posibilidad de que se produzca algún resultado, no cabe más que descartar su castigo. Se asegura así de nuevo excluir la intervención penal en supuestos de indubitada menor gravedad, consecuencia que por lo demás permite salir al paso de la objeción formulada por los partidarios de la impunidad en todo caso de esta construcción cuando manifiestan sus temores

---

cuencia del cual la víctima resultó herida; o la STS de 31 de marzo de 2011, respecto a la actuación de quien propinó una serie de patadas en la cabeza a la víctima aceptando también la eventualidad de que acaeciera la muerte, pero dejándola herida.

Hay que reconocer, con todo, que de este proceder parecen apartarse otros fallos jurisprudenciales. Es el caso de la STS de 13 de julio de 2006, que enjuició a una joven que dio a luz en los aseos de una sala de hospital e introdujo al bebé en el inodoro y lo cubrió de papel higiénico. Pese a que el recién nacido no sufrió finalmente daño alguno gracias a la intervención del personal que advirtió la situación, el TS condenó a la madre por una tentativa de asesinato con dolo eventual. Se trata en todo caso de un supuesto más cercano al dolo directo que al eventual puesto que, como se admite en los hechos probados, era evidente que el niño habría fallecido con seguridad poco tiempo después de no haber sido advertido.

(50) Puede verse la STS de 24 de mayo de 2005, que enjuició a quien incendió una vivienda conociendo la alta posibilidad de que se encontrase en ella su mujer y suegra. Aun cuando finalmente en el momento de los hechos se hallaban en el lugar no sólo éstas sino otros tres moradores, considero que el fallo del TS en el sentido de apreciar sólo dos tentativas de asesinato se explica por el entendimiento de que sólo en relación con esas dos víctimas el autor obró con dolo eventual respecto a las consecuencias que pudieran sufrir.

a que se termine convirtiéndose en un peligroso instrumento de un Derecho penal autoritario (51).

## V. LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL EN EL MARCO DEL DERECHO POSITIVO: LOS TIPOS DE LA PARTE ESPECIAL

Resulta casi ocioso advertir que el rendimiento de cualquier solución que se diseñe para las cuestiones de la Parte General de la disciplina no pasaría de ser una propuesta de *lege ferenda* si, con independencia de su mayor o menor acierto teórico, no se contrastase con las previsiones legales vigentes en el ordenamiento de que se trate. Cumple, pues, analizar la propuesta que hemos venido realizando a la luz de la concreta configuración de los tipos de la Parte Especial que en nuestro Código penal castigan puntualmente en determinados ámbitos conductas caracterizadas por dos rasgos. El primero de ellos es que el legislador describe una acción cuyo alcance sólo en potencia puede evolucionar hacia la producción de un daño; el segundo, que ante esa posibilidad el autor obra con una actitud propia de dolo eventual.

Entre los supuestos que cumplen esas características resulta una vez más paradigmática la mención del artículo 381.1 en materia de seguridad vial. Recordemos que el precepto castiga la conducción temeraria con manifiesto desprecio hacia la vida de los demás, previendo la imposición de una pena agravada cuando a resultados de ese modo de conducir se hubiera creado una situación de concreto peligro para la vida o la integridad de las personas. Pero en todo caso, y con independencia de que éste concurra o no, lo cierto es que una conducción de esa guisa encierra un riesgo cuyo alcance real solo podrá conocerse en función de datos ciertamente aleatorios, como el número

---

(51) TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP* 1992, *ob. cit.*, p. 548. Tras denunciar el inconveniente que el castigo de la tentativa con dolo eventual representa por razón de la inseguridad jurídica que supone la indeterminación de los riesgos relevantes, afirma: «Por otra parte, la ampliación legal del ámbito típico de la tentativa en los supuestos de inidoneidad y delito imposible puede conducir a una hipertrofia punitiva en casos en los que el debilitamiento del contenido objetivo de peligro de la tentativa coincide con una devaluación de la dimensión subjetiva del injusto». Tanto con una crítica como con otra, continúa el autor, «la admisión de la tentativa con dolo eventual constituye una amenaza para las libertades individuales, habida cuenta del riesgo de que redunde en una utilización desmedida del Derecho penal», y, a la postre, en «un peligroso instrumento de un Derecho penal autoritario».

de sujetos que en ese momento circulen por la vía y se vean envueltos en la situación de peligro. Centrándonos en la cuestión que nos ocupa, podemos adelantar ya que el reconocimiento de la improcedencia del castigo como tentativa de los casos en que no se produce ningún resultado lesivo ha estado en la base de la incorporación de este tipo delictivo. Ciertamente es que, según antes exponíamos, la concreción de los objetos afectados –vehículos que circulen por la vía– resulta imposible mientras no finalice la ejecución, pudiendo incluso suceder que finalmente el conductor suicida no se encuentre en su trayecto con ningún vehículo circulando en dirección contraria, lo que por sí mismo justificaría la presencia del precepto en el CP. Pero incluso si durante su curso quedasen identificados los vehículos –con sus ocupantes– en concreto afectados, el trazo del precepto, y en concreto la previsión concursal que introduce, pone en la pista de que, a salvo de que hubiera sobrevenido un resultado –grave o intermedio–, no procede apreciar la estructura de la tentativa con dolo eventual adicionalmente a dicho tipo delictivo. Así lo confirma la simple lectura de las previsiones del artículo 382, según el cual, se dará el respectivo concurso cuando a consecuencia de la comisión de los artículos 379, 380 o 381, «se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito». Y desde luego, a menos que se quiera forzar la interpretación literal del precepto, habrá de entenderse que la creación de un resultado lesivo constitutivo de delito no puede consistir a su vez en una situación de riesgo, como es propio de la tentativa. Porque entonces ésta no sería más que manifestación del «riesgo prevenido».

Distintas entiendo que habrían de valorarse las cosas cuando a consecuencia de la conducción se hubiera producido un resultado intermedio de lesiones. Porque ni éste queda comprendido por el injusto del delito de peligro, ni se opone a su castigo en régimen concursal que se califique, bien como un delito de lesiones consumadas, bien como una tentativa de homicidio. Me parecen, por ello, de todo punto acertados los pronunciamientos jurisprudenciales que aprecian tal relación concursal de delitos entre el tipo contra la seguridad vial y la correspondiente tentativa de homicidio con dolo eventual allí donde a consecuencia del modo de conducción sobreviene un resultado de lesiones, y consideran por el contrario absorbidas en el delito de peligro el resto de las situaciones en que la puesta en riesgo de determinadas personas no termine provocando ningún resultado lesivo (52).

---

(52) Sirva de cita la STS de 26 de enero de 2011, que enjuiciaba la conducta de un conductor que circuló con temeridad manifiesta y desprecio por la vida de los demás en el recinto de un parking de una discoteca transitado por un número conside-

Lo mismo habría de decir respecto a otros tipos de peligro en los que el objeto sobre el que puede materializarse queda perfectamente acotado. Es el caso, por ejemplo, del abandono de menores en situación de concreto peligro para su vida, salud, integridad física o libertad, o la falta del artículo 619 CP, que castiga a quien deje de prestar asistencia a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de los cuidados de quien no la asiste. Si el legislador castiga este tipo de conductas pese a que tanto el objeto sobre el que recaen como la gama de riesgos que comportan quedan identificados o, al menos, son identificables, la razón solo puede obedecer al reconocimiento implícito de la improcedencia de castigar los hechos como formas imperfectas de ejecución con dolo eventual allí donde no se produce resultado –intermedio– alguno.

Por las razones ya avanzadas, la necesidad de introducir la restricción que venimos sosteniendo resulta si cabe más evidente en los casos en que en ningún momento del curso de la ejecución del delito pudieran llegarse a acotar los objetos afectados por la conducta, de modo tal que sólo una vez finalizada ésta fuese posible manejar una cifra (53). Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de la colocación de una bomba en un centro comercial que finalmente no explota o que, haciéndolo, mata o lesiona a un número de personas inferior al de las concurrentes. La razón de la mayor contundencia del requisito que sostenemos en estos casos se debe a que ahora, en realidad, más allá de argumentos relacionados con consideraciones de política criminal, su exigencia viene motivada por la necesidad tantas veces expresada a lo largo de estas páginas de que el castigo de la tentativa con dolo eventual no dependa de la azarosa afectación de uno o varios objetos, sino de la concurrencia de una situación *real* de peligro constatada desde una perspectiva *ex ante*. En tanto que la superación de tal estado de incertidumbre sólo es posible en los casos en comentario a partir de

---

de personas que hubieron de esquivarlo. Una persona resultó atropellada, lo que le produjo la muerte, y otra sufrió lesiones. Respecto a ésta última el TS apreció un delito de homicidio intentando.

Hay que reconocer, con todo, que la apreciación de una tentativa de homicidio tras la previa producción de lesiones no es un proceder unánime en la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 2 de noviembre de 2010 apreció los correspondientes delitos de lesiones –y no tentativas de homicidio– en el caso de quien circuló durante 40 km en dirección contraria de una autovía y, entre otros resultados, lesionó de modo grave a cuatro personas. Véase también, por ejemplo, la STS de 27 de diciembre de 2011.

(53) Aun cuando podría de nuevo recurrirse a la ayuda de criterios estadísticos para calcular *ex ante* el número de las que se encontrarían en él en cualquier hora y día similar, nos hemos manifestado ya en contra de su virtualidad para fundamentar el castigo de la tentativa.

la prueba –tras la finalización de la ejecución– de los objetos concretamente afectados, el castigo de la tentativa de un resultado más grave con dolo eventual sólo quedaría justificada conforme al principio de mínima intervención penal en el caso de que, finalmente, el objeto en cuestión se hubiera visto envuelto en una situación real de peligro capaz de evolucionar hacia ese resultado de mayor envergadura. Y la constatación fehaciente de este extremo encuentra su prueba, *ex post*, en la verificación de aquel resultado intermedio que asumiría un valor similar al de una condición objetiva de la pena de la tentativa. Sólo con él, la situación indefinida de riesgo que, todo lo más, puede llevar al legislador a crear tipos especiales de peligro, se concreta en un estado real –no presunto– de afectación del bien jurídico y, con ello, queda justificada la imposición de un castigo por el emprendimiento de una tentativa de un resultado más grave.

La solución anterior se confirma una vez más por la regulación positiva en materia de estragos. Recordemos que el artículo 346 incluye en su tipo objetivo la exigencia de que «comporten necesariamente un peligro para la vida o salud de las personas», añadiendo el apartado 3 del artículo 346 la regla del castigo separado de este delito con la infracción correspondiente «si, además de peligro, se hubiere producido *lesión* para la vida, integridad física o salud de las personas». Del mismo modo que comentábamos en relación con la previsión del artículo 382 en materia de seguridad vial, cabe entender que la creación de un resultado lesivo constitutivo de delito no puede consistir a su vez en una situación de riesgo sin consecuencia dañosa alguna. Porque entonces ésta no sería más que manifestación del peligro que ya tiene en cuenta el legislador al tipificar el delito en la Parte Especial. Ahora bien, al igual que decíamos entonces, una vez que se constate la producción de un resultado, en lo que ahora nos interesa unas lesiones, aquella regla concursal no impide que los hechos se califiquen como lesiones consumadas o como una tentativa de homicidio o asesinato con dolo eventual. De hecho, al razonamiento anterior obedece la práctica jurisprudencial que en materia de terrorismo condiciona la apreciación de una tentativa de asesinato con dolo eventual a la verificación de un estadio intermedio de lesiones (54).

---

(54) Es el caso, por ejemplo, de la SAN de 7 de febrero de 2007, relativa a la colocación de un coche bomba al paso de un autobús que transportaba a Guardias Civiles. A resultas de la explosión resultó muerto un ciudadano que hacía ejercicio por el lugar, heridos los 15 Guardias Civiles que viajaban en el autobús y dos ciudadanos que circunstancialmente pasaban por la zona. Además de por el asesinato consumado, la AN apreció 17 delitos de asesinato frustrados, pese a que la explosión pudo lesionar o matar al resto de las personas que se encontraban en las inmediaciones. En el mismo sentido, entre otras, puede verse la SAN de 29 de octubre de 2007,

Cuando, por el contrario, los Tribunales no siguen este criterio (55), la solución que adoptan en lo que se refiere a los atentados contra las personas es la calificar los hechos tan sólo conforme al resultado menos grave consumado (56). Tal proceder resulta criticable, en tanto que puede provocar en ocasiones –en los casos de lesiones de menor gravedad– un beneficio injustificado de la pena respecto a la resultante de apreciar un delito de asesinato en grado de tentativa –con dolo eventual–. Porque, insistamos una vez más, cuando el objeto no sólo

---

en relación con la colocación de un coche bomba cuya explosión no sólo provocó la muerte de los seis pasajeros del vehículo objeto del atentado, sino también la lesión de 44 personas que circunstancialmente se encontraban en las proximidades. Además del correspondiente delito de estragos, la AN castigó a los acusados por 6 delitos de asesinato y 44 tentativas de asesinato; la SAN de 21 de mayo de 2003, en relación con un atentado a una casa cuartel en el que fallecieron 11 personas y resultaron lesionadas 88. Respecto a éstas, la AN apreció 88 delitos de asesinato intentado; la SAN 17 de noviembre de 2002, en relación con la colocación de un coche bomba para atentar contra la Guardia Civil. Además de por cinco delitos de asesinato consumado correspondientes a la muerte de cinco Guardias Civiles, apreció once tentativas de asesinato, tantas como lesionados resultaron en el atentado (Guardias Civiles y particulares); la SAN 11 de octubre de 2006, relativa a la explosión de un coche bomba cuando transitaba por la inmediaciones una furgoneta perteneciente al Ejército de Aire, causándole la muerte a uno de sus ocupantes y lesiones a 17 personas. Apreció en relación con éstas 17 delitos de asesinato en grado de tentativa; o la SAN de 7 de marzo de 2002, en el caso de la colocación de un coche-bomba en la vía pública que, al explotar, causó la muerte de una persona y graves heridas a otras cinco. Además de por el asesinato consumado, la AN apreció cinco tentativas de asesinato.

(55) No está de más insistir en que distintas serían las cosas en los casos en que pueda apreciarse dolo directo. Buen ejemplo al respecto es la SAN 25 de septiembre de 2008, respecto a la colocación de un coche bomba en las inmediaciones de un estadio de fútbol, en la zona donde se coloca la policía, con la finalidad de matar al mayor número posible de agentes. Con todo, los terroristas no llegaron finalmente a accionar el dispositivo al comprobar que el coche bomba ya había sido detectado por la policía. En este caso, y pese a que no se produjo daño alguno, la Sentencia consideró suficiente para fundamentar la tentativa con hacer un recuento del número de personas contra las que se dirigía la acción: «La no producción del resultado, comporta la inconcreción del número de víctimas que podían haberse producido de practicar todos los actos de ejecución y alcanzar aquél, es decir, fijar en definitiva el número de delitos contra las personas. La Sala, apartándose de las consideraciones de anteriores sentencias, entiende más ajustado a derecho, a tenor de la prueba testifical practicada, fijarla en veintiuno los asesinatos frustrados, ya que eran tres las dotaciones de la Policía Nacional que estacionaban habitualmente en las proximidades donde se hallaba aparcado el coche bomba, compuestas por siete funcionarios cada una».

(56) Por ejemplo, la SAN 28 de febrero de 2006, que apreció 22 delitos de lesiones en el caso de la explosión de un coche bomba a consecuencia de la que resultaron lesionadas 22 personas; o la SAN de 23 de julio de 2003 en el caso Hipercor, confirmada por la STS de 2 de julio de 2004: además de por 21 delitos de asesinatos consumados, se condenó a los autores por 46 delitos –y en algunos casos, faltas– de lesiones.

resulta *ex post* acotado sino que se verifica una situación real de riesgo que en principio sólo de modo abstracto pendía sobre él, no deben encontrarse argumentos dogmáticos ni político criminales para renunciar al castigo.

Fundamentada en estos términos la solución propuesta cumple hacer una serie de observaciones específicamente relacionadas con este último grupo de casos caracterizado por la imposibilidad de identificar ni antes ni durante la ejecución de los hechos el círculo de objetos afectados. Ante todo, que su formulación permite salir al paso de las críticas vertidas por quienes objetan que la renuncia a introducir limitaciones en el castigo de la tentativa con dolo eventual llevaría a conceder injustificados espacios de impunidad. Así, por ejemplo, se preguntan Corcoy Bidasolo, M./Carpio, D., si quienes articulan este razonamiento en el ámbito de la seguridad vial «dirían lo mismo de quien pone una bomba en un vagón de tren desconociendo si en él entrarán 2, 3, 20 o ninguna persona» (57). Pretenden de ese modo poner de manifiesto lo incoherente que resulta introducir distinciones según el móvil con que obre el autor, en tanto que «ya sea religioso, político, económico... o, simplemente por sentir adrenalina, en nada cambia la lesividad de la conducta» (58). Dejando de momento al margen las dudas que despierta tanto el ejemplo que manejan como el razonamiento que después desarrollan (59), la propuesta que aquí se

---

(57) CORCOY BIDASOLO, M. y CARPIO, D., en *La Ley*, 13 de abril de 2007, *ob. cit.* p. 5

(58) CORCOY BIDASOLO, M. y CARPIO, D., *ibidem*.

(59) Para empezar porque, siguiendo con su ejemplo, quien pone una bomba en un tren –entendemos que sin avisar de su colocación y sin posibilidad de que los ocupantes lo abandonen– no actúa con dolo eventual respecto de la muerte de los pasajeros, sino con *dolo directo*, aun cuando desconoce el número exacto de víctimas. Pero aun cuando salváramos lo anterior y para ello manejásemos otros ejemplos en los que sí puede apreciarse el dolo eventual (colocar una bomba en un vehículo para matar al conductor aceptando con dolo eventual el paso de otras personas por la calle en ese momento, o en otros casos que la propia Corcoy Bidasolo propone al hilo de la misma crítica, como el de quien coloca una bomba en un mercado desconociendo «si logrará matar a 2,3,20 o ninguna persona» (en *Seguridad Vial y Derecho penal*, *ob. cit.*, p. 106), tampoco el razonamiento estaría libre de objeciones. Y es que la crítica que formulan no parece demasiado coherente teniendo en cuenta que, al final, cuando estos autores tratan los casos de conducción suicida, se adhieren a la postura de quienes recurren al criterio de la *inmediatez temporal* para depurar la tentativa: «Desde una perspectiva procesal, ciertamente, en estos supuestos siempre subsiste la duda de lo que hubiera hecho el autor en el caso de avistar un vehículo que viniera de frente, lo que, en atención al principio *in dubio pro reo*, nos debería llevar a negar la existencia de tentativa de homicidio» (CORCOY BIDASOLO, M. y CARPIO, D., en *La Ley*, 13 de abril de 2007, *ob. cit.* Con este razonamiento resulta que, a la postre, acaban introduciendo un sesgo discutible en la solución de los distintos casos, puesto que

sostiene sortea la referida objeción, en tanto que en absoluto renuncia al castigo de estos casos, sino que introduce estrictas exigencias para impedir que aquél tenga lugar sobre la base de una situación de peligrosidad abstracta que sólo debe, en su caso, encontrar su castigo en los tipos de la Parte Especial que la contemplan: el delito de estragos en el caso que nos ocupa, o el delito de incendios con peligro para la vida de las personas (art. 351) si, por ejemplo, se tratase del incendio de una vivienda para cobrar un seguro aceptando con dolo eventual la producción de lesiones o muerte en quienes eventualmente se encontrasen en el edificio.

Por otra parte, y ahora en el extremo opuesto, la solución defendida permite igualmente salvar las críticas procedentes de los partidarios de renunciar en todo caso al castigo de la tentativa con dolo eventual. Se trata ahora de los argumentos relacionados con la conveniencia de limitar el recurso al Derecho penal y cercenar el eventual riesgo de convertirlo en un instrumento autoritario, limitativo de libertades individuales, y dispuesto en último término a mantener la imposición de una sanción al precio de la inseguridad jurídica (60). Que este tipo de argumentos pierde su consistencia a la luz de las restricciones propuestas quedó ya fundamentado más arriba y no parece que sea necesario insistir al respecto.

Para concluir, tan sólo resta realizar alguna consideración final que sirva para retomar la cuestión tan debatida en torno a si los delitos de peligro que puntualmente ha incorporado el legislador en la Parte Especial del Código penal en relación con determinados ámbitos representan estructuralmente tentativas con dolo eventual. Llegados a este punto, podemos decir que la comprensión que hemos sostenido arroja como resultado una respuesta claramente negativa. En primer lugar, porque no todos los casos en que el legislador ha tipificado una actuación intentada con dolo eventual son mera confirmación del castigo de la tentativa con esta forma de dolo. Para comprobarlo, bastaría con volver la atención al caso de la conducción suicida cuando no llegara a producirse una situación de peligro concreto para el bien jurídico. Veámos cómo en estos supuestos, al no quedar concretado en ningún momento el objeto sobre el que recae el riesgo, sólo la opción del legislador de tipificar la conducción temeraria con mani-

---

igualmente habría que decir que resulta difícil saber lo que haría el autor si llegara a observar que por el lugar en que ha estacionado el coche bomba transita una madre con su hijo de 3 años o incluso un pariente del terrorista, visualización que los autores del atentado no llegarán a tener.

(60) Como ya señalamos marginalmente, es el caso de TAMARIT SUMALLA, J. M., en *ADPCP ob. cit.*, pp. 548 ss.

fiesto desprecio por la vida de los demás asegura su castigo. En segundo lugar, y ahora en sentido inverso, porque la premisas que hemos sostenido llevan a concluir que lo anterior no significa que la tentativa con dolo eventual sólo sea punible allí donde el legislador expresamente la castigue. Los hechos serán por el contrario punibles conforme a ese título siempre que llegara a producirse un resultado típico intermedio que exprese la seriedad del peligro creado con la conducta y, con ello, la necesidad de la intervención penal respecto a otro resultado más grave.

## VI. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

Como ha podido comprobarse, la postura aquí sostenida representa en buena medida un punto de equilibrio entre las dos posiciones extremas que a menudo han enfrentado a los autores que se han ocupado del tema: por una parte la de quienes defienden sin restricciones el castigo de la estructura en comentario; por otra, la de quienes la rechazan en todo caso. Esta vía intermedia es fruto de la introducción de una serie de restricciones motivadas de manera cumulativa tanto por razones de orden dogmático como político criminal. La razón de ser de las primeras tiene que ver con la inconsistencia de fundamentar un título de responsabilidad sin que concurra un riesgo cierto referido a un objeto identificado o, al menos identificable, que sirva de soporte a su –ulterior– imputación subjetiva. La presencia de las segundas, esto es, de las consideraciones relativas a la oportunidad y conveniencia del castigo, se justifica con base en la premisa de que la imposición de una sanción penal –en su caso, el ingreso en prisión– reclama un contenido de injusto especialmente grave que desborde los límites dentro de los cuales es suficiente el recurso a la intervención de órdenes distintos al penal. Hemos sostenido en este sentido que la tentativa con dolo eventual representa un estadio intermedio, en cuanto a su gravedad, entre los intentos realizados con dolo directo y la imprudencia no seguida de la producción de un resultado. Consecuencia de esta posición a medio camino entre ambas figuras es que su tratamiento se encuentre también en un punto equidistante entre ellas. Este pasaría, por una parte, por no renunciar al castigo de la tentativa doloso eventual de un resultado más grave –al igual que es propio de las formas imperfectas de ejecución realizadas con dolo directo–, pero, por otro, por exigir la constatación de un resultado típico intermedio de menor gravedad respecto al que podría evolucionar la conducta. Salvando las distancias, tal exigencia está llamada a cumplir una función político

criminal en cierta medida paralela a la depuración que realiza el legislador cuando exige la verificación de un daño para castigar la imprudencia. Sus efectos menos generosos que la limitación del castigo que es propia de la imprudencia no seguida de la producción de un resultado no habría de verse sino como lógica consecuencia de su mayor gravedad cualitativa respecto a éstos y de la consiguiente mayor necesidad de la intervención penal.

Aun sin verse acompañado de un razonamiento preciso que justifique tal proceder, a estas demandas responden buena parte de los pronunciamientos jurisprudenciales que, en ámbitos tan dispares como los relativos a la seguridad vial o a atentados terroristas, suelen condicionar el castigo de las formas imperfectas de ejecución cometidas con dolo eventual a que la víctima en cuestión se haya visto envuelta de tal modo en la situación de peligro generada por la conducta que llegase a sufrir un resultado típico intermedio –de lesión en estos supuestos–. Desde luego, sería conveniente que tal proceder, que de forma más o menos intuitiva ha inspirado buena parte de esos fallos jurisprudenciales, se acompañara de un respaldo argumentativo que evitase dejar a sus destinatarios huérfanos de cualquier clave explicativa del porqué, por ejemplo, la víctima de un atentado terrorista que sufre lesiones es sujeto pasivo de un delito de asesinato intentado con dolo eventual y no se considere como tal, sin embargo, a la persona que se encontraba en el lugar de los hechos y sólo de forma más o menos milagrosa consigue salir ilesa de la situación. Claro que tanto o más deseable que contar con este bagaje argumental en los fallos jurisprudenciales sería que el legislador ofreciera de modo expreso alguna pauta a modo de referente último de la solución. Sería recomendable por ello, de *lege ferenda*, que nuestro Código penal dejara de ignorar en la Parte General la singular dificultad propia del dolo eventual y de limitarse tan sólo a dar cuenta de su existencia en la Parte Especial de la mano de algunos delitos que puntualmente la reflejan. Vaya por delante que no se trata de encorsetar las soluciones ni de restar al intérprete o al aplicador del Derecho el necesario margen exegético con el que deben contar. Lo que se reclama es el trazo de las coordenadas básicas de la solución en las que han de moverse los operadores penales, proceder con el que se inyectaría la indispensable dosis de certeza y seguridad jurídica a un ámbito por completo carente de ella en la actualidad pese a su ingente importancia cualitativa y cuantitativa.

# Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013

CARLOS MIR PUIG

Prof. A. Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona  
Magistrado especialista de Derecho penal

## RESUMEN

*Este artículo tiene por objeto el estudio de la nueva regulación de los delitos de malversación efectuada en el Proyecto de Código Penal de 20 de setiembre de 2013, en relación a los artículos 432, 433, 434 y 435, dando también una nueva regulación del artículo 438 del Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal. Debe destacarse que en el artículo 432 se regulan dos modalidades de malversación, la primera contenida en el número 1 de dicho precepto remite en su tipificación al nuevo artículo 252 que regula ex novo el delito de administración desleal genérico, expresando que es sobre el patrimonio público; y la segunda por remisión al nuevo artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida de cosa mueble, expresando que es sobre el patrimonio público. Así se amplía de modo muy importante el tipo del delito de malversación, en comparación con la regulación anterior, lo cual era necesario para la lucha contra la corrupción, si bien deberán establecerse criterios restrictivos para impedir una excesiva amplitud contraria al principio de legalidad penal.*

**Palabras clave:** *Malversación, administración desleal, apropiación indebida, patrimonio público, peculado, tipo de abuso, tipo de infidelidad.*

## ABSTRACT

*This article studies the new regulation of embezzlement offences effected in the Spanish draft bill of September 20, 2013, in relation to the articles 432, 433, 434, and 435, also giving a new regulation of article 438 of Chapter VIII of Title XIX of Book II of Criminal Code. It should be highlighted that in the article 432 two modalities*

*ties of embezzlement are regulated, the first one contained in the number 1 from said precept remits in its typification to the new article 252 that regulates ex novo the offence of generic dishonest appropriation of the proceeds of a trust, expressing that it is about public estate; and the second for remission to the new article 253 that regulates the offence of misappropriation of movable matter, expressing it is about public estate. As a result, the offence of embezzlement critically expands in comparison with the previous regulation, which was necessary to fight against corruption, although restrictive criteria must be established to hinder an excessive scope contrary to the principle of legality in criminal proceedings.*

*Keywords: Embezzlement, dishonest appropriation of the proceeds of a trust, misappropriation, public estate, peculation, abuse offence, infidelity offence.*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Debe advertirse en primer lugar que el texto inicial de la reforma de los delitos de malversación de los artículos 432 a 435 en el Anteproyecto de 2012 ha sido modificado en abril de 2013, tras haberse producido los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, por el propio pre-legislador, probablemente asumiendo algunas de las críticas efectuadas por dichos informes preceptivos pero no vinculantes. Y el Consejo de Estado ha evacuado su Dictamen sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, en fecha 27 de junio de 2013, que tiene su importancia. Además el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, aprobado por el Gobierno el 21 de setiembre de 2013 y publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados en fecha 4 de octubre de 2013, núm. 66-1, ha vuelto a modificar dicho Anteproyecto, haciendo caso al Informe de la Fiscalía General del Estado, modificando las penas del artículo 432 que se han elevado ostensiblemente. También ha alterado el nuevo artículo 252.1 y ha suprimido el apartado segundo del artículo 433, así como ha dado nueva redacción al artículo 438 del CP, eliminando el supuesto de apropiación indebida de funcionario público con abuso del cargo y así evitando los graves problemas concursales casi irresolubles entre este último delito y el delito de malversación en la redacción dada por la reforma, expresados en el Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013. Sobre la redacción inicial de los nuevos artículos 432 a 435 de malversación se han producido además algunos estudios como son, a título de ejemplo, los trabajos de Roca Agapito, L (1), de Manzanares Sama-

---

(1) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: artículos 432 ss.», en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, coord.. Álvarez

niego, J. L. (2) y de Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez (3) que han sido tenidos en cuenta en este trabajo.

El objeto de nuestro estudio se refiere pues a la última redacción del texto producida en septiembre de 2013 en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/995 de Código Penal.

Como quiera que la reforma de la malversación se efectúa mediante una remisión expresa a los artículos 252 (en que se regula por primera vez el delito de administración desleal en sede patrimonial) y 253 (en que se mantiene con modificaciones el art. 252 CP 95 relativo al delito de apropiación indebida), aparte de dar nueva redacción al artículo 254, inevitablemente nuestro estudio también deberá versar sobre dichos preceptos, que el Proyecto mantiene, salvo una pequeña modificación del artículo 252.1.

2. La opción del pre-legislador ha sido mantener los delitos de malversación bajo el Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», sin que haya optado por trasladarlos al Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», como preconizaba un sector de la doctrina al entender la malversación como un delito estrictamente contra el patrimonio público, calificado por el sujeto activo que debe ser un funcionario público y por el objeto, que es el patrimonio público, siguiendo dicho sector el ejemplo alemán en que se tipificaba al inicio autónomamente la malversación como apropiación indebida de funcionario público en los párrafos 350 y 351 –*Amtsunterschlagung*– del Código Penal de 1871 (también en el Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909 en su párrafo 209), hasta que a partir de la Ley de 2 de marzo de 1974 se destipificó como figura autónoma pasando a ser sancionada la malversación a través de los tipos comunes de apropiación indebida –*Unterschlagung*– (párrafo 246 StGB) y de gestión desleal de negocios ajenos –*Untreue*– (párrafo 266 StGB). Sin embargo, el pre-legislador español ha optado por un punto intermedio: por un lado llevar al concepto de malversación la administración desleal referida al patrimonio público, pero por otro lado exigir que el sujeto activo sea un funcionario público y entender los delitos de malversación como delitos contra la

---

García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(2) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», Diario *La Ley*, núm. 8104, Sección Doctrina, 13 de junio de 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley. La Ley 3031/2013.

(3) CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): ed. Tirant lo Blanch, 2013.

Administración Pública, entendida por la doctrina mayoritaria en su vertiente objetiva como función pública o servicio público, en la relación Administración-ciudadano y no Administración-funcionario. También en los derechos francés e italiano se regula específicamente la malversación como delito contra la Administración Pública. Así ocurre en el artículo 432-15 del *Code pénal*, que regula la *soustraction et le détournement de biens*, como delitos contra la Administración Pública. Y en el código penal italiano en el artículo 314, que se regula el *peculato*, y en el artículo 316 en que se regula el *peculato proffitto dell'errore altrui*, que constituyen los dos únicos preceptos a los que se reduce la incriminación de los delitos que en España se conocen como malversación, debiéndose aclarar que la *malversazione a danno dello Stato*, regulada en el artículo 316 bis equivale al fraude de subvenciones del Código Penal español.

No obstante, al remitir, en la configuración de la malversación, el ahora artículo 432 en su número primero al artículo 252 relativo a la administración desleal patrimonial, y en su número segundo al artículo 253 que regula la apropiación indebida, se ha acentuado todavía más el carácter patrimonial de los delitos de malversación, aunque sin perder su consideración como delitos contra la Administración Pública(4).

---

(4) Un sector de la doctrina importante mantiene que el delito de malversación tiene como exclusivo bien jurídico el patrimonio público, de modo que el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte sólo del medio comisivo de la acción pero no del bien jurídico. Vid. NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: «En realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público», citando a DE LA MATA/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, pp. 79 ss. Y luego dice: «El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación»; igualmente FEJOO SÁNCHEZ, B., en «Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley*, Diarios 4250 y 4251 de 17 y 18 de marzo de 1997, en la nota 44, al folio 1691, afirma que «el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un “delito de deber”. Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común: un delito patrimonial». Parece seguir la teoría de los «delitos de deber» de Roxin, que cita al inicio de dicha nota.

3. Es importante destacar que en la reforma se configura la malversación, o al menos alguna de sus modalidades sin carácter apropiativo, como una verdadera administración desleal patrimonial, que ya algún autor ha puesto de manifiesto respecto de las conductas de desvío o distracción de efectos o caudales públicos de los artículos 433 (destino a usos ajenos a la función pública) y 434 (aplicación privada a bienes muebles e inmuebles) del CP 1995 (5). En la reforma cabe, pues distinguir entre la modalidad de malversación como conducta de apropiación –art. 432.2 y 3 que remite al art. 253 que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico entendemos es únicamente la propiedad– y las modalidades de malversación como conductas de administración desleal –arts. 432.1 y 3 y 433, apartado segundo, cuyo bien jurídico es el patrimonio.

4. La reforma mantiene la desincriminación de la modalidad imprudente, que se castigaba en el artículo 395 del ACP de 1973 y que desincriminó el CP de 1995, y no hace referencia expresa a la aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados los caudales públicos, que se castigaba en el artículo 397 ACP, que también fue desincriminada por el CP 95. Hay autores que reivindican que es necesario que se castigue dicha conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra finalidad pública de la asignada legalmente,

---

(5) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., p. 782. Dice así: «En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público», en el artículo 433 CP vigente. Asimismo BACIGALUPO ZAPATER ha afirmado en síntesis en «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en «La Administración desleal», *Cuadernos de derecho Judicial 1999*, pp 195 ss. que la distracción de dinero del artículo 252 CP es una administración desleal, tipo diferente e independiente del tipo de la apropiación indebida, que es un delito contra la propiedad, mientras que el de administración desleal es un delito contra el patrimonio. Dice así literalmente: «Estructuralmente el tipo de distracción de dinero responde al llamado “tipo de la infidelidad”, es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal», p. 201. Y así se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante Sentencia 224/98 (caso Argentinia Trust), de 26 de febrero de 1998, en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14 de marzo de 1994 y la de 30 de octubre de 1997. En dicha sentencia el TS ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la «distracción de dinero»: 1. Tiene la finalidad de «proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador. 2. Que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor; y 3. Que no es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación. Y lo mismo puede decirse de las conductas de distracción de los artículos 433 y 434 CP 1995 que constituyen una administración desleal del patrimonio público, y no una verdadera apropiación indebida.

al menos de darse un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados, como hizo la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 en su artículo 412. Este es el caso de Manzanares Samaniego, J. L., y Roca Agapito, L., entre otros. El primero (6) afirma que «el error del Proyecto de 1980 y del Código Penal de 1995 –que destipificaron dicha conducta– fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. Y no pasará nada, porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano)... y así sucesivamente». El segundo (7) autor citado más arriba dice que: «Sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a sólo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados». En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería *sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal*, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995. Debe mencionarse que en el Código Penal peruano se incrimina dicha conducta en su artículo 389 con la pena privativa de libertad de uno a cuatro años, estableciendo un tipo agravado en el apartado segundo de dicho precepto si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público corresponden a programas de apoyo social, de desa-

---

(6) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *La Ley*, diario núm. 8104 de 13 de jun. 2013, p. 1.

(7) ROCA AGAPITO, L., en sus conclusiones de su libro monográfico *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. J. M. Bosch, 1999, p. 368.

rollo o asistenciales, afectando al servicio, castigado con la pena privativa de libertad de tres a ocho años.

5. En la reforma no se hace mención expresa al «ánimo de lucro», aunque inicialmente el Anteproyecto de 2012 lo contemplaba, con pena más grave en el número 2 del artículo 432 estableciendo que: «Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años». Sin embargo, dicha redacción del número 2 del artículo 432 se eliminó. En el Código Penal de 1995 ya se introdujo «el ánimo de lucro» en los artículos 432 –modalidad de malversación de carácter apropiativa– y 434 –aplicación privada a bienes muebles e inmuebles–, lo que fue interpretado como una acentuación del carácter patrimonial del objeto protegido de dichos delitos, reduciendo el alcance de la malversación tradicional que no exigía dicho ánimo de lucro expresamente en el artículo 394 CP 1973. En la doctrina, Roca Agapito critica la inclusión del ánimo de lucro en el delito de malversación «porque lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve... Además, con respecto a la malversación impropia del artículo 435.3 CP 1995, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro» (8). Nosotros pensamos que en la modalidad de administración desleal la malversación no exige ánimo de lucro y no es un delito de enriquecimiento. En efecto, dicha modalidad de malversación es un delito de daño patrimonial, a diferencia de la estafa o la extorsión que son tipos de enriquecimiento, mostrándose la doctrinas alemana claramente partidaria de la punibilidad de los casos de dolo eventual (así Otto, Hubner, Shönke-Schroeder) (9), y en la modalidad apropiativa debe concurrir el *animus rem sibi habendi*. En la doctrina, hay un sector doctrinal que entiende que dicho ánimo es distinto del ánimo de lucro –entendido en su concepción económica subjetiva de propósito de obtener un provecho económico contemplado desde la perspectiva del sujeto–, *sin perjuicio de que puedan coexistir ambos o darse por separado* (10), de modo que cabe ánimo de apropiación sin darse el

(8) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: artículos 432 y ss.», p. 924 en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit.

(9) NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., p. 34.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*, pp. 154-157 y 194-195. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid-1946. Dicho autor maneja una concepción económica subjetiva de ánimo de lucro como propósito del sujeto de obtener un beneficio económico contemplado desde el punto de vista del sujeto. También ANTÓN ONECA, J., «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona 1958, pp. 56 ss. Partiendo de dicha

ánimo de lucro y viceversa, darse ánimo de lucro sin ánimo de apropiación de hacer suya la cosa. En cambio, otro sector doctrinal identifica el ánimo de apropiación con el ánimo de lucro, partiendo de la concepción económica objetiva (11) que entiende por ánimo de lucro el ánimo de obtener una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Finalmente puede entenderse que el ánimo de lucro es un concepto más amplio que el *animus rem sibi habendi*, de modo que este último implícitamente contiene ínsito en la acción de apropiación el ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro contiene el ánimo de apropiación (12) (13).

Un caso a resolver en la práctica es si el acreedor que se apodera de bienes del deudor con el ánimo hacerse pago actúa o no con ánimo de lucro. En el ámbito de la malversación, cabe entender que el ánimo de hacerse pago desplaza al ánimo de lucro, y si se afirma que ésta exige ánimo de lucro, aunque sea de manera ínsita a la apropiación, procede la absolución de dicho acreedor-funcionario público, como hizo la STS (RA 1354) de 29 de febrero de 1988, ponente don Manuel

---

orientación, ROCA AGAPITO, L., en *El delito de malversación...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198. Este autor sostiene que el ánimo de lucro no se exigía tradicionalmente en el delito de malversación, exigiéndose específicamente, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, artículo 409 y en el CP 1995 en los artículos 432.1 y 434.

(11) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPYCP*, 1975, p. 369. Éste autor considera que el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad de ánimo de lucro. ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, pp. 45 y 46. Ed. Akal, Madrid-1988. DE LA MATA BARRANCO, «Los delitos de malversación», en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, diciembre de 1997, p. 451. ETXEBARRIA ZARRA-BEITIA, X., «Malversación de caudales públicos», en *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 179 ss. FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 1687. También STS de 9 de diciembre de 1997. En la doctrina alemana el ánimo de apropiación equivale al ánimo de lucro, según afirma *Bajo en Ánimo de lucro...*, *op. cit.*, pp. 362 y 366.

(12) Cfr. SAINZ PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, p. 139, ed. Bosch Casa editorial, S.A., 1978. Dicho autor dice que así puede darse ánimo de lucro en la apropiación indebida de uso en que no hay ánimo de apropiación definitiva de la cosa. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES: «Robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *RGLJ*, 1970, pp. 115-116, quien dice que: «a la voluntad de uso pertenece de modo inmanente el ánimo de obtener un provecho o lucro, consistente en el disfrute temporal del vehículo».

(13) SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, prólogo de Enrique Bacigalupo, defiende que el delito de apropiación indebida no es un delito de enriquecimiento, sino sólo un delito de apropiación, que no requiere ánimo de lucro, bastando exclusivamente el dolo, que puede ser eventual, pp. 202 y 152 ss.

García de Miguel en el caso de un Secretario de Ayuntamiento que en tres ocasiones recibió diversas cantidades de dinero de personas que eran deudoras del Ayuntamiento, y que después de contabilizar debidamente dichas cantidades en los libros correspondientes del Ayuntamiento, se apoderó de tales con designio único de hacerse pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando. En cambio, otras sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de abril de 1940 y 28 de marzo de 1957) han castigado esa misma conducta al entender que la malversación no exige ánimo de lucro (14). Y también podría argumentarse que aunque la malversación exigiera ánimo de lucro, debería condenarse pues el ánimo de hacerse pago aparece como una modalidad del ánimo de lucro, como sostiene Bajo.

6. La reforma debe ser analizada también desde el punto de vista de las penas que ahora se imponen en los artículos 432 a 435. Parece adecuado efectuar una comparación con las impuestas en otros derechos, como en el derecho penal francés, italiano y alemán, y especialmente con las impuestas en el Código de 1995 y concretamente en el artículo 138, CP 1995. Así en el derecho francés, el artículo 432-15 del *Code pénal* que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, bajo la Sección Tercera dedicada a las faltas al deber de probidad (Des manquements au devoir de probité), bajo el Capítulo II (Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique), bajo el Título III (Des atteintes à l'autorité de l'état) castiga «*la soustraction et détournement de biens*» con una elevada pena de diez años y multa. En el derecho italiano, el artículo 314 CP tipifica el *peculato*. En el primer párrafo incrimina la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de tres a diez años. Y en el párrafo segundo incrimina el supuesto de uso momentáneo de la cosa por parte del sujeto activo que restituye, castigándose con una reclusión de seis meses a tres años. En el derecho penal alemán, que se caracteriza por la ausencia de incriminación expresa de la apropiación o desviación de caudales públicos, omitiendo una regulación específica para la protección del patrimonio público, desde que por la ley de 2 de marzo de 1974 se derogaron los epígrafes 350 (einfache Amtsunterschlagung) y 351 (schwere Amtsunterschlagung) StGB. incluidos en los delitos de la función pública, es de aplicación el actual parágrafo 246 referido a la apropiación indebida común (Unterschlagung), que castiga con la

---

(14) En este sentido SUÁREZ MONTES, F., «El delito de malversación de caudales públicos», en *RGLJ*, 1966, p. 865.

pena de privación de libertad hasta tres años o multa o hasta cinco años o multa. En cambio, el parágrafo 266 del StGB castiga la administración desleal con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa y en los casos especialmente graves con la pena privativa de libertad de uno a diez años.

En el Derecho penal peruano se castiga el peculado doloso cometido por el funcionario o servidor público, tanto en la modalidad de apropiación como de uso, con las penas de 4 a 8 años de pena privativa de libertad (art. 387 CP peruano), y se establece un tipo agravado por la cuantía de lo apropiado o utilizado –cuando exceda de diez unidades impositivas tributarias– que castiga con la pena privativa de libertad de ocho a doce años. En caso de peculado culposo la pena es de tres a cinco años de privación de libertad.

En el CP 1995 se castiga la malversación apropiativa del artículo 432.1 con la pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de seis a diez años, castigándose el tipo agravado de revestir la malversación especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio, o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Y se prevé un tipo atenuado con penas de seis meses a tres años de prisión, multa superior a dos y hasta cuatro meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años si la cantidad sustraída es inferior a 4.000 euros. Finalmente se castiga el artículo 433, CP 1995, constitutivo de la malversación de uso, con las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, si se da el reintegro de lo distraído, y de no darse con las penas de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. En cambio, en la reforma, el Anteproyecto castiga tanto la malversación en su modalidad de administración desleal, como en su modalidad apropiativa con las penas de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años, y sólo en el tipo agravado por haberse causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros, se castiga con las penas de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, previendo un tipo super agravado si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000

euros, que se castiga con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

*Como puede verse, las penas previstas en el Anteproyecto –no así en el Proyecto, como se verá más adelante– son sensiblemente inferiores a las señaladas en el CP 1995, lo que se agrava al introducir un nuevo artículo 434 en que permite a los tribunales imponer la pena inferior en uno o dos grados si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. La pena resultante puede pues llegar a ser irrisoria. El Anteproyecto parece haberse olvidado del artículo 438 CP, que no deroga, que castiga a la autoridad o funcionario público que con abuso de su cargo cometiere algún delito de estafa o de apropiación indebida, castigándole con las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Así, puede ocurrir que la pena impuesta por el artículo 438 CP sea de tres años y seis meses a seis años, en el supuesto de que la apropiación indebida se castigara con la pena del artículo 250 CP, mientras que la malversación por funcionario público se castigue con la pena de dos a seis años en el tipo agravado, cuando se ha entendido siempre que el artículo 438 CP debería ser de menor gravedad –y castigado menos– que el delito de malversación en su modalidad apropiativa, ya sea por el objeto material protegido, que es el patrimonio privado de los particulares y de los entes públicos a diferencia de la malversación que es el patrimonio público, ya sea por faltar el requisito de la tenencia a cargo del funcionario «por razón de sus funciones» (15), debiendo la malversación, en cambio, castigarse más. Además, como quiera que el artículo 250 CP también se modifica en la reforma al establecer una pena de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, resultaría que de aplicarse el artículo 438 CP correspondería en dicho caso una pena más grave de seis a ocho años de prisión y de dieciocho a veinticuatro meses de multa, mientras que en el caso de malversación la pena para el tipo super agravado de exceder el valor del perjuicio cau-*

---

(15) ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., pp. 345 y 367. Vide también MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Ed. J. M. Bosch editor, pp. 349 a 352. También el mismo autor en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Directores Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig, p. 958, ed. Tirant lo Blanch.

sado o de los bienes o efectos apropiados de 250.000 euros, la pena a aplicar sería de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

El Proyecto de LO de Código Penal actual viene, sin embargo, a subsanar ese déficit punitivo al castigar ahora el delito de malversación del artículo 432.1 y 2, tanto en su modalidad de administración desleal como en su modalidad apropiativa, con las penas de dos a seis años de prisión –en vez de prisión de uno a cuatro años– *e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años*. Y también el tipo agravado del artículo 432.3 se castiga ahora más, con las penas de cuatro a ocho años de prisión –en vez de dos a seis años de prisión– *e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años*. Y asimismo el tipo super-agravado del artículo 432.3 *in fine*, se castiga más que en el Anteproyecto, al imponer la pena «en su mitad superior» –lo que significa que la pena de prisión es de seis años y un día a ocho años, y la de inhabilitación absoluta de ocho a diez años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado» –o sea pena de prisión de ocho años y un día a doce años e inhabilitación absoluta de diez a quince años–. Finalmente en la nueva redacción dada al artículo 438 CP se añade que la pena imponible puede «llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

## II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA

El artículo único apartado duocentésimo quinto del Proyecto de 2013 establece: «Se modifica el artículo 432, que queda redactado como sigue:»

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos

a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o
- b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado (16).»

### A) Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

El Proyecto sigue manteniendo los delitos de malversación bajo el Capítulo VII «de la malversación» del Título XIX: «Los delitos contra la Administración Pública».

Dicha ubicación permite mantener que con dichos delitos se persigue el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público –art. 103 CE–, es decir, en la relación de funcionario público-ciudadanos, y no tanto en la relación de funcionario-administración, que es relevante en el ámbito del derecho administrativo disciplinario. Y dicha función pública puede ser atacada *desde dentro* por los funcionarios públicos o *desde fuera* por los particulares, en el caso de la malversación, asimilados legalmente a funcionarios públicos. A su vez el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la presta-

---

(16) El artículo 432 en la redacción dada por el Anteproyecto de 2013 decía así:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de *uno a cuatro años* e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de *dos a seis años* e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o
- b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá prisión de *cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.*»

ción de los servicios públicos, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada que se regulan en el Título XIII del Código Penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la función pública y a la vez contra el patrimonio, acentuándose todavía más en la reforma la tendencia de los últimos años de entender como bien jurídico de la malversación el patrimonio cada vez con mayor exclusividad, afirmándose por algunos que el medio comisivo lo constituye la infracción del deber de fidelidad del funcionario público (17). Y se acentúa más el carácter patrimonial al remitir el pre-legislador, en la tipificación de los delitos de malversación (art. 432.1), al artículo 252 del CP, que a su vez ha sido objeto de nueva redacción por el Proyecto –siguiendo al Anteproyecto de 2013–, introduciendo el nuevo delito de administración desleal del patrimonio privado ajeno, como tipo genérico, y derogando el delito de administración fraudulenta del artículo 295 del CP en la Disposición derogatoria única 2. Y al remitir el pre-legislador la tipificación de la malversación apropiativa al artículo 253 CP, nuevo precepto en que se regula el tradicional delito de apropiación indebida –antes art. 252 CP 1995– en que se ha eliminado la modalidad de «*distracción*» de dinero, efectos, valores, manteniéndose solamente las cosas muebles como objeto del delito, y suprimiéndose «el activo patrimonial», así como el término «administración». Parece ser que la voluntad del pre-legislador es pasar la modalidad de distracción al delito de administración desleal del nuevo artículo 252, al haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el artículo 252 CP 1995 se regulaba dos tipos: por una parte, conductas apropiativas propiamente dichas y por otra parte, conductas de administración desleal (18). Así lo corrobora la Exposición de Motivos del proyecto XVII. Dice así: «Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis

---

(17) Así NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración...*, *op. cit.*, p. 240 y BARJA DE QUIROGA, J. L., *La malversación como delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 142, quien dice: «El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, puyes, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida».

(18) *Vide* la importante sentencia del TS núm. 224/1998 de 26 de febrero de 1998 (caso Argentia Trust), en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14 de marzo de 1994 y la de 30 de octubre de 1997. *Vide* también SSTs de 27 de noviembre de 1998, 21 de julio de 2000, 2 de noviembre de 2001, 18 de abril de 2002, 30 de septiembre de 2002, 841/2006 de 17 de julio, etc.

de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o «distracción» de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, «cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio»; y administración desleal, «cuando se le da la cosa recibida un destino distinto al pactado», supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo. La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. art. 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, *vid.* art. 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal...».

«Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas a sin quebrantamiento del deber de custodia, en este último

grupo de casos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal...».

## B) Sujeto activo

El sujeto activo en los delitos de malversación propia del artículo 432 es al igual que en la regulación anterior un funcionario público o autoridad, a diferencia de en los delitos de malversación impropia, en que el sujeto activo puede ser un particular asimilado legalmente al funcionario –art. 435 que sigue en vigor–, referido a las diversas conductas de malversación.

En consecuencia la malversación sigue siendo un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito. Por ello deberá acudir al concepto de funcionario público y autoridad *a efectos penales* que ofrece el artículo 24 del CP que no se modifica en la reforma (19). Así, pues en el concepto de funcionario público se exige un doble requisito: por una parte un título de habilitación, que puede ser cualquiera de los tres expresados en el artículo 24.2 CP, y por otra parte el ejercicio de funciones públicas. Si falta cualquiera de esos dos requisitos no estaremos ante un funcionario público a efectos penales. El concepto que facilita el CP es un concepto autónomo, exclusivo y funcional que no coincide con el concepto administrativo o fiscal de funcionario, siendo mucho más amplio al acoger, por ejemplo, a los políticos elegidos –«por elección» así como a los contratados labora-

---

(19) El artículo 24.2 establece: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

les por un ente público— «por nombramiento de autoridad competente» (20). Debe resaltarse que el concepto penal de funcionario público no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto «funcional», no debiéndose tener en consideración la cualidad de funcionario público si éste interviene como un particular más. El CP también establece un concepto de autoridad en el artículo 24.1 (21). Es importante retener que para ser autoridad previamente se debe ostentar la condición de funcionario público a efectos penales, de modo que el concepto de autoridad es más específico que el de funcionario público, que es más genérico.

### C) Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público

No dice nada el precepto del artículo 432 sobre qué relación debe existir entre el funcionario público y el patrimonio público, a diferencia del CP 1995 que exigía que el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos «a su cargo por razón de sus funciones», lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina y un sector de la jurisprudencia, en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales, un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas (22). Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritariamente opta por una interpretación amplia entendiendo «por razón de sus funciones», que el funcionario tenga los caudales públicos «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», es decir, bastando que el funcionario

(20) MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 20 a 29.

(21) El artículo 24.1 CP establece: «A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

(22) Así SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., p. 837. Vide también ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., p. 357. DE LA MATA BARRANCO, *Los delitos de malversación*, op. cit., p. 449. DIAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», en *NEJ Seix*, t. XV, edit. Seix Barral, Barcelona-1972, p. 819. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Malversación de caudales públicos*, op. cit., p. 192. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1996, p. 872., etc. El Tribunal Supremo ha seguido una línea oscilante aplicando la interpretación restrictiva en algunas sentencias como SSTs de 13 de junio de 1984, 4 de diciembre de 1985, 6 de junio de 1986, 16 de diciembre de 1987, 29 de febrero de 1988, 12 de marzo de 1994, 22 de febrero de 1995, etc.

tenga la disponibilidad de hecho de los caudales (23). El término «por razón de sus funciones» se introdujo en el CP de 1870, desapareciendo en el CP de 1928, pero volviendo de nuevo en los posteriores Códigos Penales. Ahora, sin embargo, se suprime dicha expresión en el proyecto de 2013.

¿Cómo debe interpretarse dicha supresión?

Podría decirse, que al remitir el artículo 432.1 y 2 a los artículos 252 –que castiga la administración desleal patrimonial o sea la lesión de un patrimonio ajeno mediante un tipo de abuso de poder de representación o un tipo de infidelidad a través de la infracción de deber de cuidado establecido sobre intereses patrimoniales ajenos confiados, deber nacido de la ley o de un negocio jurídico– y al artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida, en que también se presupone en la mayoría de los casos la infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniéndose, dada la semejanza existente entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una competencia específica del funcionario respecto del patrimonio público (24). Pero también puede sostenerse que basta una competencia genérica del funcionario respecto del patrimonio público como ha hecho mayoritariamente el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 432 CP 1995, bastando que el funcionario actúe «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», interpretación que se habría reforzado con la eliminación del «tener a cargo los caudales por razón de sus funciones» por parte del Proyecto. Habrá que esperar cómo la doctrina y la jurisprudencia interpretan la eliminación de la expresión «a su cargo por razón de sus funciones» por parte de la reforma. En la jurisprudencia alemana, son autores típicos los funcionarios que tienen encomendada la custodia de caudales públicos, si bien la relación típica de confianza va más allá de una relación de custodia.

---

(23) Así en las SSTs de 6 de mayo de 1992, 5 de febrero de 1993, 22 de abril de 1994, 25 de mayo de 1995, 31 de enero de 1996, 10 de enero de 1997, 13 de febrero de 97, 22 de julio de 1997, etc. Esta parece ser la posición mayoritaria del TS.

(24) NIETO MARTÍN, A., en *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 241, tras referirse a las «semejanzas» existentes entre la posición del funcionario público y el administrador... que constituye el centro de una corriente políptica criminal, presente en países como Italia o Austria dice que el «entendimiento de los delitos de malversación como delitos de administración infiel de caudales públicos, debiera servir para proceder a una interpretación restrictiva del número de funcionarios públicos que pueden ser autores y, tal como hacía la doctrina jurisprudencial más antigua, entender... que el autor ha de situarse respecto a los bienes en un «especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas»».

### *Conductas típicas de la malversación propia*

En el artículo 432 de la reforma, cabe decir que se incluyen dos grandes modalidades de malversación: *a)* por un lado una conducta de administración desleal del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público (art. 432.1); y *b)* por otro lado, una conducta apropiativa de cosa mueble (art. 432.2). Debe de aclararse que la remisión que hace el artículo 432.1 al «delito del artículo 252», debe referirse exclusivamente a los números 1 y 2 del artículo 252, y no al número 3, que es un tipo atenuado de administración desleal. E igualmente la remisión que efectúa el artículo 432.2 al «delito del artículo 253» debe referirse exclusivamente al número 1 del artículo 253 y no al número 2 de dicho artículo, que es también un tipo atenuado. Y ello porque en los delitos de malversación ya se tipifica un propio tipo atenuado en el artículo 433 del Proyecto.

Asimismo en la primera modalidad de administración desleal se distinguen, a su vez, dos tipos distintos, el llamado por la doctrina «tipo de abuso» y «el tipo de infidelidad».

Además se incluye en el precepto reformado un tipo agravado de ambas modalidades de malversación (art. 432.3) de concurrir la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o bien si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros (25). Y en el artículo 432.3 *in fine* se introduce también para ambas modalidades de malversación un tipo super agravado: «Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

*a)* Conductas de administración desleal:

*a')* Tipos objetivos.

El nuevo artículo 252 ubicado en la nueva Sección 1 bis del Capítulo VI del Título XIII, por disposición del artículo único, apartado Centésimo quincuagésimo tercero del Proyecto que lo modifica establece:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para *adminis-*

---

(25) Obsérvese que en el artículo 432.2 CP 1995 ambos requisitos debían darse conjuntamente, pues el texto decía: «si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas “y” al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

*trar* (26) sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.»

«2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.»

«3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros.»

Debe destacarse que el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice que «Debería reconsiderarse el uso de los verbos que tipifican la acción delictiva pues, en el primer caso, (excederse de las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno) el abuso de las facultades no sólo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplia, por lo que se sugiere la sustitución de la expresión “facultades para disponer” por “facultades para administrar” u otra similar».

Y el Proyecto ha seguido a raja tabla la sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado, sustituyendo la expresión «facultades para disponer», que venía en el Anteproyecto, por «facultades para administrar».

Tal vez lo mejor, hubiera sido, al quererse ampliar el ámbito del abuso de las facultades, añadir a «facultades para disponer» los términos «y» y «administrar»; o sea: «facultades para disponer y administrar». Pues puede ocurrir, en mi opinión, que al utilizar la expresión actual de «facultades para administrar», en vez de ampliar, se restrinja el ámbito del abuso de las facultades, pues «disponer» va más allá que «administrar». Veremos si se enmienda dicho extremo en la tramitación del proyecto en el Congreso y Senado.

En realidad los dos primeros números del artículo 252 coinciden esencialmente con lo establecido en el actual parágrafo 266 del

---

(26) La cursiva es nuestra y se efectúa para destacar que dicho término, «administrar», lo utiliza ahora novedosamente el Proyecto, porque en el Anteproyecto de 2013 se utilizaba el término «disponer».

Código Penal alemán, vigente desde la Ley de 26 de mayo de 1933, bajo el nombre de *Untreue* (Infidelidad) sucesor del parágrafo 266 del StGB de 1871 que establecía una lista del círculo de autores del delito. En su redacción actual dice así: «1. El que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años» (27).

Dicho precepto, al igual que el artículo 252 de la reforma española, contiene dos tipos, el llamado «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) y el «tipo de ruptura de la confianza» o de infidelidad (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana (28). Debe de dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos. El tipo de abuso regula la causación de un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder de representación que ostenta el autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado (29), es decir se refiere al abuso del poder de disposición, de las facultades de disposición, que el autor tiene para realizar negocios jurídicos con terceros en nombre del propietario del patrimonio (relación externa del representante con terceros) (30). El segundo tipo de infidelidad o ruptura de la relación de confianza –que nació

---

(27) El texto en alemán es el siguiente: «Untreue. 1. Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu cerfüngen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetbes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eine Reueverhältniss obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat. Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Freiheitsstrafe bi zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. 2. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und Geldstrafe».

(28) O sea la «Missbrauchtheorie» (teoría del abuso) y la «Treubruchtheorie» (teoría de la ruptura de la confianza).

(29) El principal defensor de la teoría del abuso fue Binding.

(30) Un mérito indudable de este tipo es que se deslinda con claridad la Untreue de la apropiación indebida. El mandatario no comete este delito cuando causa una lesión patrimonial abusando de la capacidad de disposición que el propietario le ha conferido. *Vide* Binding, *Lehrbuch...*, p. 398.

para colmar las lagunas de punibilidad del anterior tipo y bajo el nacionalsocialismo— que es más amplio que el anterior al permitir incluir en el tipo a autores que no necesariamente han de poseer poder para disponer u obligar el patrimonio ajeno, regula la lesión del patrimonio ajeno mediante la violación o infracción del deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza (relación interna entre mandatario y mandante). Inicialmente, si bien por la doctrina alemana se consideraban ambos tipos independientes, finalmente se entendió que el tipo de abuso es un mero ejemplo del tipo de infidelidad (31). Se ha criticado mucho por la doctrina alemana la excesiva indeterminación del tipo de infidelidad contraria al principio de taxatividad del derecho penal, de ahí que la doctrina se haya esforzado por concretar el alcance de dicho tipo con propuestas de modificación como las efectuadas en el Proyecto oficial alemán de 1962 en el parágrafo 263 (Mayer), precepto recomendado también por los autores del proyecto Alternativo de 1966, y la propuesta efectuada por Labsch (32).

Al trasladar el pre-legislador español la regulación alemana del tipo de infidelidad al derecho penal español, se producen ahora los mismos problemas de indeterminación que rozan el principio de legalidad, de modo que la doctrina y jurisprudencia española deberán hacer la misma labor de concreción que ha efectuado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Debe remarcarse que la necesidad por parte del legislador alemán de introducir un delito de administración desleal como genérico se debió en parte al concepto restringido del delito de apropiación indebida del parágrafo 246 de StBG, tal como es entendido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que sólo contempla como objeto material «la cosa corpórea» mueble, dejando fuera los «derechos» o deudas, salvo que éstas se materialicen en algún tipo de documento. Así Nieto Martín pone el ejemplo de que «no comete apropiación indebida, sino *Untreue*, quien administra una cuenta corriente ajena y retira una serie de cantidades para aplicarlas a fines propios, pues se entiende que en este supuesto el administrador no se apropia de ninguna cosa corpórea, sino tan sólo abusa de un derecho de crédito contra el banco que pertenece al propietario de la cuenta, en

---

(31) Una importante sentencia del BGH excluyó de la *Untreue* el abuso de tarjetas de crédito por clientes en perjuicio del banco. En dicha sentencia se señaló que el tipo de abuso requiere también la ruptura de una obligación de guarda patrimonial.

(32) *Vide* al respecto NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.*, pp. 23 a 26.

virtud del cual le deben ser reintegradas las cantidades previamente depositadas» (33). Castro Moreno-Gutiérrez Rodríguez sostienen que el tipo de administración desleal, junto a las facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno, debe reflejar también la posibilidad de que el patrimonio sea propio o que se trate de un patrimonio autónomo del que no existe dueño, pero esté afecto al cumplimiento de unos fines en beneficio de terceros que pueden resultar igualmente perjudicados por la administración desleal de dichos bienes, poniendo como ejemplo el *trust*, negocio jurídico privado de carácter fideicomisario, reconocido en numerosos países del mundo y regulado en Europa por el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable al Trust y su Reconocimiento, de 1 de julio de 1985, caracterizado porque una persona (*settlor*, otorgante) traspasa parte de su patrimonio a un tercero (*trustee*, administrador), para que lo administre en beneficio del propio otorgante o de un tercero (*beneficiary*). Dicho patrimonio no pasa a ser propiedad del *trustee* o administrador, sino que se constituye como un patrimonio autónomo sin dueño, que no pertenece ni al *settlor*, ni al *trustee*, ni a los beneficiarios (a título de ejemplo art. 2.a) HCCCH, o art. 227-2.1 del Código Civil de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 25/2010, de 29 de julio) (34).

La Exposición de Motivos del proyecto, XVII, ya citada con anterioridad, dice: «La reforma supera además la referencia a un “perjuicio económicamente evaluable”, que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorado los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría

---

(33) Cfr. NIETO MARTÍN, A., *El delito de Administración fraudulenta*, op. cit., pp. 19 y 20.

(34) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal...*, op. cit., p. 768.

obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio, mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)...».

En principio, puede decirse, como hace también Roca Agapito (35) que debe valorarse positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Como dice dicho autor: «esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como, por ejemplo la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, de 16 de octubre)».

Es decir, la configuración de la malversación como una administración desleal amplía los supuestos que pueden incriminarse que antes con la redacción anterior no podían ser incriminados como malversación. Entendemos que al referirse el texto al patrimonio público y no sólo a los caudales o efectos públicos, puede ser objeto del delito no sólo los bienes muebles sino también los inmuebles, así como los activos patrimoniales, que también forman parte del patrimonio público. Estarán abarcadas en este precepto las conductas de distracción a fines distintos de la función pública –los anteriores arts. 433 y 434 CP 1995– (36).

En mi opinión, también caben bajo el actual artículo 432 del proyecto, las lesiones patrimoniales causadas en comisión por omisión, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente. El tipo de infidelidad también permitiría el castigo del funcionario que no realiza un contrato ventajoso para el estado, comunidad autónoma, provincia, etc., en perjuicio de éstos. También, la celebración por el funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales o

---

(35) Vide «Delitos de malversación. Artículos 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., p. 923.

(36) La doctrina y jurisprudencia ha distinguido la malversación del artículo 432.1 CP95 de la del artículo 433 CP 95 por exigir el primero un *animus rem sibi habendi* –ánimo de apropiación definitiva–, mientras que el artículo 433 CP 1995 sólo exige un *animus utendi* –ánimo de uso temporal– y el reintegro de los caudales públicos en tiempo hábil. El artículo 434 CP 95 también tipifica una conducta de distracción de dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración, aunque exige ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública.

creación de fondos ocultos de efectivo sustraído al control de la administración, con riesgo de pérdida del mismo.

a'') Tipo subjetivo.

Estamos ante un delito de daño patrimonial y no de enriquecimiento, sin que sea necesario el ánimo de lucro. Basta el dolo eventual. No se incrimina la imprudencia, no habiéndose tipificado desde que el artículo 395 CP 73 fuera derogado por el CP 1995, lo que ha sido criticado por algún autor que reivindica que vuelva a ser tipificado el comportamiento del funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (Manzanares).

a''') Perjuicio como resultado del delito.

Parece adecuado, según la doctrina mayoritaria, el concepto económico-jurídico de patrimonio, según el cual el patrimonio se encuentra integrado por bienes valorables económicamente –concepción económica de patrimonio– pero, al tiempo, se establecen restricciones de carácter jurídico exigiendo que la posesión de dichos bienes revista apariencia jurídica (37). Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el Ordenamiento jurídico. La evaluación del daño, al igual que en el delito de estafa, se realiza según el denominado principio del «saldo» (Saldierungsprinzip) que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico (38). Así debe entenderse por «perjuicio» cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del «saldo total», esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la «influencia individual del daño» que atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patri-

---

(37) LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J., *La malversación como delito de administración desleal*, op. cit., pp. 128 a 132. También NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 26 ss. DE LA MATA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Poder Judicial* núm. 34, 1994, p 295. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, Madrid, 1988.

(38) Cfr. HÜBNER, L. K., parágrafo 266, marg. 90: LABSCH, *Untreue (parágrafo 266) Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Dutung*, 1983, p. 318.

monial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales (39).

b) Conductas de apropiación.

El artículo 432.2 de la reforma establece que: «Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público».

El artículo 253 de la reforma regula el delito de apropiación indebida y queda redactado de la siguiente manera al haber sido reformado por el artículo único, apartado Centésimo cuadragésimo cuarto del Proyecto:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido» (40).

«2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros.»

La modalidad de malversación apropiativa relativa al patrimonio público tiene que consistir en una conducta apropiativa, por parte del funcionario público a efectos penales —equivalente a la del art. 432.1 del CP 1995—. Como puede observarse el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el artículo 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos: «dinero», «efectos», «valores» así como «activo patrimonial» y la propia conducta de «distracción», todo lo cual se traslada a la administración desleal. Tam-

---

(39) *Vide* MARTOS NÚÑEZ, El perjuicio patrimonial en el delito de estafa», Madrid-1990. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

(40) El artículo 252 CP 95 dice así: «Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

bién se elimina el término «administración» como medio de recibir el dinero o la cosa.

Así configurado el delito de apropiación indebida, se parece cada vez más al delito de apropiación indebida alemán (41). En el StGB, la figura del «Unterschlagung» castiga a través del parágrafo 246, la apropiación de cosa mueble ajena, de su sustancia o de su valor, con ánimo de apropiación, pero sin ataque alguno a la custodia ajena. Ésta es la interpretación de la doctrina mayoritaria alemana, que entiende la frase «que tenga en posesión o custodia» como criterio de delimitación con el hurto (42). Asimismo, la interpretación de la frase formulada por la ley, tener «en posesión» o «custodia», en alemán «Besitz» y «Gewahrsam», fue discutida en la doctrina y la jurisprudencia. *Besitz* es la posesión desde el punto de vista del Derecho Civil, y *Gewahrsam* es por el contrario la posesión penal, siendo la opinión mayoritaria que ambos conceptos deben interpretarse de manera idéntica (43).

#### b') Tipo objetivo.

El artículo 253 utiliza ahora sólo dos verbos –el verbo distraer ha sido eliminado– para expresar la acción que debe de realizar el sujeto activo; éstos son: «apropiarse» y «o negar haber recibido», pero la acción básica consiste en el *apropiarse*. En esta acción queda incluido

---

(41) El delito de apropiación indebida se regula en el parágrafo 246 del StGB. Dice así: «I. Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.» «II. Der Versuch ist strafbar.» (I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa. II. La tentativa es punible). En el apartado I se prevén dos supuestos delictivos claramente diferenciables; por una parte, el tipo básico, la apropiación indebida simple (Unterschlagung) y por otra parte una figura cualificada, la apropiación indebida en sentido estricto (Veruntreuung-Unterschlagung), caracterizada por el elemento de la confianza en la entrega de la cosa, que corresponde a los casos en los que se toma la cosa en posesión con obligación de devolverla o de utilizarla para un fin. El segundo supuesto delictivo se corresponde con la apropiación indebida del artículo 252 CP 1995, mientras que en el primero caben los casos de apropiación indebida de cosa perdida o de dueño desconocido –art. 253 CP 1995–, apropiación de cosa recibida por error del transmitente –art. 254 CP 1995– y apropiación de tesoro oculto, etc. *Vide* SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida...*, *op. cit.*, pp. 106 ss.

(42) Cfr. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, pp. 39 y 40. Bosch casa Editorial-1977.

(43) LACKNER, *StGB*, 15 Aufl., parágrafo 246. ANM, MAURACH-SCHRÖDER, *BT I*, 6 Aufl 1977, S 317. SAMSON, *SKStGB*, 3 Aufl., 1980, parágrafo 246, Rdnr.5.

el negar haber recibido. El legislador presupone *iuris et de iure* que al negar haber recibido una cosa mueble por título que obliga a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente (44). La negativa exterioriza el ánimo de apropiársela; ahora bien si concebimos la apropiación como disponer de la cosa ajena como propia, esta segunda variante del apropiarse es necesaria aunque sea como dato objetivo externo que pueda determinar la presunción de la misma.

Los títulos de recepción de una cosa mueble son de carácter ejemplificativo: «depósito», «comisión» «o custodia» –este último término nuevo añadido– lo importante es que «el título produzca la obligación de entregarla o devolverla»– en el precepto se dice «entregarlos o devolverlos» pero es evidente que al referirse a la cosa mueble debe ser «entregarla o devolverla». Dichos títulos de recepción de la cosa mueble constituyen relaciones jurídicas caracterizadas por una especial relación de confianza del que deposita en manos de otro, da en comisión o en custodia; expresan el quebrantamiento de una relación de confianza por parte del sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. Así la afirmación de «*cualquier título que genere la obligación de entrega*», no puede hacer referencia a toda obligación de entregar o devolver asumida contractualmente, ya que no se trata de criminalizar los simples incumplimientos de contratos, para los que ya el Código Civil establece sus sanciones. La finalidad de la apropiación indebida está en sancionar «aquellos incumplimientos que importen, por encima de su aspecto contractual, el quebrantamiento de una relación de confianza análoga a la que motiva el depósito, la comisión y la custodia. El legislador no hubiera mencionado estos supuestos, si ellos no fueran necesarios para interpretar la fórmula general que completa la descripción típica. Por tanto existirá título que produzca la obligación de entregar o devolver, tal y como se describe en el artículo de la apropiación indebida, «cuando las cosas hayan sido confiadas a otro para que las tenga en su posesión y se comporte respecto de ellas como lo haría el dueño de las mismas. Tal es, en efecto, el contenido de una relación de depósito, de comisión o de custodia, en la que el depositario, el comisionista, el que tiene la custodia reciben las cosas para sustituir a su titular en la custodia o la percepción de las mismas» (45).

---

(44) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español...», *Parte Especial*, 5.ª ed. Madrid-1976, pp. 357 y 358.

(45) Cfr. STS de 3 de diciembre de 1990. En el mismo sentido, STS de 9 de noviembre de 1993. La jurisprudencia viene admitiendo como títulos válidos: *el comodato* –art. 1740 CC–, *el transporte, la prenda* –art. 1857 y 1863 CC–, *la aparcería, el arrendamiento* –art.1543 CC–, *el contrato de obra* –art. 1544 CC, cuando el

Se ha suprimido como título de recepción «la administración». Pienso que ello es un error pues deben distinguirse aquellos supuestos en que se concede un poder de disposición al autor por parte del mandante o del propietario del patrimonio y el administrador abusa de sus facultades, de aquellos otros supuestos en que el propietario o mandante no da ningún poder de disposición al autor sobre el patrimonio del primero, sino que éste sólo puede efectuar actos de administración ordinaria que no incluyen actos de disposición que le están vedados y que le están reservados en exclusiva al propietario. Los primeros supuestos encajan dentro de la administración desleal, pero los segundos si se produce un acto de apropiación por parte del administrador, deben ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, pues el administrador dispone entonces de la cosa como si fuera propia. En efecto, el delito de apropiación indebida consiste precisamente en que el autor poseedor legítimo de la cosa, dispone de ella –cambia su función económica– ilegítimamente, ejerciendo una facultad que sólo corresponde al propietario, privando a éste duradera o definitivamente, de su derecho a gozarla (STS de 27 de diciembre de 1986, 13 de julio de 1988, 12 de noviembre de 1990, 7 de febrero de 1991) (46). De todos modos puede defenderse, que el título «administración» pueda seguir siendo utilizado en el delito de apropiación indebida, pues tales títulos como se ha dicho son meramente ejemplificativos, siendo lo importante y relevante que el título obligue a entregar o devolver la cosa.

La apropiación indebida cuenta en su estructura típica con dos momentos diferentes. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado. El segundo momento lo constituye una apro-

---

comitente proporciona los materiales–, *contrato de servicios*, cuando se produzca una apropiación de los medios normales para el desarrollo del servicio o trabajo; *societad*, *compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor*, por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 50/1965 de 17 de julio de venta a plazos. Sin embargo, el TS en algunas sentencias posteriores, siguiendo a un sector de la doctrina, como MUÑOZ CONDE y CASTIÑEIRA PALOU, –que sostenían que a través de dicho contrato se transmite la propiedad y por eso no cabía el delito de apropiación indebida–, así la STS de 28 de noviembre de 1992. En cambio, están excluidos del delito de apropiación, según la jurisprudencia, *la compraventa, el préstamo o mutuo*, porque transmiten la propiedad de la cosa mueble, *el depósito irregular*, que se equipara al préstamo mutuo, *el contrato de cuenta corriente y el contrato de leasing*.

(46) En el mismo sentido del texto *vide* CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado*, *op. cit.*, p. 775.

piación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido (47).

El delito de apropiación indebida debe entenderse como un delito contra la propiedad que requiere «el quebrantamiento de la especial relación de confianza, en base a la cual la cosa entra en el ámbito del dominio del autor» (STS de 3 de diciembre de 1990). En la doctrina alemana es unánime la consideración de la acción del tipo de apropiación indebida, como la «*apropiación*» que realiza el autor de un bien mueble ajeno, basándose en la propia redacción del párrafo 246: «I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o multa, y si la cosa le fue confiada, con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o multa. II. La tentativa es punible». El contenido material del término «apropiación», se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor. El concepto de «apropiación» –*Zueignung*– está constituido por dos elementos: 1. La apropiación en sentido estricto –*Aneignung*–, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2. La «*expropiación del titular*» –*Enteignung*–, que ha de ser permanente. Existe consenso en la doctrina en que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, que se consuma con la expropiación del bien mueble del titular, exigiendo algunos la causación de un perjuicio patrimonial (48).

A diferencia de la apropiación indebida debe resaltarse que, como dice Fernández Bautista, S. «las conductas de administración fraudulenta no implican la apropiación de aquellos bienes recibidos, precisamente porque el administrador que se enriquece con la administración fraudulenta de la sociedad no recibe los bienes en virtud de un título que obligue a devolverlos. Es más, el administrador no suele recibir nada. El sujeto activo de este delito únicamente ostenta un nombramiento formal –en el caso del administrador de derecho– o un poder fáctico –en el caso del administrador de hecho– que le habilita para la gestión del patrimonio social. Lo único que recibe el administrador,

---

(47) En este sentido siguiendo la jurisprudencia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, pp. 37 ss. Madrid-1997.

(48) Vide SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida...*, op. cit., pp. 93 ss.

por tanto, es *confianza*, basada en la presunción de que su gestión será llevada a cabo con la diligencia debida (art. 127 LS.A)» (49).

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la propiedad sobre bienes concretos.

b') Tipo subjetivo.

Toda la acción típica debe ser abarcada por el dolo y además debe concurrir el elemento subjetivo del injusto del *animus rem sibi habendi*, o sea, del ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo. Precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos apropiatorios de la malversación de los comportamientos en que sólo concurre un *animus utendi*, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 CP 1995) del patrimonio público, que deben subsumirse en la administración desleal.

### E) Tipos agravados

El número 3 del artículo 432 del Proyecto establece expresamente que: «Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido *alguna* de las circunstancias siguientes: a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros».

Debe destacarse que ahora las circunstancias a tener en cuenta son de carácter alternativo, basta que concorra cualquiera de las dos, ya no es necesario que deban concurrir conjuntamente como exigía el artículo 432.2 CP 1995 al utilizar una «y» en vez de una «o».

Se ha suprimido la referencia a cosas malversadas de valor histórico o artístico, así como a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, que se contenían en el artículo 432.2 CP 1995.

Finalmente se prevé en un apartado «*in fine*» un tipo super agravado castigado con pena en su mitad superior –penas de prisión de seis años y un día a ocho años y de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a 10 años –pudiéndose llegar hasta la superior en grado– ocho años y un día a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 15

---

(49) Cfr. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho Penal de Empresa* (Corcoy Bidasolo, dir.), p. 110. Pamplona 2002.

años–, para el supuesto de que el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe de aclararse que dichos tipos agravados son aplicables tanto a la malversación configurada como administración desleal, como a la malversación configurada como apropiación indebida, es decir a los dos número: 1 y 2 del artículo 432.

### III. EL ARTÍCULO 433

El artículo único, apartado Ducentésimo sexto del Proyecto establece que: «Se modifica el artículo 433 que queda redactado como sigue»:

«Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.»

El Proyecto ahora ha suprimido el perturbador apartado segundo del precepto del Anteproyecto de 2013 que decía:

«En este caso, si los hechos se hubieran cometido mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondrá una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.»

Dicho apartado segundo era de difícil interpretación tal como estaba redactado. Entendí que debía efectuarse una interpretación correctiva, de modo que el apartado primero se refería en realidad exclusivamente a los hechos regulados en el artículo 432.2, o sea la malversación apropiatoria, y ello porque si bien el texto del mismo empieza diciendo «Los hechos a que se refiere el artículo anterior» –aparentemente refiriéndose a las dos modalidades de malversación, la de administración desleal y la apropiatoria– sin embargo, al final dice: «cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores *apropiados* sea inferior a 4.000 euros, de modo que al utilizarse el término “apropiados” no deja lugar a dudas que se estaba refiriendo únicamente a la malversación en su modalidad de apropiación, pues la de administración desleal carece de actos de apropiación». También en el artículo 432.3 CP 1995 el tipo atenuado cuando la sustracción no alcanza la cantidad de 4.000 euros se refiere exclusivamente al

supuesto de sustracción de los caudales públicos, o sea, de apropiación de los mismos.

En cambio, el apartado segundo, debía ser interpretado en el sentido de que se refería única y exclusivamente a los hechos del artículo 432.1 –malversación de administración desleal cometidos mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública– y «este caso» se refiere a que el perjuicio causado o el valor de los bienes sea inferior a 4.000 euros.

Así entendido el precepto, resultaba que si el perjuicio causado o el valor de los bienes objeto de malversación era de más de 4.000 euros, se aplicaban las mismas penas –prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años– para ambas modalidades de malversación, tanto la de administración desleal como la de apropiación. Pero si dicho importe era inferior a dicha cantidad de 4.000 euros, entonces se discriminaba en las penas imponibles según la modalidad de malversación fuera apropiatoria o de administración desleal, de modo que en el supuesto de la malversación apropiatoria se castigaba con las penas de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, y en el supuesto de la malversación como administración desleal de cometerse los hechos mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondría sólo una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.

Estamos ahora, ante un tipo atenuado de malversación, tanto de la malversación configurada como administración desleal –art. 432.1– como la malversación de carácter apropiativa –art. 432.2–, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

#### IV. EL ARTÍCULO 433 BIS

Dicho artículo introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación eco-

nómica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior».

«3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

Dicho precepto no ha sido derogado por la disposición derogatoria Única del Proyecto, por lo que debe entenderse que se mantiene, salvo en lo que pudiera oponerse al Proyecto.

Por tanto formando parte del CP y no habiendo sido modificado en la reforma, no procede en este momento ocuparnos de él.

## V. EL ARTÍCULO 434

El artículo único, apartado duocentésimo séptimo del Proyecto establece que «Se modifica el artículo 434, que queda redactado del siguiente modo:

«Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.»

Se introduce en este precepto por primera vez en sede de malversación una semi-excusa absolutoria o atenuante específica por razones político-criminales: la primera razón de ellas: el objetivo pretendido por el pre-legislador de obtener la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio público por el sujeto activo del delito. La segunda es obtener la colaboración activa del autor con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Nos recuerda a lo establecido en el artículo 305.6 CP relativo al delito fiscal, número 6 introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal (50), y también a lo establecido en el artículo 579.4 del CP, relativo a los delitos de terrorismo (51).

En este precepto, deben distinguirse tres conductas distintas:

- a) Que el sujeto activo del delito de malversación haya reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público.
- b) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Y puede verse favorecido por dicha atenuante específica cualquier sujeto activo de los hechos tipificados en el Capítulo VII, por consiguiendo también los autores de malversación impropia del artículo 435 en relación con los anteriores preceptos.

Comprendemos el objetivo perseguido por el pre-legislador en la conducta *a)* de obtener la reparación íntegra de lo malversado, máxime en una situación de crisis económica como la que soporta nuestro país desde hace ya unos años. Y la persecución de dicho objetivo no deja de ser una decisión político criminal.

Debe destacarse que en el apartado *a)* no se exige el requisito temporal, como en la circunstancia atenuante 5.<sup>a</sup> del artículo 21 CP de reparación del daño, con la que se solapa al menos parcialmente, de

---

(50) El artículo 305.6 CP establece: «Los Jueces o Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

(51) El artículo 579.4 CP establece: «En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hay participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables...».

que la reparación se efectúe con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la conducta *b*) se echa de menos que la colaboración sea eficaz, lo que no se exige, así como que no se haga referencia la propia obtención de pruebas.

En la conducta *c*) tampoco se exige que el tal esclarecimiento se obtenga (52).

El Informe de la Fiscalía General del Estado recaído sobre el Anteproyecto afirma que se crea «una sensación de condescendencia con las funciones públicas, muy pernicioso para la confianza de los ciudadanos en el Derecho».

Roca Agapito, L., afirma, refiriéndose al Anteproyecto, que «esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de uno a dos años menos un día e inhabilitación absoluta de dos años y seis meses a cinco años menos un día...» (53). Dicho autor sigue diciendo: «Esto es inadmisibles tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además, esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los artículos 21.4 y 21.5 CP. Por otra parte, la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil» (54).

---

(52) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal para la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 7.

(53) Cfr. ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: Artículos 432 y ss.*, op. cit., p. 927.

(54) *Ibidem...*, p. 927.

Esta crítica ha perdido algo de virulencia, ahora al haber el proyecto aumentado, como se ha visto con anterioridad, las penas imponibles a los delitos de malversación, que pueden llegar a un máximo de 12 años de prisión y a 15 años de inhabilitación absoluta, en el supuesto de que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe remarcar además, como ha puesto de manifiesto Manzanares, con referencia al Anteproyecto, que dicho precepto podría tener efecto retroactivo al ser favorable al reo ex artículo 2.º del CP con lo que de mantenerse podría beneficiar a muchos malversadores que están cumpliendo condena por delito de malversación (55). Dicha crítica puede sostenerse incluso ahora, con referencia al Proyecto, puesto que se señalan las penas de dos a seis años de prisión para los supuestos de malversación como administración desleal y apropiativa, cuando el artículo 432.1 CP 1995 castiga la apropiativa con las penas de tres a seis años de prisión.

Finalmente, también ha puesto de manifiesto dicho autor que cabe la posibilidad de que se aplique la atenuante específica del artículo 434 por conductas de colaboración activa y luego se aplique la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5 CP.

Todo ello nos lleva a mantener –incluso con la referida agravación de las penas imponibles–, una posición crítica sobre dicho precepto, máxime en un momento en que es necesario más que nunca la lucha contra la corrupción de forma eficaz, y preceptos como éste pueden diluir o debilitar todos los esfuerzos realizados al efecto.

## VI. ARTÍCULO 435

El artículo único, apartado ducentésimo octavo del Proyecto establece que: «se añade un número 4 al artículo 435, con la siguiente mención:

4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecidos en la Ley.»

---

(55) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 7.

El Proyecto, como ya hacía el Anteproyecto, añade un número más al artículo 435 del CP. En dicho precepto se regula en general la malversación impropia, llamada así la malversación por la mayoría de la doctrina (56), si bien algunos autores optan por dar dicha denominación a las conductas de distracción en que no se da ánimo de apropiación definitiva (por ejemplo la del art. 433 CP 1995), así Queralt Jiménez, Ortiz de Urbina Gimeno, I (57).

La malversación impropia se diferencia respecto de la malversación propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio. Asimismo en el número 3 del artículo 435 se da una doble ficción, pues además de ser el sujeto activo un funcionario ficticio, el objeto material del delito tampoco es un bien o efecto público sino privado pero se le considera como si fuera público a efectos de este delito. Asimismo las conductas de apropiación o de administración desleal o de distracción a otros fines diferentes a la función pública de los artículos 432 y ss. les son aplicables extendiéndoles las penas señaladas en dichos preceptos.

El artículo 435 CP 95 viene regulado así:

«Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.»

Es importante aclarar que las conductas de administración desleal o de apropiación en que puede consistir la malversación, reguladas en los artículos anteriores, son extensibles a sujetos que no son funcionarios públicos a efectos penales, debiéndose imponer las mismas penas que las señaladas en dichos preceptos.

---

(56) Así ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*. *Op. cit.*, p. 281 ss. y nota 5, p. 25. SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación...*, *op. cit.*, pp. 832 ss. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal...*, *op. cit.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Madrid-1990, p. 390, nota 296, etc.

(57) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona-1996, p. 673. También ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La malversación», en *Lecciones de derecho penal*, p. 343, ed. Atelier, 2011.

En los dos primeros números el sujeto activo es un particular asimilado legalmente al funcionario, mientras que el objeto es siempre un bien o efecto público.

En el núm. 1 es nuclear el verbo «encargar», que debe entenderse como *encomienda específica sobre unos determinados bienes* y con un alcance delimitado. El encargo podrá tener como contenido la gestión, la administración, la custodia o la inversión de caudales públicos. «Por cualquier concepto» debe entenderse cualquier título de los referidos (también el mandato, el depósito, la comisión, etc.). Y dicho encargo debe ser efectuado por autoridad o funcionario público competentes. Así pueden ser sujetos activos a título de ejemplo particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación, contratado laboral de empresa pública que prestaba sus servicios como encargado de confeccionar nóminas de los empleados y de llevar la contabilidad de la sociedad, que se apoderó de los cheques que tenía a su cargo ingresando en su cuenta corriente el importe de los mismos (STS de 5 de febrero de 1993); el vigilante de un museo que se halla encargado de custodiar determinados bienes de una sala, una auxiliar de caja en las oficinas de recaudación Municipal, cuyo concesionario era un particular (STS de 14 de mayo de 1990); titular de una Administración de Loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos (SAP Santa Cruz Tenerife de 28 de mayo de 1997), personal de las entidades bancarias colaboradoras en el cobro de impuestos y tributos, etc.

En el núm. 2 el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. No se trata de unos depositarios cualquiera, sino que deben estar «legalmente designados», es decir que la designación debe constar en una norma jurídica, que es lo que distingue este supuesto del núm. 3 del artículo 435 en el basta la designación por autoridad pública.

Es el caso del habilitado-graduado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores (STS de 30 de noviembre de 1992).

En el número 3.º el sujeto activo es un particular administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Este es el supuesto más evidente de malversación impropia, al darse la doble ficción de funcionario y de bien público, cuando el sujeto no es ni un funcionario ni los bienes son públicos, pero el CP los asimila a funcionario y efectos públicos.

Es el llamado «quebrantamiento de depósito» que ha dado lugar a numerosa jurisprudencia. En realidad, late la idea de desobediencia a la autoridad, y algún autor considera que dicho precepto debe ser tras-

ladado junto a los delitos de alzamiento de bienes, por ser el bien jurídico protegido los intereses de los acreedores (58). El supuesto más común es el nombramiento por autoridad pública –ej. un juez– del deudor de los bienes propios embargados como depositario, de modo que si enajena dichos bienes embargados incurre en este delito de malversación impropia.

Pues bien, tras examinar someramente los 3 números del artículo 435 CP 1995, ahora nos corresponde examinar el nuevo número 4 añadido por el Anteproyecto y mantenido por el Proyecto.

Un sector de la doctrina (59), así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, consideran que el nuevo número 4 es innecesario, al entender que en el núm. 3 ya tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. El referido informe dice que «hay que recordar que el nombramiento de un administrador concursal por la autoridad judicial tiene como finalidad principal asegurar los bienes de la masa de cara a la satisfacción de los créditos, y que con la aceptación del cargo el administrador concursal asume obligaciones específicas de administración y custodia del patrimonio a él confiado, por lo que no hay duda de que los bienes que gestiona se encuentran bajo depósito judicial o secuestro. No hay que olvidar que el artículo 1785 del Código Civil establece que el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro. Por tanto, los administradores concursales lo son respecto de bienes secuestrados por autoridad pública, como ya dispone el artículo 435.3.º CP vigente, lo que hace inexplicable la necesidad del supuesto que el Proyecto, siguiendo el Anteproyecto, pretende introducir. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el delito de malversación impropia del artículo 435.3.º CP a los administradores judiciales (STS núm. 2395/2001, de 12 de diciembre)...» (60).

---

(58) Así ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: Artículos 432 y ss.*, *op. cit.*, p. 928. Dicho autor dice también que así, con el desplazamiento del precepto a los delitos de alzamiento de bienes, se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

(59) *Vide* ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación...*, *op. cit.*, p. 928.

(60) El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice al referirse al artículo 435.4 que «su tratamiento penal se basa en las funciones de índole pública que les están legalmente encomendadas en determinados ámbitos, lo que, en criterio de este Consejo, justifica que queden incluidos en el ámbito de aplicación del referido delito».

## VII. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 438

En el Código Penal de 1995, bajo el Capítulo VIII «De los fraudes y exacciones ilegales», dentro del Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», se incluye el artículo 438 que establece que: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

En el Anteproyecto no se tuvo en cuenta para nada dicho precepto, sin que se efectuara esfuerzo alguno o se diera explicación alguna para ajustar la reforma a dicho precepto o resolver el posible concurso con el artículo 432, lo que fue criticado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, que llegó a decir que «Da toda la impresión de que el Anteproyecto ha olvidado, simplemente, que existe en el Código Penal vigente el delito de apropiación indebida cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo, que es un tipo separado del de malversación, y, por tanto, ha ignorado los problemas concursales que el mismo puede presentar con la nueva regulación. De modo que ha creado un galimatías en el que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas».

Ahora el Proyecto lo que ha hecho en el artículo único del apartado Duodécimo noveno es modificar el artículo 438, que queda redactado como sigue:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.»

Así, pues, el Proyecto, al suprimir el delito de apropiación indebida del artículo 438, resuelve de un plumazo todos los problemas, a veces, irresolubles planteados por la nueva configuración del delito de malversación.

De este modo, el funcionario público que cometa una apropiación indebida que afecte a la propiedad o patrimonio privado ajenos deberá ser castigado por el artículo 253 o en su caso por el artículo 252 si es

un supuesto de administración desleal, con aplicación, en su caso, en ambos casos de la agravante genérica del artículo 22.7.<sup>a</sup> de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, mientras que si dicha apropiación indebida afecta al patrimonio público cometerá un delito de malversación del artículo 432.1 o 2.

## VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo dedicado al estudio de la reforma de la malversación por el Proyecto de Código Penal de 2013, cabe extraer:

1.º Lo acertado de la reforma de establecer *ex novo* en el Código Penal español, lo que eminentes miembros de la doctrina española reclamaban hace ya unos cuantos años, como E. Bacigalupo(61), De La Mata Barranco(62), Silva Castaño, M.<sup>a</sup> L.(63), un nuevo delito genérico de Administración desleal, que afecta a patrimonios individuales ajenos, ubicado dentro de los delitos contra el patrimonio, y no sólo en el estricto ámbito societario como hace el Código Penal de 1995 en el artículo 295, que por cierto la reforma deroga, trasladándolo de hecho al nuevo artículo 252. De este modo y mediante el adelgazamiento del delito de apropiación indebida del artículo 252 CP 1995, del que se suprimen la frase «*distrajereren dinero,efectos, valores,..o activo patrimonial*», así como el término «*administración*», se da una solución dogmática más idónea a los supuestos, por ejemplo, de «distracción del dinero como cosa fungible», cuyo bien jurídico afectado es claramente el derecho de crédito y por ello el patrimonio, pues cuando se entrega el dinero por su titular transmite la propiedad del mismo como cosa ultra-fungible en virtud del artículo 1753 del Código Civil(64), perdiendo la propiedad el que

---

(61) Bacigalupo, E., «Protección Penal del patrimonio societario: la necesidad de un delito de Administración Desleal en el derecho penal español», *Actas de las Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedeman*, p. 25, Universidad Autónoma, Madrid, 1992.

(62) DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela Penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, p. 101, Editorial PPU, S. A., Barcelona, 1994.

(63) Cfr. SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida...*, *op. cit.*, siguiendo a E. Bacigalupo.

(64) El artículo 1753 del Código Civil español dice: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

entregó el dinero, que adquiere el sujeto activo del delito (65), de modo que el delito de apropiación indebida de cosa mueble se reduce a ser un delito cuyo único bien jurídico es la propiedad –art. 348 Código Civil (66)–, cual acontece en derecho penal alemán.

2. El nuevo artículo 254.1 –que introduce el artículo único, apartado Centésimo quincuagésimo quinto del Proyecto siguiendo el Anteproyecto con una nueva redacción (67)– (que al parecer pretende sustituir a los arts. 253 –apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido– y 254 –apropiación de cosa recibida por error del transmitente– del CP 95, y abarcar los supuestos de apropiación de tesoro oculto, etc.), adolece de una falta muy grave de taxatividad, que puede provocar serios problemas concursales (68), y puede producir una muy elevada inseguridad jurídica. En efecto, parece indicar la frase: «*fuera de los supuestos del artículo anterior*», que se refiere al delito de apropiación indebida sin quebrantamiento de la relación de confianza entre el sujeto pasivo y el activo, pues en el artículo 253 se regula el delito de apropiación indebida con quebrantamiento de dicha relación de confianza. Pero tienen razón Castro Moreno-Gutiérrez Rodríguez cuando dicen que «leyendo el precepto, es difícil excluir del mismo las conductas del hurto, por ejemplo» (69). Dicho nuevo precepto nos recuerda el primer párrafo del parágrafo 246 del StGB alemán que dice: «El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropie ilegalmente, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o multa...». Pero el nuevo artículo 254.1 ni siquiera exige que el sujeto activo tenga en posesión o custodia un bien mueble ajeno. Como mínimo debería exigirse tam-

(65) Vide MANJÓN-CABEZA, *Nuevo enfoque del delito de apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*, p. 225. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Editorial Civitas, S.A. 1988.

(66) El artículo 348 CC dice: «La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El Propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

(67) El nuevo artículo 254 dice así: «1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a dos meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros».

(68) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ: «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», *op. cit.*, p. 777, en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*.

(69) *Ibidem*, p. 777.

bién esto último, es decir que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa mueble ajena (70). Por ello entendemos que debería concretizarse más dicho precepto.

3. En cuanto al delito de malversación, debe destacarse que la remisión que se hace por el nuevo artículo 432 a los nuevos artículos 252 –delito de administración desleal del patrimonio individual ajeno– y 253 –delito de apropiación indebida–, puede entenderse como una *acentuación del carácter patrimonial* del delito de malversación. Es cierto que un sector doctrinal representado por Bajo Fernández-Pérez Manzano, M. (71), por ello, por entender la malversación como un delito patrimonial, criticaban la severidad de las penas que contenía la malversación frente a las del delito de apropiación indebida, que consideraban desproporcionadas. Sin embargo, creo que *el péndulo ha ido de un extremo al otro, pasando de una máxima penalidad a una penalidad insuficiente*, aunque mucho más claramente en el Anteproyecto que en el Proyecto en que las penas imponibles a los delitos de malversación se han aumentado considerablemente respecto de las del Anteproyecto. Así de castigarse la malversación con hasta la pena de reclusión menor –de doce años y un día a veinte años de prisión– en el Código Penal de 1973, a llegarse prácticamente a la impunidad si se mantiene el nuevo artículo 434 –tipo privilegiado o excusa semiabsolutoria– en que es posible la rebaja de la pena hasta dos grados. Tal vez *una solución intermedia* es que sólo se permitiera una rebaja en un grado. En la lucha contra la corrupción política no puede darse mensaje alguno de tibieza, sino que el mensaje a dar es el de tolerancia cero a dicho fenómeno, aunque con una aplicación proporcionada de las penas.

4. En mi opinión es acertada la supresión del apartado segundo del artículo 433 del Anteproyecto, porque debía efectuarse una interpretación correctiva para paliar la defectuosidad de su redacción, cuya interpretación literal era prácticamente imposible.

---

(70) ASÍ SILVA CASTAÑO, M.<sup>a</sup> L., *El delito de apropiación indebida...*, op. cit., pp. 106 ss. y 204. Dicha autora sostiene que el artículo 252 CP 95 contiene la regulación de un delito de apropiación indebida cualificado por el quebrantamiento de la relación de confianza entre sujeto pasivo y activo del delito; mientras que el párrafo primero del párrafo 246 –*Unterschlagung*– regula un tipo básico que no requiere dicho quebrantamiento de la relación de confianza, que sí se requiere en el párrafo segundo del párrafo 246 que contiene un tipo cualificado que requiere dicho quebrantamiento –*Veruntreuung-Unterschlagung*–, al igual que sucede en el artículo 252 CP 1995. Y afirma que en el primer párrafo del párrafo 246 podrían cobijarse los supuestos de apropiación indebida de cosa perdida o de cosa entregada por error, etc.

(71) Vide BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, M., *Manual de derecho Penal, Parte Especial. Delitos Patrimoniales y Económicos*, p. 412, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.

También considero acertada la supresión del delito de apropiación indebida del objeto del artículo 438 CP 95, en la nueva redacción dada por el Proyecto, que el Anteproyecto se había olvidado de modificar, y así se evitan los irresolubles problemas concursales del artículo 438 con el delito de malversación del artículo 432.2.

5. Finalmente, en mi opinión, es totalmente acertado mantener los delitos de malversación entre los delitos contra la Administración Pública, por cuanto el bien jurídico afectado no es sólo la propiedad pública en la malversación de carácter apropiativa o apropiatoria, o el patrimonio público en la malversación en su modalidad de administración desleal del patrimonio ajeno, agravado por la condición de funcionario público del sujeto activo con el deber de custodia de los bienes públicos, sino también el correcto funcionamiento de la función pública, entendida como servicio público, en la relación funcionario-ciudadano, en concreto, la correcta gestión del erario público para poder atender a los servicios públicos, es decir, la capacidad prestacional con carácter funcional. Y eso constituye un «plus» respecto de los delitos contra la propiedad o el patrimonio, que debe ser valorado en el señalamiento de las penas, que explica unas mayores penas que las señaladas a los delitos meramente patrimoniales.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J.: «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona, 1958.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 195-215. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *La realización arbitraria del propio derecho*. Editorial Civitas, S.A., 1976.
- *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*. Madrid. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1975.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López Barja de Quiroga: «La malversación como delito de administración desleal», en *La Administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 113-144. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.<sup>a</sup> Teresa: *Ventas a plazos y apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1983.
- CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanc, 2013.

- DE LA MATA, Norberto J. y ETXEBARRIA, Xabier: *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, S.A. 1995.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía)*. T. Jurisprudencia 2 de 1997.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*. Valencia, Tirant lo Blanc, 1996.
- FERNÁNDEZ, Bautista, Silvia. «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la Empresa*, pp. 109-129. Pamplona, 2002.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Apropiación indebida de dinero», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 147-161. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», en *Diario la Ley* núm. 8104, Sec. Doctrina, 13 de junio de 2013, año XXXIV, La Ley 3031/2013, pp. 1-9.
- MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 2000.
- «Comentarios al Código Penal». Reforma LO 5/2010 artículos 432 y ss. pp. 938-953. En *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El delito de administración fraudulenta*. Editorial Praxis, 1996.
- ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 1999.
- «Delitos de malversación artículos 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, pp. 921-928. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico González, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, 1988.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa; «La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios», en *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2 (2.º semestre de 1998). Editorial McGraw-Hill, pp. 173. Madrid, 1997.
- SAINZ-PARDO CASANOVA, José A.: *El delito de apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, casa editorial, S.A., 1978.
- SILVA CASTAÑO, María Luisa: *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*. Dykinson, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid, Edisofer, S.L., Libros Jurídicos Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Infracciones de uso*. Madrid. Ed. Akal, 1988.

*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios  
jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as.  
Del Río Prada c. España (21/10/2013)

DANIEL RODRÍGUEZ HORCAJO (\*)

Profesor Ayudante de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN**

*Tras un repaso de los fallos nacionales en relación con la «doctrina Parot», el presente trabajo pretende analizar los cambios para el ordenamiento nacional y para la propia jurisprudencia del TEDH que se pueden derivar de la STEDH as. Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013. Estos son fundamentalmente dos. Uno con menos trascendencia de la que se le ha dado, en relación con la consideración como pena de una medida nacional, a efectos de vincularla o no a los requerimientos del artículo 7 CEDH. Otra, mucho más importante, en relación con la prohibición de retroactividad de los cambios jurisprudenciales.*

Palabras clave: «Doctrina Parot», intangibilidad de resoluciones judiciales firmes, principio de legalidad, ejecución de la pena, irretroactividad, cambios jurisprudenciales.

**ABSTRACT**

*After a deep review of national court rulings in relation to the «Parot doctrine» this paper aims to analyse the changes that may arise from the European Court of Human Rights judgment in Del Río Prada v. Spain of 21 October 2013, for national legislation and for the ECHR jurisprudence itself. These changes are basically two. The first one, which has been given more importance than it deserves, concerns the consideration of a national measure as a penalty, in order to link it to the requirements of the article 7 ECHR.*

---

(\*) daniel.rodriguez@uam.es

*The other change, much more significant than the previous one, relates to the prohibition on retroactivity of the jurisprudential developments.*

Keywords: «Parot doctrine», intangibility of final judicial decisions, principle of legality, enforcement of the penalty, non-retroactivity, jurisprudential developments.

SUMARIO: I. Introducción.–II. El nacimiento de la «doctrina Parot».–III. Con pocas noticias desde Madrid. Las SSTC 39 y 40/2012 como paradigma. III.1 La STC 40/2012, de 29 de marzo, como formulario general de contestación a los recursos de amparo promovidos en esta materia. III.2 La STC 39/2012, de 29 de marzo: la excepción sutil o la suerte de tener un juez más hablador.–IV. Con noticias desde Estrasburgo: SSTEDH as. Del Río Prada c. España de 10 de julio de 2012 y 21 de octubre de 2013. IV.1 Vulneración del artículo 7 CEDH. IV.2 Vulneración del artículo 5.1 CEDH.–V. ¿Hay vida después de Estrasburgo?–VI. Algunas reflexiones sobre el concepto de pena a los efectos del artículo 7 CEDH: la vida en Estrasburgo seguirá casi igual.–VII. Nuevas ideas sobre la retroactividad de los cambios jurisprudenciales: la vida cambiará en muchos Estados miembro del Consejo de Europa.–VIII. *Post scriptum*.–IX. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La denominada «doctrina Parot» es una de esas creaciones jurídicas que tienen tantas caras como personas que la observan. A lo largo de este artículo veremos cuántas somos capaces de diferenciar, pero sea como sea, la realidad es que en España ha sido un asunto tremendamente observado y comentado. Sin embargo, el resultado de esas reflexiones ha estado polarizado en dos grandes bloques: de un lado, la opinión pública (1), los representantes políticos (2) y los Tribunales

(1) Dentro de la misma, y por razones en parte lógicas, quienes más han defendido la «doctrina Parot» han sido las asociaciones de víctimas del terrorismo (vid. [http://www.eldiario.es/politica/AVT-Estrasburgo-quebrado-democracia-derrotada\\_0\\_188281462.html](http://www.eldiario.es/politica/AVT-Estrasburgo-quebrado-democracia-derrotada_0_188281462.html), última visita: 14 de febrero de 2014). Sin embargo, no es aventurado el afirmar que no hacen más que reflejar el clima que se vive en la sociedad española en su conjunto.

(2) Según el Ministro de Interior, Jorge Fernández Díaz, y ya una vez que el TEDH se había pronunciado de forma firme sobre la vulneración por parte de la aplicación de la «doctrina Parot» de los artículos 5.1 y 7 CEDH, la misma es «*justa con las víctimas y extraordinariamente útil en la lucha contra el terrorismo*» (vid. [http://politica.elpais.com/politica/2013/10/21/actualidad/1382359520\\_502596.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/10/21/actualidad/1382359520_502596.html), última visita: 14 de febrero de 2014). En ese mismo momento, el propio Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, decía acerca de la STEDH as. Del Río Prada c. España: «*no me gusta nada. Es injusta y equivocada*» (vid. <http://politica.elpais.com/politica/2013/10/24/actuali>

nacionales (3) han sido defensores de su elaboración y aplicación a los casos en los que procedía según su criterio; de otro, la doctrina penalista mayoritaria ha ido elevando el tono contra esta jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) que es considerada como «*un paso en la dirección incorrecta*» (4).

Hasta llegar a Estrasburgo, dicha doctrina fue creada por el TS, lo que analizaremos brevemente en el epígrafe segundo, y obtuvo el refrendo del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) a su aplicación (aunque eso no sucedió en todos los casos) (epígrafe III). El cuarto irá referido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, TEDH) en el asunto Del Río Prada c. España. Por último, tras analizar las consecuencias en clave nacional de las resoluciones europeas (epígrafe V), se cerrará el artículo con unas breves reflexiones sobre el concepto de «pena» a efectos de la garantía penal recogida en el artículo 7 CEDH, y sobre la retroactividad de los cambios jurisprudenciales (epígrafes VI y VII).

## II. EL NACIMIENTO DE LA «DOCTRINA PAROT»

Hasta el 28 de febrero de 2006, el ordenamiento español entendido en su conjunto no dejaba lugar a dudas. A los delitos cometidos antes

---

dad/1382618243\_268696.html, última visita: 14 de febrero de 2014). Días antes del fallo definitivo del TEDH, Mariano Rajoy afirmaba en el Congreso de los Diputados que «*la llamada doctrina Parot es una interpretación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Nosotros estamos a favor de la interpretación de los tribunales españoles porque es justa y distingue a quien está condenado por un delito frente a los que lo están por veintidós o veintitres*». (Vid. [http://politica.elpais.com/politica/2013/10/16/actualidad/1381906577\\_296662.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/10/16/actualidad/1381906577_296662.html), última visita: 14 de febrero de 2014).

(3) *Vid. infra*.

(4) ORTS BERENQUER, E., *ReCrim*, p. 43, n. 24. Además, CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, pp. 257-292; LLOBET ANGLÍ, M., 2011, *pássim*; CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, *pássim*; Queralt Jiménez, J. J., *Intersecciones*, pp.124-133; Martín Pallín, J. A., *AJA*, *pássim*; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, *pássim*; MUÑOZ CLARES, J., *RGDP*, *pássim*; DÍAZ CREGO, M., *TRC*, *pássim*. Aunque parte de la doctrina se ha mostrado a favor, *vid. NIS-TAL BURÓN, J., AJA*, pp. 4-5 y 7. Es de resaltar en este punto la visión de Tajadura Tejada que refleja perfectamente la idea que predomina en la opinión pública española, aunque revestida (muy discutiblemente) con argumentos jurídicos: «*Desde un punto de vista jurídico, la principal objeción a la doctrina expuesta [...] consiste en su supuesta inconstitucionalidad por no respetar derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1978 [...]. En todo caso, y esto es lo que quisiera subrayar en este apartado, la doctrina Parot resulta la más adecuada desde la óptica del respeto a los principios fundamentales del Estado de Derecho. Para decirlo con mayor claridad y contundencia, la doctrina Parot resulta constitucionalmente obligada en la medida en que es la única que garantiza la plena vigencia de un valor superior del Estado Constitucional –la Justicia– y de un principio esencial del Estado de Derecho: el principio de proporcionalidad de las penas*» (TAJADURA TEJADA, J., *CRP*, pp. 104-105).

de la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (en adelante, CP'95), les era de aplicación el Código Penal de 1973 (en adelante, CP'73). Y en lo que nos interesa, sus disposiciones eran claras. El artículo 69 CP'73 establecía la obligación de imponer al culpable de dos o más delitos (concurso real de delitos) todas las penas correspondientes a las distintas infracciones. Cuando éstas no pudieran ser cumplidas simultáneamente, como sucedía en el caso de acumulación de penas de prisión, debían imponerse siguiendo su orden de respectiva gravedad (art. 70.1.<sup>a</sup> CP'73), y siempre teniendo en cuenta que el delincente no podía cumplir una pena total superior al triple del tiempo de la pena más grave impuesta, y, en todo caso, nunca una superior a treinta años (art. 70.2.<sup>a</sup> CP'73). A esto, había que añadirle dos cuestiones adicionales. La primera es que el artículo 70.2.<sup>a</sup> *in fine* CP'73 preveía que «*la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo*». La segunda es que, en un intento de vaciar las prisiones y de aprovechar una mano de obra gratuita (5), el CP'73 instauró el beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo. El mismo tenía un régimen sencillo, estableciéndose la obligación de abonar un día para el cumplimiento de la pena por cada dos de trabajo (art. 100 CP'73) (6).

El único fleco que quedaba suelto era el que se convirtió en central en la STS 197/2006, de 28 de febrero: en el caso de un concurso real de delitos tal que lleva a una suma de penas superior a los treinta años, los beneficios penitenciarios y en especial la redención de penas por el trabajo, ¿se aplican sobre el máximo de cumplimiento previsto en el artículo 70.2.<sup>a</sup> CP'73 o sobre la suma de penas impuestas? (7).

Sin embargo, este punto había sido aclarado convenientemente por los aplicadores del Derecho, resultando especialmente relevante la STS de 8 de marzo de 1994, que refiriéndose exactamente a uno de estos casos, afirmaba: «*Según el fallo (de la Audiencia Provincial) se excluyen los beneficios penitenciarios que podrían operar sobre el*

(5) ORTS BERENGUER, E., *ReCrim*, pp. 42-43 (en especial *vid.* n. 23); TAJADURA TEJADA, J., *CRP*, p. 100.

(6) Como decimos, el abono era obligatorio, quedando sólo fuera de este régimen tan beneficioso los delincuentes que quebrantasen la condena o intentasen quebrantarla, y aquellos que observasen de manera reiterada mala conducta (art. 100 *in fine* CP'73). También hay que destacar aquí que la regla prevista en el artículo 100 CP'73 podría ser incluso aún más benévola, pudiéndose redimir extraordinariamente un día de prisión por cada día de trabajo (*vid.* art. 71.3 del Reglamento del Servicio de Prisiones de 1956, de 2 de febrero –vigente en el momento de comisión de los delitos–).

(7) *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2011, p. 481.

*límite máximo, que habían de operar sobre el total de la condena (veintiocho años de reclusión mayor por el asesinato y dieciséis años de reclusión menor por la violación). Se olvida por el Tribunal de instancia que la pena señalada en el artículo 70.2 del Código Penal, el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas. Se trata de una interpretación realizada por el órgano a quo contra reo y que por ello debe proibirse [...] Sobre la pena resultante, que podría ser el triple de la más grave de las sanciones o bien el límite de treinta años, cuando aquél exceda de ese límite, es donde deben operar los beneficios penitenciarios y no distinguir, donde la ley no distingue y contra reo y con choque frontal a lo señalado en el artículo 25.2 del texto constitucional» (8). Por lo demás, tanto la práctica judicial menor como la práctica penitenciaria venían aplicando este mismo criterio de manera pacífica (9).*

El Tribunal Supremo decidió, en un contexto social candente y claramente en contra de la excarcelación de terroristas con un amplio historial delictivo a sus espaldas (10), virar el rumbo del precedente (11). Dicho viraje se produjo en la STS 197/2006, con la que resolvía el recurso de casación contra el Auto de la Audiencia Nacional (12) (en adelante, AN) por el que se refundían las condenas del terrorista de la banda ETA, Henri Parot (13). Mientras que por un lado casaba la sentencia de instancia, entendiendo, a diferencia de lo que hacía la AN, que todas las condenas de Parot debían refundirse en una

(8) STS de 8 de marzo de 1994 (ponente: José Manuel Martínez Pereda Rodríguez), FJ 5.

(9) LLOBET ANGLÍ, M., 2011, pp. 902-903; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Intersexiones*, p. 135; MARTÍN PALLÍN, J. A., *AJA*, p. 1; DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 2; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, p. 387; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *DLL*, p. 3; NISTAL BURÓN, J., *RAD*, p. 3; el mismo, *DLL*, p. 8, n. 6; MORENO PÉREZ, A.; GOICOECHA GARCÍA, P., y VICENTE MÁRQUEZ, L., *SyDH*, p. 2. Llobet Anglí incluso recoge más resoluciones del propio TS en las que mantenía exactamente la misma postura (vid. LLOBET ANGLÍ, M., 2011, p. 902).

(10) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, p. 379; ORTS BERENGUER, E., *ReCrim*, p. 41; CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, p. 240; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Intersexiones*, p. 125; CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, p. 55; la misma; 2013, pp. 751; DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 10; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *DLL*, p. 2

(11) «Corregir [...] la interpretación que, hasta ese momento, se seguía sobre el cumplimiento de las condenas acumuladas jurídicamente», según NISTAL BURÓN, J.; *DLL*, p. 2.

(12) AAN 975/2005, de 26 de abril.

(13) Terrorista que tenía a sus espaldas un historial delictivo extensísimo, lo que le llevó a estar condenado a una suma total de 4.769 años, 10 meses y 16 días de privación de libertad (vid. CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, pp. 240-241).

sola en aplicación del artículo 70 *in fine* CP'73 (14) (la AN había refundido todas las condenas en dos bloques con un máximo de cumplimiento de treinta años cada uno –los delitos cometidos entre 1978 y 1982, y los cometidos entre 1984 y 1990, respectivamente– ya que entre uno y otro había un lapso temporal de dos años en los que el terrorista se había desvinculado de la célula a la que pertenecía y no había llevado a cabo ninguna actividad delictiva), por otro, y sin solicitud de parte, se pronunciaba sobre cómo debían aplicarse los beneficios penitenciarios en caso de acumulación de penas. Literalmente, el TS establecía que «*la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones dispuestas en la regla segunda del artículo 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante*» (15). A esta conclusión se llegaba por diversos argumentos ya muy tratados por la doctrina (16), y que no discutiremos ahora.

Teniendo en cuenta que ya habían pasado casi 16 años desde la comisión del último delito de Parot, era ineludible que la STS 197/2006 contuviese alguna referencia a la posible retroactividad desfavorable que contenía. La mayoría de los Magistrados lo solucionan en un par de líneas, afirmando que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia propia del TS no reconocen aplicable la garantía de irretroactividad en lo desfavorable a las decisiones judiciales. Los tres Magistrados que firman el Voto particular a la STS 197/2006 (17) intentan esquivar este argumento, afirmando que lo que aquí hay no es un cambio jurisprudencial sin más, sino una aplicación retroactiva del artículo 78 CP'95 [en su redacción dada por la LO 7/2003 (18)] a hechos cometidos entre 1978 y 1990.

(14) STS 197/2006, FJ 5.

(15) STS 197/2006, FJ 4.

(16) Un análisis profuso de la STS 197/2006 en LLOBET ANGLÍ, M., 2011, pp. 898-909; CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, pp. 242-257; ORTS BERENGUER, E., *ReCrim*, pp. 27-38; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, pp. 387-390; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., 2006, pp. 874-880.

(17) Los Magistrados de la Sala II del TS José Antonio Martín Pallín, Joaquín Giménez García y Perfecto Andrés Ibáñez.

(18) Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de Medidas de Reforma para el Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas. Sobre la misma, con amplias críticas

A resultas de todo esto la excarcelación de Henri Parot se retrasó en tantos años como los que ya había redimido mediante su trabajo, haciendo que en la práctica tuviese que cumplir íntegramente en prisión los treinta años previstos como máximo de cumplimiento por el CP'73 (19). Dicho sujeto, recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional (alegando la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE–, a un proceso con todas las garantías –art. 24.2 CE–, a la legalidad penal –art. 25.1 CE–, a la igualdad en la aplicación de la ley –art. 14 CE–, y a la libertad –art. 17 CE–), que sin ningún reparo y de manera ciertamente discutible, inadmitió dicho recurso de plano por defectos procesales (20).

*vid.* LLOBET ANGLÍ, M., *InDret, pássim*. La crítica, pero desde un punto de vista contrario, pues entiende que con ella sólo se consigue un cumplimiento íntegro de las penas (y eso también sucedía antes de su promulgación) pero no efectivo, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *DLL, pássim*.

(19) Nótese aquí que el TS opta por la solución más difícil entre las posibles. Si la idea final era conseguir la no excarcelación de este sujeto, la AN ya había propuesto un mecanismo incluso aún más gravoso (ORTS BERENGUER, E., *ReCrim*, p. 39): la acumulación de todas las condenas en dos bloques diferenciados, lo que hubiese llevado a un máximo de cumplimiento de 60 años a los que descontar los beneficios penitenciarios siguiendo la práctica habitual. Sin embargo, el TS no acepta esta solución (entiende además que «carece de cualquier fundamento» –STS 197/2006, FJ 5–), a mi entender por dos motivos. En primer lugar, por mantener su doctrina sobre la conexidad de los delitos (una conexidad entendida de manera muy amplia, ya que «según esta interpretación, son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podían haber sido enjuiciados en un solo proceso» – LLOBET ANGLÍ, M., 2011, p. 897; así también NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, pp. 381-382; DÍAZ CREGO, M., *TRC*, pp. 581-582; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., 2006, p. 862; NISTAL BURÓN, J., *DLL*, p. 5; extensamente sobre la misma *vid.* CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, pp. 270-282–) de tal modo que este caso particular no pudiese incidir en resoluciones futuras. En segundo lugar, por crear una doctrina general para todos los casos en los que se enfrentara a penados con amplias condenas (la solución de la AN era exclusivamente aplicable al peculiar historial delictivo de Parot y, sin embargo, el TS sabía que a partir de ese momento se iba a empezar a enfrentar a la excarcelación de los terroristas más activos de la banda terrorista ETA) que consideraba más justa (en palabras del TS «carecería de cualquier lógica que por tal regla (la de acumulación de condenas y descuento de los beneficios penitenciarios sobre el límite máximo de cumplimiento) *significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos*» –STS 197/2006, FJ 4–). Parece que el TS quiere mantener una doctrina sobre conexidad que podría ser discutible y para ello crea una solución (eso sí, general –y donde se dice general, léase general para los casos que eran preocupantes para el TS, el Gobierno y la sociedad en su conjunto–) que no hace sino complicar las cosas aún más.

(20) ATC 179/2010, de 29 de noviembre. El recurso de amparo de Parot fue inadmitido por no haber agotado la vía judicial ordinaria previa, ya que no interpuso recurso de anulación de actuaciones frente a la propia Sala II del TS antes de dirigirse

### III. CON POCAS NOTICIAS DESDE MADRID. LAS SSTC 39 Y 40/2012 COMO PARADIGMA

#### III.1 La STC 40/2012, de 29 de marzo, como formulario general de contestación a los recursos de amparo promovidos en esta materia

El TC se ha enfrentado ya a una buena lista de recursos de amparo de sujetos condenados bajo la vigencia del CP'73, y a los que con posterioridad a la STS 197/2006 se les retrasó la fecha de licenciamiento definitivo por aplicarse la redención de penas por el trabajo sobre cada una de las penas impuestas y no sobre el máximo de cumplimiento de 30 años. Dicho retraso se produjo en virtud de resoluciones de la AN que aprobaban las nuevas fechas de licenciamiento definitivo aplicando la «doctrina Parot», y, por tanto, apartándose de su previo normal proceder.

Si bien es cierto que el TC no ha resuelto de manera unánime todos ellos, sí lo es el que ha resuelto de la misma manera la inmensa mayoría de los mismos. Y, además, los ha resuelto desestimando el amparo solicitado, descartando la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), a la libertad (art. 17.1 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Para hacer un breve resumen nos basaremos en los argumentos sostenidos por el TC en la STC 40/2012(21), que por lo demás ha fungido como plantilla para las demás sentencias desestimatorias dictadas por el Alto Tribunal.

El punto central de la STC es la desestimación del recurso en relación con la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), descartando las dos alegaciones realizadas por las partes (el Ministerio Fiscal también interesó la estimación del recurso por vulneración del derecho a la legalidad, entre otros). En primer lugar, el TC afirmó, paradójicamente siguiendo jurisprudencia del TEDH(22), que «no nos encontramos en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE, que es el de la interpretación y aplica-

---

al TC (cuestión de actualidad reciente, tras la STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2).

(21) Para un análisis pormenorizado de la jurisprudencia del TC en esta materia *vid.* DÍAZ CREGO, M., *TRC*, pp. 585-599; DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, pp. 5-21; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, pp. 390-395; ALCÁCER GUIRAO, R., *RDCE*, pp. 933-934; MUÑOZ CLARES, J., *RGDP*, pp. 6-11; NISTAL BURÓN, J., *DLL*, pp. 9-11.

(22) Con cita expresa a las SSTEDH as. Grava c. Italia, de 10 de julio de 2003, y as. Gurguchiani c. España, de 15 de diciembre de 2009.

ción de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista [...] sino en el de la ejecución de una pena privativa de libertad, cuestionándose el cómputo de la redención de penas por el trabajo, sin que de la interpretación sometida a nuestro enjuiciamiento se derive ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto» (23). Es decir, todas las medidas relativas a la ejecución de la pena privativa de libertad que no supongan el cumplimiento de una pena más grave que la prevista inicialmente en la ley no entran en la órbita de la garantía de irretroactividad de disposiciones desfavorables, dejando manos libres tanto al legislador como a los intérpretes de las normas (24). En este caso, tanto antes como después de la STS 197/2006 la pena a cumplir era de treinta años, por lo que no habiéndose modificado dicho máximo, esta petición no podía prosperar.

En segundo lugar, el TC rechaza la idea de la aplicación retroactiva del actual artículo 78 CP'95, ya que lo que hace el TS no es esto sino aplicar la normativa vigente en el momento de los hechos, «si bien con una nueva interpretación de la misma que, ciertamente, acoge el criterio de cómputo consagrado expresamente en el artículo 78 CP 1995, pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los artículos 70.2.<sup>a</sup> y 100 CP 1973» (25). Unido a esto, el TC recuerda que los cambios en la jurisprudencia previa no deben ser analizados desde el punto de vista de la legalidad penal, sino desde la igualdad en la aplicación de la ley, y en este sentido, tampoco aprecia la vulneración del artículo 14 CE, ya que no se encuentra enjuiciando el cambio producido por la STS 197/2006 en relación con el precedente sostenido por el TS previamente, sino el cambio que se produjo en el proceder de la AN a la hora de calcular las fechas de excarcelación de sujetos con un historial delictivo dilatado. Y este último Tribunal no cambió de criterio a la hora de calcular las redenciones de pena por el trabajo ni por voluntarismo selectivo ni de manera inmotivada, sino aplicando una nueva doctrina elaborada por el TS, máximo intérprete de la ley (26).

---

(23) STC 40/2012, FJ 6.

(24) Para parte de la doctrina, como NISTAL BURÓN en el caso de cambios en la forma de ejecución (ya sea por cambio legislativo o interpretativo) no hay «*retroactividad auténtica*», que se daría cuando hay una aplicación a situaciones consolidadas, sino «*sólo retrospectión*», o aplicación a situaciones futuras (NISTAL BURÓN, J., *RAD*, p. 2). Crítico con esto, DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, pp. 15-16.

(25) STC 40/2012, FJ 6.

(26) STC 40/2012, FJ 6. Sin embargo, si el TC hubiera admitido a trámite el recurso de amparo interpuesto por la representación de Henri Parot, esta solución no

Para finalizar, y entremezclando el derecho a la libertad con el de la tutela judicial efectiva (27), el TC se pronunció sobre este último. Según el artículo 24.1 CE se impide «a los jueces y Tribunales, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, revisar el juicio efectuado en un caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad [...]. 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 aquella» (28). Y aunque la intangibilidad de una resolución judicial no sólo afecta al fallo sino también a su *ratio decidendi*, el TC es incapaz de encontrar ninguna resolución previa en la que la AN u otro órgano de ejecución hubiese realizado, estudiando el caso recurrido en amparo, un juicio que petrificase un criterio diferente y más beneficioso sobre cómo computar el beneficio de la redención de penas por el trabajo en el caso de refundición de condenas (29).

La no vulneración de ningún derecho fundamental reconocido en la CE llevo al TC a cerrar la última posibilidad nacional de reparación para la mayoría de los condenados a los que se aplicó la «doctrina Parot». Sin embargo, y como decíamos antes, el TC sí que amparó a, por lo que se alcanza, cuatro sujetos en esta misma situación (30), encontrando una diferencia sutil que cambió radicalmente la solución final.

---

habría sido tan evidente. En todo caso, y aunque probablemente con mayor esfuerzo, el TC habría llegado a la misma conclusión. Como destaca VIDALES RODRÍGUEZ, el TC sólo requiere que el Tribunal que decide cambiar su jurisprudencia lo argumente suficiente y razonablemente, pero no entra a analizar la suficiencia y razonabilidad de los motivos que llevan a dicho cambio. Continúa diciendo que «*es perfectamente comprensible la precaución mostrada a fin de no quedar convertido en una tercera instancia. Sin embargo, debería perder este temor, sobre todo en aquellos casos en los que el cambio de criterio afecta a otros derechos fundamentales, como la libertad. Y es que una variación jurisprudencial injustificada o injustificable no sólo frustra las expectativas que pudiera tener un sujeto de recibir el mismo trato que los demás, sino que, por ende, menoscaba la seguridad jurídica y repercute en el principio de legalidad al impedir que con anterioridad a la realización del comportamiento típico, el ciudadano pueda prever las consecuencias de su actuar*» (VIDALES RODRÍGUEZ, C., 2001, pp. 101-102).

(27) STC 40/2012, FJ 7.

(28) STC 40/2012, FJ 8.

(29) STC 40/2012, FJ 9.

(30) SSTC 39, 57 y 62/2012, de 29 de marzo, y STC 113/2012, de 24 de mayo.

### III.2 La STC 39/2012, de 29 de marzo: la excepción sutil o la suerte de tener un juez más hablador

El caso resuelto en la STC 39/2012 era un supuesto casi idéntico al analizado anteriormente. Por ello, el TC también desestimó las quejas en relación con la vulneración del derecho a la legalidad penal y a la igualdad en la aplicación de la ley (31).

Ahora bien, donde existía una pequeña diferencia era en uno de los autos que la AN había dictado en el marco de la ejecución de la pena privativa de libertad del recurrente. En el auto por el que se decidía si procedía la aplicación retroactiva más beneficiosa del nuevo CP'95 o si por el contrario el Código más beneficioso era el de 1973, la AN sostenía que «pese a que, aplicando el nuevo Código Penal, el límite de cumplimiento sería de 25 años, no procede modificar las penas impuestas, pues ni lo ha solicitado el penado, ni ello le resultaría beneficioso, pues comportaría la pérdida del derecho a obtener redenciones con posterioridad al 25 de mayo de 1996» (32), y para llegar a tal conclusión había tomado como referencia la liquidación de la pena que le había remitido el centro penitenciario, en donde tanto la redención de penas por el trabajo como los días cumplidos en prisión preventiva, se descontaban sobre el límite máximo de cumplimiento de treinta años. Así, entiende el TC que el criterio de cálculo de los beneficios penitenciarios sí se incorpora en una resolución judicial

(31) STC 39/2012, FJ 3.

(32) AAN de 28 de mayo de 1997. Es un caso idéntico al enjuiciado en la STC 57/2012, en la que existía un auto de la AN que declaraba lo que sigue: *«ponderando que aunque, con arreglo al nuevo Código, el límite de cumplimiento sería de 25 años de prisión por aplicación de su artículo 76.1.a, [...], es más favorable no obstante el Código antiguo, en cuanto que permitirá al penado gozar de las redenciones posteriores al 25 de mayo de 1996»* (AAN de 23 de marzo de 1998). Parcialmente diferente es el caso enjuiciado en la STC 113/2012, ya que aquí las resoluciones sobre la aplicación de uno u otro Código, y, por tanto, del beneficio de la redención de penas por el trabajo, no se recogen en un auto de la AN sino en las dos sentencias condenatorias que son posteriores a la entrada en vigor del CP'95. Así, la SAN de 22 de enero de 1997 ordena aplicar *«la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal para fijar el tiempo máximo de cumplimiento, excepto para el caso en que llegado el momento de la liquidación de condena, los acusados no hubieran dado lugar a redención de penas por el trabajo, supuesto en el que podría resultar más beneficioso el límite establecido en el artículo 76 de la LO 10/95, que procedería aplicar»*. Por su parte, la SAN de 28 de enero de 1997 resuelve a favor de la aplicación del CP'73 *«puesto que por las normas concursales, la pena a aplicar conforme a ambos textos legales se traduce en un máximo de treinta años y siempre será más favorable el que otorga la posibilidad de redimir las penas por el trabajo»*.

firme, para servirle de *ratio decidendi* (33), y como esto, y no sólo el fallo, también se beneficia de la garantía de intangibilidad, el auto posterior de la AN por el que se aplicaba la «doctrina Parot» (y, por tanto, que cambiaba el método de descuento de los beneficios penitenciarios previamente recogido en una resolución judicial firme -en este caso incluso del mismo órgano judicial-) vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva (34). La lesión de este derecho fundamental hace que, una vez que el condenado había cumplido la pena resultante siguiendo los términos previstos inicialmente, todo el exceso de cumplimiento provocado por la aplicación de la «doctrina Parot» vulnerase su derecho a la libertad, ya que aunque la privación de la misma había nacido de un supuesto previsto en la ley, el título que la legitimaba había desaparecido y la misma se mantuvo en el tiempo (35).

Esta STC, como muchas de las que fueron abocadas al Pleno del TC, es acompañada por un voto particular de la Magistrada Asua Batarrita que, amén de ser un vaticinio claro de lo que posteriormente sucedería en Estrasburgo en relación con el derecho a la legalidad penal, denunciaba lo que a su parecer era un proceder formalista en materia de intangibilidad de resoluciones judiciales (36), ya que la mayoría de los Magistrados sólo se fijan en si en alguna resolución judicial dictada durante la ejecución de la pena se hacía una mención

---

(33) Esto era evidente porque, como destaca el TC «sólo de ese modo (teniendo en cuenta el método de cálculo previo a la «doctrina Parot») puede entenderse más beneficioso- como hace el órgano judicial- el límite máximo de cumplimiento de treinta años previsto en el Código penal anterior frente al de veinticinco años establecido en el Código penal de 1995» (STC 39/2012, FJ 7).

(34) STC 39/2012, FJ 7. Como afirma DÍAZ CREGO, «la parquedad del razonamiento del tribunal sentenciador en algunos autos de revisión de condena ha jugado de forma decisiva en contra de ciertos recurrentes en amparo» (DÍAZ CREGO, M., TRC, p. 597). Sea como sea, hay que destacar aquí que esta tacha de inconstitucionalidad ya había sido apuntada parcialmente por LLOBET ANGLÍ, M., 2011, p. 910.

(35) STC 39/2012, FJ 8. Muy crítica con esta solución, DÍAZ CREGO, que a pesar de que se muestra de acuerdo con estos fallos que aceptan el amparo no entiende como «dada la notable extensión de la pena de privación de libertad que habían sufrido todos los demandantes, el TC no se plantea la posibilidad de que la libertad personal se hubiera vulnerado de forma autónoma, esto es, aún sin que se hubiera producido la violación del resto de derechos alegados por los recurrentes. [...] Dicho más claramente, cabía perfectamente argumentar que el cambio jurisprudencial quedaba fuera del ámbito de aplicación del artículo 25 CE porque no se refería a la pena, sino a la ejecución de la misma, y, paralelamente, analizar la legalidad de tales medidas desde la perspectiva del artículo 17 CE» (DÍAZ CREGO, M., TRC, pp. 598-599).

(36) Así también, DÍAZ CREGO, que recuerda al TC que la mayoría de las resoluciones judiciales no hacían referencia a la forma en que se debían descontar la parte de pena redimida por el trabajo porque se sobreentendía que la regla era la que se venía utilizando tradicionalmente (DÍAZ CREGO, M., TRC, pp. 585-586 y 592-593).

expresa al artículo 100 CP'73 y a su forma de descuento, olvidando lo que sucedía en la realidad (la aplicación sistemática de los beneficios penitenciarios sobre el máximo de cumplimiento) (37).

Resulta curioso si además se comparan los autos en los que la AN decidía si procedía la aplicación del CP'95 como más beneficioso en relación con todos los sujetos que recurrieron en amparo. Para no salirnos de lo aquí expuesto, simplemente transcribiremos la parte del AAN que corresponde al recurrente en la STC 40/2012: «no procede modificar la pena impuesta al penado, pues el límite máximo de cumplimiento de los treinta años establecido resulta igualmente aplicable a tenor del artículo 76.1.b) del nuevo Código Penal» (38). Es difícil entender que en esta resolución no se encuentre implícita una forma de descontar los días redimidos por el trabajo que coincidía con el quehacer habitual de los Tribunales antes de la «doctrina Parot» (39).

Un supuesto aparentemente intermedio entre los analizados en las SSTC 39 y 40/2012 es el enjuiciado en la STC 62/2012, de 29 de marzo. En él no existía ninguna resolución de la AN en el que se hablase expresamente sobre la aplicación del método de cálculo tradicional sino que la AN ya se había pronunciado de manera firme sobre el día definitivo de licenciamiento del recurrente, sin aplicar la «doctrina Parot» (40). El posterior auto del mismo Tribunal por el que se retrasaba la excarcelación en aplicación de lo dictado en la STS 197/2006 vulnera, en opinión del TC, el derecho a la tutela judicial efectiva ya que «sólo cabe concluir que se ha modificado una resolución judicial firme, sin mediar recurso legal» (41). Pero la resolución modificada sólo recogía el criterio de cálculo anterior a la «doctrina Parot» de manera implícita, y en ese sentido es imposible de diferenciar este caso de lo que sucedía en lo enjuiciado en la STC 40/2012. Aunque optar en estos casos por una «mera» vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva era una manera tibia de proceder, quizá este debería haber sido el camino que el TC habría debido recorrer para

---

(37) Voto particular de la Magistrada ASUA a la STC 39/2012, apartado 6. Sin embargo, y a pesar de ello, hay que estar con DÍAZ GÓMEZ y aceptar que el TC, a la hora de reconocer qué tipo de resoluciones judiciales son intangibles, ha sido bastante más generoso de lo que lo es el TS (DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, pp. 19-20). Sobre el proceder del TC en esta materia, *vid.* DÍAZ CREGO, M., *TRC*, pp. 593-597.

(38) AAN de 9 de abril de 1997.

(39) Entre otras cosas porque no es diferente a lo que la AN decía en su SAN de 28 de enero de 1997 y que, como decíamos en la n. 32, dio lugar a que el TC reconociese la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes.

(40) Providencia de la AN de 19 de noviembre de 2008.

(41) STC 62/2012, FJ 3.

amparar a todos los sujetos a los que se les aplicó la «doctrina Parot», porque todos tenían una resolución judicial en la que explícita o implícitamente se recogía una forma habitual de actuación, cual era la de descontar los beneficios penitenciarios del máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 70.2.<sup>a</sup> CP'73.

#### IV. CON NOTICIAS DESDE ESTRASBURGO: SSTEDH AS. DEL RÍO PRADA C. ESPAÑA DE 10 DE JULIO DE 2012 Y 21 DE OCTUBRE DE 2013

Inés del Río Prada fue, al igual que Henri Parot, una destacada terrorista de ETA de la década de los '80 (la llamada «época de plomo» de esta banda terrorista). Al igual que sucedía con Parot, sus condenas superaban los tres mil años de prisión y sus penas fueron refundidas por la AN teniendo en cuenta la duración máxima prevista en el artículo 70.2.<sup>a</sup> CP'73 (42). También, al igual que a su compañero de armas, se le aplicó la «doctrina Parot» para retrasar su excarcelación en 9 años frente a lo inicialmente previsto. Ella también recurrió ante el TC en amparo, y el TC también desestimó su recurso, en este caso por «*falta de relevancia constitucional*» (43).

Pero la representación de Inés del Río no consideró satisfecha su queja una vez agotada la vía nacional, y encontró en Estrasburgo una la última instancia a la que recurrir, toda vez que los Tribunales españoles no habían considerado lesionado ningún derecho fundamental. Y Estrasburgo mandó noticias, noticias que no pueden ser consideradas sino buenas para todos (44). Y lo hizo en doble instancia. Primero resolvió el asunto la Sección Tercera del TEDH (45) y posteriormente, tras recurso del Gobierno español frente a la primera STEDH (46), la

(42) AAN de 30 de noviembre de 2000.

(43) Providencia del TC de 17 de febrero de 2009. Destaca DÍAZ CREGO que, aunque hubiese sido admitido, habría sido resuelto de forma negativa, ya que no había ninguna resolución judicial del caso que recogiese de forma explícita el criterio de cómputo del beneficio penitenciario en cuestión (DÍAZ CREGO, M., *TRC*, p. 600).

(44) «*El TEDH no se ha posicionado a favor de los terroristas. El TEDH se ha puesto del lado del ciudadano al preservar una de sus garantías básicas frente al ejercicio estatal del Derecho Penal*» (SOLAR CALVO, P., *DLL*, p. 2).

(45) STEDH as. Del Río Prada c. España, de 10 de julio de 2012 (en adelante, STEDH as. Del Río c. España '12).

(46) Realmente las decisiones del TEDH no admiten recurso, pero, sin embargo, se acepta que las partes puedan solicitar la remisión del asunto ante la Gran Sala, aceptándolo ésta si «*plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a*

Gran Sala (47). Por su similitud, haremos una exposición simultánea de ambas, tomando como referencia la última STEDH por ser la definitiva y tener un razonamiento más detallado.

La recurrente alegó en esta sede la vulneración de los derechos a la legalidad penal (art. 7 CEDH) y a la libertad (art. 5.1 CEDH), siendo reconocidos ambos como lesionados por el proceder de la AN de aplicar retrospectivamente la «doctrina Parot» elaborada por el TS.

#### IV. 1 Vulneración del artículo 7 CEDH

El artículo 7.1 CEDH recoge las dos garantías tradicionales derivadas del principio de legalidad: no hay delito sin ley, no hay pena sin ley. En este caso, la primera garantía no es puesta en cuestión, pues tanto Inés del Río como todos los penados que se vieron en su misma situación, fueron condenados conforme a la ley nacional vigente en el momento de la comisión de sus delitos (el CP'73), y así lo reconoce el propio TEDH (48). Lo que si resulta cuestionado es la segunda de las garantías.

Para saber si se impuso una pena distinta a la prevista por la ley en el momento de la comisión del delito, el TEDH opta por su tradicional procedimiento en dos pasos. En primer lugar, analiza el concepto «pena» para saber si nos encontramos en el radio de actuación del artículo 7 CEDH, y, en segundo lugar, analiza el concepto «ley», para ver si la garantía prevista en este segundo inciso del artículo 7 CEDH se ha respetado.

En cuanto al concepto «pena», entendiéndolo como un concepto autónomo del CEDH, se opta por una visión material «*más allá de las apariencias*» (49). De este modo cualquier medida estatal puede ser considerada como pena atendiendo a los criterios que el TEDH proclamó por primera vez en el asunto Welch (50): el punto de partida es que la medida se haya impuesto tras una condena penal, y a partir de ahí hay que atender a la caracterización de la misma en derecho nacional, su naturaleza y objetivo, su procedimiento de ejecución, y su

---

*la aplicación del Convenio o sus protocolos, o una cuestión grave de carácter general»* (arts. 43.1 y 2 CEDH).

(47) STEDH as. Del Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013 (en adelante, STEDH as. Del Río c. España '13).

(48) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 94.

(49) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 81.

(50) STEDH as. Welch c. Reino Unido, de 9 de febrero de 1995.

severidad (51). Por otro lado, hay que distinguir las medidas que son «penas» de aquellas que simplemente inciden en la ejecución de las mismas. En relación con este último aspecto, lo más complicado de catalogar son las medidas que cualquier poder del Estado toma con posterioridad a la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento. Sin embargo, el TEDH no considera a éstas automáticamente como medida de ejecución de la pena, en tanto que las mismas pueden redundar en la redefinición o modificación del alcance de la «pena» impuesta (52). Una vez más hay que ir a la naturaleza de las cosas y ver qué era materialmente la «pena» impuesta en el momento de la condena, atendiendo a la ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en dicho momento (53).

Una medida que supere el *test Welch* y que no incida simplemente en la ejecución de una sanción, será «pena» en relación con el artículo 7 CEDH y, por tanto, tendrá que cumplir, entre otras, con la garantía de irretroactividad (54).

Si bien el CP'73 no recogía ninguna fórmula de aplicación de los beneficios penitenciarios en caso de acumulación de condenas, el TEDH considera que esto si era algo pacífico tanto en la jurisprudencia como en la práctica penitenciaria (55). Por tanto, en el momento de comisión del delito (e incluso en el momento en que la AN refundió las penas) y teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico nacional en su conjunto, la «pena» no era la del máximo de cumplimiento, sino la del máximo de cumplimiento menos los días redimidos por trabajo [institución ésta, la de la redención de penas por el trabajo, que, por otra parte, estaba prevista en el propio CP'73, tenía una incidencia muy importante y además era de aplicación obligatoria (56)] (57). La «pena» entendida así era además razonablemente previsible para la condenada (58).

(51) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 82; STEDH as. Del Río c. España '12, para. 48.

(52) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 89.

(53) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 90.

(54) LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, p. 9; EL MISMO; *EUi*, p. 495.

(55) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 97-98.

(56) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 101. Ciertamente, lo que sucedía es que «*el quantum del límite máximo de los treinta años de condena quedaba convertido ope legis, de no concurrir determinadas incidencias en la ejecución, como mal comportamiento o intento de fuga, en veinte años de cumplimiento efectivo*» (NISTAL BURÓN, J., *DLL*, p. 7).

(57) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 103.

(58) El TEDH parece someter aquí al máximo de cumplimiento, al beneficio penitenciario de redención de penas por el trabajo, y a su forma de aplicación, al *test*

Una vez fijado lo que se consideraba como «pena» en el momento de la comisión del delito, el TEDH analiza si la aplicación de la «doctrina Parot» modificó el alcance de la primera o si simplemente modificó la ejecución de la misma. Teniendo en cuenta que (a) la discusión que se produjo en el seno del procedimiento de revisión de la fecha de excarcelación no fue sobre el *quantum* de las redenciones procedentes sino sobre qué elemento debía servir de base para su descuento, (b) la aplicación de la «doctrina Parot» en un caso como este de suma de penas desorbitadas hace que el beneficio penitenciario quede sin ningún efecto útil (las redenciones de penas a las que tenía derecho quedan sin ninguna incidencia y la pena a cumplir vuelve a ser, sin remedio, de treinta años), y que (c) este proceder va más allá de la mera política penitenciaria; el TEDH considera que no nos encontramos ante una medida de ejecución de la pena sino ante una redefinición del alcance de la «pena» impuesta (59). La pena en el momento de la ejecución, como había sido definida por el TEDH (treinta años menos los días redimidos por trabajo), quedaba transformada en una pena de treinta años sin posibilidad de ninguna redención (60).

Por todo ello, esta medida debe ser considerada como «pena» a efectos del artículo 7 CEDH. Y una vez que el TEDH lo sitúa como una actuación relevante desde el punto de vista del derecho a la legalidad penal, pasa a analizar la «ley» que regulaba este supuesto, para dilucidar si ha habido retroactividad desfavorable y, por tanto, lesión de este derecho.

El TEDH entiende que la noción de «ley» que utiliza el CEDH en su artículo 7 comprende tanto la ley material como su desarrollo jurisprudencial y, además, lo relevante no es sólo su previa existencia sino que también recoge unas exigencias cualitativas que se cifran en sendos requerimientos de accesibilidad y previsibilidad (61). De esta manera, la garantía penal se incumple si hay una aplicación retroactiva de una ley/jurisprudencia que impone una pena desfavorable, o si la ley/jurisprudencia que la impone no era accesible o previsible en el momento de la comisión del delito. En concreto, y en relación con la jurisprudencia, el TEDH acepta la necesidad de su evolución, pero

---

*Welch* de manera implícita, utilizando al menos las notas de imposición de la medida tras una condena penal, naturaleza y severidad.

(59) STEDH as. Del Río c. España '13, paras. 105-109.

(60) Como dice QUERALT JIMÉNEZ sobre la generalidad de estos casos, «*lo que se altera no es el nomen de la pena, sino su quantum material, esto es, quantum de afflictividad, pues deviene ex post facto más afflictiva que al momento de la ejecución del hecho punible*» (QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Intersecciones*, p. 121).

(61) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 91.

exige que los cambios sean «*coherentes con la sustancia del delito y razonablemente previsibles*» (62).

Teniendo claro que aquí no hubo una aplicación retroactiva del artículo 78 CP'95 (63) ni de ninguna otra ley formal, el TEDH entra a analizar el cambio jurisprudencial en la interpretación de la norma vigente en el momento de la comisión de los delitos. La duda que surge es si existía una tendencia evolutiva en la jurisprudencia en el momento de la comisión del delito que permitiese a la condenada prever razonablemente el eventual cambio de interpretación (64). Y teniendo en cuenta que (a) la nueva interpretación surgió mucho después de la comisión del último delito (1987), de su enjuiciamiento (2000) y de la decisión de acumulación de penas (2000), (b) el proceder contrario a la «doctrina Parot» era el unánimemente seguido por la administración penitenciaria, los operadores jurídicos e incluso por el propio TS, y que (c) el cambio jurisprudencial se produjo diez años después de que la norma estuviese ya derogada (65); se debe afirmar que «en el momento en que se han dictado las condenas de la demandante y en el que la misma ha recibido la notificación de la resolución de acumulación y límite máximo, nada indicaba la existencia de una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia que fuera en el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006» (66).

Este giro interpretativo imprevisible para la recurrente (67) tuvo como efecto la modificación desfavorable de la pena que la misma cumplía, por lo que el TEDH concluye con la vulneración del derecho a la legalidad penal recogido en el artículo 7 CEDH.

## IV. 2 Vulneración del artículo 5.1 CEDH

Sin embargo, las alegaciones de la representación de Inés del Río no quedaron en la vulneración del derecho a la legalidad penal sino que también vieron en la aplicación de la «doctrina Parot» una vulneración del derecho a la libertad recogido en el artículo 5.1 CEDH, puesto que la detención posterior a la fecha en la que procedería la

(62) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 93.

(63) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 116. Esto no queda tan meridianamente claro en la STEDH inicial (*vid.* STEDH as. Del Río c. España '12, para. 62).

(64) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 112.

(65) STEDH as. Del Río c. España '13, paras. 112-114.

(66) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 117.

(67) Sobre la imprevisibilidad del cambio jurisprudencial, *vid.* ALCÁZER GUIRAO, R., *RDCE*, pp. 936-937.

excarcelación (según la forma habitual de proceder de la AN antes de 2006) desconocería las exigencias de legalidad y de respeto al procedimiento establecido por la Ley.

El TEDH considera que, además de que una privación de libertad sólo es aceptable si entra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 5.1 CEDH, ésta debe realizarse ajustándose a las normas sustantivas y procesales del Derecho nacional, que a su vez deben ser accesibles, precisas y suficientemente previsibles en su aplicación (68).

El TEDH afirma en primer lugar que en materia de derecho a la libertad no es relevante esa distinción entre pena y ejecución de la misma que se hace en sede de legalidad. Ello es así porque aquí lo relevante no es la pena fijada, sino la privación de libertad, la detención, que proviene de aquella (69). En segundo lugar, acepta que en su origen la privación de libertad fue legal, pues traía causa de una sentencia dictada por Tribunal competente [art. 5.1.a) CEDH], y se siguió el procedimiento establecido por la Ley (70). Sin embargo, el problema a analizar es el mantenimiento de la recurrente en prisión una vez que la excarcelación debía llegar siguiendo el método tradicional de descuento de las penas redimidas por trabajo, teniendo en cuenta que la liberación no llegó por aplicación de la «doctrina Parot», y que la privación se alargó nueve años desde la fecha inicialmente prevista. El centro de la cuestión entonces es analizar la «ley» que alargó el mantenimiento en prisión, aceptando que para el mismo se siguió el procedimiento fijado en el Derecho interno. Partiendo de esa visión amplia de «ley» que tiene el TEDH (ley formal y su interpretación) y las exigencias cualitativas que le reclama, no se puede más que afirmar una nueva vulneración, en este caso del derecho a la libertad. Porque la ley que privaba de libertad no era el artículo 70.2.<sup>a</sup> CP'73, sino dicho artículo interpretado según la STS 197/2006, y en conjunto, y por los mismos motivos aducidos en materia de legalidad, la demandante no pudo prever razonablemente el cambio que se produciría, es decir, no pudo prever, ni en el momento de la comisión ni en el momento de su enjuiciamiento, la duración real de la privación de libertad a la que se vería sometida (71).

---

(68) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 125. *Vid.* NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, pp. 404-405; MORENO PÉREZ, A./GOICOECHEA GARCÍA, P./VICENTE MÁRQUEZ, L., *SyDH*, pp. 5-7; DÍAZ CREGO, M., *TRC*, p. 605.

(69) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 127.

(70) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 128.

(71) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 130.

Como Inés del Río sufrió una privación de libertad superior en 9 años a lo previsto en la ley vigente (ley y su interpretación) en el momento de la comisión de los delitos, y ello se basó en un cambio interpretativo que no era razonablemente previsible en dicho momento, España también lesionó el derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH) de la recurrente (72).

## V. ¿HAY VIDA DESPUÉS DE ESTRASBURGO?

Tras la resolución definitiva del contencioso de Inés del Río contra España por la Gran Sala del TEDH, la cuestión regresó a tierras nacionales como un asunto políticamente envenenado. Hablar aquí de las reacciones políticas y ciudadanas no procede, pero sí que lo hace el destacar cuando menos que lo que sucedió fue quizá el ejemplo más moderno de la deriva del Derecho Penal garantista y, por tanto, del Estado liberal clásico (73).

Hay que subrayar que antes de la STEDH de la Gran Sala los órganos jurisdiccionales nacionales ya habían comenzado a replegar posiciones en la aplicación de la «doctrina Parot». Si bien ello se hizo como consecuencia de lo dictado por el TC y no por la primera STEDH sobre el as. Del Río Prada c. España (que desde un primer momento se vio como una resolución discutible y no firme). Como el origen del cambio traía causa de una doctrina constitucional muy restringida, los cambios fueron pocos. Sin embargo, tanto la AN como el TS frenaron en su aplicación automática de la «doctrina Parot» y analizaron caso por caso la eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente material de intangibilidad de resoluciones judiciales firmes que de ella se derivaría. Ello llevó a las primeras excarcelaciones de presos que habían sufrido en algún momento de su vida penitenciaria la aplicación retroactiva del nuevo método de descuento de los beneficios penitenciarios (74).

(72) Conviene destacar que en la demanda ante el TEDH, Inés del Río también alegó la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pues consideraba que la «doctrina Parot» era una medida destinada sólo a retrasar la excarcelación de presos que pertenecieron o pertenecían a ETA. Sin embargo el TEDH no aceptó esta reclamación, pues entendió que «los principios aplicados por la Audiencia Nacional para calcular la remisión de condena del demandante se basaron en el precedente marcado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de febrero de 2006. Este fue un precedente general y por lo tanto era igualmente aplicable a sujetos que no fuesen miembros de ETA» (STEDH as. Del Río c. España '12, para. 78).

(73) CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, p. 69.

(74) Un ejemplo claro es la STS 673/2012, de 27 de julio, en la que la Sección 1.ª de la Sala II del TS declara haber lugar al recurso de un preso frente a un auto de

Aún con esto, el vuelco se produjo con la STEDH as. Del Río Prada c. España, de octubre de 2013. Siendo una sentencia sobre la que no cabía recurso alguno, y teniendo en cuenta que la misma obligaba a la excarcelación de la demandante (75), tanto la AN como el TS se vieron obligados a reaccionar casi inmediatamente (76). Quien primero lo hizo fue la AN, que al día siguiente a la resolución del TEDH, y en aplicación de dicha sentencia, decidía excarcelar a Inés del Río y compensar la indemnización a la que España se había visto condenada con las deudas que la demandante tenía con respecto al Estado por el impago de las responsabilidades civiles derivadas de sus múltiples delitos (77). Tras ésta, vinieron otras muchas excarcelaciones, de terroristas y no terroristas, ya que la AN sostuvo y sostiene que «los pronunciamientos que realiza el TEDH claramente trascienden a la demandante y son de aplicación general a todos los casos en que se den situaciones semejantes» (78). Remata esta idea con un párrafo de lectura necesaria: «Sin duda alguna, en este momento la jurisprudencia del TEDH marca el canon o estándar internacional en el reconocimiento y protección de los derechos humanos fundamentales en Europa, con proyección a otros continentes, y constituye además el fiel de la balanza que sirve de referencia para calibrar la calidad del «Estado de Derecho» de sus países

---

la AN que denegaba la excarcelación por aplicación de la «doctrina Parot», ya que existían resoluciones previas en las que se hacía referencia expresa al método de abono de los beneficios penitenciarios previo al 2006. El colmo de lo llamativo se trasluce en la STS 746/2013, de 11 de octubre (dictadas unos días antes de la resolución definitiva del asunto por el TEDH), en la que se desestima el recurso del Ministerio Fiscal contra un auto de la AN que inaplicaba la «doctrina Parot». Se da el caso de que el recurrente ante el TS era el mismo sujeto que ya había sido amparado por el TC en la STC 113/2012, y sin embargo el Ministerio Fiscal no lo consideró suficiente como para no recurrir un auto que no hacía más que aplicar lo ya dictado por el supremo intérprete de la Constitución.

(75) El artículo 46 CEDH obliga a los Estados parte a acatar las sentencias del TEDH y a poner fin a la vulneración declarada, en su caso. Para esto último, los Estados son libres de elegir el mecanismo adecuado, aunque el TEDH se reserva la posibilidad de ofrecer un listado de opciones o incluso indicar la única medida posible a tal efecto. En el caso Del Río c. España el TEDH optó por esta última opción, obligando a España a poner en libertad a la demandante en el plazo más breve posible (*vid.* STEDH as. Del Río c. España '13, paras. 137-139).

(76) Ello a pesar de que las STEDH no son ejecutivas, sino meramente declarativas, y de que en España no hay un procedimiento específico para la ejecución de sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Sobre esta cuestión, *vid.* ALCÁZER GUIRAO, R., *RDCE*, pp. 946-950; DÍAZ CREGO, M., *TRC*, pp. 606-609; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, pp. 405-407; LOZANO EIROA, M., *RGDE*, pp. 18-23; MORENO PÉREZ, A./GOICOECHEA GARCÍA, P./VICENTE MÁRQUEZ, L., *SyDH*, pp. 9-12.

(77) AAN 61/2013, de 22 de octubre.

(78) AAN 62/2013, de 25 de octubre, FJ 5.

miembros. La aceptación y vinculación de todos los Estados del Consejo de Europa a su jurisprudencia, y no sólo de los directamente afectados por sus resoluciones, no sirve únicamente para la homogeneización del derecho europeo que compartimos, sino que especialmente constituye una de nuestras señas de identidad cultural y de civilización común europea. Separarse de ella no sólo implica una infracción de obligaciones jurídicas internacionales, [sino] también distanciarse de Europa y del sentido de su civilización» (79).

Siguiendo esta idea de la aplicabilidad general de la, podíamos decir, «doctrina Del Río», el TS publicó un Acuerdo de Sala en el que decidía dar marcha atrás y volver a su jurisprudencia tradicional, por la que, en relación al CP'73, los beneficios penitenciarios se aplicaban sobre el límite máximo de cumplimiento (80).

Por último hay que destacar que, a pesar de todo lo dicho hasta aquí, nada (o casi nada) es aplicable al sujeto que da nombre a la doctrina que ha producido tanto debate. Henri Parot se beneficiará del fallo del TEDH en relación con las condenas por hechos previos a 1990, que tenía acumuladas, y a las que habrá que descontar la redención de penas por el trabajo sobre esa cifra máxima de cumplimiento. Sin embargo, y por el mero hecho de enviar en 2001 una carta desde prisión a la cúpula de la banda terrorista ETA (81), fue condenado a una pena de once años de prisión por el delito de pertenencia a banda arma con la agravante de reincidencia (82). Como los hechos fueron cometidos bajo la vigencia del CP'95, el cumplimiento está siendo íntegro en prisión, y no saldrá en libertad hasta 2020.

## VI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE PENA A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 7 CEDH: LA VIDA EN ESTRASBURGO SEGUIRÁ CASI IGUAL

Todo el periplo judicial sufrido por la «doctrina Parot» plantea diversos problemas jurídicos y políticos. Entre todos destacan especialmente dos: la determinación del concepto «pena» a los efectos de

(79) AAN 62/2013, FJ 5.

(80) Acuerdo de la Sala II del TS, de 11 de noviembre de 2013. El Poder Judicial, en un ejercicio de responsabilidad y ante las dudas mostradas por el Ejecutivo, ha optado por una resolución general de aplicación a todos los casos, cumpliendo así con el mandato recogido en el artículo 46 CEDH.

(81) En la que, a grandes rasgos, llamaba a una actuación más contundente de la banda terrorista (una actuación que a su parecer debía dirigirse frente a «*objetivos más vitales*» de España) y aportaba algún dato para planear su huida.

(82) SAN 3/2007, de 2 de febrero.

aplicar la garantía penal derivada del principio de legalidad (art. 7 CEDH), y la aplicación retroactiva de cambios jurisprudenciales (83). A ellos dedicaré las últimas líneas.

En cuanto al primero, y como decíamos antes, el TEDH opera con el denominado *test Welch* con el que, buscando más allá de la denominación jurídica, se cataloga a una medida como «pena» en función de sus características reales (84). Este criterio poco formalista está asentado en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (85) y por ello no merece un mayor comentario (86). Sin embargo, el punto que si ha sufrido un cierto cambio en la jurisprudencia del TEDH es el de la diferenciación entre la «pena» a efectos del artículo 7 CEDH y las medidas de ejecución de la misma, que tradicionalmente no estaban sometidas a las garantías derivadas del principio de legalidad.

---

(83) Cuando menos otros dos problemas son cruciales aquí. Nos encontramos con el problema de la igualdad en la aplicación de la ley, no en relación con el cambio jurisprudencial en sí y su validez, sino en relación con el motivo que llevó al mismo, que parece no ser otro que la lucha antiterrorista (o una forma de entender la misma). Realmente es una objeción que es de poco anclaje en la garantía de los artículos 14 CE y 14 CEDH, pues como dijera el TEDH las decisiones de la AN se basaban en el precedente sentado por el TS y ello era aplicable por igual a terroristas y a no terroristas (STEDH as. Del Río c. España ' 12, para. 78). A pesar de ello es difícil esquivar la obviedad que supone el que el TS cambiase de parecer justo en un asunto tan delicado, y el devenir subsiguiente de la «doctrina Parot», que mayoritariamente se ha aplicado a presos terroristas (el propio nombre de la doctrina –así denominada por el TS en los fallos siguientes– no pone sino de relieve lo excepcional de la medida). Como dice MANZANARES SAMANIEGO, «(surgió) *la doctrina Parot para retrasar la escandalosa excarcelación de muchos terroristas, aunque aquella se extendiera también a otros delitos graves que, sin embargo, nunca hubieran llevado por sí mismos a esa reinterpretación de los preceptos legales*» (MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *DLL*, p. 3; así también, MORENO PÉREZ, A./GOICOECHEA GARCÍA, P./VICENTE MÁRQUEZ, L., *SyDH*, pp. 2 y 7-8). Es más, los casos en que terroristas no han sido el objetivo de esta nueva creación, lo han sido otros reclusos que entran dentro de ese amplio concepto de «delincuentes peligrosos» (violadores en serie, asesinos múltiples,...). Probablemente el grupo tratado de manera discriminatoria vaya más allá de los presos terroristas, pero eso no hace que no sea perfectamente demarcable. Y esto muestra el segundo de los problemas que sólo enunciaremos aquí y que tiene que ver con la forma en que los Estados miembro del Consejo de Europa pueden ordenar su política criminal. Como expresamente dice el TEDH, éste «*admite que los Gobiernos tienen libertad para determinar su política criminal, por ejemplo aumentando las penas aparejadas a los delitos [...] (pero) al hacerlo deben siempre respetar los requerimientos exigidos por el artículo 7 (CEDH)*» (STEDH as. Del Río c. España ' 13, para. 116).

(84) *Vid.* LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, pp. 7-8; El mismo, *EUi*, pp. 493-494; GREER, S., 2006, p. 240.

(85) El espaldarazo más importante a este proceder fue probablemente la STEDH as. M c. Alemania, de 17 de diciembre de 2009, paras. 124-133, en relación con la *Sicherungsverwahrung* alemana.

(86) Sobre ello, *vid.* BLEICHRODT, E., 2006, p. 653; WHITE, R. C. A./OVEY, C., 2010, p. 297.

Esta segunda idea nació en una Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, ComEDH), en la que abiertamente se decía que una modificación en la política de libertad condicional en relación con una condena a prisión perpetua «estaba relacionada con la ejecución de la sentencia como algo opuesto a la «pena», que seguía siendo la de cadena perpetua» (87). Y realmente esta afirmación como tal se ha mantenido hasta el momento presente (88), de tal modo que podemos seguir diciendo que para el TEDH lo relativo a la ejecución de la pena no está sometido a los requisitos del artículo 7 CEDH. A esto fue donde se asió el TC para afirmar que la «doctrina Parot» no entraba en el radio de actuación del principio de legalidad (89).

Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo no se quedó anclado en esta afirmación, sino que, sin negarla, la matizó en 2008 (sorprendentemente, y a pesar de los avisos de la Magistrada ASUA (90), esto no fue tomado en consideración por el TC). En el asunto *Kafkaris c. Chipre* (91), el TEDH deslizó una afirmación que ha resultado tener más importancia de la que parecería: «*sin embargo, en la práctica, la distinción entre ambas (la pena y la ejecución de la pena) no está siempre perfectamente delimitada*» (92). No dijo más, y además en dicho caso consideró que las reglas relativas a la remisión de la prisión perpetua estaban dentro del bloque de asuntos relativos a la ejecución de la pena (93).

A mi entender, hasta aquí llega la evolución de la jurisprudencia del TEDH en la materia. El as. *Del Río c. España* no es un paso más allá, sino una reafirmación de lo dicho y la aplicación a un caso diferente (94). Sin embargo, esto no es visto así por la doctrina (95), que se

(87) Dec. ComEDH as. *Hogben c. Reino Unido*, de 3 de marzo de 1986.

(88) *Vid.* STEDH as. *Del Río c. España* '13, para. 83.

(89) *Vid.* a modo de ejemplo, STC 39/2012, FJ 3.

(90) *Vid.* Voto particular de la Magistrada ASUA a la STC 39/2012, apartado 3.

(91) STEDH as. *Kafkaris c. Chipre*, de 12 de febrero de 2008.

(92) STEDH as. *Kafkaris c. Chipre*, para. 142. Esta afirmación había sido ya adelantada por parte de la doctrina (*vid.* BLEICHRODT, E., 2006, p. 657).

(93) STEDH as. *Kafkaris c. Chipre*, para. 151. *Vid.* WHITE, R. C. A./OVEY, C., 2010, p. 303.

(94) Así también, ALCÁCER GUIRAO, que entiende que además tampoco existen diferencias de fondo entre la postura del TC y la del TEDH, sino sólo de grado. Ambos parten de la misma idea (la separación entre el concepto «pena» y su ejecución) y en el caso concreto el TC «*adopta una perspectiva más rígida o formalizada de delimitación*» mientras que el TEDH «*adopta una perspectiva más flexible o material*» (ALCÁCER GUIRAO, R., *RDCE*, pp. 938-939).

(95) La cual se divide en dos bloques: por un lado aquellos que ven en la STEDH as. *Del Río c. España* '13 una separación radical de la jurisprudencia previa (NISTAL BURÓN, J.; *RAD*, p. 5); por otro, un grupo más numeroso, que considera esta sentencia como un paso más en una evolución paulatina (DÍAZ CREGO, M., *TRC*, pp. 601-602; DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 20, n. 51; CUERDA ARNAU, M. L., *RP*,

deja confundir por la resolución final del Tribunal de Estrasburgo en el as. Kafkaris (96). Allí el TEDH hizo de trileroy y mientras nadie le veía (mientras el mundo miraba al sutil cambio en materia de distinción entre «pena» y ejecución) colocó la bola debajo del cubilete de la vulneración del artículo 7 CEDH. La misma se habría producido por una falta en la calidad de la ley chipriota en materia de prisión perpetua (97). Aquí hay quien quiere ver una suerte de negación de lo dicho un párrafo después (algo así como «estamos en un supuesto de ejecución de la pena pero no estamos en un supuesto de ejecución de la pena»), como forma de salvar la contradicción evidente que supone el afirmar a la vez que una medida no forma parte del concepto «pena» a efectos del artículo 7 CEDH, pero sin embargo sí se somete a una de las derivaciones de la garantía penal prevista en él (la relativa a los requerimientos cualitativos de la ley). Creo que la contradicción es insalvable y simplemente como tal debe ser leída (98). Por tanto, el as. Kafkaris no dice más que «sigamos distinguiendo entre «pena» y «ejecución» teniendo en cuenta que esto no es algo tan automático como habíamos dicho hasta ahora» (99).

---

pp. 65-66; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, pp. 402-403; LOZANO EIROA, M., *RGDE*, p. 13). Un estudio especialmente riguroso de la «decantación» de la jurisprudencia del TEDH en la materia, en LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, pp. 6-19; El mismo, *EUi*, p. 492-506.

(96) Hay que reconocer aquí que el TEDH no ha sido nada claro a este respecto, llegando a afirmar simultáneamente que «en el asunto Kafkaris [...] el Tribunal consideró que los cambios relacionados con la ejecución de la condena eran diferentes a cambios en la pena impuesta al demandante, que seguía siendo la cadena perpetua» (STEDH as. Del Río c. España '13, para. 84) y que «en el asunto Kafkaris se aceptó que la manera en que se había interpretado y aplicado el Reglamento de Prisiones en relación con la prisión perpetua que cumplía el demandante fue más allá de la mera ejecución de la condena» (STEDH as. Del Río c. España '13, para. 85). Mientras lo primero es cierto, lo segundo no. Quizá es en esta «interpretación» de la STEDH as. Kafkaris c. Chipre donde reside el avance que algunos quieren ver en la STEDH as. Del Río c. España.

(97) STEDH as. Kafkaris c. Chipre, para. 150.

(98) En este sentido *vid.* opinión parcialmente discrepante del Juez BORREGO a la STEDH as. Kafkaris c. Chipre. También HUERTA TOCILDO, S., 2009, pp. 534-535; DÍAZ CREGO, M., *TRC*, p. 602.

(99) Es de otra opinión LANDA GOROSTIZA, que cree que en el as. Kafkaris «*El TEDH [...] trasciende una aproximación al referente de la pena como pena abstracta e integra partes de su determinación penitenciaria. [...] El TEDH decide «atraer» al artículo 7 CEDH aspectos alejados de la definición sustantiva de la pena para incorporar complementos definitorios que provienen de su determinación penitenciaria*» (LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, p. 12; El mismo, *EUi*, p. 498). Sin embargo, este autor no puede negar la «*pirueta argumental*» que el TEDH hace a continuación de esta supuesta afirmación, al aplicar las garantías derivadas del artículo 7 CEDH a un

Sin embargo el as. Del Río es diferente, al menos por dos motivos. Por un lado, porque no estamos en un supuesto de «la remisión de la condena o el cambio de régimen de excarcelación anticipada», que seguirían formando parte de la ejecución de la pena (100). Por otro, porque a diferencia de los as. Hogben y Kafkaris, la demandante no estaba condenada a prisión perpetua, sino a una pena determinada a la que obligatoriamente se le tenían que descontar los beneficios penitenciarios en virtud de una ley.

Lo primero es quizá lo más discutible, pero parece que el TEDH cataloga la redención de penas por el trabajo como un beneficio penitenciario que ni remite la condena ni es un régimen de excarcelación anticipada. Cabe la posibilidad de considerar dicho beneficio como una tercera especie que no prevé un régimen de excarcelación anticipada (esto sería básicamente la libertad condicional) ni remite la condena (pues la condena se ha cumplido «íntegramente», ya que los días trabajados se abonan para el cumplimiento de la misma –art. 100 CP’73–).

En cuanto a lo segundo, parece no ser una diferencia, pues como dice el TEDH en el as. Del Río (101), la «pena impuesta» es la prevista por el ordenamiento interno en su conjunto y según es interpretada por la jurisprudencia. Bien se podría entender que, aunque la ley concreta imponga la cadena perpetua para un delito, el ordenamiento jurídico global equipara la misma a una condena de duración determinada (como sucedía en el as. Kafkaris). En este sentido, Kafkaris y Del Río serían asuntos idénticos, pues la ley, complementada por un reglamento (Kafkaris) o por la jurisprudencia (Del Río), fijaba una condena determinada y no perpetua, y el cambio legislativo (Kafkaris) o jurisprudencial (Del Río) alargó la estancia en prisión. Lo que los diferencia es algo relacionado con el punto anterior. Cuando una persona es condenada a cadena perpetua cualquier medida legislativa que alivie la duración de la misma no puede sino caer dentro de uno de los conceptos que el TEDH ya ha dicho que forman parte de la ejecución de la pena: o forma parte de un régimen de excarcelación anticipada o es una remisión de la condena. En un caso como Kafkaris, habría remisión de la pena (en un caso como Hogben, una excarcelación anticipada en forma de *parole*) (102). En Del Río, sin embargo, la condena era de duración

---

supuesto de hecho que no estaría entre los previstos en él (LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, p. 12; El mismo, *EUi*, pp. 498-499).

(100) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 83

(101) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 96.

(102) Lo que al TEDH le parece evidente es que en el as. Kafkaris, «*en vista de las disposiciones del Código Penal no puede ser sostenido que en el momento de la comisión del delito la pena de prisión perpetua pudiera ser claramente tomada como*

determinada, de tal modo que además de excarcelaciones anticipadas y remisiones de condena, permitía un tercer grupo de medidas de incidencia (material pero no formal) sobre su duración. La discusión era entonces si esas medidas eran o no «pena». Y para dilucidarlo, el TEDH busca determinar en qué consistía la pena antes de la «doctrina Parot» para luego ver si la misma supone un cambio en la pena o sólo un cambio en la ejecución. Teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico español en su conjunto y vista la interpretación que de él se hacía, la pena prevista antes de la «doctrina Parot» «equivalía por tanto a una duración máxima de treinta años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena máxima» (103). Una vez fijado el punto de origen, se analiza el cambio, y se analiza desde un punto de vista material, de incidencia real (104). Tras dicho escrutinio, el TEDH no puede más que decir que lo que hacía la «doctrina Parot» no era cambiar la ejecución de la pena, sino redefinir su concepto. La pena a partir de entonces era «una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo» (105), por lo que se había producido una total redefinición de la misma (106).

Así es como queda la posición del TEDH: hay que distinguir pena y ejecución de ésta, aunque no siempre es sencillo. En la mayoría de los casos (y sobre todo en los trascendentales: siempre en los casos de prisión perpetua, siempre cuando haya modificaciones del régimen de libertad condicional –se aplique a la pena que se aplique–,...) se va a considerar que las medidas modificativas sólo afectan a la ejecución de la pena y por tanto no están sometidas a los requerimientos del artículo 7 CEDH (107). En casos puntuales y muy especiales, sin embargo,

---

*si tuviese una duración de veinte años de privación de libertad»* (STEDH as. Kafkaris c. Chipre, para. 149).

(103) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 103. Hay que destacar además que, a diferencia de Kafkaris, el «beneficio penitenciario» (que sí lo era realmente en el as. Del Río pero no en el as. Kafkaris) se preveía en una norma con el mismo rango normativo que la que imponía la pena (ambas eran prescripciones del CP'73), y además su aplicación era obligatoria en virtud del artículo 100 CP'73 (*vid.* STEDH as. Del Río c. España '13, para. 101).

(104) Usando un «*criterio material, sustantivo, de afección*» (LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, p. 18; EL MISMO; *EUi*, p. 505). Muy críticos con esta posición los Jueces MAHONEY y VEĤABOVIĆ en su opinión parcialmente discrepante a la STEDH as. Del Río c. España '13.

(105) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 109.

(106) LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, pp. 17-18; El mismo; *EUi*, pp. 504-505.

(107) Salvo que el TEDH opte por, en estos casos, ratificar lo hecho en Kafkaris, decir que las cosas no son lo que son, pero que se las trata como si lo fuesen (seguir con esa idea de que «*el TEDH no lo quiere decir, incluso lo niega, pero, de*

se irá a un análisis material de la medida para ver si se puede identificar como un mero cambio en la ejecución de la pena o como algo más, y decidir en consonancia si es de aplicación el artículo 7 CEDH. Por eso decía antes que no ha habido cambio en una jurisprudencia que, dejando de lado lo contradictorio del fallo del as. Kafkaris, es bastante conservadora a la hora de realizar esta diferenciación. Ha aparecido un caso que, por lo excepcional, desbordaba la mayoría de los supuestos hasta ahora planteados ante el Tribunal de Estrasburgo, y por ellos ha recibido una sentencia distinta (108). Si vuelve a aparecer otro similar, se profundizará en esta jurisprudencia, pero si no, la vida en Estrasburgo seguirá igual (109).

---

*hecho, aplica las garantías del artículo 7 CEDH a aspectos de ejecución»* –LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, pp. 13; el mismo, *EUi*, p. 499–). En este caso, igualmente, sólo podría analizar la calidad de la ley que fijaba la pena en el momento de la comisión del delito, pero nada referente a cambios posteriores (nada referente propiamente a retroactividad).

(108) Este «cambio» en la jurisprudencia del TEDH es uno de los motivos que hizo que el TC no amparase a los distintos recurrentes por vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, ya que aplicó la visión sostenida por el TEDH en ese momento. Sin embargo, esto es sólo una disculpa parcial porque el CEDH es un acuerdo de mínimos sobre la protección de los derechos fundamentales, de tal modo que el TC en la interpretación de los derechos fundamentales nacionales siempre puede ser más garantista que el TEDH en la interpretación del CEDH (el propio TC, como de alguna manera reclamaba la Magistrada ASUA, podía haber sido el primero que comenzase a transitar ese camino oscuro de la distinción entre pena y ejecución de la misma, con una visión realista y no formalista).

(109) No se puede estar de acuerdo con la siguiente afirmación de LANDA GOROSTIZA: «*Cuando el punto de partida, como en Kafkaris, es que la apariencia formal de la pena es más dura, por ejemplo, prisión perpetua, se levanta el velo y se atiende a la realidad de su contenido de conformidad con las normas y praxis de ejecución penitenciaria (máximo de 20 años), denunciando que una variación in peius posterior resulta impredecible y deviene en un defecto de «calidad», de precisión, de la ley. Cuando el punto de partida es que el contenido de la pena es nítido y se pretende endurecerla, caso M, con argumentos formales que buscan negarle el título de pena formal, simplemente se establece la violación del artículo 7 CEDH. Violación porque la «evolución» legislativa –o jurisprudencial como [...] en el caso Del Río Prada– ataca a la «calidad», la precisión y pretende imponer una pena más grave imprevisible»* (LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, pp. 15-16; el mismo, *EUi*, p. 502). Y no se puede por la primera parte del discurso. En Kafkaris se trabaja sobre una pena de prisión perpetua, y por ello el TEDH no se molesta en «levantar el velo» y dice, negro sobre blanco, que la regulación reglamentaria chipriota es pura ejecución de la pena. Lo que sucede es que aún así le aplica una garantía derivada del principio de legalidad, pero ello no puede ser entendido como un proceder lógico, sino como algo lógicamente insostenible. Esto parece aún más evidente si se analiza la jurisprudencia posterior del TEDH. En ninguna sentencia hasta nuestros días ha vuelto a recurrir a un proceder tan oscuro como el que utilizó en el as. Kafkaris. Por ello, de nuevo, no se puede estar de acuerdo con LANDA GOROSTIZA cuando afirma que tras dicho asunto, el TEDH ha condenado al menos diez veces a Estados parte

Esto lanza dos mensajes, cada cual más negativo. Por un lado, el TEDH no quiere abrir fuego contra algunas de las medidas estatales más sensibles en materia penal, y en especial contra las modificacio-

---

del CEDH por vulneración del artículo 7 debido a la modificación de medidas relacionadas con la «ejecución de la pena» (LANDA GOROSTIZA, J. M., *EUi*, pp. 500-501, n. 49). Si nos fijamos en la jurisprudencia que allí se cita, salta a la vista que quitando las dos SSTEDH en el as. Del Río Prada c. España, todas las demás sean condenas a Alemania. Si pasamos a analizarlas, vemos como todas se refieren a un mismo fenómeno: la modificación que en 2001 introdujo el legislador alemán en relación con la *Sicherungsverwahrung*, pasando de ser una medida de seguridad de imposición posterior al cumplimiento de la pena con una duración máxima de diez años, a ser una medida de las mismas características pero con duración indeterminada en el tiempo. Ello unido al §2.6 StGB («*En relación con las medidas de resocialización y seguridad, cuando no se prevé nada distinto en la ley, la ley aplicable es la vigente en el momento del enjuiciamiento*»), hizo que se alargase el tiempo de privación de libertad a sujetos condenados antes de la modificación legislativa, pero cuya condena en relación con la custodia de seguridad fue ejecutada (tras un proceso judicial) con posterioridad al mismo. Todas las sentencias posteriores se remiten a la solución dada por el TEDH en el as. M c. Alemania (SSTEDH as. Kallweit c. Alemania, de 13 de enero de 2011, para. 65; as. Mautes c. Alemania, de 13 de enero de 2011, para. 52; as. Schummer c. Alemania, de 13 de enero de 2011, para. 64; as. Jendrowiak c. Alemania, de 14 de abril de 2011, para. 45; as. O. H. C. Alemania, de 24 de noviembre de 2011, para. 103; as. K. C. Alemania, de 7 de junio de 2012, para. 78; as. G. c. Alemania, de 7 de junio de 2012, para. 69) que, en lo que nos interesa, consideraba que esta ampliación no tenía que ver sólo con la ejecución de la custodia de seguridad, sino con su propia naturaleza (que previamente, y a pesar de ser una medida de seguridad, había sido considerada por el TEDH como «pena» a efectos del artículo 7 CEDH –STEDH as. M c. Alemania, paras. 126-133–) (sobre el conjunto de la sentencia *vid.* DRENKHahn, K./MORGENSTERN, C., *ZStW*, 2012, pp. 145-157; MERKEL, G., *GLJ*, 2012, pp. 1046-1066; muy crítica con la misma, HÖRNLE, T., *NStZ*, 2011, pp. 488-493). Pero este caso no es similar a Kafkaris, puesto que aquí, como en el as. Del Río, la «pena» inicialmente prevista era de duración determinada, por lo que en su ejecución acepta medidas que no son ni de remisión de condena ni de excarcelación anticipada, y que, por tanto, pueden ser formalmente medidas ejecutivas pero materialmente modificar el contenido de la pena. Este es verdaderamente el supuesto del que bebe la sentencia que ahora analizamos, y es aún más evidente, pues aquí la modificación legislativa lo que hizo fue transformar una pena de duración máxima de diez años en una pena indeterminada, por lo que queda claro que dicha actuación ni eliminó una posibilidad de excarcelación anticipada ni eliminó una redención de pena, pero sin embargo afectó al núcleo del contenido de la pena. No sobra aquí el citar el para. 136 de la STEDH as. M c. Alemania: «*En relación con esto, el presente caso debe ser de nuevo diferenciado del as. Kafkaris [...]. El Sr. Kafkaris fue condenado a cadena perpetua en aplicación de la ley penal aplicable en el momento de la comisión del delito. No se puede decir que en el momento de la comisión la cadena perpetua pudiera ser claramente entendida como si conllevase una privación de libertad de veinte años [...]. Por el contrario, en el presente caso, las normas penales aplicables en el momento en que el demandante cometió su delito fijaban de manera clara y no ambigua la duración del primer periodo de custodia de seguridad en un máximo de diez años*».

nes en el régimen de libertad condicional (110). En su regulación y modificaciones, el TEDH deja manos libres a los Estados. Por otro, casi fomenta el recurso a la prisión permanente [siempre que sea revisable (111)], ya que los sujetos condenados a la misma pueden sufrir casi cualquier vaivén en su ejecución, y con independencia de los efectos que tenga, nunca llevará a los Estados a verse condenados por vulneración del artículo 7 CEDH.

## VII. NUEVAS IDEAS SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES: LA VIDA CAMBIARÁ EN MUCHOS ESTADOS MIEMBRO DEL CONSEJO DE EUROPA

En relación con este último tema, hay que empezar por incardinar claramente la «doctrina Parot» y su aplicación retroactiva en una de las dos grandes categorías creadas a este efecto: aplicación retroactiva de una ley, o aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial. Desde el Voto particular que acompañara a la STS 197/2006 la discusión no ha sido tan clara como debería. Allí se decía que la «doctrina Parot» no era un cambio jurisprudencial sin más, sino que lo que suponía era la aplicación, camuflada de interpretación, de las disposiciones del nuevo CP'95 (112). Si esto hubiese sido así, la solución habría sido más sencilla. Pero el hecho es que no fue. Y no fue por al menos dos motivos. Por un lado porque la nueva interpretación cabía dentro del tenor literal de los artículos 70.2.<sup>a</sup> y 100 CP'73, que nada decían sobre si la acumulación de penas se convertía en una pena con entidad independiente, ni sobre cuál era el objeto de descuento de las reducciones de penas por el trabajo (113). Por otro, porque la «doc-

(110) LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, p. 20; el mismo, *EUi*, p. 508.

(111) *Vid.* STEDH as. Kafkaris c. Chipre, para. 98. Más recientemente, STEDH as. Vinter y otros c. Reino Unido, de 9 de julio de 2013, paras. 108-109.

(112) STS 107/2006, Voto particular, apartado séptimo. Allí se calificaba la creación del TS no como «una relectura, sino una verdadera reescritura del texto del artículo 70.2.<sup>a</sup> del Código Penal de 1973 [...]. Y que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita –y retroactiva en perjuicio del reo– el artículo 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003». Esto ha sido seguido por parte de la doctrina, *vid.* ORTS BERENGUER, E., *ReCrim*, pp. 39-40; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.; *Intersecciones*, pp. 132-133; SOLAR CALVO, P.; *DLL*, p. 2; con dudas, LLOBET ANGLÍ, M.; 2011, p. 906.

(113) Así lo apunta también el TC desde su primera sentencia en la materia (STC 39/2012, FJ 3), y en esos términos es ratificado por el TEDH (STEDH as. Del Río c. España '13, para. 116). El proceder del TS cumple así con el límite fundamen-

trina Parot» y el actual artículo 78 CP'95 (114) no son iguales (115). Las diferencias pueden cifrarse en cuatro: (a) en el CP'95 desaparece la institución de la redención de penas por el trabajo, de tal manera que la regla contenida en el artículo 78 CP'95 no está pensada para un supuesto que ya no existe; (b) según el artículo 78 CP'95 sólo se aplica esta regla especial de cálculo de los beneficios penitenciarios en el caso de que la pena a cumplir (teniendo en cuenta los límites máximos de cumplimiento que se derivan del art. 76.1 CP'95) sea inferior a la mitad de la suma de las condenas impuestas, mientras que la «doctrina Parot» era ya de aplicación en el supuesto de que la suma de penas fuese igual o ligeramente superior al límite máximo de cumplimiento; (c) el artículo 78 CP'95 prevé este régimen excepcional como facultativo (116), mientras que la «doctrina Parot» era de impo-

---

tal a la interpretación en materia penal: el respeto al tenor literal del precepto, entendiéndose además que, como apunta HUERTA TOCILDO, el CEDH no deja de fijar dicha barrera (HUERTA TOCILDO, S., 2009, p. 532 y 526, respectivamente). Sin embargo, entienden que el TS fue más allá de la interpretación posible VIVES ANTÓN, T. S., 2013, pp. 772-773; CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, p. 58; LA MISMA; 2013, pp. 756-757. Sobre la dificultad para distinguir entre interpretación extensiva e interpretación prohibida, *vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., 2012, pp. 179-181.

Una cuestión diferente es la que sucede en la práctica, ya que como destaca MOLINA FERNÁNDEZ, la «doctrina Parot» se ha aplicado también a supuestos enjuiciados bajo el CP'95 (MOLINA FERNÁNDEZ, F.; 2011, p. 484). En ellos hay, como destaca este autor, una patente vulneración del principio de legalidad, ya que la interpretación que se hace de la norma vigente (art. 78 CP'95) sí que va más allá del tenor literal. Recordemos que el artículo 78 CP'95 prevé un régimen excepcional de aplicación de los beneficios penitenciarios, por lo que acepta implícitamente que existe un régimen ordinario. Así las cosas, una interpretación jurisprudencial no podría derogar de *facto* el régimen ordinario previsto (implícitamente) en la norma, sin vulnerar el principio de legalidad. Además ocurre que, como se dice después, la «doctrina Parot» es aún más estricta que el artículo 78 CP'95, por lo que su aplicación no respetaría, no sólo lo dicho implícitamente en él, sino también lo que recoge expresamente.

(114) Sobre éste, *vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2011, pp. 482-483.

(115) No es igual tampoco el marco en el que se circunscriben. Para el caso de acumulación de condenas por concurso real de delitos, el CP'73 preveía un único máximo de cumplimiento de treinta años de prisión (art. 70.2.<sup>a</sup> CP'73) mientras que el CP'95 fija ese máximo en veinte años de prisión, aunque puede ser superado en determinados casos en otros veinte años más (art. 76.1 CP'95). Este límite excepcional, por lo demás, no retrotrae a tiempos inmemoriales, pues el máximo de cuarenta años de cumplimiento fue recogido por última vez en el artículo 89.2.<sup>a</sup> del Código Penal de 1870.

(116) Si bien es verdad que en algunos supuestos su no imposición debe basarse en el cumplimiento de ciertos requisitos (arts. 76.2 y 3 CP'95), y que, en el caso de delitos de terrorismo o de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el régimen general es inaplicable y sólo cabe la eventual aplicación de un régimen intermedio más gravoso, pero menos en todo caso que el excepcional del artículo 78.1 CP'95 (art. 78.3 CP'95).

sición obligatoria siempre que se diesen sus requisitos (117); y (d) el método de cálculo no es idéntico, pues mientras la «doctrina Parot» aboga por aplicar los beneficios respecto de cada una de las penas impuestas [una por una (118)], el artículo 78 CP'95 opta por aplicarlos sobre la totalidad de las penas impuestas (119). Por todo esto se puede concluir que la «doctrina Parot» era más (era peor) de lo que es el artículo 78 CP'95. Sin embargo, y para seguir colaborando en esta búsqueda de claridad, hay que decir que ni el TC ni el TEDH se han pronunciado sobre el fondo de dicha doctrina, sino sólo sobre su modo de aplicación, de tal modo que el contenido del artículo 78 CP'95 no está en ningún caso en entredicho (y ello sería exactamente igual aun cuando este artículo fuese idéntico a la «doctrina Parot»)(120).

Una vez descartada esta primera posibilidad, el tema está perfectamente ubicado. El problema de la «doctrina Parot» en relación con el principio de legalidad penal no tiene que ver con la aplicación retroactiva de una ley, sino con la aplicación de un cambio jurisprudencial (121). Y hoy por hoy se puede decir que la doctrina mayoritaria entiende que el principio de legalidad no llega hasta ese punto, de tal manera que los cambios jurisprudenciales pueden ser retroactivos aún cuando perjudiquen al reo (122). Y ello es también así entendido por la propia jurisprudencia (123).

Sin embargo, los dictados del TEDH parecen llevar a una conclusión parcialmente distinta (124). Lo que éste Tribunal dice, más o

(117) MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2011, p. 484; NISTAL BURÓN, J., *AJA*, p. 5.

(118) Este punto es simplemente un despropósito, porque como la «doctrina Parot» no es sólo aplicable al beneficio de redención de penas por el trabajo, lleva a que otros, como la libertad condicional se apliquen de esa misma forma, lo que podría traducirse en una sucesión de entradas y salidas de prisión (CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, pp. 266-267; DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 13, n. 23; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., 2006, p. 873; NISTAL BURÓN, J., *AJA*, p. 5). De ahí que el artículo 78 CP'95 haya corregido este punto.

(119) CUERDA RIEZU, A., *CDJ*, pp. 287-288; LLOBET ANGLÍ, M., 2011, p. 906; DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 13.

(120) Lo plantea muy claramente, DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 3.

(121) DÍAZ CREGO, M., *TRC*, p. 588.

(122) Por todos, *vid.* ROXIN, C., 2006, pp. 168-169. De otra opinión, RAMOS TAPIA, M. I., 2010, pp. 142-143.

(123) Lo afirma el TS en la propia STS 197/2006, FJ 5. Más recientemente, STS 1089/2011, de 27 de octubre, FJ 2. Una selección de la jurisprudencia del TS en la materia en MARAVER GÓMEZ, M., *Vigencia temporal*, 2011, p. 65.

(124) Parece ser de otra opinión DÍAZ GÓMEZ que afirma que la solución al problema de la retroactividad de la jurisprudencia no es tan clara, sino que simplemente se deriva del concepto material de «pena» acuñado por el TEDH, «*de modo que no importaría si el aumento del número de años de prisión tiene su origen en una*

menos claramente, se puede esquematizar en varios pasos (en lo que se ha llamado «*la versión europea de la irretroactividad*» (125)):

1. A efectos del artículo 7 CEDH, la «ley» está compuesta por la ley formal más su interpretación jurisprudencial (126).
2. Sin embargo, la prohibición de retroactividad desfavorable al reo no alcanza igualmente a sus dos componentes (127).
3. Para la ley, la prohibición es absoluta.
4. Para la jurisprudencia, no. De ella sólo se tiene en cuenta aquella que es similar a un cambio legislativo atendiendo a sus efectos materiales, aquella que «crea Derecho». Y a ésta, no se le exige que no sea retroactiva sino que sea accesible y que si cambia, lo haga de manera coherente con el contenido de la norma que interpreta y de manera previsible.

En relación con los tres primeros puntos, hay poco que comentar. Si entendemos que el TEDH es un tribunal transversal a dos sistemas jurídicos muy diferentes (*Civil Law* y *Common Law*) (128), es normal que abandone uno de los requisitos tradicionales del «principio de legalidad continental», cual es el de *lex scripta* (129). Esta visión más amplia es, además, más garantista, pues en relación con los países del *Common Law* somete a su jurisprudencia y a los cambios en el precedente a unos requisitos mínimos derivados del principio de legalidad, y en relación con los países del *Civil Law* extiende las garantías deri-

---

*Ley aplicada retroactivamente o en una resolución judicial*» (DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 27).

(125) Tomando el nombre, pero no su contenido, de CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, p. 64.

(126) CASADEVALL, J.; 2012, p. 317; MORENO PÉREZ, A./GOICOECHEA GARCÍA, P./VICENTE MÁRQUEZ, L., *SyDH*, p.3.

(127) De otra opinión, GARCÍA AMADO, J. A., *EC*, p. 57; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.; *RDPC3*, pp. 407-408. Entiende que no debería ser así CUERDA ARNAU, pues lo que tradicionalmente se hace es «*predicar la irretroactividad de la ley entendida en sentido formal, como mero conjunto de palabras. El principio de legalidad, sin embargo, reclama una ley en sentido material, pues es de la norma de la que cabe predicar la irretroactividad en perjuicio de reo*» (CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, p. 64; la misma, 2013, p. 767).

(128) Dos sistemas que cada vez lo son menos, pues como destaca ORTIZ DE URBINA GIMENO, los sistemas del *Common Law* cada vez tienden más a una positivización en materia penal (ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., 2012, pp. 197-198).

(129) «*La «ley» es la norma en vigor según ha sido interpretada por los Tribunales competentes*» (STEDH as. Kafkaris c. Chipre, para. 139; STEDH as. Huhtamäki c. Finlandia, de 6 de marzo de 2012, para. 43; STEDH as. Del Río c. España '13, para. 91). Muy crítica con esto, pues entiende que el precio del acuerdo entre sistemas es la renuncia a una de las señas fundamentales del principio de legalidad, HUERTA TOCILDO, S.; 2009, pp. 514-515; así también, BACIGALUPO ZAPATER, E.; 2012, pp. 63-65.

vadas de dicho principio a algo que va más allá de la ley formal (sin dejar de aplicar a esta ley el mismo canon de control)(130).

Evidentemente aquí no se plantean problemas en relación con el sistema jurídico del precedente, sino que la STEDH as. Del Río c. España anuncia novedades en los sistemas continentales (131). Y lo hace con cierta lógica y de manera moderada. En todo caso, y en relación con estos últimos sistemas, el Tribunal de Estrasburgo parece hacer un guiño de aprobación a la idea de la existencia de una ley general precisa (pero no con una imposible precisión absoluta) y una interpretación judicial que adapta la ley a los cambios de situación (132). Todo ello estaría bendecido por el artículo 7 CEDH.

Como decíamos, el proceder del TEDH tiene cierta lógica porque no parece descabellado el pensar que cuando el Poder Judicial hace algo similar a lo que hace el Poder Legislativo, esté sometido a menores límites (133). Por ello el TEDH no se pronuncia sobre toda la jurisprudencia, sino que sólo habla de aquella que «crea» o modifica sustancialmente un delito o una pena (134). En lo que nos interesa,

---

(130) Esto ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que vivimos una expansión del principio de legalidad (*vid.* LANDA GOROSTIZA, J. M., *InDret*, p. 18; el mismo, *EUi*, p. 506; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *RDPC3*, p. 399). Por su parte, HUERTA TOCILDO afirma todo lo contrario, ya que considera que el ampliar el concepto «ley» del artículo 7 CEDH, el principio de legalidad se debilita, pues deja de investir a la ley formal como única fuente de delitos y penas (HUERTA TOCILDO, S., 2009, pp. 518-519; en un sentido similar, BACIGALUPO ZAPATER, E., 2012, p. 60). Sin embargo, entiendo que esta «debilidad» no puede ocultar la potencia garantista del argumento del TEDH. Si bien es cierto que se renuncia al requisito de la *lex scripta*, no lo es menos que al ampliar lo que consideramos como fuente del Derecho Penal sometemos a más instrumentos a los requerimientos del principio de legalidad (y el as. Del Río es un claro ejemplo de la bondad de la jurisprudencia del TEDH en esta materia). Como dice HUERTA TOCILDO, el artículo 7 CEDH se convertiría así, mirándolo desde los ordenamientos continentales, como un estándar mínimo (HUERTA TOCILDO, S., 2009, p. 541). Sin embargo, es un estándar mínimo sólo en materia de fuentes del Derecho Penal, pero no en relación con las otras garantías derivadas del principio de legalidad, que serían mayores en la jurisprudencia del TEDH que en la visión del *Civil Law*. Así las cosas, el único argumento (fuerte) en contra de esta posición del TEDH que sigue existiendo, es la ausencia de representación democrática en instancias que podrían crear delitos y penas (*v. g.* en la Judicatura –sobre esto *vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., 2012, p. 174; HUERTA TOCILDO, S.; 2009, pp. 513, 515-517, 531–).

(131) GARCÍA AMADO, J. A., *EC*, p. 56.

(132) STEDH as. Del Río c. España '13, paras. 92-93.

(133) ALCÁCER GUIRAO, R., *RDCE*, p. 945; VIVES ANTÓN, T. S., 2013, p. 773.

(134) Califica literalmente a la «doctrina Parot» como «creación judicial del Derecho», ORTS BERENGUER, E., *ReCrim*, p. 38. Así también CUERDA ARNAU, M. L., *RP*, p. 58; La misma, 2013, p. 757. MUÑOZ CLARES habla de un Tribunal Supremo autárquico que decide sustituir al legislador (*vid.* MUÑOZ CLARES, J., *RGDP*, p. 5). Esto entronca directamente con la idea de que «el artículo 7, tal y como se deduce de

hay que tener en cuenta además que esto está relacionado con el epígrafe anterior y con la forma que el TEDH tiene de analizar el concepto «pena». Visto todo en su conjunto, el Tribunal de Estrasburgo sólo extiende las garantías del principio de legalidad (y enseguida veremos cómo) a aquella jurisprudencia que, por su significado material, hace aparecer una nueva pena o modifica sustancialmente una ya existente (135).

Sin embargo, a esta actuación judicial cuasilegislativa no se le somete a la prohibición de retroactividad desfavorable. Esto sería ciertamente inoperante, porque la jurisprudencia es siempre dinámica (136), toda aplicación judicial del Derecho es retroactiva (se produce después de la comisión del delito) (137) y la única manera de gestionar la eventual prohibición de retroactividad sería la de obligar a los jueces y tribunales a aplicar la jurisprudencia vigente en el momento de los hechos, pudiendo simplemente anticipar un cambio jurisprudencial que sería sólo aplicable a los hechos cometidos con posterioridad a dicha sentencia [sería algo parecido al *prospective overruling* americano (138)] (139). Como esto sí que sería una innova-

---

*su objeto, se ha de interpretar y aplicar de manera que asegure una protección efectiva contra procesamiento, condenas y sanciones arbitrarias»* (CASADEVALL, J., 2012, p. 316).

(135) Entiende HUERTA TOCILDO que, una vez que la jurisprudencia es considerada fuente del Derecho Penal, debe estar sometida a la prohibición de irretroactividad desfavorable (y a la obligación de retroactividad favorable) sea ésta «*jurisprudencia creadora*» o «*mera interpretación judicial de la Ley*» (HUERTA TOCILDO, S.; 2009, pp. 532-533). Por su parte, VIDALES RODRÍGUEZ diferencia entre esos dos tipos de jurisprudencia, y, sin ser concluyente, parece querer extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia que integra la ley de manera desfavorable para el reo, mientras que no lo hace en relación con la jurisprudencia interpretativa (VIDALES RODRÍGUEZ, C., 2001, pp. 105-130 y 137-150).

(136) VIDALES RODRÍGUEZ, C., 2001, p. 89; BLEICHRODT, E.; 2006, p. 655; LOZANO EIROA, M.; *RGDE*, p. 17.

(137) Se pronuncia igual y en concreto sobre la «doctrina Parot», DÍAZ GÓMEZ, A., *RGDP*, p. 14.

(138) VIDALES RODRÍGUEZ, C., 2001, pp. 125-126; RAMOS TAPIA, M. I.; 2010, pp. 141-142.

(139) GARCÍA AMADO, entendiendo que la STEDH as. Del Río c. España' 13 hace extensible la prohibición de retroactividad desfavorable también a los cambios jurisprudenciales, ve a nuestro sistema judicial abocado a la necesidad de acoger un modelo similar al *prospective overruling*. Esto, continúa, puede llevar a que la judicatura pueda «*darse cuenta de que la manera de no atarse las manos consiste en optar de entrada por las interpretaciones más duras o desfavorables al reo. De esas interpretaciones más desfavorables siempre puede darse marcha atrás, pero de las otras muy difícilmente [...]*. Por ese camino, podemos toparnos con un curioso efecto perverso de la sentencia del TEDH en nuestro Derecho penal» (vid. GARCÍA AMADO, J. A., *EC*, p. 57). Sin embargo, porque no se comparte la premisa, no puede

ción absoluta (y absolutamente innecesaria) se busca un criterio más flexible que pueda servir de límite a la arbitrariedad (140). Ese criterio es doble: coherencia y previsibilidad (141). «El artículo 7 de la Convención no puede ser entendido como una prohibición de la aclaración gradual de las normas que regulan la responsabilidad criminal a través de la interpretación judicial en los distintos casos, siempre que la evolución resultante sea coherente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente prevista», dice el TEDH, pues de otro modo «se incumpliría con el objeto y objetivo de este precepto –cifrado en que nadie pueda ser sometido a una investigación, declaración de culpabilidad o pena arbitrarias–» (142).

La cuestión de la coherencia interpretativa con el fundamento de la norma interpretada no supone nada nuevo. Es bien sabido que el principio de legalidad continental también impone límites a la interpretación, normalmente identificados con el tenor literal de la disposición interpretada. «Coherencia con la esencia» y «respeto al tenor literal» pueden fungir como una misma garantía, aunque ciertamente, y dependiendo de cómo se interprete la primera, ésta puede ser más restrictiva (el límite no serían sólo las palabras, sino también lo que hay detrás de ellas) (143).

Sin embargo, sí es nuevo el requisito de la previsibilidad en los cambios jurisprudenciales (144), que sería incumplido si la interpreta-

---

aceptarse dicha conclusión. Este autor olvida además que cualquier prohibición de cambio perjudicial (ya sea un cambio legislativo o uno jurisprudencial) se enfrenta a este posible argumento, y sin embargo parecería ilógico criticar el tan establecido principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable porque indirectamente se erigiese como acicate para un legislador conservador, que desde el principio optase por una incriminación expansiva de determinadas conductas.

(140) WHITE, R. C. A./OVEY, C., 2010, p. 302.

(141) ALCÁCER GUIRAO, R., *RDCE*, pp. 942-943. Es lo que GARCÍA AMADO, muy críticamente, ha venido a denominar «*la dimensión subjetiva del principio de legalidad penal*» (vid. GARCÍA AMADO, J. A., *EC*, p. 58).

(142) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 93.

(143) Siguiendo a Engisch, ORTIZ DE URBINA GIMENO afirma que no hay una diferenciación tan radical entre la interpretación de las palabras y la interpretación de su sentido: «*en la interpretación gramatical se indaga un sentido, con la única limitación de que se exige que éste se busque sin acudir a fuentes distintas de las expresiones efectivamente utilizadas por el legislador*» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í., 2012, pp. 200-201).

(144) Ciertamente, esta doctrina nació tiempo atrás, en la STEDH as. S.W. y C.R. c. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995 (vid. paras. 36 y 43), pero realmente parecía ser un precedente sólo aplicable a los países de tradición de Derecho Común (además de que el fallo parece estar en parte afectado por la cuestión concreta sobre la que recae la queja de vulneración –la eximente prevista para la violación producida dentro del matrimonio legal–; vid. STEDH as. S.W. y C.R. c. Reino Unido, para. 44).

ción puntual no «puede ser considerada como el reflejo del desarrollo perceptible de una línea jurisprudencial» (145). Es decir, a la jurisprudencia no se le pide que no cambie de manera perjudicial para el reo, sino que no lo haga de manera repentina (de manera que elimine cualquier tipo de posibilidad de representación en el sujeto de las consecuencias que puede tener su conducta) (146). Esto supone un límite aceptable y todavía deferente con el Poder Judicial y su función (147). Lo que hace es simplemente evitar desmanes como el que se materializó en la STS 197/2006 sin anquilosar la aplicación del Derecho, encontrando un punto de equilibrio entre la operatividad y las mínimas garantías (148).

---

El TEDH volvió a retomar esta idea en 2012, pero la aplicó de una manera muy laxa (STEDH as. Huutamäki c. Finlandia, para. 51).

(145) STEDH as. Del Río c. España '13, para. 112.

(146) Lo entiende de manera distinta LOZANO EIROA, igualando la idea de previsibilidad del cambio jurisprudencial con la prohibición de retroactividad desfavorable de dicho cambio (LOZANO EIROA, M., *RGDE*, p. 18).

(147) No es de esta opinión GARCÍA AMADO, que, con la incorporación al principio de legalidad penal de lo que él denomina «*principio de "jurisprudencialidad" penal*», considera creados dos nuevos problemas. Siguiendo a Jakobs, GARCÍA AMADO afirma, por un lado, que el Poder Judicial queda así elevado a la categoría de legislador, pues se le aplican los mismos límites que a éste, y, por otro, que el resultado de todo ello es el anquilosamiento de la jurisprudencia (*vid.* GARCÍA AMADO, J. A., *EC*, p. 63). Empezando por lo segundo, hay simplemente que afirmar que la exigencia de previsibilidad en el cambio jurisprudencial (y no la prohibición de retroactividad de cambios jurisprudenciales desfavorables) viene a solucionar dicha objeción. En cuanto a lo primero, parece que el argumento debe plantearse de manera inversa. El poner ciertos límites a la actuación judicial no eleva al juez a la categoría de legislador. Sin embargo, si el juez, porque el tenor literal de la norma se lo permite, hace algo parecido a lo que hace el legislador, no parece descabellado que al menos se vea sometido a ciertos límites. Entiendo que no es el límite impuesto lo que hace al operador jurídico, sino que es la acción del operador jurídico la que hace necesaria dicha imposición.

(148) Como destaca HUERTA TOCILDO, esta exigencia de previsibilidad además hace las veces de varias garantías básicas englobadas en el derecho continental a la legalidad penal que, sin embargo, no se han incorporado al artículo 7 CEDH: la exigencia de ley formal a la hora de crear o modificar delitos y penas, y la obligación de taxatividad en las mismas (HUERTA TOCILDO, S.; 2009, pp. 518 y 530). Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ entiende que la previsibilidad es la vertiente objetiva del valor «seguridad jurídica» que, junto con el valor «libertad», es el fundamento de la prohibición de retroactividad desfavorable (LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; *Retroactividad penal favorable*, 2000, p. 21). Previsibilidad e irretroactividad, por lo tanto, no serían conceptos tan diferentes, tan alejados. Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER dice no entender esta rebaja en los requisitos con relación a los cambios jurisprudenciales, ya que partiendo de la idea de «*unidad de texto legal y su interpretación [...] el límite de la "razonable previsibilidad"*» (que en este caso era discutido por su incorporación en el malogrado *Corpus Iuris* de la Unión Europea) *del cambio (jurisprudencial) carece de justificación, porque el fundamento de la no*

Esta aportación del TEDH no puede sino tener consecuencias desde el punto de vista nacional (art. 10.2 CE). El TS ya no podrá seguir repitiendo, al menos de manera automática, esa idea de que los cambios jurisprudenciales no están sometidos a la garantía de irretroactividad. O podrá seguir repitiéndolo, pero buscando otro cauce en el que enmarcar el requerimiento «europeo» de previsibilidad en las variaciones interpretativas. Por su parte, el TC tendrá que entrar en esta batalla, abandonando la idea de que los cambios jurisprudenciales sólo pueden afectar al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y reconduciéndolo también al derecho fundamental a la legalidad penal (149). De este modo, la protección se extiende al pasado (estudiando si el cambio jurisprudencial actual es previsible en relación con lo anteriormente dicho) y al futuro (aplicando un cambio jurisprudencial por igual a todos los subsiguientes casos iguales). Si el problema es en relación con el precedente, la vulneración será del artículo 25.1 CE. Si el mismo nace a posteriori por un «*voluntarismo selectivo*» o por un «*apartamiento inmotivado del criterio aplicativo consolidado*» (150), habría vulneración del artículo 14 CE. Esta postura sería mucho más garantista (151) y sólo se aplicaría en el ámbito penal: la aplicación de la ley tendría que ser no arbitraria, motivada en cuanto a sus cambios, y previsible en su evolución interpretativa.

### VIII. *POST SCRIPTUM*

Que en estos tiempos de Política Criminal descontrolada un Tribunal (nacional o supranacional) se dedique a ponerle coto, es una muy buena noticia para todos. En relación con la «doctrina Parot», si bien su origen no es formalmente político (sino que se encuentra en la

---

*retroactividad [...] es el de su analogía con los cambios legales y, consecuentemente, la garantía de objetividad de la aplicación de la ley. Por tanto, si la prohibición de retroactividad de la ley se funda en esa garantía de objetividad, que no requiere la previsibilidad del ciudadano, la limitación introducida en el Corpus Iuris es difícilmente aceptable»* (BACIGALUPO ZAPATER, E., 2012, p. 74).

(149) En la actualidad existe una «*discordancia de la doctrina del TC con los estándares del TEDH en el derecho a la legalidad penal; estándares que se presuponen mínimos*» (ALCÁ CER GUIRAO, R., *RDCE*, p. 938).

(150) STC 39/2012, FJ3.

(151) Como destaca VIDALES RODRÍGUEZ, aunque tradicionalmente se ha venido equiparando igualdad en la aplicación de la ley y mantenimiento de la jurisprudencia, ambas cosas no son lo mismo, pudiéndose dar «*el caso de que un apartamiento del precedente no merme el principio de igualdad, pero afectará sin duda, al principio de certeza*» (VIDALES RODRÍGUEZ, C. 2001, pp. 93-93).

actuación del Poder Judicial), sí que se puede decir que lo es desde un punto de vista material, y, por tanto, la resolución del TEDH merece igualmente grandes aplausos.

La «doctrina Parot» es materialmente política igual que el cambio en la forma de computar los beneficios penitenciarios que llevo a cabo el TS afectó materialmente a una «pena» a efectos del artículo 7 CEDH. Es materialmente política igual que no se puede escindir materialmente la ley de la jurisprudencia que la interpreta, y que cuando ésta hace materialmente lo que tendría que hacer aquella, debe someterse a los dictados del artículo 7 CEDH. Es materialmente política como una privación de libertad legal puede devenir materialmente en ilegal y vulnerar el artículo 5.1 CEDH.

Es materialmente política como materiales deben ser los derechos recogidos en el CEDH. De esto, y de nada más, se encarga la STEDH as. Del Ríó Prada c. España. Quien quiera leer aquí algo diferente, no comete sino, en el mejor de los casos, una grave equivocación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R.: «La «doctrina Parot» ante Estrasburgo: Del Ríó Prada c. España (STEDH 10.7.2012, núm. 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RDCE)*, 43, 2012, pp. 929-952.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal» en MONTIEL, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55-80.
- BLEICHRODT, E.: «Freedom from retrospective effect of penal legislation», en VAN DIJK, P.: VAN HOOF, F.: VAN RIJN, A.: ZWAAK, L. (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 4th edition*, Intersentia, Amberes, 2006, pp. 651-662.
- CASADEVALL, J.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 540 pp.
- CUERDA ARNAU, M. L.: «Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (a propósito de la STEDH Del Ríó Prada c. España)», *Revista penal (RP)*, 31, 2013, pp. 52-69.
- «La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: El caso Parot como paradigma», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (dir.): *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Siero, 2013, pp. 747-768.
- CUERDA RIEZU, A.: «El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso

- Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales», *Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ)*, 7, 2006, pp. 216-296.
- DÍAZ CREGO, M.: «Cuando Parot llegó a Estrasburgo», *Teoría y Realidad Constitucional (TRC)*, 31, 2013, pp. 573-612.
- DÍAZ GÓMEZ, A.: «La “doctrina Parot” y sus aspectos formales y constitucionales: A propósito de la Sentencia de 21 de octubre de 2013 del TEDH», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, 20, 2013, 30 pp.
- DRENKHAHN, K./MORGENSTERN, C.: «Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen-Der Streit um die Sicherungsverwahrung», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 124, 2012, pp. 132-203.
- GARCÍA AMADO, J. A.: «Sobre algunas consecuencias de la Sentencia del TEDH en el caso Del Río Prada contra España: Irretroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho Penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho (EC)*, 41, 2014, pp. 54-63.
- GREER, S.: *The European Convention on Human Rights. Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 365 pp.
- HÖRNLE, T.: «Der Streit um die Sicherungsverwahrung. Anmerkung zum Urteil des 2. Senats des BVerfG vom 4. 5. 2011», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, vol. 31, núm. 9, 2011, pp. 488-493.
- HUERTA TOCILDO, S.: «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal», en GARCÍA ROCA, J.: SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2.ª edición*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 511-543.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.: «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH. A propósito del caso Del Río Prada c. España, STEDH, 3.ª, 10.07.2012 (42750/09) y la aplicación de la doctrina Parot», *InDret*, 4, 2012, 24 pp.
- «El control de legalidad de la ejecución de penas por el TEDH: nuevas perspectivas tras el caso Del Río Prada (doctrina Parot) c. España 2013», *European Inklings (EUi)*, II, 2013, pp. 486-513.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000, 139 pp.
- LLOBET ANGLÍ, M.: «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», *InDret*, 1, 2007, 36 pp.
- «Caso Parot», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.: *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 895-910.
- LOZANO EIROA, M.: «Principio de legalidad y ejecución de las sentencias del TEDH: STEDH Del Río Prada c. España de 21 de octubre de 2013», *Revista General de Derecho Europeo (RGDE)*, 32, 2014, 28 pp.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: «Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una especial referencia al «Caso Parot»)», en BUENO ARÚS, F.: KURY, H.: RODRÍGUEZ

- RAMOS, L., y ZAFFARONI, E. R.: *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 857-882.
- «Las tribulaciones de la doctrina Parot», *Diario La Ley (DLL)*, núm. 8178, 25 de octubre de 2013, 6 pp.
- «El cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», *Diario La Ley (DLL)*, núm. 8211, 13 de diciembre de 2013, 10 pp.
- MARAVÉR GÓMEZ, M.: «Vigencia temporal» en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 57-66.
- MARTÍN PALLÍN, J. A.: «Análisis de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo», *Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA)*, 873, 2013, 4 pp.
- MERKEL, G.: «Incompatible contrast? Preventive detention in Germany and the European Convention on Human Rights», *German Law Journal (GLJ)*, vol. 11, 2012, pp. 1046-1066.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «Reglas de determinación de la pena», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 470-497.
- MORENO PÉREZ, A./GOICOECHEA GARCÍA, P./VICENTE MÁRQUEZ, L.: «Análisis de la Sentencia del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: La aplicación retroactiva de la doctrina Parot a examen», *Series Análisis Jurídicos (SyDH)*, núm. 1, 2012, 12 pp.
- MUÑOZ CLARES, J.: «Sobre la llamada “doctrina Parot”», *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, 18, 2012, 18 pp.
- NISTAL BURÓN, J.: «La «doctrina Parot». Un mecanismo necesario para corregir el desajuste entre pena impuesta y pena cumplida», *Diario La Ley (DLL)*, núm. 7071, 5 de diciembre de 2008, 9 pp.
- «El desajuste entre pena impuesta y pena cumplida. Posibles mecanismos para su corrección», *Actualidad jurídica Aranzadi (AJA)*, 770, 2009, 7 pp.
- «El controvertido periplo judicial de la «doctrina Parot» (De la Sección I.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Tribunal de Estrasburgo)», *Diario La Ley (DLL)*, núm. 8068, 23 de abril de 2013, 19 pp.
- «La «doctrina Parot» bajo el prisma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del principio de irretroactividad en la ejecución penal», *Revista Aranzadi Doctrinal (RAD)*, núm. 8, 2013, 5 pp.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: «La «doctrina Parot» y el fallo del TEDH en el asunto Del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> época (RDPC<sup>3</sup>), 9, 2013, pp. 377-416.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho Penal», en MONTIEL, J. P. (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 173-205.
- ORTS BERENGUER, E.: «Comentarios a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero (Caso Parot)»,

- Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV (ReCrim)*, 2009, pp. 27-43.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «Terrorismo y castigo penal. Cumplimiento íntegro de las penas y doctrina Parot», *Intersecciones*, 1, 2010, pp. 115-135.
- RAMOS TAPIA, M. I.: «Límites al poder punitivo del Estado (III)», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.): *Fundamentos de Derecho Penal. Pate General*, 4.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 133-143.
- ROXIN, C.: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, C. H. Beck, Múnich, 2006, 1136 pp.
- SOLAR CALVO, P.: «A vueltas con la doctrina Parot: una aproximación diferente», *Diario La Ley (DLL)*, núm. 8178, 25 de octubre de 2013, 3 pp.
- TAJADURA TEJADA, J.: «Doctrina Parot y Estado de Derecho», *Claves de Razón Práctica (CRP)*, 222, 2012, pp. 98-109.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C.: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 262 pp.
- VIVES ANTÓN, T. S.: «Crónica de una muerte anunciada», epílogo a CUERDA ARNAU, M. L.: «La imprevisibilidad del sistema jurisdiccional español: El caso Parot como paradigma», en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (dir.): *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Siero, 2013', pp. 768-775.
- WHITE, R. C. A./ OVEY, C.: *The European Convention on Human Rights, 5th edition*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 644 pp.

# Delincuencia juvenil femenina: apuntes criminológicos para su estudio en España

SERGIO CÁMARA ARROYO

Doctor en Derecho  
Prof. Asociado de Derecho penal UNIR

## RESUMEN

*Los datos estadísticos han evidenciado siempre una mayor actividad delictiva entre los varones que entre las mujeres menores de edad. Teniendo en cuenta estas cifras, no asombra la poca consideración doctrinal que la delincuencia juvenil femenina ha tenido en nuestro país. En este sentido, la menor delincuente representa a nivel criminológico un desafío para el Sistema de Justicia Juvenil. En el presente trabajo se realiza un somero análisis de la evolución de la criminalidad juvenil femenina a través de los diferentes estudios estadísticos realizados en España. Posteriormente, el estudio se centra en los aspectos más relevantes que afectan a la población juvenil criminal femenina, desde las diferentes aproximaciones doctrinales en el ámbito de la Criminología que han apuntado a la génesis y explicación del fenómeno, así como los principales factores de riesgo que afectan a este sector. Para finalizar el estudio se trasladará al ámbito práctico los diferentes trabajos sobre la delincuencia juvenil femenina, observando su tratamiento en la actual legislación penal de menores.*

Palabras clave: Criminología juvenil, Criminología feminista, Delincuencia juvenil, Delincuencia femenina, Mujer, Niña, Menor infractor, Centro de Internamiento.

## ABSTRACT

*The statistical data have always shown greater criminal activity among boys than among girls. Given these figures, no wonder the little interest doctrinal in female juvenile crime has had on our country. In this sense, the girl delinquent accounts a challenge to the Juvenile Justice System. In this work we make a brief analysis of the evolution of female juvenile crime through various statistical studies in Spain. Subsequently, the study focuses on the most important aspects affecting the female criminal*

*youth population from different doctrinal approaches in the field of criminology that have pointed to the origin and explanation of the phenomenon, and the main risk factors affecting this sector. To complete the study will move to different practical field work on female juvenile delinquency, noting the current treatment in juvenile criminal law.*

Keywords: *Juvenile Criminology, Feminist Criminology, Juvenile Delinquency, Crime female, Woman, Girl, Minor offender, Juvenile detention center.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Evolución de la delincuencia juvenil femenina en España.–III. Teorías criminológicas sobre la delincuencia juvenil femenina.–IV. Factores de riesgo de la delincuencia juvenil femenina.–V. Tratamiento de la delincuencia juvenil femenina en la LORRPM: centros de internamiento y menores infractoras.–VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad infantil femenina comenzó a estudiarse específicamente a finales de los años 60 del pasado siglo, momento en el que, con el movimiento de liberación de la mujer, empieza a percibirse socialmente un aumento considerable de la misma (1). De este modo, durante las últimas décadas se han venido realizando toda suerte de pronósticos acerca del posible aumento de la delincuencia femenina (2) y, recientemente, algunos estudios de ámbito internacional han focalizado la cuestión en el área de las menores de edad (3). En

(1) Vid. MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, J., BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., LATORRE POSTIGO, J. M., y RECHEA ALBEROLA, C., «Delincuencia juvenil femenina y su comparación con la masculina», en ARROYO ZAPATERO, L., MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, J., y RECHEA ALBEROLA, C. (coords.): *Estudios de Criminología II*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, p. 253; BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., «Delincuencia juvenil femenina: una aproximación a su realidad en España a través de autoinforme», en RECHEA ALBEROLA, C. (Dir.), «La Criminología aplicada II». *Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ*, Madrid, 1999, p. 299; en el mismo sentido, vid. MORANT VIDAL, J., «La delincuencia juvenil», en *Noticias Jurídicas*, julio 2003, disponible online en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200307-58551523610332031.html#foot28>.

(2) Sobre esta cuestión, y desmintiendo algunas teorías que postulaban la posible equiparación de las cotas de delincuencia entre hombres y mujeres de varias franjas de edad, vid. CANTERAS MURILLO, A., *La delincuencia femenina en España. Un análisis sociológico*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 412 y 413.

(3) Vid., a modo de ejemplo, las estadísticas recogidas en el estudio de STEFFENSMEIER, D., y SCHWARTZ, J., «Trends in Girls' Delinquency and the Gender

España, tal y como señalan los estudios y estadísticas recopiladas por la doctrina, los datos han indicado siempre una mayor actividad delictiva entre los varones que entre las mujeres menores de edad (4). En concreto, según señala MONTERO HERNANZ, en los últimos años «las infracciones cometidas por mujeres representan algo menos del 15% del total de infracciones cometidas por menores de entre catorce y diecisiete años» (5).

Teniendo en cuenta este contexto estadístico, no asombra que la escasa entidad de las cifras manejadas sea una de las principales causas de la poca consideración doctrinal que la delincuencia juvenil femenina ha tenido en nuestro país (6). No obstante, no parece ade-

---

Gap», en ZAHN, Margaret, A. (ed.), *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, pp. 59 ss.; RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial de los jóvenes*. Cambridge University Press, 2000, p. 112; quienes exponen que «se pueden identificar claramente a nivel internacional cambios en el índice de delincuentes juveniles varones y mujeres en el trascurso de las últimas décadas. Las mujeres jóvenes representan una proporción creciente en las infracciones de menores»; también, *vid.* TRIPLETT, R., CARMODY, D.C., y PLASS, P. S., «In trouble and ignored: female delinquents in America», en BENEKOS, P. J., y MERLO, A. V., *Controversies in juvenile justice and delinquency* 2.<sup>a</sup> ed., LexisNexis, Anderson Publishing, New Jersey, 2009, p. 255.

(4) *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A., *Delincuencia Juvenil en España. Estudio criminológico*. Doncel, Madrid, 1969, p. 69; el mismo: «Criminología de la juventud española», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 187, 1969, pp. 614 y 664; y también: *Estudio socio-criminológico de la juventud española*. Instituto Balnes de sociología, Madrid, 1970, p. 7; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 68; TEJEDOR GIL, M. P., y PEREÑA MUNOZ, J. J., «Delincuencia femenina: menores infractoras», en FIGUERUELO BURRIEZA, A., IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M. L., y MERINO HERNÁNDEZ, R. M. (eds.): *Igualdad ¿Para qué? (A propósito de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. Universidad de Salamanca, Granada, 2007, pp. 359 y 360; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La delincuencia juvenil», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Derecho penal juvenil*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 11; GARCÍA PÉREZ, O. (dir.), Díez RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., y GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil ante los Juzgados de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 69; SERRANO TÁRRAGA, M. D., «Evolución de la delincuencia juvenil 200-2007», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> Ep., núm. 2, 2009, pp. 259 y 260.

(5) *Vid.* MONTERO HERNANZ, T., «La evolución de la delincuencia juvenil en España (1.<sup>a</sup> parte)», en *La Ley Penal*, año VIII, núm. 78, 2011, p. 100; del mismo autor: «La delincuencia juvenil en España en datos», en *Revista Justicia y Derecho de Perú*, núm. 6, Lima, julio 2011, p. 10.

(6) *Vid.* ALVIRA MARTÍN, F., y CANTERAS MURILLO, A., *Delincuencia y marginación juvenil*. Ministerio de Cultura, Madrid, 1985, p. 125; MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, J., BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., LATORRE POSTIGO, J. M., y RECHEA ALBEROLA, C., *Delincuencia juvenil femenina y su comparación...*, *ob. cit.*, p. 257; BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina...*, *ob. cit.*, p. 301; SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, *ob. cit.*, p. 259.

cuado ignorar esta parcela de la población delictiva, pues, pese a su reducido número, presenta una serie de características y especialidades que pudieran ser objeto de un estudio más pormenorizado. En definitiva, como ya advirtiera Bartolomé Gutiérrez, «ignorar a las chicas como sujeto activo de determinadas conductas problemáticas o delictivas, no se corresponde en absoluto con la realidad de nuestros jóvenes», lo cual nos lleva a la necesidad de «estudiar desde una perspectiva más amplia de la utilizada hasta ahora, en la que se incorpore tanto las diferencias existentes en función de género, como modelos explicativos que conjuguen aspectos individuales y sociales» (7). En este sentido, la menor delincuente sigue representando hoy, a nivel criminológico, un desafío para el Sistema de Justicia Juvenil (8).

Aunque el interés de nuestros juristas por los aspectos específicos de la delincuencia femenina en general, y por las jóvenes delincuentes en particular, ha aumentado considerablemente desde hace unas décadas, nos encontramos aún ante una lamentable ausencia de trabajos científicos que sirvan como referencia a un análisis histórico y criminológico del fenómeno. No llega mi intención a completar dicho vacío académico. Por ello, centraré el objetivo de este trabajo en llamar la atención de futuras investigaciones sobre las cuestiones relevantes y específicas que afectan a la menor delincuente. Interesa, en primer lugar, y a modo de introducción del resto del estudio, realizar un somero análisis acerca de la evolución de la criminalidad juvenil femenina a través de los diferentes estudios estadísticos realizados en España. En segundo lugar, es preciso realizar una aproximación a los aspectos más relevantes que afectan a la población juvenil criminal femenina, desde las diferentes posiciones doctrinales en el ámbito de la Criminología que han apuntado a la génesis y explicación del fenómeno, así como los principales factores de riesgo que afectan a este sector. Para finalizar el estudio se trasladará al ámbito práctico los diferentes trabajos sobre la delincuencia juvenil femenina, observando su tratamiento en la actual legislación penal de menores.

El objetivo del presente trabajo no es otro que el de tratar de llegar a un mayor grado de conocimiento sobre la realidad de la menor infractora, así como la búsqueda de datos relevantes que puedan ayudar al establecimiento de un tratamiento más eficaz, individualizado y

---

(7) Cfr. BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina...*, *ob. cit.*, p. 321.

(8) Vid. ZAVLEK, S., y MANIGLIA, R., «Developing Correctional Facilities For Female Juvenile Offenders: Design and Programmatic Considerations», en *Corrections Today*, American Correctional Association, August 2007, p. 58.

garantista en la labor resocializadora predicada por nuestro actual sistema de justicia juvenil.

## II. EVOLUCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA EN ESPAÑA

La recopilación de cifras acerca de la delincuencia juvenil femenina en España es escasa y, en muchas ocasiones errática. Ello se debe, fundamentalmente, a diversos factores que deben tenerse en cuenta a la hora de analizar los datos aquí reflejados. El primero de ellos es la propia descentralización del sistema de justicia juvenil en España, cedido a las CC.AA., que dificulta realizar una estadística nacional sobre este fenómeno criminal (9). En segundo lugar, la evolución de las estadísticas ha sido igualmente dispersa, habiendo cambiado los organismos pertinentes para su elaboración y el método de recopilación de datos.

Así, los datos han sido compilados desde diversas fuentes y con distintas metodologías, cuyo contraste arroja importantes diferencias dependiendo de a cuál de ellas se acuda. Por una parte, los primeros datos publicados sobre delincuencia juvenil tras la promulgación de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor* (LORRPM) corresponden a las estadísticas policiales compiladas en los Anuarios del Ministerio del Interior; sin embargo, tales datos dejaron de publicarse en 2006, dejando incompleto el marco actual de información.

Ciertamente, la ventaja inicial de los Anuarios del Ministerio del Interior es que beben directamente de las actuaciones policiales (Policía Nacional, la Guardia Civil, Ertzaintza; y, a partir del año 2006, también incorporan los datos de los Mossos d'Escuadra y la Policía Foral de Navarra) por lo que, para un importante sector de la doctrina (10), «constituyen una fuente de datos que, si bien incompleta, se acerca más a la realidad que las estadísticas oficiales judiciales y penitenciarias, nos permite conocer la evolución de la delincuencia, las

---

(9) Vid. MONTERO HERNANZ, T., «Justicia penal juvenil versus Derecho penitenciario», disponible online en: [http://www.icasal.com/pdf/ENCUENTRO\\_SOAJPS/Comunicaciones/JUSTICIA%20PENAL%20JUVENIL%20VERSUS%20DERECHO%20PENITENCIARIO.pdf](http://www.icasal.com/pdf/ENCUENTRO_SOAJPS/Comunicaciones/JUSTICIA%20PENAL%20JUVENIL%20VERSUS%20DERECHO%20PENITENCIARIO.pdf), p. 2; el mismo: Anuario Estadístico de Justicia Juvenil en España. PAIP, 2009, p. 8; disponible online en: <http://www.paip.es/>.

(10) Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción a la Criminología*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 156; GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S., *Principios de Criminología*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 129.

tasas de delitos y sus tendencias en un período de tiempo, a falta de otros métodos de investigación sobre la delincuencia» (11). No obstante, la comparativa con otras bases de datos arroja importantes diferencias que son prácticamente imposibles de conciliar debido a la metodología utilizada en los Anuarios. Así, la diferenciación entre delitos y faltas en las tablas dedicadas a la «Delincuencia Juvenil» no termina de quedar clara, ofreciendo serias dificultades interpretativas si se contrasta con las cifras judiciales.

Una de las principales fuentes donde se incluyen datos acerca de los delitos cometidos por los menores de edad en España corresponde a la «Estadística de menores» realizada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) desde 1998, que ofrece datos completos de las condenas en sentencia firme de este sector de la población criminal. Ahora bien, a partir de 2007 se ha producido un cambio en la fuente primaria de recolección de los datos para elaborar esta estadística, pasando a extraerse las cifras a partir de las sentencias firmes inscritas en el *Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores* (12), lo que «hace que no sea posible llevar a cabo un estudio de la evolución experimentada en la delincuencia juvenil desde la entrada en vigor de la LORRPM» (13). Con todo, actualmente probablemente se trate de la base de datos, sino más fiable, más completa en cuanto a cifras y epígrafes dedicados a la Delincuencia de Menores.

Otro organismo que ha recogido algunos datos interesantes acerca de la población de menores infractores es el Observatorio de la Infancia, dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (que la competencia haya recaído en este ministerio corrobora la descentralización de las estadísticas sobre delincuencia juvenil). El «Boletín sobre Medidas Impuestas a Menores Infractores» (14) recopila anualmente, a través de una empresa privada (IMOP), los datos que registran las Entidades Públicas sobre la aplicación de la LORRPM, aunque cabe señalar que todos los boletines son elaborados con carácter retroactivo. Si bien la labor del Observatorio es loable y sus referencias bastante útiles de cara al estudio de la criminalidad juvenil, lo cierto es que también muestra ciertos defectos metodológicos, fundamentalmente debido a la problemática de fuen-

(11) Cfr. SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, ob. cit., pp. 255 y 256.

(12) Vid. *Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia* (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2009).

(13) Vid. MONTERO HERNANZ, T., *Anuario...*, ob. cit., p. 8.

(14) Pueden consultarse online en: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/>

tes antes mencionada (15), lo que redonda en la disparidad de cifras respecto a las recopiladas por el resto de las instituciones aquí referidas (16). En concreto, respecto a la diferenciación por sexos, se advierte que algunas comunidades autónomas no han referido datos separados por género en algunas de las medidas impuestas, o en procesos de justicia restaurativa como la mediación extrajudicial (17).

Entre las fuentes que muestran estadísticas acerca de los niveles de delincuencia juvenil en España, deben destacarse también las elaboradas por el Consejo Judicial del Poder Judicial (CGPJ) y la Fiscalía General del Estado (FGE). El primero de los organismos, además de los boletines anuales (que cuenta con dos números monográficos sobre justicia juvenil, correspondientes a los años 2007 y 2008), publica anualmente «*La Justicia dato a dato*» donde se encuentran el movimiento de asuntos y la ejecución de sentencias en los juzgados de menores hasta el año 2008, y la página web «*Estadística Judicial en PC-Axis*», con datos desde 1995. Por su parte, la FGE recoge, en su Memoria anual, las observaciones del Ministerio Fiscal en el ámbito de la jurisdicción de menores, entre ellos, las diligencias preliminares

---

(15) El propio Observatorio realiza una advertencia preliminar en sus boletines acerca de esta cuestión, que no me resisto a citar en este trabajo, pues corrobora lo anteriormente indicado. Según la institución citada, para superar estas dificultades, «es imprescindible que las distintas entidades públicas recopilen la información y la traten de manera uniforme, facilitando así la comparación de los datos y la evolución de los mismos. Sin embargo, y tal y como ha ocurrido en boletines anteriores, se han detectado limitaciones que dificultan la comparación y el tratamiento conjunto de la información facilitada. Entre los principales obstáculos cabe destacar: 1. En muchos casos, las entidades públicas que proporcionan la información no poseen datos sobre las medidas de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, amonestación, privación del permiso de conducir, e inhabilitación absoluta, puesto que es en los propios juzgados donde estas medidas son ejecutadas. 2. En los casos en los que los delitos o faltas se resuelven por mediación extrajudicial, continuamos teniendo un número muy bajo de comunidades que nos facilitan todos los datos, ya que algunas solo proporcionan datos de conciliación y otras solo de reparación del daño. Hay comunidades que no han aportado ningún dato (Canarias, Cantabria, Extremadura, Galicia, Murcia, Navarra, País Vasco, Comunidad Valenciana, Ceuta y Melilla)»; Cfr. Observatorio de la Infancia. Boletín núm. 11: *Estadística Básica de Medidas Impuestas a los Menores Infractores* (Datos 2011), p. 3.

(16) Como ha expuesto Montero Hernanz, esta publicación «cuenta con importantes limitaciones, como la falta de uniformidad en los datos aportados, así como con importantes errores en las franjas de edad analizadas. Además su publicación se lleva a cabo con notable retraso: en junio de 2010 los últimos datos publicados hacían referencia al año 2007 (Boletín núm. 7)»; Cfr. MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, ob. cit., p. 83.

(17) Vid. Observatorio de la Infancia. Boletín núm. 11: *Estadística Básica...*, ob. cit., pp. 9 y 10.

y los expedientes de reforma incoados durante el año que permiten una aproximación al fenómeno de la delincuencia juvenil.

Por último, debemos tener en cuenta la denominada *cifra negra*, compuesta por los delitos no denunciados, «cuya importancia en el ámbito de la delincuencia juvenil no es desdeñable, pero que no es posible conocer, debido a que muchos delitos cometidos en este ámbito no se denuncian por el carácter leve de las infracciones, y porque con frecuencia las víctimas son también menores de edad, que encuentran más dificultades para denunciar» (18). La criminalidad «oculta» de la menor delincuente es especialmente relevante en determinados delitos contra las personas, como puede ser el maltrato familiar, «puesto que si ya entraña dificultad denunciar este tipo de delitos cuando se trata de parejas, mayor dificultad presenta por la carga afectiva que supone el denunciar a un hijo/a, reservándose estas a situaciones insostenibles y, sin duda, cuando suponen una continuidad delictiva y no un hecho aislado» (19).

La problemática de la cifra negra en la delincuencia juvenil ha intentado paliarse mediante la técnica de los estudios de autoinforme (20), realizando cuestionarios a un sector de la población juvenil de ambos sexos y preguntando a los menores si habían realizado «algún delito», «alguna vez» y, concretamente, en «el último año», comparando después las cifras oficiales de los delitos denunciados y tramitados (21). A nivel comparativo, tales estudios ponen de manifiesto que también los varones comenten más delitos que las mujeres, si bien las diferencias se reducen notablemente (22). No obstante,

---

(18) Cfr. SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, *ob. cit.*, p. 256; también, sobre esta cuestión, *vid.* MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, *ob. cit.*, p. 81.

(19) Cfr. TEJEDOR GIL, M. P., y PEREÑA MUNOZ, J. J., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 368.

(20) Especialmente valiosos en el caso de la delincuencia juvenil, *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 297.

(21) Un ejemplo de esta clase de estudios es el realizado por RECHEA ALBEROLA, C., BARBERET, R., MONTAÑÉS, J. y ARROYO, L., *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995; donde se afirma (p. 39) siguiendo la tónica antes señalada, que «en general, en todas las categorías estudiadas el varón es más propenso que la mujer a desarrollar las conductas englobadas en cada una de ellas». Sobre el análisis de este estudio, *vid.* CANTERAS MURILLO, A., *La delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 105 ss.; GARRIDO, V., STANGELAND, P., y REDONDO, S., *Principios de Criminología*. 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 746 y 747; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado...*, *ob. cit.*, pp. 300 y 301; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *La delincuencia...*, *ob. cit.*, pp. 17 y 18.

(22) *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O. (Dir.), Díez Ripollés, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., y GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 73; GARRIDO, V., STANGELAND, P., y REDONDO, S., *Principios de Criminología...*, *ob. cit.*, p. 297.

siendo la diferencia considerable entre ambos sexos, se ha constatado que la criminalidad juvenil femenina es lo suficientemente relevante como para merecer un estudio en profundidad (23).

Antes de comenzar a exponer los datos concernientes al número de delitos y faltas cometidas por las menores de edad, debemos tener presente, en primer lugar, la evolución del total de la población juvenil femenina en España en los últimos años (Gráfico 1). Se ha tomado como referencia para el inicio de los datos recopilados el año 2000 (24), coincidiendo con la promulgación de la LORRPM. Sin embargo, hay que tener en cuenta que durante el mencionado año la LORRPM todavía no estaba en vigor (periodo de *vacatio legis*), y la edad a la que se exigía responsabilidad penal a los menores era a partir de los 16 años, a los que se les aplicaba el Código Penal (CP) de adultos, apreciándose la circunstancia atenuante muy cualificada de menor edad. La decisión de incluir también las cifras del año 2000 queda justificada como contraste entre las dos legislaciones.

Del mismo modo, la franja de edad estudiada se corresponde con el ámbito de aplicación (art. 1.1) de la citada normativa: mayores de 14 y menores de 18 años. El resultado muestra un descenso general en la población juvenil española (25) (un 6,06% entre 2001 y 2009), cuando el total de la población española aumentó un 13,69% en los últimos años. Sin embargo, como advierte Montero Hernanz, tal descenso «no es uniforme, pues mientras el número de españoles decreció un 15,23%, el de extranjeros censados aumentó un 330,71%» (26). En definitiva, este descenso «no sólo se ha producido en términos absolutos, sino que también se ha producido un descenso de la población de esta franja de edad en relación al total de la población española, que ha pasado de representar el 5,45% en 1998 a sólo el 3,94% en 2008» (27). Según las estimaciones realizadas en los dos últimos años por el INE, la población juvenil femenina habría experimentado

---

(23) Vid. BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina...*, *ob. cit.*, p. 305.

(24) Para años anteriores, *vid.* GARCÍA PÉREZ, O. (Dir.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., y GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, pp. 70 ss. Debe tenerse en cuenta, además, que la LORRPM entró en vigor el 13 de enero de 2001, tras una *vacatio legis* de un año. Por tanto, los primeros datos aportados en este trabajo no ofrecen un indicador de la delincuencia real, ya que al modificarse la edad penal, existen numerosos expedientes que pertenecen a otros años; *vid.* TEJEDOR GIL, M. P., y PEREÑA MUNOZ, J. J., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 362. Sin embargo, se ha incluido este año como muestra del derecho transitorio que operó durante la reforma.

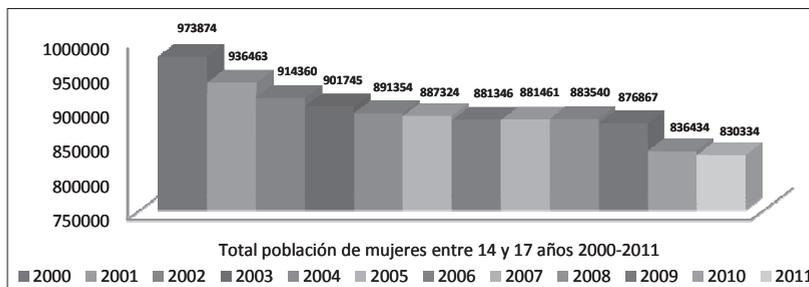
(25) *Vid.* SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, *ob. cit.*, p. 257.

(26) *Cfr.* MONTERO HERNANZ, T., *Anuario...*, *ob. cit.*, p. 9.

(27) *Cfr.* MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, *ob. cit.*, p. 91.

un mayor descenso, si bien los datos son meramente aproximados en relación a los censos de población desde 2001.

Gráfico 1. Población juvenil femenina en España (28)



Por otra parte, como ha expuesto Serrano Tárraga, «no existen grandes diferencias en cuanto al número total de habitantes por sexos, por ello sorprende más las diferencias de las detenciones de chicos y chicas (Gráfico 6), y nos lleva a preguntarnos por qué están sobre-representados los chicos en las detenciones cuando existe muy poca diferencia en la composición de la población por sexos» (29).

A pesar de no existir un porcentaje diferencial significativo entre ambos sexos en el conjunto poblacional español, se observa un aumento progresivo de las infracciones cometidas por las menores (Gráfico 4) que, desde 2007, se muestra a la alza en comparación con el número total de infracciones cometidas por el conjunto de la población juvenil (Gráficos 2 y 3). Más aún, el número de infracciones cometidas por mujeres menores de edad ha experimentado un ligero crecimiento en los últimos años (14,68%) por debajo del incremento en las cometidas por hombres (17,2%) (30). Sin embargo, las cifras pueden resultar difíciles de interpretar, por cuanto hasta 2007 no existe

(28) En la elaboración de las gráficas presentes en este trabajo se han tenido en cuenta las siguientes fuentes estadísticas: Anuarios del Ministerio del Interior 2000-2007; «Datos sobre delincuencia juvenil femenina», en *delincuenciahoppes09*, 2012, disponible online en: <http://delincuenciahoppes09.wordpress.com>, consultada el 7 de agosto de 2012; INE: Estimaciones de la población actual de España calculadas a partir del censo de 2001 y Estadística Judicial de Menores; Observatorio de la Infancia. Boletín núm. 10: Estadística básica de medidas impuestas a menores infractores, 2010 y también, Boletín núm. 11: Estadística Básica de Medidas Impuestas a los Menores Infractores (Datos 2011); SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, ob. cit.; MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, ob. cit.; el mismo: *Anuario Estadístico...*, ob. cit.; y también: *Estadística Básica de Justicia Juvenil*. PAIP, 2010 y 2011.

(29) Cfr. SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, ob. cit., p. 260.

(30) Vid. MONTERO HERNANZ, T., *Evolución...*, ob. cit., p. 100.

en ninguna de las bases de datos consultadas una verdadera diferenciación entre delitos y faltas. En cualquier caso, en el año 2011 se aprecia un ligero descenso de la delincuencia juvenil que contrasta con el sensible crecimiento de años anteriores (Gráfico 2).

Gráfico 2. Total de infracciones cometidas por menores de edad

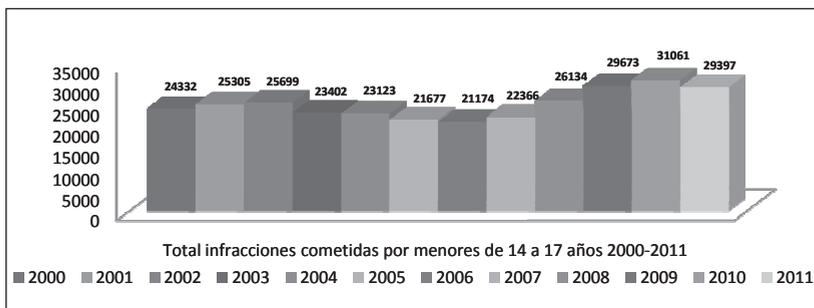
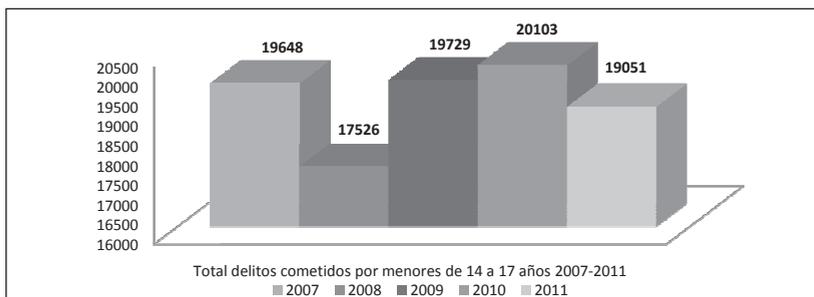


Gráfico 3. Total de delitos cometidos por menores de edad (31)

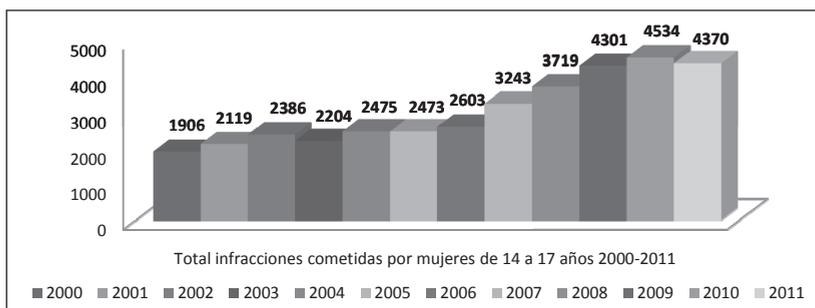


En cuanto a la gravedad de las infracciones cometidas por las chicas, se aprecia un mayor aumento en su participación en las faltas (Gráfico 6) en los últimos años, mientras que la tasa de delitos parece mantenerse más estable (Gráfico 5). No obstante, si relacionamos estos datos con la totalidad de la delincuencia juvenil española (Grá-

(31) Como se indica *supra*, hasta el año 2007 no existe una verdadera diferenciación entre el número total de infracciones (delitos + faltas) cometidas por los menores de edad y el número de delitos o faltas. En consecuencia, no es posible realizar una diferenciación real hasta dicho año, por lo que se han mantenido las cifras totales que aparecen en los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior, contrastándolos con los datos ofrecidos por el INE.

fico 2), observamos que «la incidencia en el delito es todavía menor en las mujeres (...), siendo la variación interanual sensiblemente inferior a la experimentada por los delitos cometidos por hombres (el 8,39% frente al 13,75%).

Gráfico 4. Total de infracciones cometidas por mujeres menores de edad



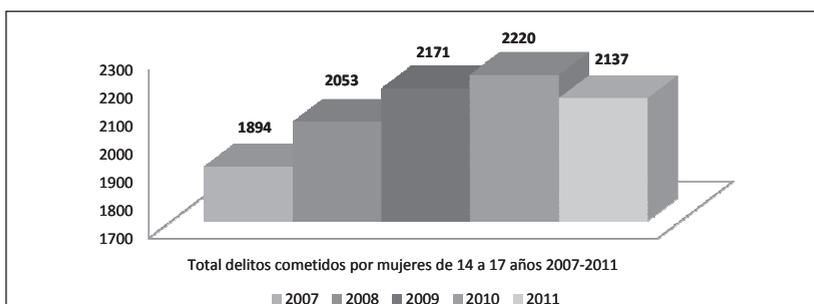
En el apartado de faltas, la participación de la mujer es sensiblemente superior a la de los delitos, situándose ligeramente por encima del 19% del total de faltas cometidas (19,63% en 2007 y 19,35% en 2008), con una variación interanual muy cercana a la experimentada por las faltas cometidas por hombres» (32). En este sentido, es destacable que aproximadamente la mitad de las infracciones cometidas por las menores de edad están constituidas por faltas, mientras que los porcentajes son considerablemente inferiores en el caso de los varones. Esta tendencia a la alza en el caso de la comisión de faltas parece haberse mantenido constante desde la anterior legislación penal de menores (33). Sin embargo, el año 2011 muestra una tendencia positiva con un descenso de las infracciones totales cometidas por los menores de edad (Gráfico 2). En el caso de las menores de edad, también se confirma este descenso, tanto en el número de faltas cometidas (Gráfico 6), como en el de delitos totales (Gráfico 5). Las cifras de 2011 parecen desmentir un posible auge de la delincuencia juvenil y, en particular, suponen cierto estancamiento de las cifras de delincuencia juvenil femenina que descartan un incremento alarmante en los últimos años.

(32) Vid. MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, ob. cit., p. 100.

(33) Vid. GARCÍA PÉREZ, O. (Dir.), DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., y GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, ob. cit., p. 75.

En consecuencia, a la luz de los datos antes expuestos, cabe afirmar que «la delincuencia juvenil femenina es minoritaria, pero estable» (34).

Gráfico 5. Total de delitos cometidos por mujeres menores de edad



En cuanto a la tipología de los delitos cometidos por las mujeres menores de edad, podemos extraer las siguientes conclusiones: la mayor parte de los delitos cometidos por las menores de edad quedan contenidos en la categoría general de delitos contra el patrimonio (robos, hurtos, tirones, etc.), habiendo aumentado progresivamente en años anteriores, lo que ha supuesto un crecimiento de las detenciones de este sector de la población juvenil (35). Los últimos datos, sin embargo, muestran una disminución de los delitos cometidos por chicas en esta área. Por otro lado, este descenso contrasta con el crecimiento de los delitos contra la integridad física (lesiones) cometidos por las menores, que ha crecido considerablemente hasta 2008, aunque lejos de aproximarse a las cifras de los hombres de la misma edad (36). En ambos casos, en los últimos años (2010-2011) las cifras

(34) Cfr. CÁMARA ARROYO, S., «El internamiento de las menores infractoras en España», en *Anuario de la Facultad de Derecho UAH*, núm. 4, 2011, p. 335.

(35) Vid. SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, ob. cit., p. 268.

(36) Vid. MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, ob. cit., p. 105; quien expone las siguientes conclusiones: «en el caso de las mujeres el mayor volumen de infracciones se corresponde con faltas contra las personas (31,46% del total de infracciones). También es significativamente mayor la comisión de delitos contra el orden público (trece veces mayor) y contra la seguridad colectiva (15 veces mayor) por parte de hombres, así como el peso de estos delitos en relación al volumen total de infracciones cometidas (el 4,63% y 4,46% en el caso de los hombres y el 2,01% y 1,69% en el de las mujeres, respectivamente). En los delitos de mayor alarma social, como pueden ser los delitos de homicidio y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, la participación de los hombres también es muy superior a la de las mujeres». «Como podía preverse de los datos sobre infracciones cometidas y el volumen

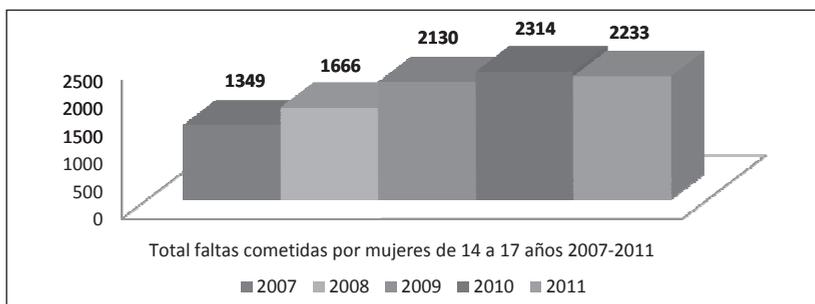
tienden a estabilizarse e incluso descender ligeramente en los últimos años (Tabla 1).

También se observan importantes diferencias en cuanto a la tipología específica de los delitos contra el patrimonio, pues los varones cometen muchos más robos con fuerza en las cosas que con violencia o intimidación, mientras que en las mujeres la tendencia se invierte, cometiendo más delitos de robo con violencia o intimidación (37).

Estos datos podrían confirmar la creencia de un sector de la doctrina que se ha pronunciado acerca del incremento de la violencia entre las menores de edad. Al respecto, en declaraciones recogidas en un importante medio de comunicación periodístico, Javier Urrea (psicólogo especializado en delincuencia juvenil, miembro de la Fiscalía General de Menores de la Comunidad de Madrid y uno de los participantes en los proyectos y anteproyectos de la actual LORRPM) describía así la interpretación de estos datos:

«Llevamos una década en la que se ve una mayor implicación de chicas jóvenes en actos violentos. Si antes era más una cuestión de hurto y pequeñas sustracciones, hoy tenemos muchos casos de chicas que se agrupan para partirla la cara a otra que es distinta, que les cae mal. Esto hace dos décadas era impensable. No se daba» (38).

Gráfico 6. Total faltas cometidas por mujeres menores de edad



de población por sexos, el número de infracciones por cada 1.000 habitantes es casi seis veces mayor entre la población masculina que entre la femenina, habiéndose incrementado ligeramente esta diferencia en 2008 (5,57 veces mayor en 2007 y 5,68 en 2008)».

(37) Vid. GARCÍA PÉREZ, O. (Dir.), DíEZ RIPOLLÉS, J. L., PÉREZ JIMÉNEZ, F., y GARCÍA RUIZ, S., *La delincuencia juvenil...*, ob. cit., p. 77.

(38) Vid. CORISO, M., «¿Por qué las chicas son cada vez más violentas?», en *Mazagine El Mundo*, núm. 478, 2008, publicado online en: <http://www.elmundo.es/magazine/2008/478/1227283426.html>, consultada el 13/08/2012.

No obstante, los datos no arrojan una situación de alarma que equipare los delitos violentos cometidos por ambos sexos. De hecho, en los últimos años (2009-2011) se aprecia un descenso de los delitos de lesiones que lleva a una situación de estancamiento. La diferencia fundamental parece encontrarse en las faltas, cuya entidad sigue siendo más leve. Así, según explica Montero Hernanz, si atendemos a la gravedad de las conductas, apreciamos que entre ambos sexos la diferencia es superior entre los delitos (6,81 veces mayor en 2007 y 7,12 en 2008), descendiendo a prácticamente la mitad entre las faltas (3,84 en 2007 y 3,92 en 2008) (39). En cualquier caso, este ligero aumento de los delitos y faltas «violentos» por parte de las chicas supone un nuevo paso en la evolución de la delincuencia juvenil femenina, pues si hace unos años los delitos contra el patrimonio y contra la honestidad en este sector de la población criminal se encontraban a la alza (40), los nuevos cambios sociales parecen propiciar una nueva dirección en las tendencias delictivas de las menores.

A pesar de los datos contrastados, se observa un sensible crecimiento de las condenas impuestas por los Jueces de Menores hacia las menores infractoras (41). Al respecto, interpretando las cifras de las diferentes CC.AA., Montero Hernanz exponía las siguientes conclusiones: «mientras desciende el número de hombres condenados, el número de mujeres ha crecido, siendo, por tanto, más temprano el inicio de las mujeres en la actividad delictiva. (...) Las diferencias siguen siendo importantes, con una mayor prevalencia de hombres condenados, aunque es de señalar que se ha producido un descenso en el número de hombres de catorce a dieciséis años, mientras que en el caso de las mujeres se ha producido un incremento en todos los grupos de edad» (42). En definitiva, concluye el autor, «tomando como referencia los datos disponibles desde 2001, y sabiendo que existen diferencias en cuando a la forma de recogida hasta el año 2006 lo que puede restar alguna fiabilidad a los mismos, la tendencia que se observa es un incremento en el número de mujeres condenadas, cuyo peso porcentual se ha duplicado desde 2002 a 2009» (43).

(39) Vid. MONTERO HERNANZ, T., «La evolución...» *ob. cit.*, p. 101.

(40) Vid. ALVIRA MARTÍN, F., y CANTERAS MURILLO, A., *Delincuencia y marginación...*, *ob. cit.*, p. 136.

(41) Lo que ha llevado a algunos autores norteamericanos e ingleses a anunciar que la delincuencia juvenil femenina se encuentra a la alza, o en un escalado «crecimiento». A modo de ejemplo, *vid.* Youth Justice Board: Girls and offending-patterns, perceptions and interventions. YJB, London, 2009, p. 40.

(42) Cfr. MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, *ob. cit.*, pp. 102 y 103.

(43) Cfr. MONTERO HERNANZ, T., *La delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 11.

Tabla 1. Delitos cometidos por mujeres menores de edad 14 a 17 años 2000-2011 (44)

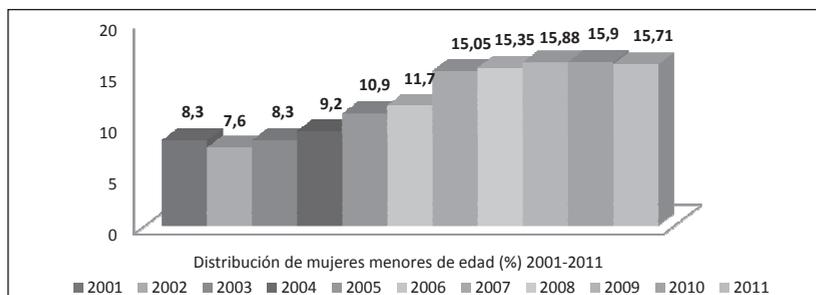
Tipo de delito	Años											
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Homicidio y sus formas	10 (0)	8 (6)	4 (5)	2 (5)	7 (4)	7 (1)	4 (1)	7 (1)	3	0	8	2
Lesiones	77 (217)	62 (131)	93 (196)	106 (273)	127 (417)	128 (456)	125 (530)	145 (272)	573	352	399	363
Contra la Libertad sexual <sup>45</sup>	3 (-)	3 (2)	3 (3)	5 (2)	7 (10)	6 (5)	10 (2)	11 (2)	3	4	2	4
Contra el patrimonio	1360 (1882)	1551 (274)	1747 (531)	1432 (902)	1578 (990)	1622 (1196)	1488 (1083)	1522 (969)	1040	993	937	854
Contra la Salud Pública <sup>46</sup>	94 (44)	79 (19)	65 (25)	86 (38)	67 (40)	98 (44)	81 (45)	64 (37)	25	32	40	33

(44) Como muestra de la disparidad existente entre las distintas bases de datos, incluyo entre paréntesis los datos ofrecidos por el INE que deberán cruzarse con los datos contenidos en los Anuarios Estadísticos del Ministerio del Interior hasta 2007 y el resto de las compilaciones consultadas. Esta diferenciación se debe a las diferencias metodológicas de cada una de las instituciones a la hora de realizar sus recopilaciones. Así, el INE incluye las cifras de infracciones cometidas por menores de edad bajo el epígrafe «Clasificación de los menores bajo tutela por infracción, sexo y edad» hasta el año 2003, en el que pasa a denominarse «Clasificación de los menores mujeres bajo tutela por infracción y edad» y, finalmente, desde 2005 se incluyen los datos de los «Menores según infracción cometida, edad y sexo». Además de ello, en las cifras ofrecidas por el INE hasta 2004 la franja de edad analizada es la perteneciente a la anterior legislación (14 a 16 años). A partir de 2008 solo se ofrecen los datos facilitados por el INE, tras la desaparición de los Anuarios del Ministerio del Interior, contrastados con el resto de fuentes disponibles.

(45) En los datos consultados hasta 2006 no están reflejadas las faltas de modo separado, lo que podría explicar las variaciones en los últimos dos años.

(46) Los datos de los dos últimos años no se corresponden con la denominación de los delitos de estupefacientes (utilizada en los Anuarios de Estadística del Ministerio del Interior), puesto que no hacen referencia específica al tráfico de drogas ni a las tipologías asociadas con el contrabando. No es posible ofrecer, por tanto, una progresión real de los delitos cometidos en este ámbito por las menores de edad. Del mismo modo que en el resto de categorías, se incluyen entre paréntesis los datos proporcionados por el INE, bajo la categoría de Delitos contra la Salud Pública.

Gráfico 7. Crecimiento porcentual de mujeres menores de edad (14-17 años) condenadas 2001-2011



Tal aumento del número de menores condenadas podría suponer un crecimiento de la población reclusa femenina en los centros de menores. Sin embargo, si observamos las cifras correspondientes a las medidas impuestas por los Jueces de Menores a las jóvenes infractoras, apreciamos en general un descenso de la utilización de las medidas de internamiento en los últimos años (47). Por el contrario, dentro de esta disminución del número de internamientos, se comprueba un ascenso de la utilización de la medida de internamiento en régimen cerrado en menores infractoras, pasando de 49 sentencias en 2008, a un total de 58 en 2009. En los últimos años, sin embargo, a pesar de que aumenta ligeramente el número de internamientos, la tendencia se invierte descendiendo el uso de la privación de libertad en régimen cerrado para las menores de edad: 41 en 2010 y 23 en 2011. Al respecto, según los datos aportados por el Observatorio de la Infancia en 2011, «la medida notificada en la que hay mayor diferencia según el sexo del menor infractor es internamiento en régimen cerrado» (48).

(47) En concreto, el número de menores condenadas a medidas de internamiento, en cualquiera de sus regímenes (cerrado, semiabierto, abierto y terapéutico), ha descendido de 348 condenas a privación de libertad en 2008, hasta un total de 313 internamientos en 2009. Según los datos facilitados por el INE, en 2010 las menores de edad que fueron condenadas exclusivamente con la medida de internamiento, en cualquiera de sus modalidades, fue tan sólo de 164. En 2011 el número de mujeres menores de edad condenadas exclusivamente a una medida de internamiento volvió a descender hasta 135. Lógicamente, a estos datos habría que sumar aquellas condenas en las que se imponen varias medidas y una de ellas constituye privación de libertad. Las cifras finales experimentan un ligero aumento en 2010 con 396 internamientos y, nuevamente, un descenso a 326 en 2011.

(48) Cfr. Observatorio de la Infancia. Boletín núm. 11. *Estadística...*, ob. cit., p. 13.

No obstante, una vez más, los datos aportados por esta última institución (49) no coinciden con los expuestos por el INE.

Los datos estadísticos deben ser, en consecuencia, interpretados con suma cautela, no pudiéndose anunciar un aumento de la delincuencia femenina entre los menores de edad. Como ya se indicara en el *XII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal*:

«En muchos países se han publicado informes sobre lo que se percibe como un aumento de los delitos violentos cometidos por niñas, incluso por pandillas de niñas. Si bien hay pruebas de que en muchos países desarrollados y en algunos países en desarrollo aumentan las denuncias por delitos cometidos por niñas, ello no necesariamente significa un aumento en el número real de delitos cometidos por niñas, dado que también puede deberse a un aumento en la proporción de delitos que se denuncia y en la adopción de políticas por las que no se tolera en absoluto la violencia en las escuelas o la comunidad» (50).

La interpretación del aumento de internamientos cerrados entre las menores de edad puede tener varias explicaciones: un aumento de la comisión de delitos de carácter grave; mayor uso de violencia o intimidación en la comisión de delitos de menor gravedad; una mayor representación de las mujeres en las llamadas bandas juveniles (51); mayores cotas de reincidencia entre las jóvenes infractoras (52), etc.

A pesar de que la delincuencia juvenil tiene cierta característica grupal (53), el fenómeno de las bandas delictuales organizadas com-

(49) Según los datos de los boletines del Observatorio de la Infancia, en 2011 se notificaron un total de 409 internamientos de mujeres menores de edad, de los cuales 33 correspondían al régimen cerrado.

(50) Cfr. Documento de trabajo elaborado por la *Secretaria General de Naciones Unidas*, A/CONF.213/4, de 15 de febrero de 2010, p. 13.

(51) Como postulan algunos estudios (Chesney-Lind y Shelden, 2004); *vid.* BERGER, R.J., MARVIN, D.F.Jr., y SEARLES, P., *Crime, Justice and Society. An introduction to Criminology*. 3.<sup>a</sup> ed., Lynne Rienner Publishers, London, 2009, pp. 332 y 333.

(52) Es decir, aquellos supuestos en los que, según expone el artículo 9.2 de la LORRPM, el Juez de Menores está habilitado para imponer la medida de internamiento en régimen cerrado. Además, debemos añadir aquellos casos recogidos en el artículo 10.1 y 2 de la LORRPM en los que el Juez tendrá la obligación de imponer una medida de internamiento en régimen cerrado.

(53) *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> R., *Derecho penal de Menores*. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 4.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2007, p. 233; de la misma opinión, DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas impositivas y sus reglas de determinación», en *La Ley Penal*, núm. 36, Madrid, marzo 2007, p. 59; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *La delincuencia...*, *ob. cit.*, p. 39. En el caso

puestas por chicas menores de edad (54) sigue siendo un hito marginal (si bien en crecimiento), tanto dentro (55), como fuera de nuestras fronteras (56). Recientemente, sobre esta cuestión también se debatió en el *XII Congreso*, extrayéndose las siguientes conclusiones:

«En los países afectados por la violencia de las bandas, ha habido varios informes sobre un aumento de la participación de las niñas, tanto en pandillas formadas exclusivamente por chicas como en pandillas predominantemente masculinas. En ambos casos, ha habido indicios de que la integración en las pandillas puede ser la única o la mejor estrategia a la que recurren para asegurarse protección contra la violencia, especialmente la violencia sexual, que los miembros de las pandillas ejercen en la comunidad. Las niñas se convierten en pareja de un varón de la pandilla, que las protege de los demás. En ese contexto, frecuentemente se usa a las niñas como correos de drogas. Sin embargo, aunque se habla de un aumento de la participación femenina en las pandillas, las pruebas y los datos al respecto son limitados, sobre todo porque se trata de una esfera en que es particularmente difícil reunir datos e información fiables» (57).

En España la participación de las chicas en las denominadas bandas juveniles sigue siendo secundaria, manteniendo un rol asociado al prestigio y a la relación con los líderes varones de tales agrupacio-

---

específico de las menores de edad, los estudios de autoinforme demuestran que no existe una especial tendencia de la menor a actuar en solitario (como afirmaban algunos estudios anteriores, v.gr.: COY FERRER, E., *Delincuencia de menores*. Ediciones 23-27, Murcia, 1979, p. 88; HERRERO HERRERO, C., *Criminología. Parte general y especial*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 503), siendo algo normalizado que tanto los chicos como las chicas cometan la mayor parte de las acciones delictivas en grupo; vid. MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, J., BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., LATORRE POSTIGO, J. M., y RECHEA ALBEROLA, C., *Delincuencia juvenil femenina y su comparación...*, ob. cit., pp. 268 y 275; BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina...*, ob. cit., p. 318.

(54) Sobre esta cuestión, vid. IZQUIERDO C., *Delincuencia juvenil en la sociedad de consumo*. Mensajero, Bilbao, 1980, p. 256 y 257.

(55) Acerca de la cuestión, vid. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Las bandas latinas en España: una problemática emergente», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y CUERDA ARNAU, M.<sup>a</sup> L. (coords.), «Estudios sobre la responsabilidad penal del menor», *Col·lecció Estudis jurídics*, núm. 9, Universidad Jaime I, Castellón, 2006, pp. 269-298.

(56) La participación de las jóvenes en el contexto de las llamadas bandas juveniles es un fenómeno emergente, pero minoritario. Al respecto, vid. SHEPHERD Jr., ROBERT, E., «Girls in the Juvenile Justice System», en *William & Mary Journal of Women and the Law*, núm. 9, Issue 1, Article 3, Williamsburg, 2002, p. 32; MILLER, J., «Young Women and Street Gangs», en Zahn, Margaret A., *The Delinquent Girl...*, ob. cit., p. 207; ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T.J., y FRENG, A., *Youth Violence. Sex and race differences in offending, victimization, and gang membership*. Temple University Press, Philadelphia, 2010, pp. 78 y 79.

(57) Cfr. A/CONF.213/4, de 15 de febrero de 2010, p. 13.

nes (58). No obstante, el cambio social operado en las últimas décadas ha propiciado que las menores comiencen a mimetizar el rol de los varones en este aspecto, empezando a formarse grupos de chicas que cometen actos delictivos (59). Al respecto, algunos criminólogos (Giordano y Cernkovich, 1979) han puesto de manifiesto que, de hecho, actualmente las menores prescinden en mayor medida de la compañía masculina en la comisión de delitos, siendo habitual que las cometan solas o en compañía de otras chicas (60). Sin embargo, tales grupos no pueden denominarse aún bandas juveniles femeninas *strictu sensu* (61), y su participación es, hoy en día, minoritaria en nuestro país.

La reincidencia entre las delincuentes menores de edad tampoco parece haber sufrido grandes modificaciones. Según explica Montero Hernanz, «mientras que en 2008 el número de infracciones cometidas por mujeres descendió porcentualmente en relación a las cometidas en el año anterior, el número de mujeres condenadas fue superior (15,05% en 2007 y 15,35% en 2008 del total de menores condenados), lo que viene a significar que se da mayor reiteración de conductas entre los hombres que entre las mujeres» (62).

Por último, tampoco parece que la comisión de delitos graves entre las menores delincuentes haya aumentado de manera significativa en los últimos años, por lo que una posibilidad, no descartada, que explicase el aumento de la utilización del internamiento en régimen cerrado sería la modificación de otras medidas de internamiento en regímenes menos gravosos, produciéndose, de esta manera, una *reformatio in peius* en el régimen de vida de la menor dentro del centro de reforma. En este último supuesto, cabría plantearse la posible ineficacia de los actuales programas educativos de los centros de internamiento, y la posibilidad de establecer algunas especialidades en el caso de las menores internas (63).

---

(58) Vid. Vázquez González, C., «Fenomenología de la delincuencia juvenil», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Derecho penal juvenil*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 55; sobre esta cuestión, también *vid.* WHITEHEAD, J. T., y LAB, S. P., *Juvenile Justice. An introduction*. 6th ed, LexisNexis, Anderson publishing, 2009, p. 122; BERGER, R. J., MARVIN, D. F. Jr., y SEARLES, P., *Crime, Justice and Society...*, *ob. cit.*, pp. 332-337.

(59) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, *ob. cit.*, p. 84.

(60) Vid. BERGER, R. J., MARVIN, D. F. Jr., y SEARLES, P., *Crime, Justice and Society...*, *ob. cit.*, p. 331.

(61) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Criminología...*, *ob. cit.*, p. 441.

(62) Vid. MONTERO HERNANZ, T., *La evolución...*, *ob. cit.*, 102.

(63) Vid. CÁMARA ARROYO, S., *El internamiento...*, *ob. cit.*, pp. 340.

### III. TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS SOBRE LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA

Como es bien sabido, la variable «género» es una constante en las teorías criminológicas que han intentado dar una explicación a los índices de criminalidad (64). Ciertamente, aunque las teorías tradicionales sobre el delito y la delincuencia han centrado su estudio en el varón delincuente, la sensibilidad de los criminólogos no ha sido ajena a la figura de la mujer delincuente. Más complicado parece encontrar entre la literatura científica alusiones específicas a la delincuencia juvenil femenina: un sector marginal dentro de un ámbito marginal.

En este epígrafe se tienen en cuenta las diferentes teorías acerca de la mujer delincuente, y, más concretamente, aquellas parcelas que han intentado explicar la delincuencia juvenil femenina, desde las teorías clásicas, hasta la Criminología crítica actual.

Tal y como expone Miralles, «en la biología criminal la explicación de la delincuencia de la mujer ha incidido en las características propias que se han atribuido a la esencia de lo que es femenino para, a partir de ello, constatar la «rareza femenina» de la mujer delincuente» (65).

Desde esta perspectiva, la delincuencia femenina sería explicada desde una óptica puramente sexual, siendo la ausencia de alguna de las características propias del género femenino el epicentro de los comportamientos delictivos en las mujeres (66).

La primera aproximación hacia la explicación de la delincuencia juvenil femenina podría encontrarse, por tanto, en esta línea de pensamiento. Algunos autores anteriores al desarrollo de las tesis lombrosianas, trataron de explicar la delincuencia femenina con base a las diferencias biológicas entre ambos sexos (Pyke, Bean), o entre sujetos delincuentes y no delincuentes (Tarnowsky) (67). Entre tales teorías pre-lombrosianas, cabe destacar para interés de este estudio, los pos-

(64) Vid. SERRANO MAILLO, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 498; SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, ob. cit., p. 260.

(65) Cfr. MIRALLES, T., «La mujer: el control informal», en BERGALLI, R. y BUSTOS RAMÍREZ, J. (Dir.): *El pensamiento criminológico II. Estado y Control*. Península, Barcelona, 1983, p. 123.

(66) Vid. CANTERAS MURILLO, A., *La delincuencia femenina...*, ob. cit., pp. 55 y 56; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., «Delincuencia femenina: nuevas perspectivas para su estudio», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2.ª ep., vol. III, núm. 90, 2006, pp. 160 y 161.

(67) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *La delincuente femenina. Un enfoque psicosocial*. UNED, Madrid, 1987, pp. 124 y 125; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 162.

tulados de Broca y Hombreschke, para quienes tanto la mujer como el niño mantenían un desarrollo cerebral inferior (68). Tal situación no era permanente, y el cerebro de la menor podría evolucionar adecuadamente ante unos estímulos y estructuras sociales propicias (69).

Curiosamente, tesis más actuales han continuado el estudio de la inteligencia y el cerebro de la menor delincuente, si bien desde una perspectiva científica y no desligada de la corriente biopsicosocial (70). En nuestro país cabe destacar el artículo de Pérez y Ortíz, influido por la obra del psiquiatra Gibbs, en el que se estudia la dominancia funcional del hemisferio derecho en el comportamiento antisocial juvenil femenino. Los resultados arrojaban las siguientes conclusiones:

«(...) La delincuencia juvenil femenina manifiesta una inteligencia general por debajo de la media normal de su grupo y edad. Estos resultados (...) se deben principalmente a un deterioro escolar, inadaptación al mundo cultural y escolar, falta de una adecuada labor de seguimiento en su aprendizaje escolar y un medio muy bajo de estímulos culturales e intelectuales.

(...) Más sí ahora analizamos la segunda hipótesis, es decir, la prevalencia del hemisferio izquierdo sobre el derecho, comprobamos que efectivamente existe una mayor funcionalidad del derecho sobre el izquierdo (...). Es decir, cada uno de los hemisferios está sujeto a una tensión que quedará subdividida por los distintos tensores que definen las principales caras de volumen representado en los hemisferios correspondientes. Dicho esto así y tomándolo desde una perspectiva muy geométrica, es nuestro propósito señalar asimismo, de modo aproximado y provisional, por supuesto revisable, el vector vertical (inferior-superior) como autentico vehiculador de impulsos que yacen en lo propiamente vital, impulsivo, instintivo y cuyo mundo, digamos que radicaría fundamentalmente en el Diencéfalo. Según los resultados obtenidos podríamos definir este vector como el regulador y director de la conducta delincuente, más inclinada a depender del mundo instintivo y emotivo que del racional» (71).

El factor social evolutivo difícilmente podía extraerse de la teoría biológica, quedando patente, en estos primeros estudios sobre la delincuencia femenina, que el rol social desempeñado por la mujer,

(68) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 129.

(69) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 128; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 163.

(70) Acerca de las características biopsicológicas de la mujer aplicado al ámbito de la Criminología, *vid.* LÓPEZ-REY Y ARROYO, M., *La criminalidad. Un estudio analítico*. Tecnos, Madrid, 1976, pp. 307 y ss.

(71) Cfr. PÉREZ, D., y ORTIZ, T., «Dominancia cerebral y delincuencia juvenil femenina», en *Psiquis*, año VI, vol. V, núm. 2/84, 1984, p. 58.

desde su infancia, tendría una importancia relevante en la teorización criminológica (Quetelet, Pyke, Van de Warker). En este aspecto, Proal determinó que la mujer cometía menos delitos que el hombre porque la mujer era moralmente superior (72), lo que, en realidad, podría corresponder con el mayor control moral que la mujer se veía sujeta por parte de la sociedad desde niña, tal y como se indicaba *supra*, y explicarán las *teorías del control social*, como veremos más adelante.

En 1895 se publica la conocida obra de Lombroso y Ferrero, titulada *La Mujer Delincuente* (73), donde se presenta a la mujer delincuente como un ser anormal, atávico, cruel y perverso, falto de todos aquellos rasgos maternales y sensibles que definían a la mujer de la época. En definitiva, la mujer delincuente es un monstruo. No obstante, la mujer criminal difícilmente encajaba con la del *Delincuente nato* (74), por lo que se trasladaría el grueso de la delincuencia femenina a la figura de la prostituta, como ya hicieran autores anteriores como Ellington (1864) (75). A pesar de no hacer ningún tipo de mención específica hacia la menor delincuente, es curioso como los autores italianos también relacionaban a la fémina con el «niño», en este caso, para explicar su comportamiento delictivo (76). Tal relación no es casual desde una perspectiva histórica pues, como acertadamente señala Lurrauri Pijoan, se corresponde con «la tradicional equiparación entre mujeres y niños. Al igual que el hijo, la mujer podía ser corregida por el padre/marido si no obedecía» (77).

La importancia para nuestro estudio de la doctrina de Lombroso y Ferrero radica en los sucesivos estudios sobre la antropología y biología de las delincuentes, que tomaron como referencia la obra de los italianos. Así, cabe destacar el trabajo realizado en Chicago por Heally y Bronner (1926), sobre una muestra de chicas delincuentes en las que se relacionaba el peso y la estatura (78). Prácticamente coetáneo al estudio citado, Burt (1925) refutó algunas de las conclusiones de

(72) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 125.

(73) Vid. LOMBROSO, C., y FERRERO, W., *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Ed. L. Roux e C., Torino, 1893, especialmente, pp. 433 ss. Existe una edición posterior en inglés, *The Female Offender*. Appleton y Londres Fisher Unwin, New York, 1895.

(74) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 134 y 135; Miralles, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, p. 123; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 164.

(75) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 125.

(76) Vid. LOMBROSO, C., y FERRERO, W., *La donna delinquente...* *ob. cit.*, p. 433.

(77) Vid. LARRAURI PIOJAN, E., «Control informal: Las penas de las mujeres», en LARRAURI PIOJAN, E. (Coord.): *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Siglo XXI, Madrid, 1994, p. 5.

(78) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 143.

Heally y Bronner, pero introdujo algunos elementos nuevos que han sido especialmente importantes en el estudio de la delincuencia juvenil femenina, como es el caso de la relación significativa entre la menstruación y la conducta delictiva (79). A este tipo de criminalidad se la ha venido a denominar *delincuencia catamenial* (80), y ha tenido cierta repercusión en el estudio de las jóvenes delincuentes, donde los cambios de esta etapa de la adolescencia tienen un impacto mayor (81).

Uno de los estudios más conocidos en el ámbito de Criminología sobre la influencia de la menstruación en la delincuencia femenina es el realizado por Middelton («*Is There a Relation Between Kleptomania and Female Periodicity in Neurotic Individuals?*», 1933), quien atribuyó una mayor importancia a la crisis catamenial (síndrome premenstrual) como factor causativo de la delincuencia de la mujer (82).

Acerca de la delincuencia catamenial en las jóvenes españolas, destaca el trabajo de Bugallo Sánchez que, sin llegar a conclusiones rotundas, sí que destacaba la importancia de la relación entre los procesos menstruales y la delincuencia juvenil, debiendo tenerse en cuenta a efectos criminológicos y penales (83). Estudios posteriores han matizado esta cuestión, como el realizado por Donis Serrano, para quien «el síndrome premenstrual podría influir en determinadas conductas antisociales que, en el momento presente, no llegan a constituir delitos. Podría influir en determinados delitos, no en todos»; en este sentido, concluye la investigadora citada, «no es lo mismo un estudio sobre la conducta de jóvenes de un internado de señoritas, con resultado de impuntualidad y olvidos, que una investigación en cárcel de mujeres» (84).

Esta serie de estudios han mantenido un reflejo en la actualidad, siendo frecuentes los estudios que se apoyan en una explicación patológica de la delincuencia juvenil femenina. Así, por ejemplo, Tocavén,

(79) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 143.

(80) Vid. in extenso, AZNAR GONZÁLEZ, B., *Notas para un estudio de la biología criminal de la mujer: La delincuencia catamenial*. Escuela de Medicina Legal, Madrid, 1968, *passim*; y también, VILLALAIN BLANCO, J. D., *Policía Científica*. tomo I, Madrid, 1980, pp. 125 ss.; MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, ob. cit., pp. 125-127.

(81) Vid. MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, ob. cit., p. 125.

(82) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 147; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 167.

(83) Vid. in extenso, BUGALLO SÁNCHEZ, J., *Responsabilidad atenuada de la delincuencia menstruante*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, *passim*.

(84) Cfr. DONIS SERRANO, M., *Influencia del síndrome premenstrual en la criminalidad femenina*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003, p. 141.

expone que es frecuente observar crisis psicológicas en las jóvenes delincuentes, que «están estimuladas o potencializadas por la propia conflictividad de la adolescencia. Tales crisis suelen transformarse en serios desequilibrios afectivos que en algunas menores alcanzan la proporción de cuadros patológicos» (85).

También puede establecerse cierta relación entre la obra de Lombroso y Ferrero con modernas teorías criminológicas que hablan de la existencia del *ciclo-vital persistente en la delincuencia* (Moffitt, 1993) que, simplificando mucho, establecen la existencia de dos tipos de delincuentes: aquellos en los que la actividad delictiva persiste a lo largo de su vida, y aquellos en los que se encuentra limitada a los años de adolescencia. Para esta corriente doctrinal, las diferencias de género en el segundo tipo de delincuentes son mucho menos pronunciadas, de tal modo que las chicas tienden a delinquir más en la adolescencia, siendo menos frecuente que tal comportamiento persista a lo largo de sus vidas (86).

En 1923, W.I. Thomas, publica su obra *The Unadjusted Girl*, con una fuerte influencia lombrosiana, si bien se distanciaba de la posición biológica y antropológica para explicar el fenómeno de la delincuencia femenina. Para el autor citado, en la génesis de la delincuencia femenina es especialmente importante la desestructuración del modelo familia tradicional. Introduce también el elemento psicológico de *deseo*, como una especie de instinto que no es posible elegir, postulando que éste se encuentra con mayor intensidad en la mujer que en el hombre (87). Será, por tanto, la necesidad de deseo, de sentir amor, la que llevará a la mujer a cometer delitos (88).

Posteriormente, el trabajo de Thomas fue fuertemente criticado por autores como Smart (1976), que veían detrás del liberalismo del autor un marcado autoritarismo que tendría repercusiones en el tratamiento de la delincuencia femenina y, en particular, de las menores delincuentes. Así, el establecer como factor criminógeno la pérdida de los valores femeninos y familiares tradicionales y la necesidad de socialización de la mujer desde una edad temprana (imposición de

(85) Vid. TOCAVÉN, R., *Elementos de Criminología Infanto-Juvenil*. Edicol, México, 1979, pp. 123 y 124.

(86) Vid. AGNEW, R., «The contribution of Mainstream Theories to the explanation of female delinquency», en ZAHN, M. A. (ed.): *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, p. 24.

(87) Vid. *In extenso*, THOMAS, W. I., *The Unadjusted Girl: With Cases and Standpoint for Behavior Analysis*. Little, Brown and Company, Boston, 1923, *passim*.

(88) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 161 ss.; MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, p. 129; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 170 y 171.

la moralidad femenina tradicional), derivaría en sentencias más severas para las menores por actos delictivos y no delictivos (*status offenses*, como ya se indicaba *supra*) (89).

La tesis de Thomas puede encuadrarse dentro de las teorías criminológicas intermedias liberales-funcionalistas, y tuvo cierta repercusión en otros autores que se ocuparon particularmente de la delincuencia juvenil femenina. Tal es el caso de la obra de Konopka, *The Adolescent Girl in Conflict*, publicada en 1966. En su estudio, la autora utilizó una muestra de 181 chicas adolescentes que habían realizado actividades delictivas, concluyendo los siguientes puntos fundamentales (90):

I. Aspectos específicos y significativos de la adolescencia en las chicas:

1. Violenta aparición biológica de la pubertad: menstruación.
2. Peligro de ataques sexuales.
3. Complejo proceso de identificación con los cambios sociales operados en el rol tradicional de la mujer.
4. Cambio cultural: limitada elección vocacional, pequeña tradición de aprendizaje y preparación para el empleo, pequeños impulsos agresivos, doble característica de la moralidad.

II. Condiciones relacionadas con la adolescencia y que abren el camino hacia la delincuencia:

1. Falta de preparación para el inicio de la pubertad.
2. Falta de preparación para no ser persuadida de la realización de actividades sexuales.
3. El proceso de identificación con la familia es imposible por la mala calidad de ésta.
4. Rechazo de la femineidad. Falta de elección vocacional motivada por ser de clase baja.
5. Rechazo del trabajo, poca preparación para el mismo.
6. Fallo escolar, deseos agresivos.
7. Aventuras sexuales, abuso físico de los otros. Doble concepción de la moralidad.
8. Resentimiento, venganza individual, violación de las leyes tradicionales.

III. Cuadro General:

1. Excesiva soledad.

---

(89) Vid. MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, p. 130.

(90) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 171 ss.

2. Bajo nivel de autoimagen.
3. Extrañamiento de la sociedad de los adultos.
4. Incapacidad para las amistades, que produce la pérdida de uno mismo en la pandilla, que produce, a su vez, el involucramiento en actividades románticas, que deriva en un rechazo de la sociedad y, por último, en un incremento de la conducta delictiva y autodestructiva.

Otra de las obras influidas por las tesis de Thomas, fue el trabajo de Cowie, Cowie y Slater, *Delinquency in Girls*, publicado en 1968. Según estos autores, las chicas delincuentes, en una proporción mucho mayor que la de los chicos, poseen anomalías de salud física y suelen presentar una mayor cantidad de defectos físicos. La infancia de este tipo de chicas se caracterizaría por las privaciones físicas, los cuidados médicos continuados y la baja posibilidad de llegar a formar parte de la clase media (91). Se trata, como han expuesto González Vázquez y Serrano Tárrega, de un retroceso a las tesis biologicistas lombrosianas (92).

A mediados del siglo xx surge la llamada tesis de la caballerosidad, cuyo mayor representante es Pollack (1950), y que mantiene una fuerte influencia de ramas como la Sociología, el Psicoanálisis y la Psicología. Tal y como expone Clemente Díaz, el punto fundamental de esta tesis reside en descubrir el carácter *enmascarado* de la delincuencia de la mujer (93). Tal perspectiva podría relacionarse con la *cifra negra* de los delitos cometidos por las menores de edad, tal y como se indicaba *supra*; sin embargo, Pollack iba más allá, estableciendo para la fémina el papel de instigadora, mentirosa, vengativa y manipuladora, siendo el origen de la delincuencia en la mujer fisiológico, debido a la pasividad sexual de la mujer frente al hombre (de un modo similar a lo expuesto por Lombroso y Freud) (94). De este modo, el escaso volumen de las tasas de delincuencia femenina sería consecuencia de un trato más comprensible por parte del sistema policial y jurídico hacia la mujer [*tesis de la caballerosidad* (95)]. Actualmente, las tesis de Pollack son interpretadas como «meras

(91) Vid. COWIE, J., COWIE, V., y SLATER, E., *Delinquency in Girls*. Heinemann, London, 1968, p. 166; CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., pp. 174 y 175.

(92) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRREGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 172.

(93) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 176.

(94) Vid. *in extenso*, POLLACK, O., *The criminality of woman*. A.S. Barnes, New York, 1961, *passim*.

(95) Vid. MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, ob. cit., p. 131.

especulaciones sin probar» (96), y no se corresponden con el actual principio de igualdad ante la justicia penal de las sociedades democráticas actuales (97).

Dentro de las teorías psicoanalíticas, Moore (1978) realizó un estudio acerca de un programa residencial para chicas delincuentes que tenía como objetivo el refuerzo del yo, siguiendo las teorías del psicoanálisis enunciadas por Freud. Según informa Clemente Díaz, «el estudio utilizó un diseño cuasiexperimental, utilizando tres momentos temporales: pretest, test y postest, aplicado a una muestra de 138 adolescentes delincuentes. Las variables fueron proporcionadas por la escala DBS de actividades delictivas, y las variables dependientes se obtuvieron de la escala IES (Impulso, Ego y Superego). El autor concluyó que el programa fue efectivo, produciéndose un incremento en la fuerza del super-yo, y un descenso en la impulsividad, resultados que sin embargo no llegaron a ser estadísticamente significativos» (98).

La teoría del aprendizaje social de Sutherland intentó dar una explicación a la génesis y aumento de la delincuencia juvenil femenina en Estados Unidos, quien postulaba, coherentemente con su tesis global sobre la criminalidad, que las diferencias biológicas eran menos determinantes que las diferencias de tradición y posición social (99). De acuerdo con la teoría del aprendizaje social, algunas chicas son más propensas a verse envueltas en actividades delictivas porque se asocian con otras que las exponen a modelos delictivos, reforzando el comportamiento criminal y enseñándolas valores favorables a la delincuencia. De este modo, la asociación con otras chicas delincuentes, sobre todo con miembros de bandas juveniles, sería un fuerte indicativo de la delincuencia juvenil femenina (100).

Influidos por esta nueva corriente de pensamiento, a partir de los años setenta del siglo pasado el estudio de la delincuencia femenina sufre un importante cambio de paradigma, surgiendo nuevas teorías que se alejan de las concepciones biológicas y psicológicas para enfatizar el aspecto social de la criminalidad de la mujer. En este sentido,

---

(96) Cfr. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 178.

(97) Vid. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Mujeres delincuentes: Del mito a la prisión», en *Revista del Poder Judicial*, 3.ª ep., núm. 48, 1997 (IV), 1997, p. 269; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 172.

(98) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 145.

(99) Vid. SUTHERLAND, E., *Principles of Criminology*. J.B. Lippincott Co., Chicago, 1947, pp. 100 ss.; MIDDENDORF, W., *Criminología de la Juventud*. Estudios y experiencias. Ariel, Barcelona, 1963, p. 47.

(100) Vid. AGNEW, R., *The contribution...*, *ob. cit.*, pp. 13 y 14.

será fundamental el trabajo de Heidenshon, *The deviance of women: a critique and an inquiry*, publicado en el *British Journal of Sociology*, en 1968, en el que se mantenía que la criminalidad de la mujer no había que estudiarla utilizando los modelos masculinos, sino que había que analizarla teniendo en cuenta su rol sexual femenino, tal y como éste se encuentran diseñado institucionalmente en la sociedad (101).

Será el inicio de un nuevo modelo explicativo para la criminalidad femenina, basado principalmente en la existencia de métodos culturalmente diferentes de socialización con los chicos y con las chicas en las nuevas sociedades industrializadas (*Teorías funcionalistas*) (102). Los estudios de Hoffman-Bustamante (1973), Rosenblum (1975) y Smart (1976) fueron determinantes en este aspecto, desviándose de las anteriores tesis biologicistas. A esta nuevo modo de entender la criminalidad femenina se le conocerá como *Teoría de los roles sexuales*. Según esta corriente de pensamiento, la mujer se encuentra más supervisada que el hombre y su educación se encuentra orientada a la sumisión y la obediencia desde que es una niña, por lo que adoptará un papel pasivo y menos agresivo que el del hombre, lo que explicaría la menor tasa de delincuencia en este sector de la población.

Esta fue, durante muchos años, la postura defendida por filántropos y estudiosos de la delincuencia infantil y juvenil en España. Al respecto, las palabras de Bugallo Sánchez, a comienzos del siglo XX, son perfectamente representativas de toda una corriente de pensamiento pretérito que sirvió de inspiración y sustrato para el desarrollo de las teorías del rol:

«Y si la perversión del niño, puesto que ha de convertirse luego en hombre, es peligrosa para el orden social, lo es más la de las niñas, porque serán con el tiempo madres que, no sólo engendrarán seres preparados física y psíquicamente para el delito, sino que los educarán y adiestrarán en él, y si aún, por verdadero milagro, sus hijos salieran limpios de alma y de cuerpo, con sus insanos consejos, con su mal ejemplo, macularán su pureza, pues sabido es el extraordinario influjo que ejerce la mujer en el hogar y en el corazón de los suyos». Por consiguiente, expone el autor citado, «las niñas, especialmente, exigen una vigilancia escrupulosa; a ellas sí que es absolutamente necesario darles el adecuado tratamiento físico y moral,

---

(101) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Criminología...*, ob. cit., p. 514; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 173.

(102) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 189; BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina...*, ob. cit., p. 299; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 174.

teniendo en cuenta que han de ser futuras madres y que la vida moderna exige que la mujer esté preparada, no solo para la vida del hogar, sino para la vida social» (103).

Tal y como indica Clemente Díaz, «el mayor exponente en la actualidad de la influencia de la teoría del rol dentro del tema de la delincuencia de la mujer es el del movimiento de liberación, que ha hecho cambiar el papel tradicional desempeñado por la misma en la sociedad» (104). Este movimiento de igualdad tendrá gran importancia en las actuales tesis explicativas de la delincuencia juvenil femenina, puesto que en el sector juvenil es donde se plasman tales cambios sociales de un modo más vívido y precoz. Así, es frecuente encontrar hoy en día postulados similares a los expuestos por Weis (1982) en su formulación de la *Teoría de reversión del rol*, que explica el incremento de la participación de la mujer en el ámbito de la delincuencia como un proceso de *masculinización* o *virilización*, como consecuencia, a su vez, del movimiento de liberación de la mujer a finales de los años 60. Esta tesis se completaría con la *Teoría de los roles convergentes*, planteada entre otros por Adler en su trabajo *Sisters in Crime: The rise of the New Female Offender* (1975), que plantea una forma diferente de *masculinización* de los roles femeninos y una *feminización* de los masculinos, llegándose a una convergencia de expectativas sobre los roles sexuales, lo que supone una aproximación entre las tasas de delincuencia entre ambos sexos (105).

El concepto de masculinización como proceso explicativo de la delincuencia femenina no era nuevo. Autores clásicos, como Lombroso y Ferrero, ya atribuían a la mujer delincuente rasgos viriles, lo que para Miralles supone el comienzo de la inferencia de un «componente de masculinidad en la mujer delincuente, es decir, una anomalía biológica como factor básico de la delincuencia: la mujer delincuente es una anormal, porque lo normal en toda mujer supone unas características biológicas que por sí mismas son antitéticas respecto del delito» (106).

De este modo, el aumento de la delincuencia entre las jóvenes es explicado como un intento de la menor de reclamar un estatus parecido al del varón de su misma edad. Así lo expresaba Javier Urra, quien declaraba que «se ha producido un cambio social que hace que algunas digan «yo también puedo emplear el insulto y la bofetada, igual que los chicos». Piensan que la violencia les funciona y se hacen respetar

(103) Cfr. BUGALLO SÁNCHEZ, J., *La Delincuencia infantil. Etiología, profilaxia y terapéutica*. Morata, Madrid, 1931, pp. 1 y 275.

(104) Cfr. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 190.

(105) *Vid.* CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 190 y 191.

(106) Cfr. MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, p. 124.

valiéndose de ella. (...) Estamos en una sociedad igualitaria, para bien y para mal. Antes se intuía que la mujer tenía que ser sumisa, atenta, bien hablada, hacendosa... Ésa era la terminología. Hoy no; hoy la mujer compite en todo y hay algunas chicas que buscan el protagonismo a través de una imitación de roles masculinos negativos». Por otra parte, Bartolomé Gutiérrez introduce otros matices a estas afirmaciones: «la cultura juvenil, como otras cosas, ha estado siempre definida por la cultura juvenil masculina. Ellas intentan adaptarse a esos valores, conductas y estilos que eran propios de los chicos, porque era a ellos a quienes se les había permitido desarrollar dicha cultura» (107).

Para apoyar su tesis, Weis realizó un estudio con una muestra de 555 chicos y chicas de clase media y alta, mediante la técnica del autoinforme explicada anteriormente. El resultado dio un mayor soporte a la *Teoría de la convergencia de los roles*, y mostró las siguientes conclusiones (108):

1. Existe una gran cantidad de delincuencia femenina de carácter oculto. Los resultados el autoinforme reducen considerablemente las diferencias en las tasas de delincuencia entre los chicos y las chicas, siendo, sin embargo, aún superior en los varones.

2. Las actividades delictivas de las chicas no poseen un carácter excesivamente grave.

3. El número de chicas involucradas en una gran cantidad de delitos es inferior al de los chicos.

4. El conglomerado social de la agresividad aparece en los chicos de manera general, pero no de las chicas. No se trata de que los chicos sean particularmente más violentos, sino de que las chicas no lo son en absoluto.

Una de las derivaciones más influyentes de la teoría de los roles es la que representa la denominada *Teoría de la igualdad de oportunidades* (Figuera-MacDonough, 1980-1982). Según esta postura doctrinal, influida por las obras de autores como Durkheim, Cloward y Ohlin, Sutherland, Cressey, Cohen, y Merton, el menor número de delitos cometidos por mujeres tendría su causa en el menor número de oportunidades para delinquir de las mismas frente a los hombres (109). El

(107) Vid. CORISO, M., *¿Por qué las chicas...*, ob. cit.

(108) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., pp. 192; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 175.

(109) Así, West indicaba que la menor tasa de delincuencia juvenil femenina «quizá constituya en parte una cuestión de oportunidad»; vid. WEST, D.J., *La delincuencia juvenil*. 2.<sup>a</sup> ed., Labor, Barcelona, 1973, p. 189.

movimiento de liberación de la mujer, premisa fundamental y eje alrededor del que se mueven las teorías del rol sexual, produciría un progresivo entorno de igualdad de oportunidades, lo que llevó a sus representantes a preconizar que tal igualdad se daría en todos los ámbitos sociales, también en el de la delincuencia, llegando a equipararse la cifra de delitos cometidos por las mujeres y los hombres (110).

Esta tesis fue objeto de una intensa crítica por parte de la doctrina, que encontraba dificultades a la hora de establecer los pertinentes paralelismos entre la teoría y los datos estadísticos sobre delincuencia femenina (Crites, 1974; Jensen y Eve, 1976; Austin, 1981). Actualmente, muchos de los esquemas de las *teorías del rol y la convergencia de roles* han sido desautorizados por la evolución de los hechos empíricos en relación con la delincuencia juvenil femenina. Así, los estudios de autoinforme y las cifras sobre criminalidad juvenil femenina no reflejan una equiparación en las tasas de delincuencia entre ambos sexos, por lo que parece que las predicciones de tales teorías no se han cumplido (111).

Las *teorías del control social*, con influencias que pueden encontrarse en la obra de Kruttschnitt (1982) (112), son el siguiente sendero abierto para la explicación de la delincuencia femenina, y también se han ocupado de la delincuencia juvenil de las menores de edad. Según explica Miralles, para esta corriente de pensamiento «la escasez numérica de la delincuencia femenina es vista como el resultado de una distinta proyección de los controles sociales de la mujer» (113). Para este modelo explicativo, por tanto, el escaso número de mujeres delinquentes menores de edad se explicaría atendiendo al férreo con-

(110) Vid. CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 200; SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, *ob. cit.*, p. 262.

(111) Vid. LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *Criminología*. Tomo II. Aguilar, Madrid, 1978, pp. 95 y 96; LORENZO MOLEDO, M. M., *La delincuencia femenina en Galicia*. La intervención pedagógica. Ed. Xunta de Galicia, 1997, p. 62; MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, J., BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., LATORRE POSTIGO, J. M., y RECHEA ALBEROLA, C., *Delincuencia juvenil femenina...*, *ob. cit.*, pp. 256, 257 y 276; BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, R., *Delincuencia juvenil femenina...*, *ob. cit.*, pp. 299 y 300; SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Evolución...*, *ob. cit.*, p. 261; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., *Mujeres delinquentes...*, *ob. cit.*, p. 269; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 176; y, en el ámbito internacional, vid. RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial de los jóvenes*. Cambridge University Press, Madrid, 2000, pp. 362 y 363.

(112) Vid. KRUTTSCHNITT, C., «Women, Crime, and Dependency; An Application of the theory of Law», en *Criminology*, núm. 19 (4), 1982, pp. 495 ss.; CLEMENTE DÍAZ, M., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, pp. 203 y 204; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 182.

(113) Cfr. MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, p. 133.

trol informal al que se ven sometidas desde pequeñas (114), comenzando por el ámbito de la educación familiar; «en la educación que se recibe de la familia se enseña a las hijas un método de socialización propio de su sexo: la niña aprende a ser más controlada, pasiva, doméstica» (115), y, por consiguiente, aquellas que tienen más probabilidades de acabar internadas o presas serían aquellas jóvenes que no tienen familia y carecen de quien las pueda ayudar (116).

Tal control informal ejercido sobre la menor en el ámbito familiar también podría relacionarse con la valoración de los costes y beneficios que para ellas supone el crimen (*Teoría de la elección racional*). Así, a la hora de establecer un baremo entre los costes y beneficios que reportaría una actividad delictiva, las mujeres diferirían de los hombres en muchos factores (117), como los niveles de supervisión, los principios y creencias morales tradicionales sobre su género, reputación, auto-control, etc.

La autora citada realizó un estudio de investigación sobre las bases de la teoría del control informal de la mujer. El estudio tuvo lugar en Barcelona, y sus conclusiones fueron publicadas en 1982, entre las que destacamos los siguientes párrafos, que hacen mención a la repercusión del control informal familiar en las jóvenes (118):

«La familia, con su actitud endógena, es el foco y centro de problemas mentales en las chicas jóvenes (...). La dependencia de la mujer el afecto y vida endógena es la característica más sobresaliente en sus problemas: la chica joven se romperá psicóticamente cuando quiera independizarse sin conseguirlo; la mujer joven casada vivirá su sexualidad como un fracaso propio y como algo que se le ha robado...».

Pueden observarse algunos paralelismos entre estas conclusiones y la explicación de la *teoría general de la tensión* sobre la delincuencia femenina. Para esta tesis, la actividad delictual es consecuencia de la frustración acumulada ante la imposibilidad de consecución de los

(114) Vid. LARRAURI PIOJAN, E., *Control informal...*, *ob. cit.*, p. 1.

(115) Cfr. MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, p. 134; también, sobre esta cuestión en relación con las jóvenes, *vid. LARRAURI PIOJAN, E., Control informal...*, *ob. cit.*, p. 3.

(116) Vid. LARRAURI PIOJAN, E., *Control informal...*, *ob. cit.*, p. 2; AGNEW, R., *The contribution...*, *ob. cit.*, p. 16.

(117) Vid. AGNEW, R., *The contribution...*, *ob. cit.*, p. 22.

(118) Vid. MIRALLES, T., «El control formal e informal de la mujer en Barcelona», en MIR PUIG, S., CÓRDODA RODA, J., y QUINTERO OLIVARES, G. (Coords.): *Estudios jurídicos en honor del Prof. Octavio Pérez-Vitoria*. Vol. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 521-569; MIRALLES, T., *La mujer: el control...*, *ob. cit.*, pp. 144 y 145.

logros personales, falta de estímulos positivos, etc. De este modo, la delincuencia se configuraría como una vía de escape a tal impotencia. Ciertamente, la acumulación de tensión en los jóvenes está relacionada con los medios de control informal, como la familia o el colegio, que pueden ser percibidos como focos de frustración cuando no ejercen la influencia positiva necesaria. Para esta corriente de pensamiento, se observaría en las mujeres jóvenes una mayor tendencia a experimentar tensiones que la conducirían al crimen, tales como: control y supervisión paterna o familiar, exceso de disciplina, experiencias negativas en el colegio o institutos, abusos sexuales, desestructuración familiar o pérdida del hogar, victimización criminal, desigualdad económica frente al varón, presión social acerca de la estética y los cánones de belleza, etc. (119).

Este control informal quedaría completado con un control formal, ejercido por las instituciones penitenciarias del Estado o de protección para menores infractores. Criminólogos como Klein, propusieron una nueva perspectiva de estudio que abandonara los tradicionales estereotipos y consideraciones acerca de las mujeres y su relación con el crimen y se centrara en la relación de estas con el Estado (120). Las teorías del control social pondrán su atención en el diverso tratamiento que reciben las mujeres en el conjunto del sistema judicial y penitenciario y, en particular, en las instituciones de encierro. Así, Miralles explica que en las instancias formales el control de la menor delincuente también se ejerce en la esfera de su sexualidad (121). De esta manera, las menores serían detenidas y encerradas en centros de internamiento por la comisión de «conductas inmorales», con un claro paralelismo con las *status offenses* anteriormente mencionadas (122). Al respecto, según afirmaba West, «la población de niñas de internados tiene más casos de protección que delincuentes oficiales» (123).

(119) Vid. AGNEW, R., *The contribution...*, *ob. cit.*, p. 9.

(120) Vid. KLEIN, D., «The etiology of female crime: a review of the literature», en *Issues in Criminology*, vol. 8, núm. 2, 1973, p. 30.

(121) Vid. MIRALLES, T., «La mujer: el control formal», en BERGALLI, R. y BUSTOS RAMÍREZ, J. (Dir.): *El pensamiento criminológico II. Estado y Control*. Península, Barcelona, 1983, p. 154.

(122) Vid. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*. Sertesa, Barcelona, 1981, pp. 98 ss.; BERGER, R. J., MARVIN, D. F. Jr., y SEARLES, P., *Crime, Justice and Society...*, *ob. cit.*, p. 329 y 330; BELKNAP, J., y HOLSINGER, K., «The trouble with delinquent girls», en *Focal Point A National Bulletin on Family Support and Children's Mental Health Spring*, vol. 11, núm. 1, 1997, p. 8; TRIPLETT, R., CARMODY, D. C., y PLASS, P. S., *In trouble and ignored...*, *ob. cit.*, pp. 253 y 258.

(123) Cfr. WEST, D. J., *La delincuencia...*, *ob. cit.*, p. 192.

En este punto podría establecerse una relación entre las teorías del control y la denominada *Teoría del etiquetamiento*. Para esta teoría, algunas chicas delinquen más que otras por que han sido «informalmente» catalogadas o etiquetadas como «desviadas» o «delinquentes» por sus padres, profesores, etc., o «formalmente» por el Sistema de Justicia Juvenil (124). Esta cuestión es especialmente importante dado el modo en el que la criminalidad juvenil femenina ha sido entendida históricamente. La menor infractora, como ya se ha explicado, no era necesariamente una «delincuente formal», sino que bastaba su comportamiento rebelde o inmoral para establecer consecuencias jurídicas a su actividad. De este modo, la menor quedaría «etiquetada» como «delincuente» por la comisión de conductas que no suponen delito alguno en adultos y varones.

Recientemente, las teorías del control social han sido discutidas por un sector de la doctrina, por cuanto no se confirman empíricamente y, sobre todo, porque no superan la actual dirección de igualdad entre hombres y mujeres ante la Ley penal (125). En concreto, en lo referente a la Justicia Juvenil en España, la promulgación de la LORRPM (art. 1.1) ha eliminado completamente la posibilidad de establecer responsabilidad penal de los menores de edad por la comisión de conductas no tipificadas en el Código Penal (CP) o Leyes penales especiales, quebrando de este modo la tónica de las anteriores legislaciones de *Tribunales Tutelares de Menores* (126).

La *Teoría del autocontrol* (Gottfredson y Hirschi, 1990) ofrece una argumentación general acerca de la relación entre las inhibiciones del propio individuo y su propensión hacia comportamientos delictivos. Sin embargo, algunos autores, como LaGrange y Silverman, han puesto de manifiesto que existen algunas diferencias entre sexos, argumentando que «las variables que miden el autocontrol, la oportunidad, y sus interacciones se reducen sustancialmente, aunque no desaparecen, con el impacto del género» (127).

(124) Vid. AGNEW, R., *The contribution of Mainstream Theories...*, *ob. cit.*, p. 19.

(125) Vid. GIMÉNEZ-SALINAS, E., y RIFA I ROS, A., *Introducció al dret penitenciari*. Teoria i pràctica. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1992; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 181.

(126) Y que ya se encontraba en el artículo 9 de la disposición inmediatamente anterior a la LORRPM, la *Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores* (LO 4/1992).

(127) Vid. LAGRANGE, T. C., y SILVERMAN, R. A., «Low self control and opportunity: Testing the General Theory of Crime as an explanation for gender differences in delinquency», en *Criminology*, núm. 37 (1), 1999, p. 62; ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, *ob. cit.*, p. 153.

Muy relacionado con la diferencia del nivel de autocontrol entre géneros pueden citarse algunos trabajos importantes desde la perspectiva de las denominadas *Teorías de la Tensión o la Frustración* que, si bien parecen señalar que tanto hombres como mujeres mantienen una gran similitud respecto a las cantidades de «tensión» (128) que pueden llegar a experimentar, también hacen hincapié en el hecho de que las menores son más propensas a sufrir determinadas «tensiones» que inhiben su capacidad delictiva, tales como una mayor supervisión de los padres o la manutención de los roles asociados a su sexo durante la adolescencia (129).

Actualmente, se han propuestos nuevos enfoques en el estudio de la delincuencia juvenil femenina desde la perspectiva de los *Estudios de género* (130), que tratan de superar las lagunas de las anteriores teorías expuestas. Así, Vázquez González y Serrano Tárrega han señalado, con acertado criterio en mi opinión, que «la delincuencia femenina, en la actualidad, no tenemos que estudiarla como contrapuesta a la delincuencia masculina ni con su misma sistemática, ya que tiene entidad suficiente para estudiarla en sí misma, con su propia metodología y sistemática.

El movimiento de liberación de la mujer no ha contribuido a estudiar la delincuencia femenina teniendo en cuenta las características propias y singulares de la mujer. Lo que pretendió fue imitar al hombre y emular su comportamiento para llegar a ser igual a él.

(...) Lo que no ha conseguido explicar ninguna de las teorías criminológicas es el porqué de la diferencia cuantitativa tan acusada entre la delincuencia femenina y masculina. Y en la solución de esta cuestión es donde se encuentra la clave para el establecer el enfoque que debemos dar al estudio de la delincuencia femenina.

Los estudios de género han abierto una nueva perspectiva para el estudio de la delincuencia femenina, como superación de las explicaciones puramente sexuales, de carácter biológico, de la delincuencia. Analizamos la delincuencia femenina partiendo de la diferenciación de géneros, que los distinguen por la conjunción de una serie de factores psicológicos y sociales, y no biológicos y naturales, que hará que

---

(128) Vid. BROIDY, L. M., y AGNEW, R., «Gender and Crime: A general strain theory perspective», en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, núm. 34, 1997, pp. 275-306; AGNEW, R., *The contribution of Mainstream Theories...*, *ob. cit.*, p. 9.

(129) Vid. AGNEW, R., *The contribution of Mainstream Theories...*, *ob. cit.*, p. 10.

(130) Vid. YAGÜE OLMOS, C., y CABELLO VÁZQUEZ, M. I., «Mujeres jóvenes en prisión», en ARNANZ VILLALTA, E. (Coord.): «Jóvenes y prisión». *Revista de estudios de la juventud*, núm. 69, Madrid, 2005, p. 31.

se desprenda de las teorías clásicas sobre las causas de la delincuencia femenina y sobre la justificación de su bajo volumen.

En la actualidad la delincuencia de la mujer no puede ir referida a lo masculino, o explicarla como una masculinización de la mujer, sino que hay que entender que hay dos géneros y unas expectativas sociales diferentes sobre los roles que tiene atribuido cada uno de ellos.

La diferenciación de géneros ha traído como consecuencia, el análisis de la delincuencia femenina desde la perspectiva del género, distinguiéndolo del sexo. Las diferencias entre géneros, masculino y femenino, son algo más que una diferenciación genética o sexual» (131).

Sobre esta cuestión, Berger, Marvin y Searles indicaban que los roles de género tradicionales están muy arraigados a las estructuras sociales de desigualdad y, a pesar de los cambios sociales, los patrones tradicionales de diferencias entre ambos sexos aún persisten. Para estos autores, además, el género no es un rasgo fijo o estático, sino un logro social en curso y que se construye en relación a cómo los demás interpretan nuestras acciones. Hombres y mujeres, niños y niñas, están continuamente «haciendo sexo» (*doing gender*), esto es configurando y orquestando sus acciones en relación a la forma en que podrían ser interpretadas por otros sujetos en el contexto social particular en el que se producen (132). De este modo, concluyen los autores precitados, «el crimen es un recurso para “hacer sexo” y el género es un recurso para “hacer crimen”» (133).

Esta posición recalca la importancia del aprendizaje diferencial en la delincuencia juvenil femenina (134). Por consiguiente, «el género no puede ser tratado como un hecho natural e inmutable, que nos viene dado previamente por la naturaleza, sino que el género significa socialización, educación en unos valores concretos, y esa socialización diferente en el género femenino y masculino es lo que ha hecho que tradicionalmente las tasas de delincuencia femenina sean tan

---

(131) Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., pp. 184 y 185; sobre esta cuestión, también vid. CANTERAS MURILLO, A., *La delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 55 y 56.

(132) Vid. BERGER, R. J., MARVIN, D. F. Jr., y SEARLES, P., *Crime, Justice and Society...*, ob. cit., p. 321.

(133) Cfr. BERGER, R. J., MARVIN, D. F. Jr., y SEARLES, P., *Crime, Justice and Society...*, ob. cit., p. 324.

(134) Vid. MARINAS, M. R., «Estereotipos y errores en el análisis de la delincuencia femenina», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 58, 1996, p. 160; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 185.

bajas, y lo continúen siendo en la actualidad en relación con el volumen de delincuencia en general y con la delincuencia masculina» (135).

Esto ha llevado a algunos autores, como Agnew en su *General Theory of Crime and Delinquency*, a plantear que la diferencia en las tasas de criminalidad entre sexos podría explicarse por la menor incidencia en las mujeres de factores que afectan a la delincuencia (136), como son: la edad, género, el estatus socioeconómico, el estatus socioeconómico comunitario y, en algunos supuestos, la raza o etnia. Otros trabajos, como el de Steffenmeier y Allan, también han desarrollado teorías integradoras, que examinan la manera en la cual el género influye en el nivel e impacto de las fuerzas causales identificadas por la mayor parte de las teorías criminológicas y que, en conjunto, explicarían la delincuencia femenina. En su estudio (*Gendered Theory of Female Offending*, 1996) los dos criminólogos centran la cuestión en la importancia de la «organización del género», a nivel normativo, de desarrollo moral y de control social, añadiendo, asimismo, el factor biológico de las diferencias sexuales entre hombres y mujeres (137).

Otra de las corrientes doctrinales que operan dentro de los estudios de género, y que se han ocupado de la delincuencia de las menores de edad, es la llamada *Teoría feminista de la delincuencia de la mujer* (Daily y Chesney-Lind, *Feminism and Criminology*, publicado en *Justice Quarterly*, 1988). Esta escuela criminológica examina el rol que juegan las desigualdades de género en los factores de riesgo para la comisión de hechos delictivos, y también como afectan tales desigualdades en la naturaleza de los delitos cometidos por las jóvenes. Su principal esquema conceptual fue desarrollado por Daily, y puede resumirse en los siguientes puntos fundamentales (138): vías de género al incumplimiento de la ley (139), crimen de género, y vidas de género.

El primero de estos conceptos se refiere a las diferencias en la trayectoria y experiencias vitales que llevan a hombres y a mujeres a delinquir, así como a que factores y contextos sociales facilitan la comisión de actividades criminales y cuál es su relación con el género.

---

(135) Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, *ob. cit.*, p. 184.

(136) Vid. AGNEW, R., *The contribution...*, *ob. cit.*, p. 26.

(137) Vid. AGNEW, R., *The contribution...*, *ob. cit.*, pp. 26 y 27.

(138) Vid. DAILY, K., «Gender, Crime, and Criminology», en TONRY, M. (ed.): *The Handbook of Crime and Justice*. Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 85-108; MILLER, J., y MULLINS, C. W., «Feminist Theories of girl's delinquency», en ZAHN, MARGARET A. (Ed.): *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, p. 34.

(139) Vid. BELKNAP, J., y HOLSINGER, K., *The trouble...*, *ob. cit.*, pp. 8 y 9.

El segundo objeto de estudio de estas teorías es el específico contexto y cualidades del crimen en las mujeres y los hombres. Por último, se ocuparan de estudiar el modo en el que el género organiza la vida diaria de hombres y mujeres y cómo afecta a sus estructuras de organización, identidades y acciones en relación con el delito y la criminalidad (140). De esta manera, explicará Daily, «en lugar de analizar el género como correlato de la delincuencia, se podría analizar la delincuencia como correlato del género» (141).

En definitiva, parece que paulatinamente se impone, en el marco de la Criminología, el análisis multifactorial de la criminalidad juvenil femenina, en la que deben tenerse en cuenta las diferencias de socialización entre chicos y chicas en el contexto actual, pero también otras causas que pueden revelarse como importantes para el estudio de este sector de la población delincuente. Por ello, es importante atender a los diferentes factores y causas de la delincuencia establecidas por cada una de las anteriores teorías expuestas y comprobar su grado de influencia en las menores de edad. Aunque la mayor parte de los estudios han demostrado que en las mujeres delinquentes concurren los mismos factores que determinaron a los hombres a cometer delitos (142), será necesario verificar si algunas de tales causas afectan en mayor grado a las chicas que a los chicos (143) y, de ser así, cuales son los indicativos que pueden predecir con mayor eficacia la génesis de la delincuencia juvenil femenina.

#### IV. FACTORES DE RIESGO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA

Como ya hemos puesto de manifiesto, algunos autores han llegado a la conclusión de que la delincuencia femenina debe ser abordada y analizada desde una perspectiva diferente a la masculina, planteamiento que parece acertado en cuanto que, al menos históricamente, la mujer no ha sido considerada igual al hombre. Recientemente, han comenzado a realizarse investigaciones diferenciales acerca de los factores de riesgo de comisión del delito entre infractores menores de

---

(140) Vid. MILLER, J., y MULLINS, C. W., *Feminist Theories...*, ob. cit., p. 37.

(141) Cfr. DAILY, K., *Gender, Crime...*, ob. cit., p. 99.

(142) Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S. y ORTOLÁ BOTELLA, M. E., *Criminología*. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 149; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D., *Delincuencia femenina...*, ob. cit., p. 183.

(143) Vid. RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial...*, ob. cit., p. 370.

edad de ambos sexos, donde se establecen algunas diferencias importantes, que pueden resultar de utilidad a la hora de prevenir la delincuencia juvenil femenina.

En primer lugar, es necesario entender que los factores de riesgo de criminalidad son, en esencia, los mismos en ambos sexos (144), y pueden resumirse en las siguientes agrupaciones conceptuales: biológicos, psicológicos y ambientales. Farrington y Painter, en su revisión de las diferentes investigaciones en el campo de la criminología sobre los factores de riesgo que afectan a la delincuencia juvenil han identificado como los indicadores más importantes de riesgo, tanto en chicos como en chicas, son los siguientes (145):

1. Criminalidad paterna.
2. Disciplina parental excesivamente severa o inconsistente.
3. Escasa supervisión parental.
4. Baja participación e implicación parental.
5. Conflictos familiares y hogares rotos o desestructurados.
6. Juventud de las madres.

No obstante, mientras que los chicos y chicas comparten muchos de los mismos factores de riesgo para la comisión de delitos, estos factores de riesgo pueden afectar a los niños y las niñas de manera diferente. La exposición a los mismos tipos de factores de riesgo está vinculada a la delincuencia de niños y niñas, y se observan diferencias sutiles en el nivel de riesgo conferido, la sensibilidad ante estos factores, y la tasa de exposición de factores de riesgo particulares (146). De

---

(144) Vid. FARRINGTON, D. P., y PAINTER, K. A., *Gender differences in offending: implications for risk-focused prevention*. Home Office Online Report 09/04, London, 2004, p. 11.

(145) Vid. FARRINGTON, D. P., y PAINTER, K. A., *Gender differences in offending...*, *ob. cit.*, p. 11.

(146) Vid. HODGDON, H., «Girls and Boys in the Juvenile Justice System: Are There Differences That Warrant Policy Changes in the Juvenile Justice System?», adapted from CAUFFMAN, E., «Understanding the Female Offender», and GRISIO, T., «Adolescent Offenders with Mental Disorders», en *The Future of Children, Juvenile Justice*, vol. 18, núm. 2, Fall 2008, disponible en [www.futureofchildren.org](http://www.futureofchildren.org); SICKMUND, M., «OJJDP Fact Sheet: Delinquency Cases in Juvenile Court 2005», *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*, June 2009; Fishbein, D. *et al.*, «Biopsychological Factors, gender, and delinquency», en ZAHN, M. A. (ed.), *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, pp. 85 y 86; ZAHN, M. A., y BROWNE, A., «Gender differences in neighborhood effects and delinquency», en ZAHN, M. A. (ed.): *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, pp. 171 y 172; ZAHN, M. A., *et al.*, «Causes and Correlates of Girls' Delinquency», *Office of Justice Programs*, 2010, p. 3; disponible en: [www.ojp.usdoj.gov/ojjdp](http://www.ojp.usdoj.gov/ojjdp); ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, *ob. cit.*, p. 15; Young Justice Board, *Girls and offending patterns...*, *ob. cit.*, pp. 19 ss.

esta manera, algunos autores han indicado que mientras que algunos factores de riesgo afectan por igual a ambos sexos, otros son únicos, o más representativos, de la delincuencia juvenil femenina (147).

Así, por ejemplo, algunas investigaciones criminológicas (Canter, 1983; Moffitt et al. 2001; y Storvoll y Wichstrom, 2002) han concluido que las correlaciones entre los factores familiares y la delincuencia tiende a ser mayor para los hombres que para las mujeres. Por el contrario, para Graham y Bowling (1995) los resultados indican que las relaciones fueron más fuertes para las mujeres que para varones. Por otra parte, también hay señales que los factores de riesgo familiares pueden estar más estrechamente relacionados con los delitos cometidos por mujeres que en hombres (Flood et al., 2000). El estudio realizado por Rowe et al. (1995) arrojó la conclusión de que la correlación de la delincuencia es muy similar para los chicos y las chicas, por lo que la mayor tasa de delincuencia en los varones se explicaría porque los niños estaban más expuestos a los distintos factores de riesgo. La investigación de Moffitt et al. (2001), sin embargo, estableció algunas diferencias en los factores de riesgo entre ambos sexos. Así, un bajo coeficiente intelectual de la madre predijo la delincuencia de los niños, pero no de las niñas, al igual que la alta movilidad residencial de la familia. Una relación conflictiva con sus padres a la edad de 15 años fue más fuertemente correlacionada con trastorno de la conducta de las niñas que de los niños (148).

En cuanto a los factores biológicos, algunos modelos teóricos explican que las diferencias biológicas y rasgos psicológicos, incluso genéticos (149), subyacentes al género pueden dar lugar a diferentes tipos y tasas de delincuencia entre ambos sexos. Así, por ejemplo, resumiendo los hallazgos de las investigaciones diferenciales en los trastornos clínicos que provocan una conducta antisocial y, por tanto, pueden estar relacionados con la delincuencia juvenil, Rutter, Giller y Hagell, exponen las siguientes conclusiones:

«Hay muy poca diferencia entre varones y mujeres en los índices de conducta hostil, desafiante o vengativa en la niñez.

Hay también poca diferencia entre varones y mujeres en cuanto a patrones de disfunción social general, que se caracterizan

---

(147) Así, por ejemplo, ZAHN *et al.*, señalan que «la pubertad precoz, junto con los factores de estrés como los conflictos con los padres y la participación con delinquentes pares masculinos (y, a menudo, mayores), son factores de riesgo únicos para las niñas»; *vid.* ZAHN, M. A., *et al.*, *Causes and Correlates...*, *ob. cit.*, p. 12.

(148) *Vid.* FARRINGTON, D. P., y PAINTER, K.A., *Gender differences in offending...*, *ob. cit.*, pp. 11 y 12.

(149) *Vid.* RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial...*, *ob. cit.*, p. 371.

primordialmente por unos graves problemas en las relaciones interpersonales.

Por otra parte, los trastornos de conducta aparecen en varones con una frecuencia aproximadamente doble que en mujeres.

También los trastornos hipercinéticos omnipresentes y persistentes son mucho más frecuentes en varones, con una proporción por sexos en torno al 4:1.

Los trastornos de personalidad antisocial en la vida adulta son cinco o seis veces más frecuentes en varones que en mujeres.

Los problemas de conducta en la infancia son predictores ligeramente más fuertes de la delincuencia adulta en las niñas, pero la tasa absoluta de delincuencia adulta es mucho más baja en las mujeres que en los varones con este patrón de conducta infantil» (150).

Algunos estudios han identificado diferencias de género en las tasas y tipos de exposición a factores de estrés. Por ejemplo, hay evidencias de que las niñas suelen experimentar ciertos tipos de trauma (por ejemplo, el abuso sexual y la violación) en mayor proporción que los varones (Hennessey et al, 2004; Snyder, 2000). Por otra parte, las investigaciones sobre la materia sugieren que la incidencia de esta clase de traumas es más penetrante entre las niñas que participan en comportamientos antisociales, particularmente aquellos que conllevan conductas violentas, que entre sus homólogos masculinos (Poe-Yamagata Butts y Smith, 1996; Leve y Chamberlain, 2006; Snell, 1994). También existen indicios de que las niñas pueden ser más sensibles a la disfunción y a los traumas originados en el hogar (Dornfield y Kruttschnitt, 1992; Robertson, Bankier, y Schwartz, 1987; Widom, 1991). Las diferencias de género también han sido estudiadas en los factores de riesgo relacionados con la salud mental, por ejemplo, diagnósticos de déficit de atención e hiperactividad y trastornos de la personalidad, etc. Aunque las niñas exhiben niveles más bajos de delincuencia asociados con estos trastornos (Moffitt et al, 2001; Satterfield y Schell, 1997), los problemas de salud mental vinculados a una vida de estrés y experiencias de victimización, como la depresión, la ansiedad, y el trastorno de estrés postraumático, se diagnostican en tasas mucho más altas entre las niñas que en los varones (Teplin et al., 2002). El inicio de la pubertad en las niñas se asocia con mayores niveles de delincuencia. Aunque el momento de la pubertad es también un potencial factor de riesgo para los niños, la maduración temprana crea riesgos especiales para las niñas porque el desarrollo de los signos físicos es incompatible con una madurez aún subdesarrollada en sus sistemas cognitivo y emocional (Graber, Brooks-Gunn, y

---

(150) Cfr. RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial...*, *ob. cit.*, p. 367.

Warren, 1999). Algunos estudios sugieren que las niñas que muestran una maduración precoz tienen más probabilidades de participar en la delincuencia (Graber et al., 2004; Ge, Conger y Elder, 1996). También hay pruebas de que una maduración prematura en las niñas guarda relación con la interacción con los pares, pues este tipo de chicas son más propensas a afiliarse con hombres mayores que pueden estar inclinados hacia actividades delictivas (Stattin y Magnusson, 1990; Weichold, Silbereisen, y Schmitt-Rodermund, 2003) (151). Por otra parte, algunas investigaciones han relacionado los factores de riesgo biológicos y psicológicos, con la pertenencia a bandas o grupos delictuales juveniles. Por ejemplo, algunos estudios han documentado el papel protagonista de la baja autoestima, el aislamiento social y la distancia emocional (problemas patológicos de socialización) en las jóvenes infractoras, sobre todo en relación con infracciones violentas y su pertenencia a bandas juveniles (152).

Sobre esta última cuestión, la relación con los pares como factor de riesgo, también ha sido discutida por la doctrina. Mientras que tradicionalmente se ha ignorado la influencia de los pares en la criminalidad juvenil femenina, al pensarse que la mayor conexión entre las chicas y la familia, en lugar de con sus iguales, inhibía su participación en la delincuencia (Leonard, 1982), recientes investigaciones han demostrado que la influencia de los pares en los comportamientos delictivos es igualmente importante en las chicas que en los chicos. Así, en la investigación de Moffitt et al. (2001) encontraron evidencias de que los niños y niñas que fueron rechazados por otros niños durante la escuela primaria tenían más probabilidades de convertirse en delincuentes; este efecto era mayor para los varones (153). Otras investigaciones han señalado que el apoyo y soporte de los pares amortigua los efectos de presenciar violencia en la comunidad para los niños, pero no para las niñas (154). Por el contrario, algunos autores sugieren que a causa de las diferencias de género en la conducta antisocial los chicos tendrán más coetáneos delincuentes en sus grupos sociales (155). Esto significaría que es probable que se vean expuestos a más influencias que derivarían en conductas delictivas que las chicas. Más aún, existe cierta relación entre la influencia de los pares y el sexo, de tal

---

(151) Vid. ZAHN, M. A., et al., *Causes and Correlates...*, ob. cit., pp. 3-5; FISHBEIN, D. et al., *Biopsychological Factors...*, ob. cit., pp. 86-101.

(152) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., p. 32.

(153) Vid. ZAHN, M. A., et al., *Causes and Correlates...*, ob. cit., p. 8.

(154) Vid. ZAHN, M. A., y BROWNE, A. *Gender differences...*, ob. cit., p. 180.

(155) Vid. RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial...*, ob. cit., p. 380.

modo que, como sugiere Giordano, «el grupo de pares mixto en género es más productivo para la delincuencia para las niñas, un hallazgo que apunta a otra específica dinámica social de género» (156). Algunas investigaciones han demostrado empíricamente este hecho, señalando que las chicas delincuentes muestran mayores niveles de presión por parte de los pares que las chicas no infractoras (Claes y Simard, 1992; Giordano, Cernkovich, y Pugh, 1986) (157). Además de ello, algunos estudios señalan que «la agresión de las niñas contra sus iguales (pares) esta, a menudo, revestida por un sistema de sexo / género que desalienta a las niñas a expresar sus verdaderos sentimientos, incluyendo la ira, y que confina a nociones excesivamente limitadas de lo que las niñas pueden y deben hacer. En muchos casos, se alienta a las chicas a cultivar la aprobación masculina, mientras que ven a las otras chicas como competencia» (158).

Sobre las diferencias de género en los factores de riesgo psicológicos y ambientales (psicosociales), nos encontramos con distintos indicadores de delincuencia en los que se establecen algunas diferencias en cuanto al impacto que producen en las tendencias criminales de ambos sexos en su etapa infanto-juvenil. Entre estos factores de riesgo psicosociales se ha analizado la diferencia de género en aspectos como las relaciones familiares, la crianza de los hijos, las condenas de los padres, el entorno socioeconómico, la supervisión y control informal, etc. Acerca de estas cuestiones, Rutte, Giller, y Hagell, señalaban la escasez de investigaciones centradas en los contrastes de género sobre esta materia y recogían algunos de los estudios más interesantes sobre esta cuestión (159): Riley y Shaw (1985), demostraron que los chicos tenían más probabilidades que las chicas de ser objeto de una baja supervisión. Como ya hemos señalado, en ambos sexos, la baja supervisión parental se asocia con la delincuencia juvenil, pero la asociación era más fuerte en las chicas. Sin embargo, tal estudio no ha llegado a ser concluyente y otros autores (Rowe et al, 1995) no encontraron diferencias de género en la supervisión familiar, ni un riesgo asociado a la misma.

---

(156) Cfr. GIORDANO, P., «Peer influences on girl's delinquency», en ZAHN, M. A. (ed.), *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, p. 144; sobre esta cuestión, también vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., p. 59.

(157) Vid. ZAHN, M. A., et al., *Causes and Correlates...*, ob. cit., p. 8.

(158) Cfr. MORASH, M., y CHESNEY-LIND, M., «The context of girl' violence. Peer groups, families, schools, and communities», en ZAHN, M. A. (ed.), *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, p. 204.

(159) Vid. RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial...*, ob. cit., pp. 376 y 377.

Es probable que tanto niños como niñas estén igualmente expuestos a la psicopatología de los progenitores, así como a los conflictos familiares. Sin embargo, tal exposición no tiene porque producirse de manera equitativa o igualitaria, pudiendo existir diferencias de género, por ejemplo, en el papel desempeñado por los hijos e hijas ante una ruptura familiar. Las niñas y los niños tienen diferentes procesos de desarrollo que puede operar independiente de la problemática intrafamiliar (160). Que las niñas son más vulnerables a las influencias de la familia, y que se ven afectadas en mayor medida que los varones por los problemas que surgen en su seno, ha sido una creencia arraigada en la mayor parte de los estudios sobre delincuencia juvenil femenina. Actualmente, tales prejuicios se han puesto en duda, estableciendo que la importancia de la familia como institución social es crítica tanto en varones como en mujeres (161). Sin embargo, ello no obsta para poder hablar de algunas diferencias de género en los principales factores de riesgo que emanan del entorno familiar de la menor. Por ejemplo, algunos estudios han señalado que el suicidio de un miembro de la familia, las expectativas de los padres sobre el rendimiento escolar, la distancia emocional en la familia y el cuidado dentro de la familia predicen la violencia en las niñas, mientras que el tamaño de la familia predice la violencia sólo para los varones (162).

Las prácticas de crianza de los hijos ineficaces, como una disciplina inconsistente o excesivamente dura, también son factores de riesgo presentes en las familias de las jóvenes delincuentes. Algunos autores, como Chamberlain (2003), han documentado este tipo de procesos familiares negativos como un factor de riesgo importante en las chicas delincuentes (163). Por otra parte, a pesar de que puede ser prematuro concluir que el efecto del maltrato familiar en el desarrollo de la delincuencia es mayor para las niñas que para los niños o que su efecto en las niñas es mayor que la de otros factores de riesgo, sí que pueden establecerse algunas diferencias de género. Por ejemplo, múltiples estudios han demostrado que una forma de maltrato que afecta en mayor

---

(160) Vid. ZAHN, M. A., *et al.*, *Causes and Correlates...*, *ob. cit.*, p. 6.

(161) Vid. KRUTTSCHNITT, C., y GIORDANO, P., «Family influences on girls' delinquency», en ZAHN, M. A. (ed.), *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, p. 124.

(162) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, *ob. cit.*, p. 15.

(163) Vid. CHAMBERLAIN, P., *Treating Chronic Juvenile Offenders: Advances Made Through the Oregon Multidimensional Treatment Foster Care Model*. American, Washington, 2003. Psychological Association.

medida a las menores con conductas antisociales es el abuso sexual dentro de la familia(164).

Otro punto fundamental a tener en cuenta es que las chicas que manifiestan comportamientos antisociales o delictivos tienen más probabilidades de convertirse en madres adolescentes, lo que deriva en toda una serie de dificultades sociales, que probablemente den como resultado factores de riesgo tanto en la propia joven madre como en sus hijos e hijas(165).

En referencia a los factores ambientales, tales como el ámbito socioeconómico de la comunidad, también se han mostrado evidencias de diferenciación entre chicos y chicas infractores. La mayor parte de los adolescentes y jóvenes pasan gran cantidad de su tiempo en los barrios donde viven. El barrio o vecindario se convertirá, por tanto, en un posible factor de riesgo y protección a estudiar en relación con el género(166). Algunos estudios sugieren que las niñas son, en general, supervisadas más de cerca que los chicos y, por tanto, mantenidas más cerca de la casa, por lo que las niñas están menos expuestas que los niños a la violencia callejera de los barrios más desfavorecidos (Farrell y Bruce, 1997; Bottcher, 2001). No obstante, aunque las niñas están a menudo menos expuestas a la violencia en el comunidad que los muchachos, las que sí lo están exhiben un comportamiento más violento que el de las niñas no victimizadas de barrios semejantes (Molnar et al., 2005)(167). En consecuencia, los barrios y vecindarios siguen siendo una influencia importante en las niñas al poder entrañar una mayor o menor victimización e implicación de la misma en la violencia comunitaria, que, a su vez, puede repercutir en la implicación de estas chicas en la delincuencia(168). Además de ello, algunos trabajos (Ellickson y McGuigan, 2000) han encontrado evidencias de que un bajo status socioeconómico del barrio es un indicativo de la violencia en las niñas, pero no en los chicos, y, por tanto,

---

(164) Vid. ZAHN, M. A., et al., *Causes and Correlates...*, ob. cit., pp. 6 y 7; CHESNEY-LIND, M., MORASH, M., y STEVENS, T., «Girls' Troubles, Girls' Delinquency, and Gender Responsive Programming: A Review», en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 41, núm. 1, 2008, p. 164.

(165) Vid. RUTTER, M., GILLER, H., y HAGELL, A., *La conducta antisocial...*, ob. cit., p. 381.

(166) Vid. KRONEMAN, L., LOEBER, R., y HIPWELL, A. E., «Is neighborhood context differently related to externalizing problems and delinquency for girls compared with boys?», en *Clinical Child and Family Psychology Review*, núm. 7(2), 2004, pp. 109-122.

(167) Vid. ZAHN, M. A., y BROWNE, A., *Gender differences...*, ob. cit., p. 173; ZAHN, M. A., et al., *Causes and Correlates...*, ob. cit., pp. 6 y 7.

(168) Vid. CHESNEY-LIND, M., MORASH, M., y STEVENS, T., *Girls' Troubles, Girls' Delinquency...*, ob. cit., p. 166.

es un posible factor de riesgo de la delincuencia juvenil femenina (169).

Por último, algunas investigaciones también han tenido en cuenta la diferencia de géneros en los factores de riesgo vinculados a la educación y al entorno escolar de los menores delincuentes (170). Los estudios longitudinales, que proporcionan una base más sólida para el examen de las diferencias de género en la relación entre el apego escolar y la delincuencia, indican que el vínculo menor-colegio/instituto tiene una influencia mayor para las niñas que para los niños (171). Del mismo modo, el vínculo afectivo con los maestros y profesores, como factor de protección contra delincuencia, es más fuerte en las menores (172). Las expectativas y la presión, tanto personal como familiar, sobre el rendimiento en los estudios predicen la inclusión de las chicas en bandas juveniles, pero no la de los chicos (173). En general, la relación entre estos factores de riesgo asociados a la educación y la delincuencia juvenil deberá tenerse en cuenta conjuntamente con la tipología de las conductas delictuales vinculadas a ellas. Según exponen Gottfredson y Kruttschnitt, «los estudios también parecen indicar que la existencia de diferencias entre géneros está relacionada con el tipo de comportamiento desviado estudiado. Cuando consideramos la delincuencia, los factores de riesgo parecen tener una influencia más fuerte en los chicos, pero cuando hablamos de uso de drogas, los factores de riesgo parecen tener la misma influencia en ambos géneros» (174).

Tras la revisión de las diferentes investigaciones sobre factores de riesgo, Farrington y Painter concluyeron que la base de conocimientos sobre los factores de riesgo de delincuencia de las niñas en comparación con niños es débil. Si las relaciones entre los factores familiares y la delincuencia son más fuertes para las niñas o niños, por tanto, no está claro (175). Por ello, en el marco del *Cambridge Study in Delin-*

---

(169) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T.J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., p. 57.

(170) Vid. PAYNE, A. A., y GOTTFREDSON, C., «Girls, schooling, and delinquency», en ZAHN, M. A. (ed.): *The Delinquent Girl*. Temple University Press, Philadelphia, 2009, pp. 148-151.

(171) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., p. 59.

(172) Vid. PAYNE, A. A., y GOTTFREDSON, C., *Girls, schooling...*, ob. cit., pp. 152 y 153; ZAHN, M. A., et al., *Causes and Correlates...*, ob. cit., p. 10.

(173) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., p. 15.

(174) Vid. PAYNE, A. A., y GOTTFREDSON, C., *Girls, schooling...*, ob. cit., p. 161.

(175) Vid. FARRINGTON, D. P., y PAINTER, K. A., *Gender differences in offending...*, ob. cit., p. 13.

*quent Development*, ambos autores realizaron una nueva investigación con el fin de aclarar la relación entre los factores de riesgo y el género de los menores de edad. Los resultados mostraban que en general, los factores de riesgo más importantes para el infractor, por la aparición temprana (antes de los 17 años), son similares para ambos sexos: bajos ingresos familiares, familias numerosas, criminalidad paterna, conflictividad escolar, conflicto parental, separación de los padres, la disciplina parental excesivamente dura o errática y escasa supervisión de los padres. Sin embargo, el estudio mostraba algunas diferencias importantes:

«En particular, los factores de riesgo socio-económicos como la baja clase social, los ingresos familiares bajos, malas condiciones de vivienda y familia numerosa predijo la delincuencia con más fuerza para hermanas que para los hermanos. En la crianza de los niños, factores de riesgo como la baja alabanza por parte de los padres, la disciplina excesivamente dura o irregular, la mala supervisión parental, los conflictos entre los padres, el pobre interés de los padres en la educación y el escaso interés paternal en los niños también eran más fuertes predictores de la delincuencia en las hermanas que para los hermanos. En contraste, hubo una tendencia a que ciertos factores de riesgo, como padres y madres padres nerviosos, padres y madres con escasa educación, a ser más importante para los hermanos que para las hermanas. Los padres y madres condenados son igualmente predictores importantes para los hermanos y hermanas. No hubo tendencia a que los factores de riesgo centrados en la madre fueran más importante para las hermanas y los factores de riesgo del padre a ser más importante para los hermanos. En general, los factores de riesgo predicen la delincuencia de las hermanas con más fuerza que la de los hermanos. Por ejemplo, en la predicción de la temprana aparición de la reincidencia, el porcentaje de las hermanas condenadas aumentó del 1% al 11% según la ausencia o presencia de bajos ingresos familiares, mientras que el porcentaje de hermanos condenados aumentó del 14% a 33%.»

(...) Puede decirse, por lo tanto, que la fuerza de la influencia causal de los factores de riesgo de delincuencia es mayor para las mujeres que para los varones. Los puntajes de riesgo predicen con mayor precisión los delitos para las hermanas que para los hermanos.

(...) Parte de la razón por la que los factores de riesgo han predicho la delincuencia de las hermanas mejor que para los hermanos es porque las hermanas condenadas eran una fracción más extrema de la muestra (sólo el 12%, en comparación con el 44% de los hermanos que fueron condenados). Con el fin de investigar si la diferencia de género en la previsibilidad se debió enteramente a la diferencia de género, los 63 hermanas condenadas fueron comparadas con 66 hermanos condenados reincidentes (con cuatro o más condenas). En general, la exactitud de predicción era aún mayor para las hermanas, aunque no significativamente. Sin embargo, no se han marcado toda-

vía diferencias de género en la previsibilidad de los factores de riesgo diferentes. Los factores socio-económicos y de crianza de los hijos eran todavía más importante para las hermanas, y las características de los padres eran aún más importante para los hermanos. Las teorías existentes sobre las diferencias de género en la delincuencia no explicarían los resultados obtenidos aquí en los factores de riesgo de la delincuencia. Las teorías actuales no predicen que los factores socio-económicos y de crianza de los hijos son más importante para las mujeres, y que las características de los padres es más importante para los hombres, y que las condenas de los padres tienen la misma importancia para ambos. Del mismo modo, las teorías actuales no sugieren que otros factores de riesgo (por ejemplo, biológico, individual, de vecindario) pueden ser relativamente más importante para los hombres.

Hay una gran necesidad de formular nuevas teorías sobre las diferencias de género en la delincuencia que puede explicar los resultados existentes, y luego ponerlos a prueba en nuevos estudios. Es importante señalar que el presente proyecto no se explica por qué las mujeres son menos propensas a delinquir que los hombres, cometen diferentes tipos de delitos, y tienen carreras más cortas criminales. Debido al diseño del proyecto (comparando hermanos y hermanas), no sabemos si los hombres eran más propensos que las mujeres que poseen factores de riesgo como la impulsividad o los amigos delinquentes. Este proyecto proporciona información sobre las relaciones entre los factores de riesgo familiares y delictuales para hombres y mujeres, pero no explica los diferentes niveles de delincuencia entre hombres y mujeres» (176).

Otra reciente investigación, realizada por Esbensen, Peterson, Taylor, y Freng, acerca de la violencia entre los jóvenes, también ha mostrado diferencias significativas en los factores de riesgo entre chicos y chicas menores de edad. Entre los resultados encontrados en el estudio, podemos citar las siguientes evidencias empíricas:

«Existen diferencias significativas entre niños y niñas en todo el dominio de los factores individuales, y con pocas excepciones, las niñas son más “pro sociales” que los niños. Las excepciones son que las niñas se sienten más aisladas socialmente y tienen niveles más bajos de autoestima que los niños. En el ámbito familiar, las niñas reportan niveles significativamente más altos de supervisión de los padres y menores niveles de apego al padre que los chicos, pero no hay diferencias en apego a las madres. En los dominios de relación con los pares y la escuela, las niñas están menos comprometidas con sus pares negativos, y más comprometidas a compañeros positivos,

---

(176) Cfr. FARRINGTON, D. P., y PAINTER, K. A., *Gender differences in offending...*, ob. cit., pp. 56 y 57.

asociado con un menor número de compañeros delincuentes, y más comprometidas con la escuela, y tienen menos percepción de las limitadas oportunidades educativas que los niños. Las niñas, sin embargo, perciben sus entornos escolares de forma más negativa. En general, por tanto, las niñas parecen “estar mejor” que los niños, con la excepción de los niveles de aislamiento social, la autoestima, el apego al padre, y la percepción del entorno escolar. No se observaron diferencias significativas por sexo en los niveles de apego materno, asociaciones profesionales con compañeros sociales, o actividades rutinarias (pasar el rato con sus compañeros sin supervisión o donde las drogas y el alcohol están disponibles)» (177).

Los resultados antes expuestos permitieron a los investigadores llegar a las siguientes conclusiones acerca de las diferencias en los factores de riesgo entre sexos:

«Observamos diferencias de sexo estadísticamente significativas entre los tipos de delincuentes para cada uno de los factores de riesgo, excepto impulsividad, actividades rutinarias, y la percepción de las oportunidades educativas. En otras palabras, independientemente de si ellos no eran delincuentes, delincuentes no violentos o graves delincuentes violentos, los niños tenían más riesgo, tenían niveles más bajos de culpa, mayor uso de neutralizaciones, estaban menos aislados socialmente, tenían una autoestima más alta, experimentaban menos monitoreo familiar y tenían mayor apego a sus padres que las niñas.

Además, podemos examinar la relación o interacción entre el sexo y el status del infractor para determinar si existen diferencias entre hombres y mujeres no delincuentes, hombres y mujeres infractores no violentos, y hombres y mujeres delincuentes violentos graves.

(...) En otras palabras, la relación entre los factores de sexo y el riesgo depende de si un joven no es un delincuente, es un delincuente violento, o es un delincuente violento grave. Por ejemplo, podemos ver diferencias de menor importancia en la impulsividad y la relación con amigos delincuentes entre los no delincuentes hombres y mujeres y entre los delincuentes no violentos masculinos y femeninos. Entre los delincuentes violentos graves, sin embargo, los niños mostraron niveles mucho más altos de impulsividad y de asociación y compromiso con sus pares negativos que las niñas. Para estas nueve variables, el modelo general de riesgo, de mayor a menor, es el siguiente: varones infractores violentos graves, delincuentes violentos graves femeninos, delincuentes masculinos no violentos, delincuentes no violentos femeninos, no delincuentes masculinos, y, por último, las mujeres no delincuentes. Esto significa que las niñas que se habían visto envueltas en graves actos de violencia estaban en

---

(177) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., p. 61.

mayor desventaja que las que no eran violentas y que los chicos no delincuentes, y las niñas que eran delincuentes no violentas experimentaban un mayor riesgo que el de los chicos no infractores» (178).

Las evidencias empíricas en los diferentes estudios sobre los factores de riesgo en menores de edad muestran, por tanto, una relación entre tales indicadores y la delincuencia juvenil. Por otra parte, algunos factores de riesgo parecen asociados en mayor medida a las chicas que a los chicos, existiendo diferencias significativas entre sexos en el impacto que suponen. El éxito de estas investigaciones reside en el estudio de los medios de prevención de la delincuencia juvenil femenina y suponen un nuevo enfoque diferencial, basado en la diferencia de género, en la lucha contra la criminalidad juvenil.

## V. TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA JUVENIL FEMENINA EN LA LORRPM: CENTROS DE INTERNAMIENTO Y MENORES INFRACTORAS

Los distintos estudios acerca de las diferencias de género en el ámbito de la criminalidad juvenil pueden trasladarse al ámbito institucional. De este modo, el tratamiento de las menores de edad en la legislación penal juvenil mantendrá algunas especificaciones en torno a varias cuestiones fundamentales: separación entre sexos en los establecimientos de internamiento, diferencia en los programas tratamientos y educativos, previsión de departamentos especiales para las jóvenes madres, etc.

Recientes estudios han puesto de manifiesto el diferente tratamiento entre sexos en las instituciones estatales encargadas de la supervisión y encierro de los menores infractores, principalmente debido a cuestiones relacionadas con el sexismo y el paternalismo estatal. Así, algunos autores han llegado a afirmar que las condiciones de las mujeres delincuentes en las instituciones de internamiento son mucho peores que las de los varones (Chesney-Lind y Sheldon, 1992), y las niñas delincuentes tienden a experimentar nuevos riesgos de victimización sexual por parte del personal masculino encargado de su supervisión u otros internos (Chesney-Lind & Rodríguez, 1983). Al igual que en las cárceles de mujeres, las instituciones de internamiento para jóvenes delincuentes femeninas a menudo sirven para reforzar los roles tradicionales de género y perpetúan estereotipos

---

(178) Vid. ESBENSEN, F. A., PETERSON, D., TAYLOR, T. J., y FRENG, A., *Youth Violence...*, ob. cit., pp. 64 y 65.

(Gelsethorpe, 1989). Por lo general, a las niñas se les recompensa por el comportamiento femenino y se las castiga por comportarse como «marimachos» (Belknap, et al. 1997; Gelsethorpe, 1989) (179).

Por otra parte, la falta de interés mostrada en la teoría y la investigación por la delincuencia juvenil femenina se refleja en el nivel de los recursos, la programación y las políticas para chicos y chicas en el sistema de justicia de menores (180).

Por ello, el último epígrafe de este estudio está dedicado a la relación entre las menores infractoras y las instituciones formales de control en España (centros de internamiento). Para ello es necesario realizar una comparativa con la normativa penitenciaria de adultos, con un mayor bagaje histórico en materia de separación de sexos, y estudiar las recomendaciones internacionales acerca de la diferenciación por sexos en el internamiento de los menores infractores.

En primer lugar, si realizamos una comparativa de las normativas de ejecución penal de adultos y menores infractores, podemos constatar que en la *Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979* (en adelante, LOGP) se establece la estricta separación entre hombres y mujeres en los centros penitenciarios (181). No obstante, es innegable que la actualidad penitenciaria ha cambiado ligeramente, impulsándose el acercamiento de las relaciones normalizadas, simulando la medida de lo posible la vida en libertad. Así, la vida en común de ambos sexos en los centros penitenciarios se dirige hacia una finalidad reinsertadora, para la creación de un ambiente de vida conyugal. Es por ello que el Reglamento Penitenciario de 1996, aprobado por *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero* (en adelante, RP) ha introducido en su regulación los denominados *Centros o Departamentos Mixtos*, donde pueden encontrarse destinados tanto hombres como mujeres. Por el contrario, la redacción de la LORRPM se encuentra mucho más indefinida, estableciéndose, en su art. 54.3, que «los cen-

(179) Vid. BELKNAP, J., y HOLSINGER, K., *The trouble...*, *ob. cit.*, p. 8.

(180) Vid. TRIPLETT, R., CARMODY, D. C., y PLASS, P. S., *In trouble and ignored...*, *ob. cit.*, p. 254.

(181) Lo que repercute en los diferentes establecimientos o módulos para cada tipo de población interna (art. 9 LOGP). Si bien el principio de separación de sexos queda consagrado en nuestra legislación penitenciaria, la redacción de la norma contiene algunas especificaciones que cabe resaltar. Así, por ejemplo, en su artículo 8, se indica que «cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios». Circunstancia lógica, explica el principal redactor de la LOGP, «por el escaso porcentaje de las primeras en relación con los hombres, que hacía costoso e inútil el edificar centros provinciales femeninos»; Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Civitas, Madrid, 1982 (reimpresión de 1995, por la que se cita), p. 42.

tros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados». El mismo texto, prácticamente sin modificaciones, puede encontrarse también en el art. 33.1 del *Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio*, encargado del desarrollo reglamentario de la LORRPM (RM). Cabe plantearse, en consecuencia, cuáles son las principales causas que inspiran esta diferencia de redacción que afecta a la separación de sexos en los centros de ejecuciones de ambas legislaciones.

Como ya apuntaba al inicio de este trabajo, desde la década de los 60 del siglo pasado la preocupación por la mujer interna en centros penitenciarios ha ido en aumento dentro del ámbito doctrinal internacional. A pesar de la reciente formulación de los Derechos del Niño (182), el entorno internacional ha sido uno de los espacios jurídicos que más han influido en la conformación y evolución de los sistemas de justicia juvenil de los diferentes Estados (183).

El *VI Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*, celebrado en Caracas en 1980, fue el escenario donde se reconoció la importancia de estudiar la situación de la mujer privada de libertad y de buscar posibles soluciones a la problemática del acceso a programas de tratamiento penitenciario especializados (184). Precisamente, otro de los temas que fueron discutidos en este Congreso fue el de la delincuencia juvenil, del que, como ha expuesto Landrove Díaz, salieron los fundamentos de la *Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores (Reglas de Beijing)* (185). En la citada normativa se establecen una

---

(182) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Justicia penal de menores: Marco internacional», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D., *Derecho penal juvenil*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 189.

(183) Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Internamiento de menores: criterios de ejecución penal y nuevos modelos de justicia en el ámbito internacional y europeo», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, Madrid, 2010, p. 1.

(184) Vid. Documento de Naciones Unidas A/CONF.87/14/Rev.1, publicado en New York, 1981, pp. 12 y 13.

(185) Vid. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 117; ALMANZÁN SERRANO, A., e IZQUIERDO CARBONERO, F. J., *Derecho Penal de Menores*. Incluye formularios de resoluciones judiciales y escritos. 2.<sup>a</sup> ed., Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 25.

serie de normas que debían tener en cuenta los Estados a la hora de administrar justicia en el relación con los menores (186).

Entre ellas destaca el reconocimiento de un trato igualitario entre ambos sexos en lo referido a privación de libertad. Así, en la Regla 26.4 se dispone que «*la delincuente joven confinada en un establecimiento merece especial atención en lo que atañe a sus necesidades y problemas personales. En ningún caso recibirá menos cuidados, protección, asistencia, tratamiento y capacitación que el delincuente joven. Se garantizará su tratamiento equitativo*». Según el comentario que se adjunta a la normativa internacional, la regla 26.4 obedece a la discriminación que las delincuentes femeninas suelen recibir debido a su menor número. Sin embargo, además del reconocimiento de equidad, como puede observarse a tenor de la disposición transcrita, «*las Reglas de Beijing son las primeras en hacerse cargo de la distinción de un tratamiento individualizado respecto de la menor infractora, siguiendo en este aspecto las conclusiones del VI Congreso de Naciones Unidas sobre tratamiento de la delincuencia*» (187).

Cabría preguntarse, por tanto, cuales son las necesidades específicas de la población femenina infantil interna en los centros de internamiento y cuál ha sido su tratamiento en nuestra actual legislación penal de menores. La respuesta, al menos en España, ha sido bastante exigua, por no admitir que es prácticamente inexistente. La problemática podría focalizarse en torno a dos cuestiones principales: las instituciones o módulos especializados para las menores internas; y, en segundo lugar, las bases tratamentales especializadas en las instituciones de internamiento.

Sobre el primero de estos puntos clave, uno de los escasos centros que podemos encontrar en nuestra geografía es el *Centro de internamiento Bahía de Cádiz*, única institución existente para población menor femenina en Andalucía. Se encuentra gestionado por la fundación privada AFANAS, y tiene habilitadas hasta 38 plazas para que las menores pueden cumplir medidas de internamiento en régimen cerrado y semiabierto (188). En el resto de CC.AA. se empleará el

---

(186) Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Derecho penal juvenil europeo*. Dykinson, Madrid, 2006, p. 69; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M. D. (eds.): *Derecho Penal Juvenil*. 2.ª ed., Dykinson, 2007, p. 194; MONTERO HERNANZ, T., *La Justicia Juvenil en España, cometarios y reflexiones*. Editorial La Ley, Madrid, 2009, p. 94.

(187) Cfr. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 21 y 22.

(188) *Vid.* Defensor del Pueblo: Informe monográfico del Defensor del Pueblo sobre el primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Madrid, 2002, p. 74; Junta de Andalucía: Mejora continua de los centros de internamiento de menores. Consejería de Justicia y Administración Pública, Gra-

mismo centro para chicas y chicos internos, por lo que será frecuente que los menores de ambos sexos convivan dentro de las mismas instalaciones. La mayor parte de los países del continente europeo respetan de un modo relativo y menos estricto que en el caso de los adultos la debida separación entre ambos sexos en las instituciones de encierro de menores (189), aunque en el ámbito internacional son pocos los centros exclusivamente destinados a las niñas (190).

Al respecto, la *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2008) 11, de 5 de noviembre de 2008, sobre las Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas específicas* (191) recoge la necesidad de establecer una adecuada separación entre ambos sexos dentro de las instituciones de internamiento para menores infractores. Así, en su Regla 60 se indica que «los y las menores deberán ser internados con carácter general en centros separados o en unidades distintas dentro de un mismo centro. No es preciso aplicar la separación entre hombres y mujeres en las instituciones de bienestar social o de salud mental». Aunque la

---

nada, 2007, p. 136; OLMEDO GÓMEZ, J., y VALDERRAMA MARTÍNEZ, J. D., *La situación de la justicia de menores en Cádiz (octubre 2009)*. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Cádiz, 2009, p. 17 y Anexo V.

(189) Según exponen Dünkel y Stando-Kawecka, Dinamarca, Francia, Países Bajos, Noruega y, en algunos casos, Inglaterra, mantienen una política flexible en muchas de sus instalaciones de internamiento, principalmente debido al escaso número de chicas infractoras; *vid.* DÜNKEL, F. y STANDO-KAWECKA, B., «Juvenile Imprisonment and placement in institution for deprivation of liberty», en DÜNKEL, F., GRZYWA, J., HORSFIELD, P., y PRUIN, I. (eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe Current Situation and Reform Developments*. Vol. IV, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach (Alemania), 2010, p. 1790. Sobre la escasa población de niñas internas en Francia pueden consultarse el artículo de CARIO, R., «Jóvenes y Mujeres encarceladas», en *Eguzkilore*, núm. 4, San Sebastián, 1990, pp. 119-123.

(190) *Vid.* MENDOZA RÍOS, J., «La menor delincuente en México», en VV.AA., *La Mujer delincuente*. UNAM, México, 1983, pp. 14 y ss.; la autora da noticia de las escuelas de tratamiento exclusivamente para las menores infractoras en México.

(191) Para consultar un estudio más completo de las Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y otras medidas, *vid. in extenso*, DÜNKEL, F., BAECHTOLD, A., y van ZYL SMIT, D., «Europäische Mindeststandards und Empfehlungen als Orientierungspunkte für die Gesetzgebung und Praxis – dargestellt am Beispiel der Empfehlungen für inhaftierte Jugendliche und Jugendliche in ambulanten Maßnahmen (die Greifswald Rules)», en GOERDELER, J., y WALKENHORST, P. (eds.): *Jugendstrafvollzug in Deutschland*. Neue Gesetze, neue Strukturen, neue Praxis? Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2007, pp. 114-140; y también, DÜNKEL, F., «Europäische Mindeststandards und Empfehlungen für jugendliche Straftäter als Orientierungspunkte für die Gesetzgebung und Praxis: die European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions and Measures», en SONNEN, B.-R. (ed.): *Dokumentation des 24. Deutschen Jugendgerichtstags*. Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2008, *passim*.

norma se identifica con el clásico principio de separación entre hombres y mujeres en la regulación penitenciaria de adultos (192), es posible establecer algunos matices a su aplicación en el caso de los menores infractores.

Ciertamente, aunque la convivencia de ambos sexos en un mismo centro de internamiento puede ser problemática (por ejemplo, la menor puede ser víctima de agresiones y abusos sexuales por parte del resto de internos), en la mayor parte de los casos se produce una *flexibilización* de este principio. Por lo tanto, generalmente esta regla no excluye la posibilidad de que niños y niñas internos puedan realizar tareas en común o participen en programas de tratamiento conjuntos dentro del centro. Al respecto, la normativa se pronuncia inequívocamente cuando establece que «*incluso cuando los hombres y mujeres menores estén internados por separado, se les permitirá participar juntos en actividades organizadas*» (regla 60 *in fine*) (193). El precepto citado tampoco es una novedad respecto a las posibilidades que plantea la reglamentación para adultos. En el artículo 171 RP 1996 ya se prevé la posibilidad de que hombres y mujeres realicen actividades conjuntas, con la siguiente formulación:

«*En función de la diferenciación sexual de los residentes, los Consejos de Dirección o la Junta de Tratamiento responsable en los supuestos de comunidad terapéutica del artículo anterior, someterán al Centro Directivo para su aprobación las normas de régimen interior; donde se detallarán qué tipo de actividades pueden ser realizadas en común y aquellas otras para las que el criterio general de separación de la Ley Orgánica General Penitenciaria debe seguir presidiendo el régimen de vida*» (194).

Que niños y niñas cohabiten en un mismo centro de internamiento se debe fundamentalmente a tres razones de muy distinta índole, que

---

(192) Algunos autores han expuesto que las Reglas europeas son, en realidad, una adaptación a los menores de las Reglas penitenciarias europeas. Al respecto, *vid.* GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «La Delincuencia juvenil desde el prisma del Consejo de Europa: una primera lectura de las Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y medidas», en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 7179, pp. 4-12; y también, de la misma autora: El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión europea. Hacia una futura política común. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 113, nota 203.

(193) Sobre esta cuestión, *vid.* World Customs Organization: European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions Or Measures. Council of Europe, Strasbourg, 2009, p. 66.

(194) Al respecto, sobre las actividades en común entre ambos sexos en los centros penitenciarios de adultos, *vid.* ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*. 2.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pp. 374 y 375.

impiden una total segregación: en primer lugar, la escasez de recursos destinados por los gobiernos de los países miembros (o, en el caso de privatización de los centros, las entidades gestoras del centro) a las infraestructuras de ejecución penal con menores infractores (*factor económico*); en segundo lugar, el reducido número de internas en comparación con el número de varones (*factor de escasez de población reclusa*); y, finalmente, debe tenerse en cuenta el detrimento del *factor rehabilitador* que supone la no convivencia de varones y hembras de manera normalizada en el interior del centro, que, en principio, como se ha indicado *supra*, deberá parecerse en lo posible a la vida en libertad (art. 54 LORRPM). En cualquier caso, la separación por sexos debe considerarse positiva desde el punto de vista organizativo, sobre todo a la hora de establecer lugares diferentes para el descanso nocturno; asimismo, la convivencia diurna y la realización de actividades que impliquen la participación de ambos sexos de manera conjunta, también es necesaria para evitar la desconexión de los jóvenes de la realidad social exterior, siendo edades muy importantes para el descubrimiento y comprensión de las relaciones *inter-sexos*.

La situación no debería, *a priori*, plantear demasiados problemas, puesto que encaja perfectamente con la estructura departamental o modular (195) que nuestra actual norma penal de menores ha «importado» de la evolucionada y asentada concepción penitenciaria (196). El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 54.3 LORRPM quedará garantizado, por tanto, toda vez que exista un departamento específico destinado a las menores internas. En consecuencia, la única novedad que plantea el ordenamiento penal de menores respecto de nuestra legislación penitenciaria de adultos es la relajación del principio de separación, con una formulación menos imperativa que la dispuesta en los artículos 16 LOGP y 99 RP 1996 (197). Lo que en la norma penitenciaria es excepcionalidad, en la ley penal del menor se transforma en normalidad.

---

(195) Vid. MAPPELLI CAFFARENA, B., «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., y NAVARRO GUZMÁN, J. I. (coords.), *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 203.

(196) Vid. MARTÍNEZ RUIZ, J., «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El Menor como víctima y victimario de la violencia social (Estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 524.

(197) Vid. GARCÍA MOSQUERA, M., «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad», en GÓMEZ RIVERO, M. C., *Comentarios a la Ley Penal del Menor (conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*. Iustel, Madrid, 2007, p. 399.

En realidad, la cercanía de ambas normas se corrobora al comprobar que los medios dispuestos por la LOGP y su criterio de separación de los internos son adaptables a aquellos jóvenes que terminan cumpliendo las medidas de internamiento de la LORRPM en los centros penitenciarios de adultos, cuando han alcanzado la mayoría de edad (198). No obstante, matiza Leganés Gómez, «podemos afirmar que en un centro penitenciario se pueden ejecutar medidas de internamiento impuestas por un Juez de Menores, pero si éste considera que en prisión no se pueden alcanzar los objetivos que se establecieron en la sentencia, siempre puede sustituir la medida del joven según determinan los artículos 13 y 51 de la LORRPM» (199). Ahora bien, el centro de internamiento solamente podrá cumplir por entero la misión encomendada por el legislador cuando, además de establecer un espacio propio para la menor, pueda dar cobertura a sus necesidades específicas, tanto a nivel estructural como de tratamiento penitenciario.

Incluso, para aquellos regímenes de vida menos restrictivos (centros semiabiertos y abiertos), y teniendo en cuenta el tipo de población de internos, parece perfectamente factible que exista una total convivencia entre niños y niñas. Este modo de entender el internamiento del menor infractor y la posibilidad de romper con el principio clásico de separación entre sexos, mantiene un punto de vista coherente con lo dispuesto en nuestra regulación penitenciaria. Pionera en este aspecto, la LOGP y su RP 1996 permiten la posibilidad de que hombres y mujeres permanezcan juntos en un mismo establecimiento penitenciario. Según expone el numeral tercero del ya mencionado artículo 99 de la norma reglamentaria, «excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir un mismo departamento previo consentimiento de unos y otras y siempre que reúnan los requisitos regulados en el Capítulo III del Título VII», precepto que se complementa con el artículo 168 de la misma disposición, que indica que «con carácter excepcional, el Centro Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria podrá, para ejecutar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, establecer, para grupos determinados de población penitenciaria, Centros o Departamentos Mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres». La vida en común de

---

(198) Según dispone el artículo 14 LORRPM. Al respecto, *vid.* COLÁS TURÉ-GANO, A., «Cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado en centro penitenciario. Problemas en su aplicación práctica», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, Iustel, Madrid, 2010, pp. 9 y ss.; y también, LEGANÉS GÓMEZ, S., «Jóvenes en prisión», en *La Ley Penal*, año VIII, núm. 85, Madrid, septiembre 2011, p. 15.

(199) Cfr. LEGANÉS GÓMEZ, S., *Jóvenes...*, *ob. cit.*, p. 16.

ambos sexos en los centros penitenciarios se dirige, de este modo, hacia una finalidad reinsertadora para la creación de un ambiente de vida conyugal. Es por ello que nuestra normativa penitenciaria ha introducido en su regulación los denominados Centros o Departamentos Mixtos, donde pueden encontrarse destinados tanto hombres como mujeres (200). Así, en algunos centros penitenciarios polivalentes (como es el caso del centro penitenciario de Madrid VI, en Aranjuez) secciones destinadas a la convivencia conyugal (201) y familiar (art. 172 RP 1996) (202), sometidas a un régimen especial en el que el interés del menor prima de manera considerable intentándose mantener una relación entre los padres y sus hijos. El precepto reglamentario, atacado por algunos sectores de la doctrina críticos con los aspectos formales (203), supone un complemento fundamental (204) al llamado principio de flexibilidad que opera, ex artículo 100 RP 1996 (en relación con la individualización científica en la clasificación de los penados expuesta en el artículo 72 LOGP), por el que se establece la posibilidad «con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado».

Tal situación puede trasladarse al ámbito de los menores de edad (205), mediante la selección de los internos e internas (206), tanto si se trata de una pareja con hijos (jóvenes madres, sobre las que

---

(200) Vid. ZARAGOZA HUERTA, J., *Derecho Penitenciario Español*. Elsa G. de Lazcano, México, 2007, p. 66.

(201) Aunque el articulado utiliza las palabras cónyuges y familia, como advierte JUANETAY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*. 1.ª ed., Iustel, Madrid, 2011, p. 94, «obviamente, tales términos deben ser interpretados en sentido amplio, incluyendo bajos los mismos relaciones análogas».

(202) Sobre la vida conyugal en los centros penitenciarios, vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario... ob. cit.*, pp. 375 y 376.

(203) Así, por ejemplo, vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*. 3.ª ed. Comares, Granada, 2003, p. 201.

(204) Sobre tal cuestión ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J., y RODRÍGUEZ ALONSO, A. en su libro *Reglamento Penitenciario... ob. cit.*, p. 258, han comentado que los departamentos mixtos, «sean o no fieles a la LOGP, constituyen un paso hacia adelante en la flexibilización del sistema penitenciario español».

(205) Vid. PARÉS I GALLÉS, R., «La ejecución de medidas (Título Séptimo, artículos 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53)», en GIMÉNEZ-SALINAS I. y COLOMER, E., *Justicia de Menores: una justicia mayor*. Manuales de Formación Continuada 9, CGPJ, Madrid, 2001, p. 287.

(206) De modo similar a lo estipulado para los presos y presas adultos. Al respecto, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.

hablaré en el siguiente epígrafe), como si consideramos al conjunto de internos e internas como un grupo terapéutico de tratamiento. Ello será acorde con lo dispuesto en el artículo 55. 1 y 2 LORRPM, que establece el llamado principio de resocialización, cuando indica que «toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor...». De hecho, en el primero de los casos expuestos, donde la pareja debe ser atendida y ayudada en su precoz paternidad, será siempre aconsejable el internamiento en unidades independientes al centro, o pisos de convivencia familiar, mientras que la convivencia niño-niña en los centros de internamiento debe ser lo más normalizada posible y guiada mediante los programas educativos del centro.

Esta última reflexión nos lleva a la segunda cuestión fundamental en el internamiento de la menor infractora: los programas educativos especializados. Como ya se ha puesto de manifiesto al comienzo de este trabajo, toda la vida del centro estará ordenada conforma a un programa educativo que se identifica con el tratamiento penitenciario en los internos adultos. Nuevamente, ante la ausencia de trabajos académicos sobre la cuestión, debemos acudir a las disposiciones internacionales para encontrar algunas normas generales sobre la cuestión. Dentro de las nuevas iniciativas que han surgido en los últimos años en el seno de las Naciones Unidas, destacan las reuniones de la *Comisión sobre Prevención del delito y Justicia penal*, como órgano supranacional subsidiario del *Consejo Económico y Social de Naciones Unidas*, con competencia para tratar temas relacionados con la lucha contra el delito, las tendencias de la política actual y prevención del crimen. En sus Informes podemos encontrar algunas disposiciones acerca de la delincuencia juvenil femenina.

Sobre esta cuestión, la Comisión ha propuesto, en su 19ª reunión (celebrada en Viena, del 17 al 21 de mayo de 2010), la adopción de nuevas reglas concretas para determinados núcleos de población reclusa y también algunas complementarias a las de Tokio. Las primeras, las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*, suponen, por una parte, un importante paso hacia el olvido de la discriminación de la mujer reclusa; y, en

---

y SAPENA GRAU, F., *Curso de Derecho Penitenciario*. 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 108.

segundo lugar, el primer cuerpo normativo de carácter internacional que trata aspectos penitenciarios exclusivamente relacionados con la mujer. Las razones argumentadas para su confección quedan reflejadas en el documento, que expone:

«Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos se aplican a todos ellos sin discriminación, por lo que en su aplicación se deben tener en cuenta las necesidades y la situación concretas de todas las personas privadas de libertad, incluidas las mujeres. Sin embargo, en esas reglas aprobadas hace más de 50 años no se hacía suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres. Al haber aumentado la población penal femenina en todo el mundo, ha adquirido importancia y urgencia la necesidad de aportar más claridad a las consideraciones que deben aplicarse al tratamiento de las reclusas» (207).

En las *Reglas de Bangkok* se tratará la cuestión de las reclusas menores de edad, reconociendo, ya desde la Regla 1, que se deberán tener en cuenta «las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria». Tal declaración contrasta con las razones argumentadas en la normativa acerca de la especial medida de discriminación positiva contenida en la Regla 65, por la que se establece que «al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delincuentes juveniles debida a cuestiones de género». Una redacción, a mi juicio, desafortunada por lo generalista de la expresión. Ciertamente, como expone mi maestro, Sanz Delgado, las mujeres internas han sido «visualizadas históricamente como grupo vulnerable» (208). Sin embargo, la utilización de expresiones de tal calado en una norma universal contribuyen, a mi entender, al sostenimiento de una política poco integradora, que muestra a las menores, por el mero hecho de ser mujeres, como vulnerables. En realidad, la redacción de la disposición deberá traducirse en la necesidad de establecer medidas especiales de protección para aquellas menores reclu-

---

(207) Cfr. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal Informe sobre el 19.º período de sesiones (4 de diciembre de 2009 y 17 a 21 de mayo de 2010). Documentos de Naciones Unidas E/2010/30-E/CN.15/2010/20, Anexo: *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*, Observaciones preliminares, I, p. 28.

(208) Cfr. SANZ DELGADO, E., «Tutela antidiscriminatoria y entorno penitenciario», ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo*, 31 mayo-3 julio, Alcalá de Henares, 2011, p. 6.

sas por parte de la administración penitenciaria (Regla 36), con el objetivo de evitar posibles abusos por parte de los demás internos o del personal del centro. Al respecto, una posible estrategia sería impartir programas de sensibilización a los trabajadores del centro acerca de métodos de disciplina no abusivos o humillantes para las niñas internas, así como la necesidad de tener en cuenta las diferencias en las formas en que los niños y niñas son tratados (209).

Entre tales medidas especiales, podemos encontrar una referencia expresa a los programas educativos que regirán el encierro de las menores (Regla 38):

*«Las reclusas menores de edad tendrán acceso a programas y servicios correspondientes a su edad y su género, por ejemplo de orientación sobre los problemas de abuso o violencia sexual. Recibirán educación sobre la atención de salud para la mujer y tendrán el mismo acceso permanente a servicios de ginecología que las reclusas adultas.»*

Destaca sobre las demás el tratamiento de las reclusas menores de edad embarazadas, que «deberán recibir el apoyo y la atención médica equivalente a la prevista para las reclusas adultas. Su salud estará supervisada por un especialista médico, teniendo en cuenta el hecho de que pueden estar en mayor riesgo de complicaciones de salud durante el embarazo debido a su edad» (Regla 39). De este modo, el precepto citado vendrá a completar lo expuesto en la Regla 5 que centra su atención en la garantía de los medios y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género en los recintos destinados al alojamiento de las reclusas (210). Tales disposiciones vendrán a llenar un importante hueco organizativo, que ya denunciábamos *supra*, en los ordenamientos de Justicia penal juvenil de los Estados miembro y sus instituciones de encierro.

En los últimos cuarenta años, la idea de que las chicas y los chicos tienen diferentes necesidades ha sido central para el paulatino desarrollo de programas específicos para las menores en los sistemas de justicia juvenil (211). Entre las pocas obras publicadas sobre el objeto de nuestro estudio -la menor interna-, destacan algunos textos prove-

---

(209) *Vid.* Unicef Juvenile Justice training manual. Facilitator's Guide and Participant's Materials. Penal Reform International, 2007, Module 7: Standards of care in custody, aftercare and social reintegration of child offenders, 17.

(210) *Vid.*, al respecto, el estudio realizado con jóvenes internas en Inglaterra por la Youth Justice Board: Female health needs in young offender institutions. YBJ, London, 2006. *La precaria situación de los sistemas sanitarios para las menores delincuentes era ya denunciada en el documento Unicef Juvenile Justice training manual...*, Module 7, 16.

(211) *Vid.* TRIPLETT, R., CARMODY, D.C., y PLASS, P.S., *In trouble and ignored...*, *ob. cit.*, p. 266.

nientes de la doctrina norteamericana. En ellos podemos encontrar, a modo de guía, una relación de buenas prácticas y estándares que deben ser aplicados a los programas de tratamiento específicos para la menor interna. Así, por ejemplo, en la obra de Hoge y Robertson se recopilan algunas de las pautas más reiteradas, como son (212): proveer a las niñas de un espacio físico seguro tanto a nivel físico como emocional; dar oportunidad a que desarrollen relaciones de confianza con otras chicas; garantizar una significativa educación sexual en los programas educativos dirigidos a la menor; proporcionar tratamiento y educación en relación con el abuso de sustancias; y, por último, trabajar en la creación y mejora de nuevas competencias, huyendo de los roles habituales asociados al género femenino. Además de estas cuestiones de fondo, también deben tenerse en cuenta algunos aspectos organizativos y materiales del centro, como puede ser la adecuada estructura de la edificación, el número de sus servicios especializados (213) (clínicas sanitarias, departamento para madres, etc.), o la formación del personal facultativo.

La investigación de los factores de riesgo en las menores delinquentes se ha mostrado muy útil en el posterior desarrollo de programas específicos para las menores, que principalmente se han centrado en los puntos más vulnerables reseñados en las investigaciones antes comentadas. Así, los programas de los centros de internamiento se han centrado en materias como el autoestima, la propia imagen de la adolescente (tanto física, como mental), y el entendimiento de los cambios biológicos asociados con la pubertad (214).

Algunas de tales pautas específicas se han implementado en los proyectos educativos de instituciones de reforma dedicadas a la reclusión de niñas infractoras. En la misma publicación de Hoge y Robertson se incluyen algunos ejemplos de estas prácticas (215), como los realizados en el *Centro Residencial Harriet Tubman* (Auburn, New York) especializados en el desarrollo del autocontrol y la construcción

---

(212) Vid. D. HOGE, R., y ROBERTSON, L., «The Female Juvenile Offender», en D. Hoge, R., G. Guerra, N., y Boxer, P. (eds.), *Treating the Juvenile Offender*. The Guilford Press, New York, 2008, p. 270; como ejemplo práctico de muchas de estas pautas de tratamiento, vid. ALFORD, S., «The South Carolina Department Of Juvenile Justice: Raising the Voices of Girls», en *Corrections Today*, American Correctional Association, diciembre 2006, p. 24.

(213) Sobre las especiales condiciones estructurales de un centro exclusivamente construido para menores infractoras, vid. ALFORD, S., *The South Carolina Department Of Juvenile Justice...*, *ob. cit.*, p. 25.

(214) Vid. TRIPLETT, R., CARMODY, D.C., y PLASS, P. S., *In trouble and ignored...*, *ob. cit.*, pp. 266 y 267.

(215) Vid. D. HOGE, R., y ROBERTSON, L., *The Female...*, *ob. cit.*, pp. 272 y 273.

de relaciones personales; el *Programa de Detención de Mujeres infractores del Boys Town USA* que se centra en la reinserción de la menor en la comunidad; o la adaptación con niñas infractoras del Programa *Moving On*, elaborado por Marilyn Van Dieten y Patricia McKenna en Minnesota (216) que consiste, a grandes rasgos, en ayudar a las menores a aprovechar y desarrollar los recursos, tanto personales como comunitarios, que tienen a su alcance. El programa está basado en los principios de la psicología cognitivo-conductual, y trata de inspirar en las internas una motivación por el cambio, reforzar la responsabilidad personal, y fomentar la mejora de sus habilidades.

Otros programas destacables para mujeres infractoras menores de edad son destacados en la publicación de Triplett, Carmody y Plass, donde se hace alusión a la organización *Girls Clubs of American Girls* (actualmente denominada *Girls Inc.*), que patrocina una amplia variedad de programas diseñados para ayudar a las niñas que viven en ambientes que los ponen en riesgo de conductas delictivas, tales como el programa PACE (*Practical and Cultural Education Centre for Girls Inc.*), establecido en 1985, como un programa no residencial basado en la educación en la comunidad para niñas de entre 14 y 18 años. Otros programas similares que se han ocupado de las menores delincuentes pueden encontrarse en algunos Estados norteamericanos, tales como el programa de *Minnesota Milwaukee's Community Based Out-of-Home Care*, o el *Emancipation Program for Girls in Portland*, todos ellos basados en el cuidado comunitario de las menores infractoras y orientados a la prevención de la delincuencia juvenil femenina (217).

Para finalizar la exposición acerca de la situación de la menor interna en nuestros centros de internamiento, es obligado dedicar, siquiera brevemente, algunos párrafos sobre las jóvenes madres que sufren encierro junto a sus hijos.

Nuestra principal norma legislativa relativa a los menores de edad, la LORRPM, garantiza en su artículo 56.2.n el «derecho de las menores internadas a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente». En este sentido, como ha expuesto Landrove Díaz, el catálogo de derechos reconocidos a los menores internos se encuentra en «evidente paralelismo» (218) con la norma penitenciaria. La LOGP y su RP 1996 recogen en su articulado las disposiciones de

---

(216) Vid. *in extenso*, VAN DIETEN, M & MCKENNA, P., *Moving On manual*. Orbis, Ottawa, 2002, *passim*.

(217) Vid. Triplett, R., CARMODY, D.C., y PLASS, P.S., *In trouble and ignored...*, *ob. cit.*, pp. 268 y 269.

(218) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 356.

ámbito internacional que los derechos fundamentales de las mujeres reclusas, entre ellos, la situación de las madres internas con hijos menores de tres años. Así, el art. 38 LOGP, modificado por la *Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, sobre modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, recoge el estatuto básico de la mujer interna en nuestros centros penitenciarios, dedicando dos de sus numerales, el segundo y el tercero, a las madres presas. El desarrollo del régimen específico de esta parte de la población femenina en nuestras prisiones se completa con lo dispuesto en el artículo 17 del RP 1996, que ya anunciaba en su exposición motivadora la necesidad de adaptar la realidad penitenciaria los nuevos retos planteados sobre esta cuestión y, por supuesto, garantizar los derechos de la mujer, la protección de la familia y, sobre todo, de los menores de edad (RP 1996, Exposición de motivos II.a).

De modo similar a la consagrada norma penitenciaria, el RM recoge, en su art. 34, las especificaciones acerca de las jóvenes madres. Básicamente, la normativa permite a la menor tener en su compañía, en el interior del establecimiento de reforma, a sus hijos menores de tres años, sometiendo tal posibilidad a una serie de condiciones, a saber (art. 34.2 RM):

- «a) Se acredite fehacientemente la filiación.
- b) A criterio de la entidad pública, dicha situación no entrañe riesgo para los hijos.
- c) Lo autorice el Juez de Menores.»

Como puede apreciarse por el tenor de las condiciones expuestas, parece haber sido la intención del Legislador el proteger primariamente al hijo, tratando de mantener los vínculos familiares maternos. Por ello, no deja de sorprender la redacción del segundo numeral del artículo 34 RM, cuando establece que «*los posibles conflictos que surjan entre los derechos del hijo y los de la madre originados por el internamiento en el centro se resolverán por el Juez de Menores, con independencia de lo que acuerde respecto al hijo la autoridad competente*». Lo lógico, tal y como visualizaban De Urbano Castrillo y De la Rosa Cortina con anterioridad a la promulgación del RM, hubiera sido establecer que «*deberán primar los derechos del hijo menor en los posibles conflictos que surjan entre los derechos de éste y los de la madre mayor de edad originados por el internamiento*» (219). También difiere inexplicablemente la redacción del precepto en lo que

---

(219) Cfr. DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 458 y 459. Esta es la fórmula utilizada por el RP 1996 en su artículo 17.4.

concierno a la admisión del menor, incondicional en el caso del RP 1996 (220), y sometida a la decisión del Juez de Menores en el RM. Tal cláusula no parece demasiado oportuna, pues habiéndose establecido que el ingreso no debe entrañar riesgo alguno para el hijo, ¿qué razones podrían llevar al Juez de Menores a impedir su ingreso? En cualquier caso, la decisión debería someterse a consulta de la Junta de Tratamiento del centro, tras el pertinente examen de las capacidades de la madre para hacerse cargo del menor.

Por otra parte, la redacción de nuestra Ley penal de menores sobre la cuestión resulta incompleta, echándose en falta muchas de las previsiones contenidas en la legislación penitenciaria, «como son, por un lado, la creación de unidades de madres (...), y por otro lado, la posibilidad de celebrar convenios con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la situación tan especial como es la de estar cumpliendo con la madre una medida privativa de libertad» (221). Por ello, como indica Ornosá Fernández, se deberá acudir a la legislación penitenciaria en lo no previsto expresamente por la normativa penal de menores (222).

El inexcusable olvido de nuestra normativa de menores no debe ser óbice para que en los centros de internamiento se establezcan, del mismo modo que en los centros penitenciarios para mujeres adultas, unidades de madres (223) con secciones de pediatría, guardería infantil, educación preescolar, etc., en concordancia con lo que García Valdés denominaba «una clara tradición humanista» (224) propia de nuestro penitenciarismo. Puede aprovecharse, además, la presencia de estas instalaciones para derivar ciertas actividades del programa educativo para las internas madres al aprendizaje de las buenas prácticas de cuidado para sus hijos y, en el caso de que se establezca un régimen

---

(220) El tono del artículo 17.1 RP 1996 es claramente imperativo: «la Dirección del internamiento admitirá a los hijos menores de tres años». En su numeral segundo, además, tan solo indica que se «recabará la opinión del Ministerio Fiscal». Al respecto, *vid.* ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento Penitenciario...*, *ob. cit.*, p. 92.

(221) Cfr. POZUELO PÉREZ, L., «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Civitas, Madrid, 2008, p. 518.

(222) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 520.

(223) Reguladas en los artículos 178 y 179 RP 1996.

(224) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 116.

mixto en el que convivan las precoces parejas, también podrán beneficiarse de tales proyectos educativos los jóvenes padres (225).

## VI. CONCLUSIONES

I. La criminalidad infantil y juvenil entre las mujeres es muy baja en proporción con la de los varones. Por ello, la mayor parte de los estudios realizados sobre delincuencia juvenil han pasado por alto este sector. A pesar de que algunos trabajos académicos de nivel internacional postulan un considerable aumento de las infracciones cometidas por mujeres menores de edad, el crecimiento este tipo de delincuencia de género no parece ser exponencial ni aproximarse a la de los hombres en España. En consecuencia, el número de niñas en los centros de internamiento es muy reducido, lo que ha derivado en una menor atención de la investigación sobre esta sección de la población interna. Este olvido también parece reflejarse en nuestra actual normativa penal de menores. El régimen de vida y las especialidades de tratamiento educativo de la menor interna en los centros de reforma se encuentran, de este modo, muy poco desarrollados en nuestra legislación.

II. Las diferentes teorías que han intentado explicar la delincuencia femenina han atravesado por varios estadios. En un primer momento, la delincuencia femenina era explicada como una anomalía basada en anomalías biológicas o en la exclusión de las características que se consideraban propias del sexo femenino. Actualmente, tales enfoques biologicistas se encuentran ampliamente superados, y han sido sustituidos por estudios científicos en el ámbito de la Psiquiatría, la Medicina y la Genética. Posteriormente, a principios del siglo xx comenzaron a proliferar nuevas teorías influidas por el desarrollo de las técnicas de investigación propias de la Sociología, el Psicoanálisis y la Psicología. Para estas teorías la delincuencia juvenil femenina se encontraría enmascarada por la «caballerosidad» de los sistemas de justicia juvenil, proclives a no tomar en consideración las conductas delictivas de las jóvenes. La teoría de la caballerosidad ha sido rechazada, por cuanto los estudios de auto-informe han demostrado que la cifra negra de criminalidad juvenil femenina sigue siendo

---

(225) Como indica Juanatey Dorado para la legislación penitenciaria de adultos, aunque las normas se refieran exclusivamente a la mujer, pueden ser perfectamente aplicables a los padres, en virtud del principio de igualdad; *vid.* JUANATEY DORADO, C., *Manual...*, *ob. cit.*, p. 96.

inferior a la de los varones, y, además, el trato desigual para las chicas en el sistema de justicia penal juvenil no siempre reporta ventajas para las menores, sino más bien todo lo contrario (sexismo, excesivo paternalismo, mayor índice de detenciones por *status offenses*, etc.). Con el movimiento de liberación de la mujer, a finales de los años 60 del siglo pasado, se produjo un importante punto de inflexión, desarrollándose nuevas corrientes de pensamiento que apuntaban hacia la diferencia de roles sociales entre ambos sexos para explicar la criminalidad juvenil femenina. Tales enfoques funcionalistas vaticinaban un aumento progresivo de la delincuencia juvenil femenina como consecuencia a la paulatina equiparación entre hombres y mujeres en las sociedades actuales. Las teorías funcionalistas han fracasado en este último punto, pues los datos empíricos no muestran que las tasas de delincuencia entre hombres y mujeres menores de edad se hayan igualado. Tras el rechazo de las posiciones funcionalistas, las teorías del control social (formal e informal) se centraban en las diferencias de socialización entre chicos y chicas, y su repercusión en los medios de control familiar e institucional. Hoy en día, las teorías del control social no superan la equiparación entre sexos ante la Ley penal (principio de igualdad) y tampoco han quedado demostradas empíricamente. Los nuevos enfoques para el estudio de la delincuencia juvenil femenina se encuentran, por tanto, en los llamados *estudios de género*, que se ocupan de explicar la criminalidad juvenil femenina partiendo de la diferenciación entre géneros, tales como factores psicológicos, de aprendizaje social, ambientales, etc.

En conclusión, las nuevas corrientes dentro de la Criminología que intenten explicar la delincuencia juvenil femenina deberán mantener una perspectiva multifactorial. A pesar del menor volumen de chicas delinquentes será necesario dotar de entidad propia a este sector de la población criminal, y enfocar las investigaciones hacia el estudio de los factores de riesgo que afectan en mayor medida a las niñas que a los niños.

III. Aunque los factores de riesgo para la comisión de hechos delictivos son los mismos en los chicos y las chicas, recientes investigaciones arrojan evidencias que demuestran que ciertos indicadores predicen de un modo más certero la delincuencia juvenil femenina. Estos estudios postulan que, ante los mismos factores de riesgo, las reacciones entre ambos sexos pueden ser significativamente diferentes. En concreto, la falta de autoestima, los conflictos familiares, y las relaciones con los pares y el entorno escolar son los factores que mejor pronostican los comportamientos delictivos en las menores de edad. Estas investigaciones han demostrado ser muy útiles en la formula-

ción de programas de prevención contra la delincuencia juvenil femenina, y también pueden ser usadas para reforzar los programas educativos durante el internamiento de las menores en los centros de reforma. Por otra parte, las investigaciones sobre factores de riesgo deben matizarse y relacionarse con la tipología y gravedad delictivas, pues algunos indicativos se manifiestan y afectan de diferente forma en las menores infractoras violentas y no violentas. En este sentido, se aprecia la necesidad de realizar nuevas investigaciones y perfeccionar la metodología de los estudios sobre los factores de riesgo, incluyendo nuevas variables y atendiendo a todos los indicativos posibles, con el fin de evitar falsos positivos o conclusiones prematuras y apriorísticas.

IV. En los centros de internamiento de menores se produce una flexibilización del consagrado principio de separación de internos. Niños y niñas pueden compartir espacios comunes en las instituciones de reforma y formar grupos de tratamiento mixtos, realizando actividades en conjunto. La relajación del principio de separación es coherente con la evolución de nuestro sistema penitenciario de adultos. En la búsqueda de la resocialización del reo, nuestra legislación penitenciaria posibilita la quiebra de la estricta separación entre hombres y mujeres que, cumplidas unas determinadas condiciones, podrán, de manera excepcional, llegar a convivir juntos en departamentos mixtos. Nuestra norma penal de menores es deficitaria, en este sentido, de una regulación más completa acerca de la convivencia entre ambos sexos en los centros de internamiento.

V. La equidad en los sistemas de justicia penal juvenil no significa necesariamente que los chicos y las chicas deban recibir el mismo tipo de tratamiento. Si las necesidades de ambos sexos son diferentes a nivel educativo y social, parece lógico pensar que también lo serán cuando interactúen con el entorno penitenciario o de protección estatal. Actualmente, los programas educativos especiales para las menores internas no han sido convenientemente estudiados en España. En la mayor parte de los casos, además, existe un enorme desconocimiento de los problemas de las jóvenes internas, lo que puede traducirse en importantes carencias estructurales, educativas y de personal en nuestros centros de reforma. Según las pautas internacionales y la doctrina dominante, los proyectos educativos específicos para las menores infractoras deben contener algunos puntos fundamentales, como son: una educación basada en la igualdad, que se oponga a los roles sociales habituales asociados al género femenino; especial atención hacia la higiene reproductiva y la educación sexual; talleres de deshabitación y prevención de consumo de sustancias nocivas;

fomento de las relaciones, tanto con el sexo opuesto como con otras mujeres; fortalecimiento de la autoestima y confianza de la menor en sí misma, como refuerzo psicológico en caso de un pasado de abusos; incentivar la responsabilidad de la menor y potenciar sus habilidades; y, por último, en caso de las jóvenes madres, será necesario impartir cursos sobre maternidad y cuidado de los hijos.

VI. En lo que se refiere al régimen de las madres menores de edad internas en los centros de internamiento, nuestra legislación penal de menores sale perdiendo en su comparativa con la normativa penitenciaria. Una vez más, la LOGP y su RP 1996 muestran una regulación más completa y garantista del estatuto de la madre interna. El ejemplo más representativo de esta deficitaria regulación acerca de la cuestión en la LORRPM y su RM es, sin lugar a dudas, la falta de previsión de unidades de madres en los centros de internamiento.

# Repercusión de la pena privativa de libertad como sanción penal en el sistema penitenciario español

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

Doctora en Derecho  
Profesora Ayudante Doctora Criminología (UNIR)

## RESUMEN

*La figura del delincuente es estudiada desde muchas doctrinas, no sólo desde la dogmática jurídico-penal, sino también por los criminólogos, para quienes el delincuente es un sujeto con anomalías y alguien susceptible de tratamiento. Ambas doctrinas hablan de la sanción penal como intervención y medio para la protección social frente a futuros delitos, suponiendo la prevención tanto especial como general. Pero la doctrina filosófica también se ha dedicado a ello y ha tratado de dar explicación a la justificación del delito, es decir, una justificación moral de por qué se castiga a alguien.*

Palabras clave: *Castigo, pena privativa de libertad, prisión, derechos fundamentales, reclusos.*

## ABSTRACT

*The figure of the offender is studied from many doctrines, not only from the criminal legal dogmatic, but also by criminologists, for whom the offender is a subject with someone anomalies and treatable. Both doctrines speak of criminal punishment as a means of intervention and social protection against future crimes, assuming both the special and general prevention. But the philosophical doctrine has also been dedicated to it and tried to give explanation to the justification of crime, ie a moral justification of why someone is punished.*

Key words: *Punishment, imprisonment, prison, fundamental rights, prisoners.*

SUMARIO. 1. Un repaso a los principales tipos de sanción penal.—2. Fin de la pena, y especial estudio de la pena privativa de libertad. a) Teorías absolutas. b) Teorías relativas.—3. Privación y restricción del derecho a la libertad. a) Reconocimiento del derecho. b) Cuestiones doctrinales. b.1) Una aproximación a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico español. b.2) La libertad en las Instituciones Penitenciarias.—4. La sanción penal privativa de libertad. a) Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión. b) La libertad individual entendida como libertad mínima. c) Una breve reflexión sobre la aproximación de los presos a la libertad.

## 1. UN REPASO A LOS PRINCIPALES TIPOS DE SANCIÓN PENAL

Encontramos dos tipos de sanciones penales en nuestro ordenamiento jurídico, de un lado, la pena la cual tiene como base la privación de derechos fundamentales: la pena privativa de la vida, que es el caso de la pena capital (1); y la pena privativa del derecho a la libertad, caso de la prisión (2) que es la que nos interesa aquí analizar. Asimismo, se encuentra la sanción de las medidas de seguridad.

De otro lado, debemos diferenciar penas y medidas de seguridad que, según Landrove Díaz (3), son: la pena se ordena fundamentalmente a la prevención general; la medida de seguridad a la prevención especial. La pena es siempre postdelictual, exige la comisión de un delito previo; la medida de seguridad en sus orígenes podía ser también predelictual. La pena debe ser proporcionada a la gravedad del delito; la medida es proporcionada a la peligrosidad del sujeto. La pena se impone sólo a sujetos imputables; la medida se impone tanto a imputables como a inimputables, y en base a un criterio de utilidad

---

(1) «La pena de muerte tiene una gran relevancia en la cultura actual, supone un atentado al derecho a la vida y su prohibición figura en diversas Declaraciones de derechos humanos, se hace en base a la proclamación genérica del derecho a la vida, a la prohibición genérica de la tortura y de las penas crueles, inhumanas o degradantes y, por tanto, a la prohibición expresa y con carácter general de la aplicación de la pena de muerte», *vid. mi investigación, LÓPEZ MELERO, M., Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*, Tesis doctoral, Departamento de Fundamentos de Derecho y Derecho penal, Alcalá de Henares, Madrid, 2011, p. 199; Para algunos es la pena más utilizada en algunos países, pese a que es considerada como una pena antinatural y antihumana, de esta opinión es LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 17.

(2) Así lo establece el artículo 35 del CP.

(3) LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, 6.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día en colaboración con M.<sup>a</sup> Dolores Fernández Rodríguez Madrid, 2005, pp. 111-121.

social. La pena se aplica de un modo determinado; la medida tiene una duración indeterminada, subordinada a su propia ejecución. La privación de bienes jurídicos, común a ambas, es el contenido de la pena y un simple fenómeno acompañante de las medidas de seguridad.

Con esta perspectiva, se debe subrayar que nuestro ordenamiento jurídico se acoge a un sistema dualista, es decir, junto a las penas prevé medidas de seguridad, esta dualidad se debe a que si faltaba el principio de culpabilidad para los delincuentes peligrosos no habría manera de implantarles una pena, pero sí una medida de seguridad. En conclusión, las libertades encierran a su vez otras libertades, es lo que Iván C. Iban (4) denomina *concreciones sucesivas*, es decir, que partiendo de la base de la proclamación genérica de libertad resulta un conjunto de libertades que se dotan de una mayor eficacia práctica. No obstante, considera que, a su vez, estas concreciones sucesivas son concreciones limitadoras, explicándolo en el sentido de que la suma de todos los derechos fundamentales no agota la idea de libertad. Asimismo, si alguna parcela de la *libertad* quedase fuera del catálogo de derechos fundamentales, también, disfrutarían de cierta protección porque la libertad es proclamada como valor superior del ordenamiento jurídico.

La libertad individual tiene dos aspectos, el positivo y el negativo, siendo el fundamento de la organización política del Estado, es decir, desde el aspecto positivo la ley es concebida como expresión de la voluntad soberana del pueblo, y en su aspecto negativo, supone el reconocimiento de la inviolabilidad de los derechos fundamentales de las personas. La doctrina ha reiterado en numerosas ocasiones que un aspecto es independiente del otro de manera que puede existir una libertad positiva y no negativa y viceversa (5). El derecho penal surge para proteger al débil contra el más fuerte, la ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte, que, para Ferrajoli (6), en los

---

(4) C. IBAN, I., (coord.) VV.AA., *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*, Edersa, Madrid, 1989, p. 12.

(5) *Vid.*, BERLÍN, I., «Dos conceptos de libertad», *Filosofía política*, recopilación de QUINTÓN, A., México, 1974, pp. 216 ss., citado por VIVES ANTÓN, T. S., «Introducción: Estado de Derecho y derecho penal», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, p. 2.

(6) FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Trad., al castellano *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. De P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, p. 335.

juicios y la imposición de la pena protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas.

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar el fundamento, la justificación y la función de la sanción penal en los Centros penitenciarios. El fundamento y la justificación en la pena se deben a que es el principal medio del que dispone el Estado como reacción a un delito cometido, en el sentido de suponer restricción de derechos del responsable del mismo. Por consiguiente, la justificación no es una cuestión filosófica sino una necesidad. En suma, lo prioritario parece ser la pena privativa de libertad y las denominadas medidas de seguridad destinadas a paliar aquellas situaciones en las que el uso de la pena no resulta factible. Por lo que respecta a la función, suponen sistemas de reacción penal, discutiéndose, desde la antigüedad, el fin de la pena. El por qué o para qué se impone la pena ha sido una cuestión de debate doctrinal a lo largo de la historia, opera como un medio de control social que debe ser aplicado de forma proporcional y legal (7).

## 2. FIN DE LA PENA, Y ESPECIAL ESTUDIO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Para establecer el fin de la pena, en general, nos tenemos que remitir a las teorías absolutas y relativas, las absolutas son aquellas que se fundamentan en criterios éticos y responden de forma estática a la hora de cuestionar la pena y las teorías relativas, aquellas que se fundamentan en criterios utilitaristas y el enfoque es dinámico (8). Como indica

(7) Al respecto, BLACK, D., «Crime as Social Control», *American Sociological Review*, núm. 48, 1983, pp. 34-45; REDONDO, S., *Desviació, delinquència i control social*, Centre de studis Jurídics i Formació Especialitzada, 1998; CAFFREY, S., *How far can citizens perform the role of Social Control?* Ponencia para el Seminario de Howard League, Oxford, 1999. FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Trad., al castellano *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A., Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997, pp. 321-322.

(8) Para un mayor estudio de las teorías mencionadas, ver VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2.<sup>a</sup> ed. adaptada al Código penal de 1995, Valencia, 1996; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000; MANTOVANI, F., «Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale», en ROMANO, M. y STELLA, F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, Il Mulino, 1980; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos científicos del derecho penal*, t. I. Bosch, 6.<sup>a</sup>

Zugaldía (9), «la opción a favor de alguna de las teorías de la pena es libre ya que desde el punto de vista metodológico ninguna de ellas está en condiciones de fundamentar de forma última sus puntos de partida: por eso, como en todos los problemas últimos, se podría admitir la solución de cualquier teoría de la pena siempre y cuando con ello no se pretenda cerrar la discusión sobre las mismas [...]».

### a) Teorías absolutas

También reconocidas como *retributivas*, se caracterizan porque se impone una pena por el hecho de que se ha delinquido, por una exigencia de la justicia (*punitur quia peccatum est*), es decir, se impone una pena sin tener en cuenta los fines a perseguir con la misma. En suma, supone, en el contexto de la pena, el *pago* que merece el delincuente por su delito (10). Los principales teóricos de las teorías absolutas, se suele citar a Platón, Fichte, Sthal, Spindel, Weber, Wegner, Hälschner, Binding y más recientemente, Schmitt, Freisler, Mezger, Maurach o Fletcher. En España, citamos a San Agustín, Sto. Tomás de Aquino, Alfonso de Castro, Joaquín Francisco Pacheco, Rodríguez Devesa o Cuello Calón. Pero, sin duda, de entre todos destacan Kant y Hegel (11).

Estas teorías tienen su origen en planteamientos religiosos, son numerosos los autores que han planteado la vinculación entre lo religioso y la expiación-retribución (12), afirmándose, incluso, que la

---

ed. act., completamente renovada y puesta al día con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Barcelona, 2008; 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», núm. 44, Dykinson, Madrid, 2008.

(9) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «¿Otra vez la vuelta a von Liszt?», en VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1995, p. 27.

(10) MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 34. Asevera, además, que no se debe confundir retribución con venganza.

(11) Vid., RÖDER, C. 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*, trad. de Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2000. En otro sentido, ALBIN ESSER, M. C. J., «*Menschengerechte*» *Strafjustiz. Vision eines am Menschen als Einzel- und Sozialwesen orientierten Straf- und Verfahrenssystems*, trad. de J. M. LANDA GOROSTIZA, «Una justicia penal a la medida del ser humano», *Revista de Derecho penal y criminología*, núm. I, 1998, pp. 131-151; ARNOSO, A., «Representación del delito y demandas de seguridad de la población», *Congreso servicios sociales y cárcel. Alternativas a la actual cultura unitiva*, Salhaketa, Vitoria-Gasteiz, 2004.

(12) Se cita por muchos autores textos donde aparece el principio de retribución, así en el Mensaje del Papa Pío XII, en el VI Congreso Internacional de

pena retributiva es la expresión de los Estados de base teocrática (13). Muchos han sido los seguidores, como ya he indicado, pero los más destacados son Kant, dando origen a la retribución moral (14), y Hegel, a la retribución jurídica (15).

En cuanto a la *retribución moral*, se ampara en el principio de culpabilidad siendo límite para no imponer una pena inhumana. La mayor

---

Derecho Penal en 1954; la Ley del Talión reconocido como expresión de justicia, en la Biblia tanto en el Génesis, Cap. 9, versículo 6 como en el Éxodo, Cap. 21, versículo 23 y ss., en San Mateo, San Lucas, etc. MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Guffrè, Milano, 1982, p. 47.

(13) MIR PUIG, S., «El sistema de Derecho penal en la Europa actual», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1995, p. 28, ver la cita que hace CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas. (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, ob. cit., pp. 16-17.

(14) Para un mayor estudio, entre otros, a BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís Roig, Debate, Madrid, 1991; ANTÓN ONEGA, J., *Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración, Instituto de Ciencias Jurídicas*, Madrid, 1965; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3.<sup>a</sup> ed., rev., Tecnos, Madrid, 1987; FLETCHER, G., *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; RÖDER, C. 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*, Trad., de Francisco Giner de los Ríos, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 50; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉ, H., «Pena y Estado», *Papers*, núm. 13, 1980, pp. 102-103; ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pp. 34 y 138-139; HASSEMER, W., *Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 21-22; CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 58-59; NAUCKE, W., «Le droit penal retributif selon Kant», *Retribution et Justice Penale, Travaux et Recherches de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris*, PUF, París, 1983.

(15) Para un mayor estudio, RÖDER, C. 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. 50; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General I*, ob. cit., p. 97; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal: parte general, las teorías de la pena y de la ley penal*, Universidad de Granada, 1990, p. 67; del mismo, «¿Otra vez la vuelta de von Liszt?», en VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*. Programa de la Universidad e Marburgo, 1982, Comares, Granada, 1995, pp. 12-13; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «Las penas en el Código Penal de 1995», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n. 1, abril-mayo, 1996, p. XXVII; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevenção general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, 1.<sup>a</sup> ed., Salamanca, 1999, pp. 58-59; MILITELLO, V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, ob. cit., p. 51; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉ, H., «Pena y Estado», *Papers, Revista de Sociología*, núm. 13, 1980, p. 103; de los mismos, *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, Trotta, Madrid, 1999, p. 45; HINCHMAN, L., «Hegel's Theory of Crime and Punishment», *Review of Politics*, núm. 44, 1982, pp. 523-545.

parte de la doctrina entiende que la Ley del Tali3n (*lex talionis*) es la m3xima ley donde se refleja la medida retributiva o la teor3a absoluta de la pena, es decir, castigo igualado a crimen (16). En sentido cr3tico, Kant (17) asever3 que la pena judicial «no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de impon3rsele s3lo «porque ha delinquido». Kant (18) consideraría que «si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de ello se llevara a cabo, deber3a ejecutarse al 3ltimo asesino que estuviera en pris3n, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos». Para Kant la pena es una necesidad 3tica (19). En este sentido, la Ley penal se presenta como una pura necesidad moral, un «imperativo categorico», es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideraci3n utilitaria como la protecci3n de la sociedad u otras (20).

Por lo que se refiere a la *retribuci3n jur3dica* de Hegel, se fundamenta en un procedimiento dial3ctico, la tesis es que el delito supone la negaci3n del Derecho y la ant3tesis supone que la pena es la negaci3n del delito. Luego, la s3ntesis (negaci3n de la negaci3n) indica que la pena es la afirmaci3n del Derecho (21), o tambi3n la pena es la reafirmaci3n del ordenamiento porque niega la negaci3n del Derecho que supone el delito (22). O, como indica el propio Hegel (23), «la supera-

(16) En la obra de FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar, ob. cit.*, tambi3n encontramos numerosas sanciones en funci3n del delito cometido. Pero tambi3n est3n aquellos que desvinculan la Ley del Tali3n de las teor3as retributivas, as3 CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 66, para quien el fin garantista limitador de la retribuci3n supone una desautorizaci3n de la idea cristiana de retribuci3n basada en el tali3n; GRACIA MART3N, L., *Las consecuencias jur3dicas del delito en el nuevo C3digo penal espa3ol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 55, indica que la moderna retribuci3n, entendida como reafirmaci3n del Ordenamiento y no como compensaci3n de un mal moral, no puede identificarse con el principio talional.

(17) KANT, I., *Metaf3sica de las costumbres, ob. cit.*, p. 166.

(18) *Ibidem*, p. 165.

(19) BYRD, S., *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution, ob. cit.*, pp. 151-200; NAUCKE, W., «Le droit penal retributive selon Kant», *Retribution et Justice Penale*, Travaux et Recherches de l'Universit3 de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, Paris, 1983, pp. 80 ss.

(20) MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal, ob. cit.*, p. 36.

(21) RIVERA BEIRAS, I., (coord.), *Pol3tica criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, 1.ª ed., Barcelona, 2005, p. 50, para Rivera Beiras la doctrina retributiva t3pica es siempre una doctrina de la retribuci3n moral.

(22) CASTRO MORENO, A., *El por qu3 y el para qu3 de las penas, ob. cit.*, pp. 23-24.

(23) HEGEL, G. W. F., *Grundlinien del Philosophie des Recht*, 1821, pp. 99 y 101. Sobre el tema, ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducci3n del*

ción del delito se realiza, en consecuencia, mediante la retribución, en tanto que vulneración de la vulneración del Derecho y, de este modo, la esencia del delito, que tiene una dimensión cualitativa y cuantitativa determinada, encuentra su correlativa negación». Para Hegel la pena es «justa en sí misma».

Los defensores de las teorías absolutas manifiestan que éstas proclaman y defienden la dignidad de la persona humana (24), no obstante, frente a ellos están los autores que consideran que las teorías absolutas de la pena no respetan la dignidad humana. Así, Bustos Ramírez (25) entiende que «no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal». En sentido similar, Röder (26) afirma que la unión de la idea retributiva con la venganza hace que se incurra en un trato indigno, indica que la dignidad humana resulta incompatible con la imposición de una pena carente de finalidad.

Afinando un poco más la cuestión, Klung (27) considera que «la represalia que no persigue ningún fin, con la que no se persigue alcanzar algún bien [...] lesiona la dignidad del hombre y, en verdad, no sólo en el sentido de las normas morales, sino en el sentido de la Constitución [...]. Precisamente el respeto a la dignidad del hombre exige que la sociedad no devuelva los golpes como un mero criterio de represalia, sin objetivo alguno [...]». También se ha criticado la falta de demostración empírica de su presupuesto, que la compensación de la culpabilidad formulada sólo puede admitirse mediante un acto de fe (28). Por su parte, Zugaldía (29) manifiesta que supone una concep-

---

*Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, 1.ª ed., Barcelona, 1989, p. 56. La teoría de Hegel se caracteriza porque exigía una igualdad valorativa, HINCHMAN, L., *Hegel's Theory of Crime and Punishment*, ob. cit., pp. 523-545; STAWELL, F. J., «Hegel's Theory of Punishment», *International Journal of Ethics*, núm. 7, 1986-87, pp. 95-96.

(24) Uno de los que lo afirma es Welzel, al establecer la distinción entre el hombre y el animal siendo la principal diferencia la libertad respecto de las normas innatas e instintivas de conducta y por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes; WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte general*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1976, p. 203, citado por CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 25.

(25) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1987, p. 94.

(26) RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes*, ob. cit., p. 57.

(27) KLUNG, citado por SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el Código Penal de 1995*, ob. cit., p. 106.

(28) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., pp. 26-27.

(29) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho Penal: parte general, las teorías de la pena y de la ley penal*, ob. cit., p. 70, del mismo, *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?*, ob. cit., p. 14.

ción moralizante del Derecho penal y que, realmente, no son aptas para responder a la cuestión de la necesidad de la pena, dado que se limitan a presuponer su necesidad, pero no la fundamentan.

La Escuela clásica, influenciada por el pensamiento de la Ilustración especialmente por las ideas de Beccaría, es partidaria de la pena pese a que es un mal, a diferencia de la Escuela positiva que entiende que la pena es una cura. La Escuela clásica pese a que toma la doctrina de Beccaría, Romagnosi, Carmignani, no pertenecen a la misma, propiamente dicha. Además de Carrara y Rossi, está representada por Carmignani Giovanni, Lardizábal y Filangieri, entre otros, estos autores tratan el tema pero, no significa que mantengan esa posición. La Escuela clásica además de ser partidaria de la pena lo es de las teorías absolutas, Rossi y Carrara son los máximos exponentes quienes señalaban como principales postulados la razón y los límites del derecho a castigar por parte del Estado, la reivindicación de las garantías para el individuo sujeto al proceso penal y la oposición a la barbarie de las penas con que se castigaba al delincuente.

En suma, si las teorías absolutas parten de la culpabilidad del sujeto por el hecho de haber cometido un delito, pudiendo haber actuado de otra manera y, por ello merece tal castigo; la mayoría de la doctrina, entre ellos, Quintero Olivares, Zugaldía Espinar, Bajo Fernández, Dolcini, Luzón Peña, De la Cuesta Arzamendi (30) mantienen que no es posible determinar la libertad de voluntad por la que ha actuado el sujeto. También se critica a las teorías absolutas alegando que un mal no puede borrarse con otro mal, es decir, la pena

---

(30) Vid., QUINTERO OLIVARES, G., «Determinación de la pena y política criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, p. 595; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, ob. cit., p. 69; BAJO FERNÁNDEZ, M., «Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma», en FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios penales*, t. I, Universidad de Santiago de Compostela, 1977, p. 38; DOLCINI, E., «Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fascículo 4, 1975, pp. 1156-1168; LUZÓN PEÑA, D. M., «Antinomias penales y medición de la pena», *Doctrina Penal*, núm. 7, 1979, p. 595; JORGE BARREIRO, A., «La motivación en la individualización judicial de la pena», en AA.VV., *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 52; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Imputabilidad y nuevo Derecho Penal», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 300; MORALES PRATS, F., «Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 2000, p. 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, ob. cit., p. 134.

impuesta no compensa al delito cometido (31). En este mismo sentido, Kant (32) indicaría que «la pena judicial [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido [...]».

Estas teorías, en la actualidad no tienen cabida, han sido rechazadas por la mayoría de la doctrina, aunque se sigue dando importancia al principio de culpabilidad, a su capacidad para limitar el *ius puniendi* y la idea de proporcionalidad que gira en torno a la concepción retributiva (33). Esta doctrina se justifica en la máxima de «devolver mal por mal» (34).

## b) Teorías relativas

Las teorías relativas están basadas en la configuración del hecho delictivo como fenómeno individual y susceptible de tratamiento individualizado, defendiendo la meta resocializadora como el objetivo primordial del tratamiento penitenciario y objetivo principal de la pena privativa de libertad (35).

(31) En este sentido, BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *ob. cit.*, p. 45, afirma que el fin de las penas no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadano y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

(32) KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, *ob. cit.*, p. 166. Incluso admitía que cuando estuviere en juego la sociedad se renunciase a la pena justa y fuese sustituida por otra (pp. 170-171).

(33) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *ob. cit.*, p. 31.

(34) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *ob. cit.*, pp. 253-254; FALLS, M., «Retribution, Reciprocity and Respect for Persons», *Law and Philosophy*, núm. 6, 1987, pp. 25-51; OLDENQUIST, A., «An Explanation to Retribution», *Journal of Philosophy*, núm. 9, 1988, pp. 464 ss.

(35) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», *Papers d'estudis i formació*, núm. 12, 1993, p. 16; ANIYAR DE CASTRO, L., *Criminología de la Reacción Social*, Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977, considera al delito más que un fenómeno individual, un producto de las estructuras sociales. Así desde perspectivas como el «*labelling approach*» la condición «criminal» aparece no como una característica natural de ciertos comportamientos, sino más bien como un rótulo o etiqueta que se aplica a ciertos actos (o sujetos) mediante unos procesos de interacción de las instancias de control social, procesos de criminalización que, como demostrará la Criminología crítica infringen gravemente el principio de igualdad generalmente proclamado, afectando de manera mucho más incisiva a los pertenecientes a los sectores más desfavorecidos de nuestros grupos sociales, sigue afirmando que si la criminalidad es el resultado de los procesos de interacción sociales, difícilmente el instrumento resocializador ha de resultar idóneo para su prevención. Es más, a la vista del modo de funcionamiento de las instancias penales, son muchos

Dichas teorías, también llamadas *prevencionistas*, se caracterizan porque, al establecer la pena, lo que buscan es una utilidad social o individual, es decir, la prevención general (36) o especial. En consecuencia, tratar de evitar la comisión de delitos futuros (*punitur ut ne peccetu*), no tiene cabida la pena inútil, son seguidores de esta postura, entre otros, Montesquieu, Rousseau y Voltaire. En suma, la prevención mira al futuro, al contrario de la retribución. Además, son relativas porque las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales, en terminología clásica, desde esta óptica no se pena *quia peccatum est, sed ne peccetur*, no porque se ha pecado, sino para que no se peque (37).

El objetivo de la prevención se puede conseguir a través de la reeducación del delincuente, es la llamada *prevención especial positiva*, o a través de un mayor fortalecimiento del derecho de los ciudadanos, es la llamada *prevención general positiva* (38), sus principales teóri-

---

los que califican de ilegítimo tratar de resocializar a los «pobres diablos» que pueblan nuestras prisiones sin atacar primero a la raíz y resocializar por tanto, en primer término, a la propia sociedad; BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, ob. cit., pp. 43 ss.

(36) Seguidores como Bentham, Howard, Lardizábal y Von Feuerbach, éste desde el punto de vista teórico fue el primero que distinguió entre general y especial. Para Mir Puig, por ejemplo, la función preventiva general es una derivación del carácter social y democrático del modelo de Estado de Derecho. *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, pp. 21 ss. En un sentido diferente, el de llevar a cabo una finalidad preventiva más allá de la proporcionalidad entre el delito y la pena se encuentra JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 103 ss., y GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «La idea moderna de la proporcionalidad de las penas», *El pensamiento penal de Beccaría*, Bilbao, 1991, pp. 55 ss. Un interesante estudio desde la perspectiva filosófico-jurídica en BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

(37) MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del derecho penal*, ob. cit., p. 40.

(38) Sobre la prevención general positiva, pueden verse, 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*, núm. 3, Madrid, 1980, pp. 143-145; ARZT, C., «La Parte General del Derecho Penal sustantivo», en ARZT, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 26; HASSEMER, W., «Prevención general y aplicación de la pena» *Principales problemas de la prevención general*, trad. de G. Aboso –Tea Löw, Bdef, Buenos Aires– Montevideo, 2004, pp. 134-135; GARCÍA ARÁN, M., «La prevención general en la determinación de la pena», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículos II y III, 1981, p. 514; BARATTA, A., *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, ob. cit., p. 535; EUSEBI, L., *La pena «in crisi»*. *Il recente dibattito sulla funzione della pena*, ob. cit., p. 27; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 64; DEMETRIO

cos son Roxin, Hassemer y Jakobs (39). Frente a esto se encuentra la *prevención negativa*, es decir, mediante la intimidación a la sociedad para que no cometan delitos y la prevención general negativa, o intimidación al sujeto que ha cometido el hecho delictivo (40), sus principales teóricos son Beccaria, Feuerbach, Bentham o Lardizábal, además antes han mantenido esta teoría de la pena, Hobbes, Grotius Pufendorf, Locke, Thomasius, Filangieri, Romagnosi, Wolff, Schopenhauer. Walker (41) lo resume diciendo que la única diferencia es que, mientras que la prevención general actúa sobre la imaginación (haciendo presente al potencial delincuente el mal que supone la

---

CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, ob. cit., p. 109; GARCÍA DE PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, ob. cit., pp. 141-147.

(39) ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1981, pp. 43-46, 48-50, 133-134, 182-183; del mismo, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. F. Muñoz, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pp. 48-49; del mismo, *Dogmática penal y Política Criminal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 34-43; del mismo, «¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 671-692; HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz y L. Arroyo, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 391-394; JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-19, núm. margs. 4-16; del mismo, «El principio de culpabilidad», *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 365-393; del mismo, «Culpabilidad y prevención», *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, pp. 73-79. No obstante, para este autor, la función de la pena no estriba en la protección de bienes jurídicos sino en la mera afirmación de la vigencia de las normas penales; CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*, ob. cit., p. 65; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. (El objeto protegido por la norma penal)*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 104-105, quien afirma que para Jakobs, la función de la pena es preventiva. Por eso, la pena va dirigida a todos, no sólo a los delincuentes potenciales, y tiene por fin la prevención general positiva. La posición de Jakobs es criticada, entre otros, por Roxin, ya que al prescindir de la protección de bienes jurídicos, la tesis dejaría de ser una verdadera teoría relativa (preventiva) de la pena. ROXIN, C., *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?*, ob. cit., pp. 680-683.

(40) Sobre el significado de la teoría de la prevención general de intimidación pueden verse, CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 64; CATTANEO, M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1998, pp. 105-107; MANTOVANI, F., *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, ob. cit., p. 73; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, ob. cit., p. 61; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 118-121; ANDENAES, J., «La prevenzione generale nella fase della minnaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena» en ROMANO, M. y STELLA F., *Teoria e presi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980, p. 33.

(41) WALKER, N., «La eficacia y la justificación moral de la prevención», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, p. 131.

pena), la prevención especial actúa sobre la memoria de quien ya la ha sufrido.

Históricamente, como refiere Platón (42), ya encontramos indicios de la teoría relativa en un diálogo entre Protágoras y Sócrates que sostiene: «Si quieres, Sócrates, toma en consideración qué se gana con castigar a los injustos; esto te enseñará que los hombres consideran que la virtud puede proveerse, puesto que nadie castiga a los injustos teniendo en mente que cometieron injusticia o por haberla cometido, a no ser que se esté vengando irracionalmente como un animal. El que se dispone a castigar con razón no toma venganza por la injusticia pasada –ya que no desharía el hecho–, sino por el futuro, para que no vuelva a cometer injusticia ni éste ni otro que vea al castigado. Y al tener esta intención también piensa que la virtud es enseñable, dado que castiga en prevención». Por su parte, Feuerbach planteó que el «impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surja del impulso no satisfecho hacia el hecho» (43).

Para Luzón Peña (44), la prevención general significa intentar evitar la comisión de delitos por parte de la generalidad de los ciudadanos, es decir, con independencia de si en concreto han delinquido ya alguna vez o no. Por la doctrina penal es considerada como fin de la pena. Este autor considera que «pese a que debe haber una conciliación entre la prevención general y la especial, se debe dar preferencia a las exigencias preventivo-generales: pues aunque una pena sea preventivo-especialmente innecesaria, en caso de delitos muy graves los peligros para la sociedad serían mucho mayores, dada la indicada falta de estabilidad de las conciencias y de los mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales latentes en la sociedad [...]».

Mas, sin restarle importancia a las teorías de la prevención general que se dirigen al conjunto de la sociedad para impedir que cometan delitos, me centraré más detalladamente en la prevención especial, que es la que se dirige al delincuente propiamente dicho por tener mayor relación con la reeducación del mismo y la reinserción en la sociedad. No obstante, no quiero dejar de establecer resumidamente el

---

(42) PLATÓN, *Protágoras*, 424.a y b, en *Protágoras, Georgias*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 61-62.

(43) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Tervns, Bogotá, 1986, p. 75.

(44) LUZÓN PEÑA, D. M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 93-96.

contenido, fundamento y principales teóricos de la prevención general tanto positiva como negativa.

En cuanto a la *prevención general negativa*, caracterizadas porque es la única que no confunde el derecho con la moral, he indicado con anterioridad que se basa en la intimidación de la sociedad para que no cometa hechos delictivos. Se trata de evitar determinados comportamientos que pueden llevar aparejada la comisión de alguno de los delitos tipificados, de tal manera que, atendiendo a dicha premisa, la pena no es considerada como un bien, sino que es el mal por el delito cometido. Para que la sociedad sepa que determinados actos son delictivos, todo delito tiene que fundamentarse en el principio de legalidad para su conocimiento; su actual formulación es *nullum crimen nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia i certa* (45).

Por lo que se refiere a los principales teóricos debemos destacar la tesis de Beccaria (46), quien indica: «¿queréis evitar los delitos? [...]. Haced que los hombres los teman, y no teman más que a ellos. El temor de las leyes es saludable». Además, Feuerbach es quien desarrolló la teoría de la coacción psicológica, siendo característico de las teorías preventivas generales que, a través de la pena, la intimidación a los individuos se abstengan de cometer hechos delictivos. Para este autor la pena es un imperativo categórico.

Hobbes, Locke, Thomasius, Filangieri, Schopenhauer, tratan el tema de la teoría relativa de la pena, y como uno de los principales textos *Las Partidas* (47), en las que se indicaba que «las penas se imponen por dos razones: la primera, porque reciban escarmiento de los delitos cometidos. La segunda, para que todos los que oyeren o vieren tomen ejemplo o apercibimiento para guardarse de no delinquir por miedo a las penal». En sentido amplio, Bentham (48) lo resumía indicando que «la prevención general es efecto de la denuncia de la pena y de su aplicación, la que según la expresión común y justa,

(45) Atribuido a Feuerbach. Rechaza el correccionalismo penal.

(46) BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ob. cit., Cap. 41, «Cómo se evitan los delitos», pp. 105-106 y el Cap. 12 «fin de las penas».

(47) *Las Partidas*, Partida VII, Título XXXI, Ley 1. *La Nueva Recopilación*, Libro II, Título II, Cap. 2; y la *Novísima Recopilación*, Libro III, Título II, Ley 2.

(48) BENTHAM, J., *Teoría de las penas y de las recompensas*, ob. cit., p. 17. V. el Libro I, Cap. IV «Coste de las penas» en el que distingue entre valor aparente de las penas (es el mal probable que se presentaría a la imaginación del común de los hombres, por la vista o descripción de la pena, o por la vista de su ejecución), y valor real (es el mal completo de la pena, se sufriría siendo impuesta), (p. 21); del mismo, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, trad. de B. Arduaga Espinosa, t. IV, Madrid, 1842, pp. 154-155 en donde se detalla cómo ha de ser la ejecución de la pena para el público asistente.

sirve de ejemplo; porque la pena padecida por el delincuente ofrece a los demás un ejemplo de lo que sufrirían si cometiesen el mismo delito. La prevención general es el objeto principal de las penas, es también la razón que las justifica». Lardizábal (49) para quien el primero y principal fin de la pena es la protección de la sociedad y la seguridad de los ciudadanos, considera que «las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se vean precisados a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de prevención a los demás».

Por su parte, para Ferrajoli (50) la teoría de la prevención general negativa o intimidatoria, es la única que no confunde el derecho con la moral o la naturaleza frente a las positivas que son de integración (51). Ferrajoli (52) defiende que el fin de la prevención general, mediante la amenaza legal, es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de Derecho penal mínimo y garantista (53). Por otro lado, se alega por Ferrajoli (54) que hay otro fin añadido a la pena mínima y es la prevención no del delito sino de otro mal, la mayor reacción que a falta de penas podría provenir de la parte ofen-

---

(49) LARDIZÁBAL, M., *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Cap. III «del objeto y fines de las penas», Ararteko, Vitoria, 2001, p. 47 y el Cap. II «De las cualidades y circunstancias que deban concurrir en las penas para ser útiles y convenientes», en el que detalla que el conocimiento de los hechos que han llevado al criminal a cometer un delito sean conocidos por la sociedad para que se abstengan de realizar en el futuro por miedo a la pena impuesta. Además entendía que el poder de castigar tiene un origen divino por lo que trató de unir su teoría junto con el contrato social.

(50) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., pp. 275-276.

(51) Vid., STELLA, F., «Il problema della prevenzione della criminalità», *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bolonia, 1980.

(52) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 280.

(53) En este sentido, BARATTA, A., «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», *Dei Delitti e Delle Pene*, núm. 3, 1985, pp. 443-474; FERRAJOLI, L., «El Derecho Penal Mínimo», *Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social*, núm. 0, PPU, Barcelona, 1986, pp. 25-48.

(54) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 332. Ese fin del que habla Ferrajoli también es idóneo para indicar el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales. Afirma que según la idea de los iusnaturalista y contractualistas, la pena es el producto en primer lugar de la socialización y luego de la estatalización de la venganza privada, concebida a su vez como expresión del derecho natural «de defensa» que en el estado de naturaleza corresponde a cada hombre para su conservación (p. 333).

didada o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella, la cual tutela no sólo a la persona ofendida por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. De modo que la pena «mínima necesaria» de la que hablaban los ilustrados no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito.

Ambas finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) están conectadas sobre la base de que legitiman conjuntamente la «necesidad política» del Derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos (55). Afirma Ferrajoli que esta legitimidad es *garantista* (56), residiendo en los vínculos impuestos por la ley a la función punitiva para la tutela de los derechos de todos. Orientar el Derecho penal hacia el fin único de la prevención general negativa excluye la confusión del Derecho penal con la moral que caracteriza a las doctrinas retribucionistas. Por último, este autor nos indica que no debemos olvidarnos de la prevención de los delitos, indicando que la prevención de los castigos es excesiva e incontrolada. El daño de los delitos prevenido por las penas no debe hacernos olvidar el daño de las penas por prevenir los delitos (57).

A la luz de lo examinado hasta ahora, cabe concretar que dichas teorías han sido criticadas por falta de legitimación empírica, moral, desproporcionalidad, y su posible incapacidad para justificar determinadas instituciones penales como la inimputabilidad o el error de prohibición (58). Es Mapelli (59) quien equipara la resocialización preventiva al tratamiento penitenciario cuando «se pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal [...]». Considerando que no se trata de la resociali-

---

(55) *Ibidem*, pp. 335-336.

(56) Define el *garantismo* como lo que tutela a los valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. *Ibidem*, pp. 335-336; designa un modelo normativo de derecho (p. 851).

(57) *Ibidem*, pp. 277-281.

(58) CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *ob. cit.*, p. 47. En pp. 47 a 62 hace el autor un estudio más detallado de las críticas a dichas teorías.

(59) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 99.

zación tipificada en el artículo 25.2 de la CE, sino que «es un 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*)».

En cuanto a la *prevención general positiva*, lo que se pretende es evitar la comisión de delitos concienciando a los ciudadanos a través de mandatos y prohibiciones legales. En este sentido, Castro Moreno (60) indica que «se trata de robustecer la confianza de los ciudadanos en la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, que se impone, a través de la pena, frente al delito» o, como asevera Bustos Ramírez (61) «la prevención general positiva no deja de ser una reformulación de la prevención general intimidatoria ya que motivaría, no a través del miedo, sino a través del Derecho que cumpliría un función comunicativa de los valores jurídicos [...]». No obstante, como bien afirma Cervelló (62), la prevención general positiva o integradora supone de alguna manera una vuelta a las ideas retributivas al considerar que la pena sirve como afirmación del Derecho en la colectividad creando una conciencia social de tranquilidad y confianza jurídica.

Su principal teórico ha sido Roxin (63) con su *teoría de la prevención general integradora o compensadora* (64), quien manifiesta que la imposición de la pena se debe a la culpabilidad del sujeto, así como empieza a utilizar el término *responsabilidad* en sustitución de *culpabilidad*, pero debe constatar la capacidad de culpabilidad y la necesidad de prevención de la pena, entendiendo que la culpabilidad no fundamenta la pena, aunque sea un presupuesto necesario y límite máximo de la pena. Este autor mantiene una teoría mixta (65).

(60) *Ibidem*, p. 63.

(61) BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE H., *Lecciones de Derecho penal*, t. I, *ob. cit.*, p. 50.

(62) CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pp. 217-233; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, pp. 259 ss.

(63) ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, *ob. cit.*, pp. 43 ss.

(64) Es la teoría más seguida por la doctrina, CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, *ob. cit.*, p. 67.

(65) Según Castro Moreno, no es de extrañar que se mencione al mismo autor dentro de la prevención general positiva y como partidario de una teoría mixta de la pena, si se admite como hace ALCÁCER GUIRAO, R., «Los fines del Derecho penal:

En un sentido más crítico, Jakobs (66) considera que la culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a Derecho del autor como motivo de conflicto, [...] el concepto de culpabilidad no ha de orientarse hacia el futuro, sino que de hecho está orientado hacia el presente, en la medida en que el Derecho penal funciona, es decir, contribuye a estabilizar el ordenamiento». Pero, fue Von Liszt (67) quien señaló que «la pena es prevención mediante represión, o como podría decirse también, represión por medio de prevención, [...] la pena de protección es la pena de retribución».

También, las teorías relativas han sido criticadas por un sector de la doctrina. Así, unos –Serrano Maíllo– manifiestan que el delito, por regla general, es un fenómeno normal e inevitable de toda sociedad sana (68) o –como Baratta– que representa una visión aséptica, tecnocrática y acrítica de la sociedad, pero no una valoración ni una crítica al fundamento del sistema social (69). Asimismo, una pena que mire prioritariamente a la autoafirmación del poder punitivo del Estado deviene necesariamente en un puro retribucionismo, al acoger una concepción autoritaria y expansiva *ius puniendi* que deja sin respuesta el fin fundamental que persigue (70).

Pero, en sentido amplio, Feuerbach (71) cree que la ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. Quien realiza esa acción tiene que sufrir la pena; nadie que realice la acción debe

---

Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 51, 1998, p. 361, que «la teoría de la prevención general positiva se presenta en la doctrina como una teoría unitaria», CASTRO MORENO, A., *El por qué y el para qué de las penas*, ob. cit., p. 68, nota núm. 197.

(66) JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 580.

(67) VON LISZT, F., *La idea del fin en el Derecho penal*, ob. cit., p. 50 y pp. 92 ss.

(68) SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el derecho penal como Ciencia. Acerca de su construcción*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 167.

(69) BARATTA, A., *Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, ob. cit., p. 544.

(70) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *¿Otra vez la vuelta a von Liszt?*, ob. cit., p. 25; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal: parte general*, ob. cit., p. 78. V. las críticas realizadas por ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, 8.ª ed., rev., y puesta al día, Valencia, 2010, p. 95; PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Política Criminal y nuevo derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 78.

(71) FEUERBACH, J. P. A., *Anti-Hobbes*, trad. de M. Cattaneo, Huyesen, 1797, p. 49, citado por FALCÓN Y TELLA, M.ª J. y FALCÓN Y TELLA, F., *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, ob. cit., p. 187.

librarse de ella. La pena y el delito se encuentran condicionados mutuamente: nadie puede querer una cosa sin la otra; nadie puede determinarse para el hecho contrario a la legalidad sin querer a la vez someterse al mal. El fin de la ley y de la amenaza contenida en ésta es, por tanto, el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con el mal. Habla de la prevención general caracterizada porque vincula el fundamento y el fin de la pena a la seguridad del Estado.

Parte de la doctrina, entre los que cabe citar a Roxin o García-Pablos (72), es partidaria de estas teorías ya que suponen una garantía del ciudadano frente a los posibles abusos del Estado, basadas en el principio de proporcionalidad entre culpabilidad-pena. Encontrando una postura contraria como la de Jescheck (73), quien mantiene que el principio de libre albedrío resulta científicamente indemostrable, la misión del Estado es recurrir a la pena para mantener la convivencia social.

### 3. PRIVACIÓN Y RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

#### a) Reconocimiento del derecho

El reconocimiento del genérico derecho a la libertad figura en los siguientes textos internacionales de derechos humanos: el artículo 1 de La Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948 establece que: «Todo ser humano tiene derecho a [...] la libertad [...]»; el artículo 3 de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 afirma que «Todo individuo tiene derecho a la [...] libertad»; el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 establece que «Toda persona tiene derecho a la libertad [...]»; el párrafo 1º del Preámbulo de La Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada por la Conferencia de plenipotenciarios en el seno de las Naciones Unidas el 7 de septiembre de 1956 establece que: «[...] la libertad es un derecho innato de todo ser humano»; el artículo 1 del Protocolo n.º 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1963 establece la prohibición de la prisión por deudas: «Nadie

---

(72) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, t. I, *ob. cit.*, p. 84, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, *ob. cit.*, p. 132.

(73) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, *ob. cit.*, pp. 76-77.

puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual»; el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dice que «Todo individuo tiene derecho a la libertad [...]»; el artículo 2 de La Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989, mantiene que «Todo individuo tiene derecho [...] a la libertad [...]», entre otros, y en cuanto al ámbito nacional no sólo es el mencionado artículo 17 de la CE, sino el artículo 17 de la LOGP: «la libertad [...] será acordada por la autoridad competente; también serán puestos en libertad cuando pasadas las 72 horas desde su ingreso no se hubiera recibido mandamiento u orden de prisión», así como los artículos 22 y ss. del RP.

En resumen, atendiendo al artículo 5.1 del Convenio Europeo, el derecho a la libertad y a la seguridad exigen que este derecho sea concebido como un todo, es decir, una protección contra todo atentado arbitrario (74). Atendiendo al artículo 17 de la CE (75) el derecho a la libertad va necesariamente unido a la seguridad, entendiendo la libertad frente a la seguridad personal, y afirmando, pues, que nadie puede ser detenido ni preso sino con arreglo a la ley, es decir, en la garantía contra las privaciones arbitrarias de libertad por obra del poder público (76). Como no estamos ante un derecho absoluto e ilimitado no hay total libertad, de otro lado, tanto la libertad como la seguridad pueden generar tensiones.

La época anterior a la cárcel se caracteriza porque no se consideraba a la libertad como un valor, ni que la privación de la misma fuese un mal. Antes de la época capitalista la cárcel no existía tal como la concebimos hoy día como ejecución de las penas, es con el nuevo sistema de producción cuando la libertad adquirió un valor económico (77). Se crea, por tanto, un sistema represivo como defensa social (78), «una represión que se legitima como una acción dirigida a

(74) STEDH de 18 de diciembre de 1986, citado por SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 372.

(75) La STC 2/1981, de 30 de enero, manifiesta que, el artículo 17.1, se refiere a la genérica libertad individual.

(76) BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 54.

(77) *Ibidem*, pp. 36-37, desarrolla cuándo se reconoce el trabajo como asalariado, y como medio en el tiempo, se concibe una pena que privase al culpable de un *quantum* de libertad, es decir, de un *quantum* de trabajo asalariado, siendo desde este momento la cárcel la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías.

(78) La defensa social tiene una ideología cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular, PAVARINI, M.,

neutralizar a quien es socialmente peligroso [...] como privado de racionalidad» (79).

## b) Cuestiones doctrinales

### b.1) UNA APROXIMACIÓN A LA LIBERTAD COMO VALOR SUPERIOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Tras el artículo 1 de la CE se esconden numerosas teorías sobre si se trata de un precepto con connotaciones iusnaturalistas o no, incluso, insinuando su naturaleza intangible (80). En este sentido, creo que es acertada la posición de Peces-Barba al decir que el artículo 1 de la CE suprime al idealismo iusnaturalista y vincula el derecho al poder del Estado (81). Estamos ante un Estado de Derecho, tratando de dar soluciones a lo que ya se planteaba en el *Contrato social* de Rousseau, es decir, encontrar una fórmula que, a la vez, defienda y proteja a la persona y a los bienes de la misma, estableciéndose la unión entre Estado de Derecho y derechos fundamentales, organizándose con la finalidad de hacer del hombre un ser libre, y amparándose bajo los derechos fundamentales, que constituyen la articulación jurídica de la libertad y la igualdad. Es la libertad, junto con la igualdad, una de las dos referencias cruciales del constitucionalismo (82), aparecen ambas como valores superiores del ordenamiento jurídico (83), siendo criterio inspirador para el orden político y la paz social, así como derecho fundamental individual y civil.

Teniendo en cuenta los significados que poseen los valores superiores, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ni el derecho a la libertad ni la seguridad deben ser confundidos con el principio

---

*Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, Argentina, 2002, pp. 49-50.

(79) *Ibidem*, pp. 50-51, manifiesta que el positivismo criminológico era capaz de negar toda racionalidad a la acción criminal interpretando ésta como patológicamente necesitada.

(80) En este sentido, DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor, Barcelona, 1984, pp. 346 ss.; VARELA, S., «La Constitución española en el marco del derecho constitucional comparado», *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, UNED, Madrid, 1978, pp. 13 ss.; PRIETO SANCHÍS, L., *Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.

(81) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «La nueva Constitución española desde la Filosofía del Derecho», *Documentación administrativa*, núm. 180, 1978, pp. 23 ss.

(82) BALAGUER CALLEJÓN, F., (coord.), *Derecho Constitucional*, vol. 2, Tecnos, 1.ª ed., reimp., Madrid, 1999, p. 115.

(83) Así lo indica la STC 147/2000, de 29 de mayo.

general de libertad como valor superior, ya que éste supone hacer todo lo que la ley no prohíbe (84). No obstante, no hay ningún derecho que sea ilimitado y absoluto. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que hay que entenderla como principio de autodeterminación vital de la persona (85). Como se encarga de poner de manifiesto Liborio Hierro al proponer la libertad, la igualdad y la seguridad como «candidatos a una nómina completa de derechos humanos», y entender que los derechos humanos se fundamentan en estos tres valores, en el sentido de que son mecanismos jurídicos que sirven a su realización y matizando que los tres valores incluyen al resto de los derechos (86).

Para la mayor parte de la doctrina, entre ellos Peces-Barba, la libertad es la bóveda de la fundamentación de los derechos, llegándose a la conclusión de que la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, de su consideración como fin en sí, como algo valioso (87). Se mantiene, por Peces-Barba, que la libertad, como fundamento de los derechos humanos, es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permiten al hombre buscar y, en su caso, alcanzar la autonomía, independencia o libertad moral, conseguir la comunicación que desee a través del lenguaje, y reflexionar sin trabas en la construcción de conceptos generales (88).

Ya señaló Bueno Arús (89), en su momento, que la pena de prisión (o privación de libertad) es el resultado histórico de una serie de ideas y creencias: el instinto de venganza contra el ofensor, el sentido expiatorio del castigo, el sentido ético cristiano que fundamenta el castigo

(84) STC 341/1993, de 18 de noviembre.

(85) STC 132/1989, de 18 de julio.

(86) Compartiendo esta misma idea con GARCÍA MANRIQUE, R., «Entorno a la libertad, igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos, (acotaciones a Liborio Hierro)», disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), pp. 377 ss., y en Doxa, núm. 23 2000, pp. 377-392; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984 (1987 imp.), p. 120; ORZA LINARES, R. M., *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 2003, pp. 25 ss.

(87) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, ob. cit., p. 215. Este autor manifiesta que la libertad no se puede entender sin la igualdad, y tampoco la igualdad sin la libertad, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 149.

(88) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, ob. cit., p. 216.

(89) BUENO ARÚS, F., «Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española», *Cuadernos de Política criminal*, núm. 7, 1979, pp. 3-4.

en la libertad del hombre, el humanismo de la Ilustración que se opone a las penas crueles, la concepción burguesa de la sociedad en la que la pena de prisión representa la disponibilidad de una mano de obra barata, el correccionalismo krausista que concibe la pena como un procedimiento pedagógico de integrar en la sociedad a quienes se hallen desviados de la misma, el método de dominación de la clase dominante siendo la pena de prisión un procedimiento más. Considerando que el tema de las prisiones ha cobrado un interés general por una serie de razones, como son la mayor sensibilización del país hacia el problema de los derechos humanos, el movimiento de lucha de los reclusos por la defensa de sus derechos ante la sensación de discriminación, la politización del tema por parte de sectores más radicalizados como son ETA o GRAPO, la conciencia general de desvalorización de las prisiones y de su pretendida eficacia positiva entre los filósofos y juristas europeos, y la creciente sensación de inseguridad que domina a la sociedad debido al incremento de la delincuencia.

El sistema penitenciario español se caracterizaba por ser un sistema progresivo, cuyos fundadores fueron Maconochie, Crofton y Montesinos. Este sistema tenía como base la duración de la pena privativa de libertad, dividiéndose en períodos con beneficios, así la reeducación se lleva a cabo en prisiones cerradas o de máxima seguridad con una disciplina severa; la readaptación social que se cumple en prisiones intermedias en la que se permitía las comunicaciones y una cierta movilidad dentro del Centro penitenciario; y la prelibertad, que se realiza en prisiones abiertas caracterizada porque el preso podía salir al exterior a trabajar y por la libertad condicional (90).

Es la STEDH, de 28 de junio de 1984 (*Caso Campbell y Fell*), la que asienta la doctrina recogida con anterioridad admitiendo la existencia de un régimen disciplinario especial en materia carcelaria, y ello por consideraciones de seguridad, del interés del orden, de la necesidad de pronta represión de la mala conducta de los detenidos, y por la responsabilidad que las autoridades deben tener sobre la disciplina dentro de sus establecimientos. Dicha sentencia trata de establecer el límite entre lo penal y lo disciplinario dando importancia a la naturaleza de la sanción (91). La cárcel que tenemos en la actualidad se entiende como una «cárcel democrática», como toda la sociedad, ya que la cárcel también ha de adaptarse al Estado social y democrático de Derecho (92), en suma, se entiende que el delito es un hecho

---

(90) *Ibidem*, p. 12.

(91) STC 2/1987, de 21 de enero, Fj. 4.

(92) Consecuencia de ello aparecen los ficheros especiales (FIES), las cárceles de máxima seguridad o las macro-cárceles. Es entonces cuando se construye el «ciu-

del hombre, un aspecto de la conducta humana, tal vez el más grave desde el punto de vista social (93).

Se puede entender la cárcel como una institución a la que el sistema penal le ha encomendado la función de recuperar a las personas condenadas a fin de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos, aunque socialmente tiene funciones como el castigo, la venganza, la prevención general, la reeducación y la reinserción social. Es la cárcel la que debe facilitar los medios necesarios para que los penados se integren en la sociedad y que la misma sea real y efectiva. Este objetivo, que además es reconocido constitucionalmente, es «incumplido» por la Administración penitenciaria. Quizás, en primer lugar, porque la cárcel es un instrumento coercitivo que depende directamente de la Administración Pública estatal y, en segundo lugar, porque la actividad de las Instituciones penitenciarias vienen reguladas por el Derecho, lo que supone que toda su actividad y estructura tenga una orientación jurídica, generándose una confusión entre la legalidad y la realidad carcelaria. A la luz de lo examinado, cabe afirmar que la prisión opera en la sociedad bajo el principio de necesidad, aunque no es la única medida posible; en un sentido crítico, cabe sostener que, mientras que tiene como objetivo y fin la reinserción, se da lugar a la *desocialización y desvinculación del mundo real*. En definitiva, la función principal del Estado social y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas. No hay que olvidar que durante el periodo en el cual está el sujeto preso, la sociedad en sí ha cambiado, ha evolucionado, por lo que los códigos sociales que utilizaba han generado una estigmatización aún mayor. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente en la sociedad, además de que tiene que ser adaptado para vivir en prisión bajo otras normas de corrección de conductas donde se persigue la inadaptación en el propio Centro Penitenciario.

---

dadano de segunda categoría», llegando a ser la legislación penal «una cultura de emergencia», frente a la misma se crea la «cultura de resistencia», es decir, luchas y reivindicaciones por la reforma de las normas penitenciarias en cuanto a reconocimiento de derechos fundamentales, RIVERA BEIRAS, I., «Sociología de la cárcel», en BERGALLI, R., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*, con la colaboración de RECASÉNS I BRUNET, A., DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J. L. y RIVERA BEIRAS, I., Bosch, Barcelona, 1996, p. 110, también se encuentra en *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 609-636; del mismo, *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: la cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia*, Bosch, Barcelona, 1993.

(93) NEUMAN, E., *Aspectos penológicos*, *ob. cit.*, p. 18.

En resumen, se trata de convertir al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión.

Como acertadamente afirma García Pelayo, los dos valores fundamentales del Estado de Derecho, que condicionan el «cómo» y el «quién» del ejercicio del poder, son la libertad y la igualdad (94), a estos dos habría que añadir, la seguridad y la solidaridad. La libertad debe ser entendida como forma de convivencia social diversificada en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales (95), esta es la libertad social, política y jurídica de la que habla Peces-Barba para alcanzar la moralidad, pero sólo en ese sentido se puede hablar de «derechos morales». Dicha libertad parte de la moral para el pleno desarrollo de la dignidad (96).

En un sentido que aquí no interesa, nos encontramos con la distinción que Peces-Barba hace distinguiendo entre libertad social, política y jurídica para diferenciarla de la libertad psicológica y libertad moral (97), siendo todas imprescindibles para entender el fundamento de los derechos. Afirma que la libertad es el referente central para fundamentar los derechos, así como la igualdad, la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con la libertad (98). Todas las libertades están unidas para el pleno desarrollo de

---

(94) GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, 8.ª ed., Madrid, 1967, p. 142.

(95) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales*, ob. cit., p. 217.

(96) *Ibidem*, p. 218.

(97) Manifiesta que la libertad, sin su dimensión moral, carecería de legitimidad, sin su dimensión política no podría imponerse y arraigar en la vida social, y sin su dimensión jurídica carecería de validez y de eficacia para organizar la convivencia. Los derechos fundamentales son el producto de la libertad. *Ibidem*, p. 220.

(98) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 137; del mismo, *Curso de derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 217. Indica que esa libertad, como forma de convivencia social, se diversifica en principios de organización y en derechos fundamentales; del mismo, *Los valores superiores, Temas clave de Constitución española*, cit., pp. 128 ss., asevera que «la libertad social, es decir, la libertad del hombre en sociedad, se sitúa en el pensamiento moderno entre los dos conceptos de libertad que la encuadran: libertad psicológica y libertad moral. La primera es un mero dato previo de la persona. La segunda explica la meta de la vida humana, la realización de las virtualidades de la condición humana, como libertad de desarrollo de la vida humana». Afirma que el valor libertad una de sus dimensiones es la organizativa y la otra es en función del estatus de la persona en la organización social, así habla de «libertad-autonomía» llevada a la práctica en función de la libertad de los demás, «libertad-participación» es la libertad subjetiva en función de la organización del Estado y, «libertad-prestación» en la que se vinculan los valores libertad-igualdad; lo resume todo manifestando que «estamos ante unos valores éticos, convertidos en valores políticos que el Estado democrático convierte en valores jurídicos, y desarrolla así como derechos fundamentales».

la dignidad. Peces-Barba señala que el derecho a la libertad se trata de un ámbito de autonomía donde la persona se puede desarrollar sin interferencias del Estado y, en general, de los poderes públicos, de los grupos de presión o de los demás individuos y, por otra parte, un ámbito de participación en la vida política y social que supere el dualismo representante-representado y fortalezca la acción directa de los ciudadanos en los organismos públicos y sociales (99). Así pues, son muy ilustrativas las palabras de Peces-Barba (100) al sustentar que, si decimos que el hombre necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad que aquí estamos identificando y que es su raíz y fundamento, no podemos hacer excepción con ningún ser humano y lógicamente tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos humanos.

Considera que la libertad, y tanto la igualdad como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella, señalando que esa libertad, como forma de convivencias sociales, se diversifica en principios de organización y de interpretación o producción normativa y en derechos fundamentales (101). Es un derecho universal por lo que son titulares todos los hombres (102). Se trata de un valor supremo, cualidad o propiedad de la persona, bien y fin a perseguir (103). Como se afirma, «estamos ante la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos, indicando que la libertad como fundamento de los derechos fundamentales es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social, la libertad es el referente central para fundamentar los derechos y, tanto la igualdad, como la seguridad y la solidaridad, tienen que identificarse y definirse en relación con ella» (104).

(99) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho», *RFDUC*, núm. 61, 1980, p. 125.

(100) *Ibidem*, pp. 218-219. SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, trad. de S. Sánchez González, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 204 ss., hace una distinción entre libertad política y jurídica, libertad moral y de opción.

(101) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, p. 217.

(102) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, *ob. cit.*, pp. 128 ss.; CONSTANT, B., *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 260 ss., indica que la libertad es el derecho de cada uno.

(103) BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, 1.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1993, pp. 36 ss., trata la igualdad y la libertad como valores morales, políticos y jurídicos, valores de la vida social bajo el criterio de derechos fundamentales como límite del poder político y situando esos valores como criterios de legitimidad.

(104) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, pp. 135-137. De otro lado, hay autores que han distinguido entre libertad de

## b.2) La libertad en las Instituciones Penitenciarias

Tomando como referencia, como hemos venido haciendo, el artículo 25.2 de la CE se sustenta que la pena privativa de libertad estará orientada a la reeducación y reinserción social. Pese a ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato del constituyente al legislador de orientar la política penal y penitenciaria (105). Son los artículos 22 al 25 del RP los que regulan la libertad tanto del detenido como del preso, siendo de interés en lo referente a la libertad de los presos, otorgándose la misma por medio de la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia, o la libertad por aplicación de medidas de gracia, los penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena y, por último, la sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión (106).

Desde este punto de vista, Mapelli (107) mantiene que «la privación de libertad sólo adquiere sentido como pena moderna cuando precisamente deja de ser una aflicción y se convierte en una privación –privación de un derecho de libertad personal [...]–», mas la realidad demuestra que la cárcel no es tan humanitaria (108).

Tomamos como base y principio, por tanto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 y las RPE de 1973, reformadas en 1987, ambas con la finalidad de respetar los derechos humanos de los reclusos y reforzar el cumplimiento del principio de legalidad en la ejecu-

---

hecho y libertad normativa, la primera se caracteriza negativamente como la cualidad del que no está sometido a sujeción física, subjetiva o mora; la segunda supone tener el derecho o el poder de realizar tal o cual acto, siendo la palabra «libre» sinónima de «lícito» o «permitido»; ROBERT, J., *Libertés publiques*, Montchrestien, París, 1977, pp. 15-16.

(105) AATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985, de 10 de julio; SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 1112/1988, de 10 de octubre, entre otras.

(106) Sobre la libertad de los extranjeros, GOIG MARTÍNEZ, J.M., *Derechos y libertades de los inmigrantes en España. Una visión constitucional, jurisprudencial y legislativa*, Universitas Internacional, Madrid, 2004, pp. 105-106.

(107) MAPELLI CAFFARENA, B., «Cárcel y Derechos Humanos», *Revista 7*, disponible en [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org), Barcelona, 21 de febrero de 1991.

(108) En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

ción penitenciaria. Es decir, considerar al preso como sujeto perteneciente a la sociedad y no como sujeto excluido, titular de derechos reconocidos constitucionalmente y de derechos que nacen de la relación penitenciaria, como es el caso del tratamiento penitenciario. Los derechos de los presos vienen reconocidos en las principales Declaraciones internacionales de Derechos Humanos mediante un reconocimiento implícito de una serie de derechos, los cuales son también aplicables a las personas que están en situación de prisión, que son los que venimos analizando; el reconocimiento explícito de derechos adquiridos por la condición de preso diferenciándose de los derechos fundamentales, todo ello bajo el reconocimiento del genérico derecho a la igualdad.

A la pregunta que todos se hacen en cuanto a por qué los individuos tienen derechos y cuáles derechos tienen, es Kant el que da la respuesta diciendo que «la libertad en la medida en que puede existir conjuntamente con la libertad de cualquier otro de acuerdo con la ley universal es el derecho único, originario, que pertenece a toda persona en virtud de su humanidad» (109).

Esta situación en la que se encuentra la persona y respecto a la que no puede *escapar* está íntimamente relacionada o repercute directamente en calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidad: el perjuicio o grave detrimento va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, salvo, que esa situación se vea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella (110).

#### 4. LA SANCIÓN PENAL PRIVATIVA DE LIBERTAD

##### a) **Antecedentes generales de la pena privativa de libertad: la prisión**

Desde la antigüedad, se ha debatido sobre la libertad ya que se ha considerado que el hombre tiene capacidad de elegir, así Platón en *La República* habla de la libertad (111) y Aristóteles (112) tampoco se

(109) Es decir, es propiedad de la persona como ser racional. KANT, *La metafísica de las costumbres*, *ob. cit.*, p. 237.

(110) AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 252.

(111) PLATÓN, *La República*, *ob. cit.*, Libro VIII, «El exceso de libertad engendra la tiranía».

(112) ARISTÓTELES, *La gran moral*, Libro I, Cap. XI, «Teoría de la libertad en el hombre», Patricio de Azcarate, t. II, Madrid, 1874, pp. 26-27.

olvida de ella. Más adelante, Tomás de Aquino la trató como valor primordial (113), Descartes sostuvo la evidencia de la libertad (114), Locke (115) y Rousseau (116) también la analizaron. Kant se mostró partidario de la libertad como el poder empezar por sí mismo una serie de modificaciones; en su obra *Crítica de la razón práctica* considera que la libertad es la clave de bóveda del entero edificio de un sistema de la razón pura, defiende que la libertad es el único derecho innato, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad (117), en sus palabras «no hay más que un derecho innato. Libertad, siempre que se concilie con la libertad de los demás según una ley general», manifestando que es el único derecho originario, que corresponde a todo hombre por virtud de su propia humanidad (118).

En los distintos sistemas penales, han existido tipos de penas privativas de libertad, si en España era la reclusión mayor y la reclusión menor, en otros países como Francia, Alemania, Inglaterra era la pena de reclusión perpetua, o en Italia, la pena *ergastolo* (119). La privación de libertad en ningún momento puede comprometer el derecho a la vida, la integridad física y moral, y desde otra perspectiva, y como consecuencia de los anteriores, la posibilidad de ser sometido a tratos

---

(113) TOMÁS DE AQUINO, *Suma Theológica*, Parte I, cuestión 83 sobre el libre albedrío.

(114) DESCARTES, R., *Cuarta Meditación Metafísica*, trad. Vidal Peña, Alfabeta, Madrid, 1977, pp. 463 ss., parte de la hipótesis de que él mismo es libre.

(115) LOCKE, *Second Treatise of Government*, *ob. cit.*, Cap. II, «Sobre el estado de naturaleza», indica que se trata de un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones.

(116) ROUSSEAU, J. J., *Du contrat social, El Contrato Social*, trad. E. Azcoaga, Edaf, 1.ª ed., en esta colección, Madrid, 2012, Libro I, Cap. I.

(117) KANT, I., Kritik der reinen vernunft, *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Taurus, 1.ª ed., en esta colección, Madrid, 2005, pp. 12 ss.

(118) KANT, I., Erläuterung der Theorie der winde, *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. de F. González Vicen, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 98.

(119) DE LEÓN VILLALVA, F. J., «La pena privativa de libertad en el Derecho comparado», *Derecho y prisiones hoy*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 15 ss., (también publicado en la *Revista General de Derecho Penal*, núm. 1, Iustel, 2004, p. 4). La pena *ergastolo* nace como pena de prisión perpetua en sustitución de la pena de muerte, y se incluye en los diferentes Códigos penales italianos desde el siglo XVIII, siendo criticada ya en aquella época por autores como Beccaria, que la consideró incluso más aflictiva que la pena de muerte. Aún hoy su aplicación implica, como consecuencia automática (art. 32 CP italiano), la inhabilitación legal en cuanto supone la pérdida del condenado de la capacidad de disponer de sus bienes y de la patria potestad. *Vid.*, mi artículo LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. V, 2012, pp. 401-448.

inhumanos y degradantes. Exige de la Administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia (120).

Es en el siglo xvi cuando aparecen las penas privativas de libertad, prácticamente tal y como las entendemos hoy día (121). Por su parte, A. Schopenhaver (122) sostuvo que el concepto de libertad es negativo. Representa para nosotros la falta de todo impedimento y de todo obstáculo, y como todo obstáculo es una manifestación de fuerza, debe responder a una noción positiva. Habla de tres géneros de libertad: libertad física, que supone la ausencia de obstáculos materiales de cualquier naturaleza; la libertad intelectual, lo que Aristóteles entiende por lo voluntario y lo no voluntario y, la libertad moral, que constituye el libre albedrío.

En sentido más amplio y crítico, se encuentra Beccaria quien afirmaría que, «para cualquier criminal pasar la vida en la cárcel con privación de libertad era peor que una condena a muerte, mientras que la ejecución no sirve como disuasorio para el criminal, dado que las personas tienden a olvidar y borrar completamente los recuerdos de un acto traumático y lleno de sangre [...], así como también trata el tema de la situación en la que el hombre ha consentido perder su libertad» (123). Como se encarga de poner de manifiesto, Mapelli dictamina que se puede hablar de la pena de prisión desde el siglo xviii, ya que desde ese momento concurren en ella tres de sus características definitorias: se concibe en sí misma como una pena, su imposición corresponde a los Tribunales públicos sometidos al principio de legalidad y, por último, preocupa el modelo ejecutivo bien para humanizarlo, bien para alcanzar a través de él otros fines (124). Para T. Sumalla, la prisión destaca como la columna vertebral del nuevo régimen punitivo (125).

---

(120) MAPELLI CAFFARENA, B., «Contenido y límites de la privación de libertad», *Poder Judicial*, núm. 52, 1998, p. 217.

(121) GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, detalla la evolución histórica y legislativa de las penas privativas de libertad.

(122) SCHOPENHAUER, A., *La nave de los locos*, Premiá, México, 1981, p. 7.

(123) BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, *ob. cit.*, p. 209.

(124) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, *ob. cit.*, p. 75. Para este autor la pena privativa de libertad es la pérdida temporal de libertad de un penado, (p. 67).

(125) TAMARIT SUMALLA, J. M., *Curso de Derecho Penitenciario. Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*, *ob. cit.*, p. 28.

**b) La libertad individual entendida como libertad mínima**

Me remito a la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española que dictamina que *libertad* es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos, así como también la define como el estado del que no está preso (126).

Pese a que, si observamos nuestra Norma Suprema, podemos encontrar numerosos artículos referentes a la libertad, no sólo en su excepción a la privación de la misma, sino en cuanto al reconocimiento de ciertas libertades públicas, esto es, libertad de expresión, de pensamiento, de cultos, de asociación, de reunión, etc., me centraré exclusivamente en este apartado al derecho a la libertad en cuanto a derecho de los privados de libertad. Es por lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 120/1990, de 27 de junio, declara que el derecho a la libertad personal no protege la libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, sino al individuo frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios. Atendiendo al artículo 1.1 de la CE, no solo se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico, sino además, de un derecho fundamental basándonos en el artículo 17 de la CE, siendo presupuesto de otras libertades y otros derechos fundamentales. Se trata de un derecho que le corresponde tanto a los españoles como a los extranjeros por igual (127).

Se analiza, pues, el derecho a la libertad, atendiendo a la metodología de Freixes Sanjuán al establecer como derecho base el derecho a la libertad personal, y el derecho-garantía. Esto es, que por expresa disposición constitucional acompañan necesariamente a la libertad personal garantizando su ejercicio confeccionado como un derecho autónomo, pero sin cuestionar el resto de derechos-garantías que regula el artículo 17 de la CE. Estos son: el derecho a ser informado de los motivos de la detención, derecho a no declarar, derecho a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, y el control judicial de la detención a través del procedimiento de *habeas corpus*, evidentemente, desde el ámbito penitenciario. Por otro lado, el artículo 17 de la CE, también regula la detención preventiva y medidas restrictivas que en relación con la detención puedan tomarse, como la incomunicación o la ampliación del plazo de duración, los cuales deberán partir desde una perspectiva constitucional del derecho fundamental a la libertad que la detención preventiva viene a negar, y del

---

(126) Esta acepción es la tomada por la STC 15/1986, de 31 de enero.

(127) Así lo determina la STC 115/1987, de 7 de julio.

derecho fundamental a la seguridad, esto es, como un supuesto excepcional al derecho fundamental a la libertad garantizado constitucionalmente pero el citado precepto no contiene una definición de lo que se debe de entender por libertad y seguridad (128).

En la actualidad, la generalización y el proceso de internacionalización experimentado por los derechos civiles y políticos han permitido el establecimiento de un cierto consenso normativo acerca de las dimensiones de la libertad, que han quedado fijadas en diversos textos internacionales y constitucionales en forma de principios generales y, sobre todo, de derechos fundamentales de carácter subjetivo, lo cual puede servir en último término como referente más o menos consensuado acerca de los tipos o las dimensiones de la libertad (129). Por lo tanto, a nadie se le escapa que los derechos fundamentales cuentan con limitaciones.

La primera proyección de que una persona se encuentre en un Centro penitenciario recae, en este sentido, como indica Aba Catoira, sobre uno de los derechos más esenciales de las personas, como es la libertad individual, entendida como *libertad mínima* e indispensable que permite la autodeterminación y realización personal dentro de la sociedad (130). No obstante, la privación de libertad no es considerada como un supuesto de tortura o pena inhumana o degradante según la STC 64/1983, de 21 de julio, doctrina que comparto. Lo que viene a afirmar que, como consecuencia, la privación de libertad lleva unida la privación de otros derechos y libertades pero, no se trata de una privación absoluta, sino de una limitación en orden a la necesidad constitucional de armonizar los derechos de libertad y seguridad.

---

(128) FREIXES SANJUÁN, T. y REMOTTI, J. C., *El Derecho a la Libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia (Tribunal europeo y Tribunal Constitucional)*, PPU, 1.ª ed., Barcelona, 1993, p. 10. STC 7/2004, de 9 de febrero; SSTS de 3 de diciembre de 1990; de 15 de enero de 1991; de 2 de julio de 1993; de 26 de abril de 1994, en las que se observa algunos pronunciamientos jurisprudenciales significativos. VEGA ALONSO, J., *Consideraciones en torno a la ejecución de las penas de libertad*, Avda. El Ferrol, 18, 28029, Madrid, 2001, pp. 41 ss.; MUÑAGORRI, I., «Privación de libertad y derechos fundamentales», *Privación de Libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria, Barcelona, 2008, p. 99.

(129) SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 211-212. Es interesante el trabajo de RUIZ MIGUEL, A., «Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, Madrid, 1983, pp. 513-550, en el que hace distinción entre libertad positiva y negativa, libertad formal y real, libertad material y moral, libertad jurídica, social, práctica.

(130) ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto. Temas clave de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 239-240.

Encontrándose vulnerado el artículo 19 de la CE en cuanto establece «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional». Por tanto, lo preceptuado en el artículo 17 de la CE aparece estrechamente ligado al principio de legalidad penal que se expresa en el artículo 25 y que, en el caso de penas privativas de libertad, precisará de ley orgánica (art. 81 de la CE). En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (131).

Reiterando lo anteriormente manifestado, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que la prisión es un mal necesario, y siguiendo a Gudín Rodríguez-Magariños, el hecho de que sea un mal nos obliga a adoptar una postura dinámica y reformista renuente a resignarse con el *statu quo* existente (132). En el mismo sentido ya se manifestaba Bentham (133) al afirmar que «es un mal, siendo preciso que exista el mal para que se aplique el remedio: el remedio consiste en la aplicación de la pena, y cada pena que se impone es una prueba más de su poca eficacia», lo cual produce siempre cierto grado de alarma y de peligro; afirmaría que «la pena misma es un mal, aunque necesaria para prevenir un mal mayor: el procedimiento criminal en todo el curso de su operación [...]».

Por otro lado, el artículo 9.2 de la CE, denominado por Lucas Verdú «cláusula de transformación social», nos obliga a un perpetuo proceso en el que hay que luchar para conseguir la inalcanzable plenitud de los derechos fundamentales en todos los órdenes de la vida» (134).

La libertad está reconocida a toda persona, sin distinción de si han de ser nacional o extranjero. Y, siguiendo a Peces-Barba (135) si deci-

---

(131) SSTC 160/1986, de 16 de diciembre o 118/1992, de 16 de septiembre, entre otras.

(132) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática: ¿el fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, 1.ª ed., Madrid, 2005, p. 9, siendo esta postura más clara atendiendo al artículo 10.1 de la CE cuando indica que hay que respetar la dignidad del individuo, en palabras de Gudín, nos exige involucrarnos en un proceso continuo de humanización del mundo penitenciario.

(133) NÚÑEZ, T., *Ciencia social según los principios de Bentham*, Imp. Real, nadrudm 1835, p. 219.

(134) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, *ob. cit.*, p. 10, partiendo de nuestra constitución la cárcel es enfocada desde un punto de vista positivo por cuanto implanta la reinserción como único valor, recogido como fin de la pena, si la libertad se constituye (con el derecho a la vida) como la clave de la bóveda sobre la que se estructura nuestro orden social, parece necesario restringir al máximo los supuestos de limitación de la misma (p. 21).

(135) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, *ob. cit.*, p. 138.

dimos que el ser humano necesita de los derechos, expresión y desarrollo de la libertad, no podemos hacer excepción con ningún individuo, lo que supone que tenemos que defender su generalidad y su universalidad, es decir, la igualdad de destinatarios de la libertad y de los derechos fundamentales.

A la luz de lo examinado hasta ahora, 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 (136).

La ejecución de las penas de privación de libertad debe ser de signo liberal, lo no prohibido expresamente por la Ley ha de estar permitido (137). Por tanto, son acertadas las palabras de Bueno Arús al indicar que el sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta para él en la aplicación efectiva de la pena. No pierde, en consecuencia, la titularidad de los derechos que las Constituciones o Leyes fundamentales reconocen y proclaman, salvo en cuanto sea precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta (138). Como demostró Foucault (139) en el interior de la cárcel interesa fundamentalmente la disciplina del individuo, la sumisión del cuerpo y del alma de los internos. Tal como Bustos Ramírez señala, «el punto de partida mínimo es, justamente, impedir que se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Y si hay una utilidad individual y social que buscar, ella es garantizar que la pena no destruya al individuo y con ello al tejido social» (140).

---

(136) BERGALLI, R., *La Recaída en el Delito. Modos de reaccionar contra ella*, Sertesa, Barcelona, 1980, p. 276, citado por RIVERA BEIRAS, I., *Cárcel y derechos humanos. Un enfoque relativo a la defensa de los Derechos Fundamentales de los reclusos*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 27.

(137) BUENO ARÚS, F., *Estudios penales y penitenciarios*, ob. cit., p. 126.

(138) *Ibidem*, p. 126.

(139) FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, ob. cit., pp. 197 ss.

(140) BUSTOS RAMÍREZ, J., «Introducción», *Poder y Control*, núm. 0, PPU, Barcelona, 1986, p. 23; del mismo, «Pena Privativa de Libertad y Política Criminal: los establecimientos de máxima seguridad», *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

### c) **Una breve reflexión sobre la aproximación de los presos a la libertad**

Brevemente, recordar que, según las normas penitenciarias, existen tres tipos de libertad a las que los reclusos pueden acceder y tienen derecho a las mismas: libertad provisional, libertad condicional y libertad definitiva. En lo que se refiere a la *libertad provisional*, se supone la suspensión de la relación penitenciaria para un preventivo contra el que se sustancia por la Administración de Justicia un procedimiento judicial en el que previamente, como medida cautelar de aseguramiento de la resolución judicial futura, se ha decretado la prisión provisional (141). Su condición consiste en que el sujeto en cuestión será obligado a comparecer en los días que le fuesen señalados o cuantas veces fuese llamado ante el Juez o Tribunal que conoce de su causa. La situación de libertad provisional es decretada por resolución judicial del Juez o Tribunal que conoce del procedimiento judicial en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a la *libertad condicional* (142), el artículo 90 del CP dispone que se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las siguientes circunstancias: *a)* que se encuentre en 3.º grado de tratamiento penitenciario; *b)* que se hayan extinguido las 3/4 partes de la condena; *c)* que se haya observado buena conducta y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y flexible de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes.

El propio Código Penal contempla tres supuestos especiales en los que cabe la concesión de la libertad condicional antes del transcurso de las 3/4 partes de la condena: clasificación en 3.º grado, obtener buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social, esto es, concesión de libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las 2/3 partes de su condena siempre que merezcan

---

(141) V. el estudio, entre otros, de RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional», *Poder Judicial*, núm. especial 1, 1986, pp. 63-66; SANGUINÉ, O., *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(142) V. los estudios de MORENO ARRARÁS, P., *Libertad condicional*, Curso Formación Colegio Abogados Guipúzcoa, 2004; VEGA ALOCÉN, M., «Supuestos excepcionales de la Libertad condicional. Septuagenarios y enfermos incurables. Una solución legal equivocada», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 6, 1999, pp. 5-37; AGUILERA REIJA, M., «Libertad Condicional anticipada por enfermedad incurable o grave», *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 6, 1999, pp. 38-60; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., pp. 133-146.

dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales; concesión de libertad condicional a sentenciados que hubiesen cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de 3/4 partes de la condena, o en su caso, las 2/3 partes de la misma. No obstante, el Código Penal también regula no sólo cuando cesa la privación de libertad sino también los casos en los que se puede suspender (143). Los presos, que atendiendo a informe médico sean enfermos muy graves, con padecimientos incurables, y reúnan los requisitos establecidos salvo la extinción de las 2/3 partes de su condena, o en su caso las 2/3 partes de la misma y, por último, la libertad definitiva, supone la extinción de la relación penitenciaria del preso con la Administración al concluir la ejecución de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad. El Director del Establecimiento penitenciario formulará al tribunal sentenciador propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, reinsertándose 15 días antes de no existir respuesta del tribunal sentenciador. Lo que significa que, de no existir orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

Finalmente, está la sustitución de la pena privativa de libertad, medida buscada por la mayoría de los presos, y por gran parte de la sociedad, ya que se puede considerar que determinados delitos no son constitutivos de privación de libertad, sino de otras sanciones que no tienen por qué suponer una reinserción en la sociedad, siendo los artículos 88 y 89 del CP los que regulen tal situación, y en los artículos 105 y ss. del mismo texto legal, se regulan medidas no privativas de libertad. Lo que me lleva a afirmar que antes de llevar a una persona a la privación de libertad se ha procedido al estudio de si cabe alguna medida de las mencionadas y si los postulados básicos del Estado de Derecho son o no eficaces en función de la realidad social sobre la que se aplica. Para el caso de los extranjeros, el sustitutivo de la pena sería la expulsión del país (144). Sobre los sustitutivos de la

---

(143) Artículos 80 ss. del CP, así como los estudios de MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS, E., «Las novedades de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 35, 2000, pp. 762 ss.; POZA CISNEROS, M., «Suspensión, sustitución y libertad condicional: estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, 1999, pp. 256 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995», *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, p. 131.

(144) Para saber más, ASÚA BATARRITA, A., «La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políti-

pena de prisión ya se pronunciaba Beccaria al sostener que «no por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésa es una pena justa, además de útil. Hay, pues, que combinar la utilidad y la justicia» (145).

Históricamente, T. Moro refiere como precedente de los sustitutivos de la prisión, ya que criticaba la severidad del sistema penal de su época (1478-1535), la dureza y desproporción de los castigos. La filosofía de T. Moro se basaba en la corrección considerando que la pena desproporcionada conllevaba un factor criminógeno (146). Posteriormente, se defendió la idea de que «asistimos a un progresivo empobrecimiento de la eficacia de la sanción como momento de restauración del orden violado y a una correspondiente recuperación de la finalidad de prevención y de intimidación» (147). Sobre este tema, Garrido Guzmán (148) sostiene que habría que sustituir las penas privativas de libertad por medidas más acordes, sobre todo para la pequeña y mediana criminalidad.

En sentido más crítico, Bacigalupo (149) asevera que el sistema de la pena privativa de libertad en nuestra legislación imperial es la gran

cas de control de la inmigración», en COPELLO, L., (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 17-96; GALÁN, H., «El extranjero en el sistema penitenciario español». El Extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)», *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5, Madrid, 1999, pp. 209-270; MAPELLI CAFFARENA, B., «Perspectivas actuales de la pena privativa de libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera», en JIMÉNEZ LARA, M. J. y FRANCO ROJAS, R., (coord.), *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, Mergablum, 2002, pp. 89-108; TERRADILLOS BASOCO, J., «Marginalidad social, inmigración, criminalización», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DÍAZ SANTOS, R. D., *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 135-150, entre otros tantos.

(145) BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, *ob. cit.*, p. 33; LANDROVE DÍAZ, G., «Prisión y sustitutivos penales», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., (coords.) *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 425 ss.

(146) LÓPEZ CABRERO, G., «Penas cortas de prisión. Medidas sustitutivas», *Poder Judicial*, núm. 40, 1995, pp. 269-286.

(147) NOBILI, M., «La disciplina costituzionale del processo (I)», *Appunti di procedura penale*, Ciclostilada, Bolonia-Perugia, 1976, p. 249, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 92.

(148) GARRIDO GUZMÁN, L., *Estudios penales y penitenciarios*, Edersa, Madrid, 1988, p. 85.

(149) BACIGALUPO ZAPATER, E., «Alternativas a la pena privativa de libertad en Derecho Penal Europeo actual», *Poder Judicial*, núm. 43-44, Madrid, 1996, p. 119; frente a esta teoría está la de aquellos que defiende la preeminencia de la pena privativa de libertad entre las sanciones penales, es de BARQUÍN SÁNZ, J., «Alternativas a

mentira oficial. Me parecen muy ilustrativas las palabras de Cid Moliné (150) cuando reseña que cualquier sistema alternativo de penas requiere la colaboración del interno, ya sea activa o, cuando menos, pasiva. Esto es así, pues al ser un sistema más humanizado se busca no doblegar la voluntad del condenado, construyendo programas positivos de reinserción. Y, por último, como refiere Jescheck (151) ante la situación de crisis de la pena privativa de libertad, las propuestas de reforma se sitúan en cuatro planos: la descriminalización, el régimen de prueba, las penas pecuniarias y las nuevas formas de sanción, mas no podemos olvidar que, hasta ahora, las alternativas a la prisión se configuran como alternativas a la puesta en libertad y no a la cárcel (152).

Se han presentado como alternativa, las pulseras electrónicas, recibiendo críticas en cuanto al elevado coste que supone para el Estado y el poco éxito que puede tener para evitar futuros delitos (153). La pri-

---

las penas privativas de libertad. Algunas quiebras del principio de legalidad en la regulación de los sustitutivos penales», *X Jornadas Penitenciarias de Andalucía*, Jaén, 2002, p. 114.

(150) CID MOLINÉ, J., «El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista: alternativas a la pena de prisión», *Revista Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IV, Madrid, 1999, p. 136.

(151) JESCHECK, H.H., *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, Bellaterra, Barcelona, 1980, pp. 15 ss., citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, ob. cit., p. 29.

(152) LARRAURI PIJOAN, E., «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el derecho penal español», *ADPCP*, 1993, p. 45; PAVARINI, M., «¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada a la vista de la experiencia histórica y comparada», *Delito y Sociedad*, 1992, pp. 75-86.

(153) Para saber más del tema, LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Dykinson, Madrid, 2002; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, ob. cit., p. 17, es partidario del sistema de las pulseras aunque lo considera como un mal para el hombre el estar controlado las 24 horas al día; LUZÓN PEÑA, D. M., «Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Dirección General de Administración Local y Justicia, Sevilla, 1994, pp. 63 ss., viene a decir, que tal control pondría en entredicho la intimidad, la libertad y su propia dignidad personal, trata de establecer si tal sistema es compatible con los derechos fundamentales, con los principios constitucionales y los político-criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho, CAMPBELL, D. y CONNOR, S., *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, M. Joseph, Londres, 1986; FLAHERTY, D., *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, University of North Carolina Press, 1989; MAPELLI CAFFARENA, B., «Las medidas de seguridad no privativas de libertad», *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, núm. 2, Madrid, 1996, pp. 415-434; POZA CISNEROS, M., «Las nuevas tecnologías en el ámbito penal», *Revista del Poder Judicial*, núm. 65, Madrid, 2002, pp. 59 ss.; GIL HERNÁNDEZ, A., «Protección de la intimidad corporal. Aspectos penales y procesa-

mera referencia doctrinal que encontramos en relación con la vigilancia electrónica fue en 1994 por González Rus (154), en cuanto a la prohibición de residir en un determinado lugar. Frente a éste autor, Mapelli (155), entre otros, opina que la pena de prohibición de residir en determinados lugares sólo se puede llevar a cabo si se realiza con medios de vigilancia y control electrónico. Señala una serie de críticas en cuanto a los riesgos de intromisión que suponen en la esfera íntima de la persona que se pueden producir cuando la vigilancia se confía a una máquina que no encuentra los obstáculos de distancia, de oscuridad y de barreras físicas características, y que, entre otros problemas, está obligando a reformular los contenidos de la privacidad.

Como acertadamente afirma Gudín «la apertura de la Administración penitenciaria a los medios informáticos ha venido motivada por la necesidad de realizar un esfuerzo de adaptación a los requerimientos de la sociedad actual, tras la vigilancia electrónica subyace un interés por crear un nuevo modelo organizativo, que ansía replantearse, una vez más, el problema carcelario». Afirma que «no es posible aplicar las nuevas tecnologías sin una planificación y financiación adecuadas al momento y sin una mínima visión de futuro» (156). Es por lo que estamos ante una auténtica laguna jurídica. Dicho sistema se encuentra bajo el artículo 86.4 del RP cuando se prevé aplicar a los presos otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso, sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de diversas actividades, entrevistas y controles presenciales. Precepto que se ampara en el

---

les», *Delitos contra la libertad y la seguridad, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, Madrid, 1996, pp. 96 ss.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, ob. cit., pp. 131 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Alternativas a la pena privativa de libertad*, ob. cit., pp. 119 ss. No debemos olvidar que el modelo de vigilancia electrónica ya se reflejaba en Bentham con *El Panóptico*, donde los presos estaban situados de cierta manera que eran expuestos a la constante mirada de los inspectores del centro, criticado por Foucault, cuando describe las consecuencias del sistema; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, ob. cit., p. 204; del mismo, «El ojo del poder», *Entrevista con Michel Foucault, en Bentham, Jeremías: «El Panóptico»*, trad. de J. Varela y F. Alvarez-Uría La Piqueta, Barcelona, 1980, p. 19; del mismo, *Hay que defender a la sociedad*, trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003, p. 32; por último, la LO 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en la que diferencia la privación y la intimidad.

(154) GONZÁLEZ RUS, J. J., «Control electrónico y sistema penitenciario», *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1994, p. 82.

(155) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las medidas de seguridad no privativas de libertad*, ob. cit., pp. 415 ss.

(156) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, ob. cit., pp. 132-133.

artículo 71.1 del RP, en el que se establece que los sistemas de control y vigilancia deben estar presididos por el respeto a la dignidad de la persona y desarrollado por la Instrucción 13/2001, de 10 de diciembre (157).

Quizás, el mencionado método sería adecuado para evitar la masificación de las cárceles, como sostiene Lilly (158), «la idea de mantener en casa a los delincuentes poco peligrosos etiquetados telemáticamente con un brazalete electrónico cobra tintes de ser un negocio redondo». No obstante, no debemos olvidar que afecta a los derechos fundamentales, algunos tan esenciales como la intimidad personal del preso llegando a afectar, incluso, a las personas que con él conviven. Surgiendo asimismo la cuestión de a cuáles reclusos se les pone la pulsera electrónica. Pues bien, se entiende que a los que están en tercer grado, de manera que, mientras que antes tan sólo eran vigilados por la noche, que es cuando tenían que volver al Centro penitenciario, ahora son vigilados, además, durante el día. Con dicho sistema están controlados las veinticuatro horas al día, la localización pasa a ser, por tanto, permanente. Pero, esto puede ser entendido como un atentado al artículo 15 de la CE argumentándose que la aplicación supone un tratamiento inhumano y degradante. Frente a este sistema de sustitución, se encuentran otros como los trabajos en beneficio de la comunidad (159), arresto domiciliario (160), etc.

En lo que respecta a Estados Unidos, el sector privado, es decir, los que se interesan porque la prisión sea privatizada para evitar o disminuir el gasto estatal, se interesan porque se instalen los sistemas de vigilancia electrónica de los presos en régimen de prueba (*probation*) o liberados anticipados (*parole*). En relación a todos los sistemas que han surgido como sustitutivos, cabe preguntarse si, efectivamente, se trata de sustitutivos de la pena privativa de libertad o es una medida de

---

(157) Frente a esto nos encontramos con la XI y XII Reunión de JVP del 2002 y 2003, respectivamente, en el criterio 89 en el que por unanimidad de los magistrados no rechazan el régimen existente. De otro lado, Bueno Arús tampoco se opone al método de control, BUENO ARÚS, F., «Conclusiones encuentro de Vigilancia penitenciaria», *Revista del Poder Judicial*, núm. 68, Madrid, 2002, p. 462; Boletín de Instituciones Penitenciarias, de noviembre-diciembre de 2002, núm. 15, p. 2, en el que se proclama que podía ser el futuro de las prisiones, citado por GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática*, cit., p. 138, nota a pie; Instrucción 1/2005, de 21 de febrero, de control de agresores y las SSTC 128/1995, 37/1996, de 11 de marzo y, 47/2000, entre otras.

(158) LILLY, R. y BALL, R., «A brief history of house arrest and electronic monitoring», *Northern Dentucky Law Rewuevm*, núm. 17, 1987, pp. 343-374.

(159) En relación, la LO 15/2003, de 25 de noviembre y el RD 515/2005, de 6 de mayo.

(160) En relación, el RD 515/2005, ya mencionado.

seguridad añadida. Por último, existe una contradicción entre la necesidad de mantener el buen orden de la prisión y el mundo real que está marcado por el avance tecnológico y por las exigencias de la libertad, autorresponsabilidad y seguridad.

Frente a las penas privativas de libertad están las penas privativas de derechos, recogidas en el artículo 39 del CP, al cual me remito por no ser privaciones que le afecten al preso. Se trata de penas consideradas por muchos como aquellas que afectan a un derecho distinto de la libertad ambulatoria. Se ha rechazado su consideración de penas por entender que constituyen consecuencias accesorias y porque, en ocasiones, se imponen como sanción única. La crítica efectuada, en una dimensión político-criminal, a las penas privativas de derechos se basa en la contradicción de las mismas con el principio de resocialización proclamado en el artículo 25 de la CE. Ello arranca del carácter estigmatizador de algunas de estas sanciones, constatación que unánimemente ha sido reconocida como fundamento de la supresión en 1983 de la pena de interdicción civil, cuya sombra se ha proyectado sobre el resto de las penas de esta sección, vistas por algunos como manifestaciones de la antigua *ida de la muerte civil* (161).

Para concluir, este derecho a la libertad personal, también lo poseen los presos extranjeros, rigiendo, por tanto, criterios y condiciones de igualdad, de aplicación del artículo 25 de la CE en la que las penas privativas de libertad deben estar orientadas, como en reiteradas ocasiones he afirmado, a la reeducación y reinserción social, incluso en lo referente a lo indicado por el artículo 24 de la CE. Sin olvidar que los extranjeros presos tienen, en atención al artículo 3 de la LOGP, derechos como personas y derechos como reclusos.

---

(161) Comentarios al nuevo Código Penal, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 346.



# La importancia de los estudios biográficos para la historiografía penitenciaria. Notas sobre la labor de Fernando Cadalso y Manzano en el Presidio de Valladolid (1887-1890)

JORGE A. NÚÑEZ

Doctor en Derecho

Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main)  
Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires)

## RESUMEN

*El presente trabajo intenta contribuir a cubrir el vacío existente en la historiografía jurídica y social sobre las/los reformadores del sistema carcelario español de las dos últimas centurias. Para ello, en esta ocasión, analizaremos la labor realizada por Fernando Cadalso y Manzano, el penitenciario hispano más importante de la primera mitad del siglo xx, cuando dirigió el Presidio de Valladolid en el trienio 1887-1890.*

Palabras clave: *Biografía-Presidio-Cadalso-Reforma-Valladolid.*

## ABSTRACT

*This paper aims to contribute covering the existing gap in the Spanish legal and social historiography on the prison system reformers during the last two centuries. Therefore, we shall now analyze the work carried out by Fernando Cadalso y Manzano (the most important Spanish prison expert on the first half of the Twentieth Century) as Director of the Valladolid Presidium during 1887-1890.*

Keywords: *Biography-Presidium-Cadalso-Reform-Valladolid.*

*«...merced a la energía y buenos deseos del citado funcionario (Cadalso) a su actividad y celo, y a las reformas que ha emprendido, clasificando a los penados según sus condenas, sometiendo a un tratamiento especial a los díscolos y de mala conducta, castigando a los que infringen sus órdenes, premiando a los que cumplen con su deber y mejorando las condiciones del edificio hasta donde se lo permiten los medios de que dispone, el penal (de Valladolid) ha entrado en un período de mejoramiento, que ven con sumo agrado y satisfacción las autoridades locales y los vecinos de esta capital.»*

Juan Ávila Fernández Gobernador Civil de Valladolid (1888)(1)

SUMARIO: I. Introducción.—II. Notas sobre el Presidio de Valladolid.—III. Cadalso Director del Presidio de Valladolid (1887-1890). 3.1 El motín de Agosto de 1888.—IV. Balance de la gestión de Cadalso.—V. A modo de conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

En España, tanto la historiografía jurídica como la social dedicadas a las temáticas penitenciarias, han tenido escaso interés en la realización de estudios biográficos sobre reformadores del sistema carcelario (2). Dejando de lado los trabajos sobre los *prácticos* del

(1) *Vid.* «Expediente Personal de Don Fernando Cadalso». Madrid, Imprenta de Ramona Velasco. Viuda de P. Pérez, 1914, p. 33-34.

(2) Escapa a los objetivos de este breve trabajo analizar el derrotero del género biográfico en la historiografía. Simplemente cabe señalar que desde las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la biografía fue considerada un género «menor», subsidiario de la historia, cuestionándose su popularidad. También fue criticada por su carácter impuro e inclasificable (por la cercanía con la literatura); porque habría ingresado de contrabando en el mundo científico y por su estrecha vinculación con el poder político (debido a la utilización que hicieron de ella los regímenes totalitarios para legitimarse). Por ello, en la historiografía (hegemonizada por la Escuela de los Annales y el marxismo) se desplazó a la tradicional historia

siglo XVI (Cerdán de Tallada, Cristóbal de Chaves y Bernardino de Sandoval) (3), puesto que son anteriores a la conformación de un sis-

política, diplomática y militar, centrada en el relato de los grandes hombres, sustituyéndola por un enfoque social, económico y demográfico, que puso su atención en el desarrollo de las estructuras y las clases sociales y en los procesos de larga duración. Así, los sujetos pasaron a ser las instituciones y las fuerzas sociales y los cambios históricos se producirían necesaria e inevitablemente, por lo que el estudio de los individuos quedó relegado a un discreto segundo plano. Sin embargo, a comienzos de los años 90', influenciado por un nuevo contexto político (derrumbe del socialismo real, crisis del colectivismo, auge del individualismo, etc.), se produjo una revitalización de los estudios biográficos (de la mano del retorno del sujeto y de la narrativa histórica), paralela a la crisis de las nuevas historias (embates postmodernos contra el relato teleológico y el modelo determinista de explicación histórica, pobres resultados de los tratamientos cuantitativos y la larga duración, etc.). El género biográfico en la historiografía española tuvo un recorrido similar al europeo, pasando del desdén de los años 60' y 70' (con contadas excepciones) a un auténtico boom y filón económico que vive el mercado editorial en la actualidad. Por ello, los especialistas afirman estar atravesando una Edad Dorada del género biográfico («una de las formas más consagradas y legítimas de hacer historia») que se observa en el importante número de reuniones científicas, cursos de doctorado (en las Universidades de Valencia, Barcelona, Complutense de Madrid, Valladolid, etc.), publicaciones, premios, elaboración de diccionarios biográficos, tesis doctorales, entre otros aspectos. Asimismo, señalan que la biografía contribuye a enriquecer otras áreas (estudios de género, movimiento obrero, hacienda pública, historia social de la técnica, etc.); la prosopografía (elaboración de diccionarios de parlamentarios, diputados, alcaldes de diferentes comunidades, provincias y municipios) y la historia local o regional (a partir de recuperar a personajes que cayeron en el olvido y que la historiografía universitaria no suele recordar). No obstante este panorama muy alentador, otras voces han señalado algunos puntos negativos, sea la escasez de diccionarios biográficos y obras prosopográficas, como la ausencia de biografías moralizantes sobre figuras políticas de la Primera y Segunda República (Juan Negrín, Alcalá Zamora, Indalecio Prieto, Julián Besteiro, José Giral, Álvaro de Albornoz, Santiago Casares Quiroga, etc.), que obstaculizan el avance de las investigaciones. Por eso, más allá de los esfuerzos realizados en las últimas décadas, la falta de biografías sigue siendo proverbial en la historiografía española: dejando de lado los encargos editoriales y las obras conmemorativas, la mayoría de los estudios biográficos han sido realizados por aspirantes al título de doctor. Véase, entre otros, ROMERO, J. L. *Sobre la biografía y la historia*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1945; HERNÁNDEZ SANDOICA, E., «La escritura biográfica», *Revista Cercles d'Història Cultural*, núm. 10, pp. 10-25 y CARRERAS PANCHÓN, A., «La biografía como objeto de investigación en el ámbito universitario. Reflexiones sobre un retorno», *Asclepio*, vol. LVII, pp. 125-133.

(3) La literatura sobre los prácticos del siglo XVI es sustanciosa. Entre otros, véase, Díez ECHARRI, E., «Cerdán de Tallada, precursor del Derecho penitenciario moderno». *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año II, núm. 15: pp. 48-53; RICO DE ESTASEN, J. «Cerdán de Tallada, un hombre sensible del siglo XVI». *Anales del Centro de Cultura Valenciana*, núm. 38: pp. 207-220; PÉREZ MARCOS, R. «Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de Derecho Penitenciario», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 75: pp. 755-802; RODRÍGUEZ LÓPEZ-VÁZQUEZ, A. «Cervantes, Cristóbal de Chaves y la cárcel de Sevilla», en GÓMEZ YEBRA, A. A. (coordinador). *Estudios sobre el patrimonio literario andaluz*, Madrid,

tema penitenciario moderno, la figura que más atención concitó a los estudiosos es la de Concepción Arenal, Visitadora General de Prisiones en el bienio 1863-1865, y autora de importantes obras sobre delincuentes, beneficencia, caridad, etc. (4). Otra figura femenina sobre la cual se ha indagado es la de Victoria Kent, fugaz Directora General de Prisiones en la Segunda República (1931-1932). En este caso, la mayoría de los autores (desde una perspectiva de género) se concentran en su labor parlamentaria como diputada del Partido Radical Socialista o en su exilio parisino, antes que en su desempeño en el Ramo de Prisiones, donde se suele reproducir, de manera acrítica, el propio relato kentiano (5). En lo que atañe a los hombres, los estudio-

---

Editorial Sarría, 2012, Madrid, pp. 59-68; HERNÁNDEZ ALONSO, C. *Germanía y sociedad en los siglos de oro: La cárcel de Sevilla*. Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial. Universidad de Valladolid, 1999; COPETE, M. L. y E. J. VERGER. «Criminalidad y espacio carcelario en una cárcel del Antiguo Régimen. La cárcel real de Sevilla a finales del siglo XVI». *Historia Social*, núm. 6, pp. 105-125. y SANZ DELGADO, E. *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, Edisofer, 2003, pp. 34 ss.; el mismo: «Las viejas cárceles. Evolución de las garantías regimentales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LVI, MMIII, 2004, pp. 261-274.

(4) La figura de Concepción Arenal ha sido abordada desde múltiples aspectos: su ideal social-cristiano, la educación, la emancipación de la mujer, etc. Sobre las cuestiones estrictamente penitenciarias, véase, entre otros: GALLIZO LLAMAS, M. «Concepción Arenal y la humanización del sistema penitenciario: pasado, presente y futuro del reto humanista en las prisiones», *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 32: pp. 45-59; DE LARIO RAMÍREZ, D. «La crítica de Concepción Arenal a la colonización penitenciaria en Australia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 86: pp. 227-246; PAZ SAN SEGUNDO, M. «La cárcel y el delincuente en Concepción Arenal», *A distancia*, núm. 2: pp. 100-105; LACALZADA DE MATEO, M. J. «La reforma penitenciaria entre la ilustración y el organicismo social: Concepción Arenal», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 16. pp. 151-206; CERCÓS I RAICH, R. «Las influencias krausistas en el pensamiento de Concepción Arenal y Victoria Kent: la lucha por la reforma de las prisiones femeninas», en REYES BERRUEZO ALBÉNIZ, M. y CONEJERO LÓPEZ, S. (compiladoras), «El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días». *XV Coloquio de Historia de la Educación*, Pamplona-Iruñea, vol. 2, 2009, pp. 57-68 y TELO NÚÑEZ, M., *Concepción Arenal y Victoria Kent: las prisiones. Vida y obra*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1995.

(5) En su mayoría, las obras sobre Victoria Kent dan cuenta de su labor política, su postura frente al voto femenino, su largo exilio en París y en México y su trabajo en la Organización de las Naciones Unidas. Sobre su labor en el Ramo de Prisiones, los estudiosos afirman que Kent impulsó radicales y novedosas reformas con el objetivo de: 1) Mejorar la situación de los reclusos –cuestión que se observaría en las modificaciones edilicias, mejoras alimenticias y la implementación de la libertad de culto, entre otros, 2) Humanizar el castigo –por ejemplo, eliminando cadenas y grilletes, impulsando el trabajo, educación y actividades culturales de los penados, estableciendo la libertad condicional para los mayores de setenta años, etc.–, y 3) Profesionalizar el Cuerpo de Prisiones, a través de la instauración del acceso por concurso. La oposición de la «derecha» a estas medidas –siempre según el relato historiográfico

sos se centraron en la figura del Coronel Manuel Montesinos, Director del Presidio de Valencia en los años 30' del siglo XIX (6). Su gestión

predominante—, en particular, el reemplazo de funcionarios por penados de buen comportamiento, sumado a la intensa conflictividad política del período de la Segunda República, habrían obligado a Kent a dimitir, con el consiguiente abandono del proyecto *correcional* y la restauración de otro diferente, de corte *punitivo-segregativo* que se había montado durante la Restauración. Ahora bien, en nuestra opinión, las medidas impulsadas por Kent, lejos de ser novedosas, venían siendo aplicadas desde mucho tiempo atrás. Así, un sistema penitenciario que tenía como objetivo la reinserción social de los penados; que impulsaba el trabajo, educación y deporte en las cárceles; que promovía el dictado de conferencias y actividades culturales en los establecimientos; que alentaba la participación de los reclusos en la vida cotidiana (por ejemplo, a través del control del rancho), fueron prácticas corrientes en el ordenamiento penitenciario implementado a partir de la Restauración. Por otro lado, también se promovió la formación de los funcionarios con la creación en 1881 del Cuerpo de Prisiones y la instalación del acceso a los cargos por concurso de oposición y antecedentes. Finalmente, el intento radical de Kent de reemplazar funcionarios con penados no era otra cosa que la vieja práctica decimonónica de los cabos de vara. Entre las obras que suelen reproducir el propio discurso de Kent, véase MORA VÁZQUEZ, Z. P., «Sendero hacia la utopía. Las reformas penitenciarias de una mujer durante la República: Victoria Kent», *Ubi Sunt. Revista de Historia*, núm. 19, pp. 38-40; SÁNCHEZ GALINDO, A., «Victoria Kent (una española universal)», en SERRANO MIGALLÓN, F. (coordinador). *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 213-245; DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., «Significado de Victoria Kent en la vida política y la penitenciaria de España», *Revista de Doctrina Penal*, año XIII, núm. 49: pp. 567-573. GARGALLO VAA-MONDE, L., *El sistema penitenciario de la II República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*. (Premio Nacional Victoria Kent 2011, Ministerio del Interior, Madrid 2011), Disponible en [http://www.uclm.es/grupo/EPIP/pdf/LuisGargallo/Sistema\\_Penitenciario.pdf](http://www.uclm.es/grupo/EPIP/pdf/LuisGargallo/Sistema_Penitenciario.pdf) y del mismo autor *La excarcelación de presos con Victoria Kent*, en NAVAJAS ZUBELDIA, C. y ITURRIAGA BARCO, D., «Coetanea. III Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo», Madrid, 2012, pp. 171-186.

(6) Entre otros, al respecto, véase, TRIGO Y FONT, E., *La reforma penitenciaria de Don Manuel Montesinos y Molina*, Madrid, Imprenta de Bernardo Rodríguez, 1917; BUENO ARÚS, F., «Ideas y realizaciones de Montesinos en materia de Trabajo penitenciario», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año XVIII, núm. 159: pp. 123-180; LASALA, G., «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año XVIII, núm. 159: pp. 74-96; RICO DE ESTASEN, J., *El Coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*. Alcalá de Henares, Imprenta de los Talleres Penitenciarios, 1948; TOMÉ RUIZ, A., «Montesinos, precursor del sistema progresivo irlandés», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año I, núm. 4: pp. 29-30; más recientemente, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...*, *ob. cit.*, pp. 168-186; el mismo: «los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos», en VV.AA. (Terradillos Basoco, Coord.): *Marginalidad, Cárcel, las «otras» creencias: Primeros desarrollos jurídicos de la «Pepa»*. Servicio de Publicaciones, Diputación de Cádiz, Cádiz, 2008, pp. 117-159; CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Premio Nacional Victoria Kent 2010, Madrid, 2011, pp. 197-207; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Accesit Premio Nacional Victoria Kent 2013, Madrid, 2014, en prensa.

fue considerada de formas diferentes: mientras una tradición historiográfica le adjudica la creación del sistema progresivo en las prisiones antes que Walter Crofton lo implementara en Irlanda (7); otra, por el contrario, define a Montesinos como un elemento *burgués* que favoreció, a partir de la explotación de la mano de obra penada, la consolidación de la burguesía valenciana de la seda (8). También han recibido alguna atención las figuras de Ramón de la Sagra, que tuvo un efímero interés por las cuestiones penitenciarias, producto de un viaje por los Estados Unidos entre abril y septiembre de 1835 (9); y Rafael Salillas Panzano, sobre el que se indagó en sus ideas criminológicas y en los vínculos que estableció con la Escuela Positiva Italiana (en especial, con Cesare Lombroso), pero muy poco sobre su desempeño en la administración penitenciaria española (10).

(7) Esta escuela, llamada del «penitenciarismo oficial», cuyos integrantes son asiduamente consultados por los poderes públicos a la hora de realizar reformas penales-penitenciarias, tiene como máximo exponente a Carlos García Valdés, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, ex Director General de Instituciones Penitenciarias (1978-1979) y principal artífice de la reforma y de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre. Esta tradición, que abrevia en autores anteriores como Cadalso, Salillas, José Antón Oneca, Eugenio Cuello Calón, etc., ha construido, a partir del estudio de la normativa, un relato sobre el pasado de las prisiones españolas en el que se destaca el perfeccionamiento técnico y el progresivo humanitarismo hacia los penados, así como su condición nacional, puesto que no se habrían producido adaptaciones de sistemas carcelarios «foráneos». También se elogia la labor realizada por los funcionarios del Ramo de Prisiones (guardia cárceles, directores de presidios, médicos, capellanes, etc.) en la tarea de reinserir socialmente a los reclusos.

(8) Esta tradición autodenominada «económico-estructural» (por la fusión de elementos marxistas y foucaultianos), es dirigida por Roberto Bergalli e Iñaki Rivera Beiras —profesores de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona— y la integran algunos penalistas e historiadores sociales. A diferencia de la escuela de García Valdés, la tradición económico-estructural es muy crítica del pasado y el presente de las prisiones españolas. En la elaboración de su relato suelen enfatizar la supuesta ferocidad de las prácticas punitivas aplicadas a los penados desde el Antiguo Régimen hasta los tiempos actuales y la vinculación entre tales prácticas y las necesidades productivas de las clases dominantes. También marcan la distancia que habría entre la cárcel «real» y la normativa penitenciaria y consideran críticamente a la prisión y a los funcionarios penitenciarios puesto que el objetivo «real» de aquéllos sería la sumisión (y no la corrección) de los penados.

(9) De Ramón de la Sagra se ha escrito sobre su labor en Cuba como botánico; su pensamiento «protosocialista» y su carácter de «pionero» de la Sociología en España. Sus aportes e ideas penitenciarias han sido escasamente abordados. Véase, en particular, los trabajos de GONZÁLEZ GUITIÁN, L., «Ramón de la Sagra e o proxecto de cárcere celular de 1843». *Grial*, tomo 23, núm. 90: pp. 497-508; del mismo autor: *Ramón de la Sagra: utopía y reforma penitenciaria*, A. Coruña, Edicions Do Castro, 1985; y CARBALLAL PERNAS, R., *Ideario político-social e penitenciario de Don Ramón de la Sagra*, La Coruña, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, 1976.

(10) Véase, entre otros, ANTÓN ONECA, J., «Don Rafael Salillas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 27: pp. 205-220; FERNÁNDEZ

En nuestra opinión, ya es hora que la historiografía jurídica y social especializada en cuestiones penitenciarias, oriente sus esfuerzos hacia la producción de estudios biográficos sobre las y los reformadores penitenciarios españoles de las dos últimas centurias (11). Estos estudios, sin incurrir en ejercicios hagiográficos, insertando y comprendiendo al personaje en su época (mentalidad y valores vigentes, creencias, costumbres, sociabilidad, etc.) y dando cuenta de las lagunas, contradicciones y silencios del biografiado, constituirían un novedoso aporte para este campo de estudios, máxime si tenemos en cuenta que el género biográfico, como dijimos, está atravesando una *edad dorada* en los claustros universitarios de la Península (12).

El breve trabajo que presentamos a continuación aspira así a contribuir al desarrollo de los estudios biográfico-penitenciarios. Para ello, tomaremos la figura de Fernando Cadalso y Manzano (1859-1939), el más importante penitenciarista español de la primera mitad del siglo xx y analizaremos su labor como Director del Presidio de Valladolid en el trienio 1887-1890 (13).

---

RODRÍGUEZ, M. D., *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1976; ANTÓN HURTADO, F. «Precursores de la antropología criminal», *Gazeta de Antropología*, núm. 28, 1, pp. 34-65 y SANZ DELGADO, E. «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra núm. 1, 2006, pp. 191-224.

(11) En el mes de abril de 2013 se llevó a cabo en Ciudad Real (España), el I Congreso Internacional sobre Historia de la Prisión y las Instituciones Punitivas, que reunió a historiadores sociales, penalistas y jóvenes investigadores enrolados en la tradición económico-estructural. En esa ocasión, de un centenar de ponencias sobre diversos tópicos penitenciarios: delincuencia juvenil, femenina; establecimientos de reclusión (rurales, urbanos, norteafricanos, etc.); aspectos punitivos del franquismo (campos de concentración, trabajos forzados, prisioneros de guerra, propagandismo católico, motines.); transición a la democracia (marco normativo de las prisiones, movimiento de apoyo a los presos, etc.), no se presentó ningún estudio de carácter biográfico sobre las/los reformadores del sistema carcelario español de las dos últimas centurias. Puede consultarse la circular del Congreso en <http://www.uclm.es/grupo/epip/pdf/congreso/circular3.pdf>

(12) GHANIME, A., «Reflexiones y datos sobre la biografía histórica en España (personajes contemporáneos)», en *Revista Cercles d'Història Cultural*, núm. 10: pp. 114-144. Para este desarrollo en la historiografía jurídica, consúltese MARTÍN, S. *Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista moderno*, en PETIT, C. (coordinador), *Vidas por el derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012, pp.11-58.

(13) Fernando Cadalso y Manzano tuvo una larga y prolífica carrera en el Ramo de Prisiones: dirigió varios presidios -entre ellos, la Cárcel Modelo de Madrid durante una década-; fue Inspector General de Prisiones durante veinticinco años (tercer cargo en importancia, por debajo del Ministro de Gracia y Justicia y el Director General); representó a España en cuatro congresos penitenciarios internacionales (Bruselas 1900, Washington 1910, Londres 1925 y Praga 1930); estableció el sistema

La estructura del trabajo es la siguiente: en primer lugar, señalaremos algunas características del establecimiento vallisoletano creado a fines de los años 40' del siglo XIX. A continuación, daremos cuenta del estado del penal al momento de asumir Cadalso (situación de los reclusos –vestimenta, alimentación, trabajo– y de las instalaciones –talleres, habitaciones, cocina, patios–). Luego señalaremos las causas del motín que se produjo en Agosto de 1888, que requirió la intervención de las Fuerzas Armadas. Finalmente, daremos cuenta de los logros producidos por Cadalso durante su gestión como director del establecimiento carcelario (14).

## II. NOTAS SOBRE EL PRESIDIO DE VALLADOLID

En 1871, el arquitecto Tomás Aranguren (que diseñaría poco después la Cárcel Modelo de Madrid), denunció el calamitoso estado en que se encontraban los establecimientos de reclusión españoles, lo que obstaculizaba el objetivo de *regenerar* y *resocializar* a la población penada (15). Sobre el presidio vallisoletano señaló que anteriormente había sido un convento (al igual que los de Zaragoza y Sevilla); que en el año 1849 se le realizaron algunas refacciones y se había inaugurado como establecimiento carcelario (16); y que estaba ubicado en la Plaza de la Chancillería, cercano a la ciudad y al Río

---

progresivo en las prisiones que perduró hasta la sanción de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979; realizó viajes de estudio a varias naciones europeas y a los Estados Unidos, país del que importó el modelo de reformatorio para adultos que estableció en Ocaña (provincia de Toledo); colaboró en la elaboración del proyecto de ley de libertad condicional; fue director de la Escuela de Criminología y durante el Directorio Militar de Primo de Rivera estuvo a cargo del Ministerio de Gracia y Justicia. Puede consultarse mi tesis doctoral sobre la labor de Cadalso y Manzano en el sistema penitenciario español, en el link: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/4222/1/TESIS435-140203.pdf>

(14) Es importante señalar la notable escasez de fuentes para reconstruir la historia del presidio vallisoletano y la labor de Cadalso (cuestión, que, creemos, resalta el valor de este pequeño trabajo), asimismo, que gran cantidad de aquéllas provienen del entorno del penitenciarista analizado (en particular, la Revista de Prisiones que dirigía Cadalso). Por supuesto, en los casos que fue posible, se confrontó con otras fuentes editas (diarios, testimonios de contemporáneos, legislación dictada, etc.).

(15) «Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España por D. Tomás Aranguren, Arquitecto de la Academia de San Fernando; Visitador Facultativo de Beneficencia, Sanidad y Establecimientos Penales, Comendador de Número de la Orden Americana de Isabel La Católica, etc., etc.». Madrid, Establecimiento Tipográfico de Pedro Abienzo, 1871, pp. 14-15.

(16) *Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España, op. cit.*, pp. 15 ss. Años después, el distinguido criminólogo Rafael Salillas Panzano, señalaba una periodización similar. Véase, «Anuario Penitenciario, administrativo y estadís-

Pisuerga «en un sitio muy ventilado y con parte de un muro natural de defensa formado por la montaña» (17).

Aranguren señaló que si se realizaban algunas reparaciones el edificio podía albergar una población de 2000 a 2500 reclusos bajo el sistema de aglomeración (18). Sobre la estructura del establecimiento presidial describió que los patios eran extensos, al igual que las salas destinadas a dormitorios y que los talleres en que trabajaban los penados (factor clave para operar su *regeneración*) eran escasos y estaban muy mal acondicionados (19). También cuestionó la seguridad *muy deficiente*, lo que había producido evasiones permanentes de reclusos.

Al parecer, la situación del presidio vallisoletano se caracterizó por las continuas rebeliones de la población penada (debido a las epidemias y los castigos que se les aplicaban), lo que motivó el permanente recambio de las autoridades (20). Por ejemplo, en Julio de 1886,

---

tico. Año natural de 1888. Ejercicio económico de 1888-89. Primer año. 1889», Madrid, Romero y Guerra Hermanos, 1889, pp. 18-20.

(17) *Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España, op. cit.* pp. 17.

(18) En los Estados Unidos de Norteamérica, a comienzos del siglo XIX, y a posteriori en algunos países de Europa, se crearon dos sistemas penitenciarios con el fin de regenerar a los reclusos: en primer lugar, el solitary confinement (o de Filadelfia, primera ciudad en la que tuvo aplicación) que recetaba el aislamiento y el silencio absoluto de los penados como elementos claves para su reforma. Se suponía que el aislamiento en una cárcel celular conduciría a la introspección y el acercamiento a Dios y llevaría al penado a conocer las causas por las cuales había delinquido y a su posterior arrepentimiento. Además, la reclusión individual, evitaba el pernicioso contagio de los delincuentes menores respecto de los que habían hecho del delito su profesión. El sistema filadélfico, enemigo de los castigos corporales y la pena de muerte, buscaba, a través del aislamiento y el silencio absoluto, convertir al criminal en un hombre nuevo y disciplinado que pudiera reincorporarse de manera exitosa en la pujante sociedad norteamericana. Años después, entre otros motivos, porque muchos penados se volvían locos debido al aislamiento absoluto, se creó un segundo sistema penitenciario en Auburn (Nueva York) llamado silent system o auburniano, sistema mixto que combinaba el trabajo colectivo durante el día, en absoluto silencio, con el aislamiento nocturno. A diferencia del credo del sistema filadélfico, los creadores del método de Auburn habían perdido la fe en la posibilidad de transformación del penado, admitiendo la irreversibilidad de la naturaleza humana. No obstante, pensaban que podía lograrse la educación del reo en ciertas tareas útiles, que contribuirían a su posterior reinserción social. Por eso, en el sistema auburniano, el trabajo era un eje central en la actividad diaria de los penados. En España, por motivos económicos (imposibilidad de construir cárceles celulares), humanitarios (para evitar que los penados enloquecieran) o culturales (la locuacidad hispana iba en detrimento de la regla del silencio absoluto), predominó, hasta finales del siglo XIX, el sistema de aglomeración –o de vida en colectividad– que convivió con «islotes» de modernización como fueron las cárceles Modelos en Barcelona, Madrid, Valencia, etc.

(19) *Apuntes sobre la reforma del sistema penitenciario de España, op. cit.*, pp. 14.

(20) En 1882, tras una instancia presentada por Bernardino Domínguez y Barrocal se lo repuso en el cargo de Director del Establecimiento del que había sido

el Director José Antonio Fernández presentó su renuncia siendo designado Ignacio López Álvarez (21). Menos de dos meses después, López Álvarez, por pase a otro destino, abandonó la plaza y fue nombrado Esteban Aldao (22).

En esos años, el dramático estado del presidio vallisoletano llegó a tratarse en las Cortes: allí, el diputado Juan Muro, dio cuenta de la situación *insostenible, anómala y deplorable* de la seguridad y de la población penada. Para Muro, la tercera parte de los reclusos estaban ilegales, ya que por la cuantía y tipo de penas que tenían debían estar en otros establecimientos, por lo que planteó la necesidad de cerrar el presidio o trasladar a los penados con condenas a cadena y reclusión temporal. También señaló la estrecha conexión entre el penal y el aumento de la criminalidad en la ciudad, que atribuía al enorme número de familiares y allegados a los penados que vivían fuera del establecimiento (23).

En junio de 1887, Fernando Cadalso y Manzano (entonces Vigilante Segundo de la Cárcel Modelo de Madrid), fue designado, por oposición, como Director de Establecimiento Penal de Segunda Clase, provisto con cinco mil pesetas anuales y enviado al Penal de Valladolid (24).

---

excluido, se dice, por mayoría de edad. «La Gaceta de Madrid», 17 de noviembre de 1882, núm. 321, pp. 442. Cuatro años después, Santiago Rodríguez Coco, Administrador del Penal (funcionario que tiene a su cargo la parte administrativa y económica del establecimiento) fue separado de su cargo y se le abrió expediente disciplinario por mal desempeño (allí, como en el Penal de Santoña) que había provocado diversas rebeliones entre los penados, cfr. «La Gaceta de Madrid» 28 de Agosto de 1886, núm. 240, Año CCXXV, pp. 641-42.

(21) «La Gaceta de Madrid» 9 de agosto de 1886, núm. 221, pp. 429.

(22) «La Gaceta de Madrid», 24 de septiembre de 1886, núm. 267, pp. 898.

(23) El diputado Muro realizó un resumen de la situación de inseguridad y los delitos «horrorosos» que habían tenido lugar en Valladolid en un breve período: a) Dos asesinatos que causaron honda sensación «sin que hasta el presente haya podido averiguarse quiénes son los autores, ni sospechase siquiera quiénes puedan ser»; b) El robo de la caja de la diputación provincial; c) La tentativa de asalto a la sucursal del Banco de España; d) Un número importante de robos a particulares y estafas, etc. Por ello, solicitó que se aumentara el número de agentes de orden público y de la Guardia Civil. «Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Presidencia del Excelentísimo Señor D. Cristino Martos. Sesión del sábado 17 de marzo de 1887», núm. 74, pp. 1887-1920.

(24) En el Archivo de Costes y Clases Pasivas se encuentra el expediente administrativo de Cadalso y Manzano en el cual figura la designación como Director del Presidio de Valladolid. Véase, ACCP 1-15-15530 01-00, Cadalso y Manzano, Fernando, S 899/27.

### III. CADALSO DIRECTOR DEL PRESIDIO DE VALLADOLID (1887-1890)

A poco de asumir tal responsabilidad, Cadalso realizó un estudio pormenorizado del estado en que estaba el presidio y la población reclusa (que ascendía a mil quinientas personas). Entre los aspectos edilicios señaló: *a)* Que tenía una superficie total de once mil metros cuadrados y la forma de un rectángulo; *b)* Que contaba con las siguientes dependencias: 1. Administración –oficinas, almacenes y pabellones de los empleados–; 2. Talleres: herrería y carpintería; 3. Dormitorios de los reclusos; 4. Escuela; 5. Enfermería; 6. Cocina; 7. Patio de formaciones: en que se ubicaba a la población penada para pasar revista, se distribuían las comidas y estaba ubicada la capilla.

Sobre los dormitorios de los reclusos afirmó que «...necesitan urgentes reparaciones. A excepción de dos que se hallan entarimados, todos los restantes tienen de ladrillo el pavimento, cuyos ladrillos en gran parte se han gastado con el uso y desaparecido por completo; otros existen en pedazos y arrancados de sus sitios y los menos se hallan convenientemente colocados en pequeñas porciones o trozos de cada dormitorio. De todo esto resulta una superficie desigual que es molesta en alto grado para el reposo de los confinados, pues que faltando la horizontalidad del suelo sobre que han de tenderse las camas, éstos toman una posición anormal y, por consecuencia, los penados han de estar violentos en las horas de descanso» (25). Por otro lado, la tierra movediza –producto de la ausencia de ladrillos– hacía imposible el aseo de los reclusos, de sus ropas y habitaciones. «Y la suciedad –afirmó– les atrofia los sentimientos, les hace indolentes para la limpieza y vienen a convertirse los dormitorios en lugares antihigiénicos y en verdaderos focos de miseria, que a la vez que perjudican el cuerpo envilecen el alma de los que en ellos pernoctan». También, los ladrillos podían ser usados por los confinados como armas a fin de impulsar reyertas o motines. Para el flamante Director, no sólo era penoso el estado del suelo, sino que lo mismo ocurría con las ventanas, carentes de rejas y maderas. «Y esta circunstancia –argumentaba– debilita considerablemente la seguridad y pudieran aprovecharla los reclusos en una noche de alboroto para resistir a la fuerza que fuese a restablecer el orden, porque la disposición en que se encuentran las brigadas, hace

---

(25) CADALSO, F., «El penal de Valladolid», *Revista de las Prisiones*. 16 de octubre de 1895, Año III, núm. 39, pp. 573-576. Este y otros artículos, como veremos más adelante, fueron realizados por Cadalso para evitar el cierre del presidio vallisoletano.

preciso pasar por los patios y debajo de las ventanas para subir a las habitaciones que sirven de dormitorios» (26).

En la citada Memoria, Cadalso también apuntó otra serie de fallas: *a)* La forma en que se comunicaban los reclusos con sus familias, que daba lugar a *mil abusos* (27); *b)* El precario vestuario de la población carcelaria (28); *c)* Los talleres se caracterizaban por tener una atmósfera *insana y asfixiante* y estaban desprovistos de las herramientas indispensables para el trabajo; *d)* Los calabozos no tenían ventilación, el suelo era de barro y las paredes estaban sucias y ennegrecidas, por lo que se asemejaban a *mansiones tenebrosas*, y *e)* La enfermería estaba desprovista de ventanas, por lo que los pacientes sentían los fenómenos atmosféricos con suma intensidad (29).

Como señalamos, las deplorables condiciones del establecimiento y la situación crítica de la población penada fueron motivo de continuas sublevaciones. En agosto de 1888, tuvo lugar un violento motín que Cadalso con prestancia (y látigo, señalarán algunos) logró controlar. Veamos brevemente este punto.

### 3.1 El motín de agosto de 1888

En julio de 1887, a pocos días de haber asumido Cadalso el cargo de Director, hubo un intento de fuga masivo por parte de los penados

---

(26) CADALSO, F., «El penal de Valladolid». *Revista de las Prisiones*, 23 de Octubre de 1895, Año III, núm. 40, pp. 589-593.

(27) Cadalso afirmó que el Patio de visitas estaba a la entrada del penal –fuera de rastrillos– y que allí se reunían hombres y mujeres en número de trescientos a quinientos, dando lugar a escenas «harto censurables». Además, las familias de los reclusos traían comida y hacían picnics allí mismo y las mujeres le pasaban armas a los hombres para cometer nuevos crímenes o facilitar las fugas. CADALSO, F., *El penal de Valladolid*, *op. cit.*, pp. 589-593.

(28) Cadalso señalaba que los presos «ingresaban con el traje de la calle, y como el almacén se hallaba desprovisto de ropa, era imposible darles vestido de la casa. De ello resultaba el más grotesco conjunto, que se apreciaba mejor, y mucho más resaltaba a la hora de las formaciones. Allí se veía, junto a la chaqueta cubierta de manchas y de sudor y al pantalón lleno de jirones, de color y corte presidial, la blusa del albañil, la chaqueta del torero, el correal del pastor... aquí un penado con su gorro, cerca de él, otros con boinas de diferentes colores, más allá el lugareño con sombrero grande y pardo, excitando la risa de la población, y entre la confusa y nutrida masa, alguno que otro traje militar». CADALSO, F. *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuelas clásica y positiva y colonias penales con un breve compendio de la legislación costumbres jurídicas y prácticas penitenciarias que rigen en los establecimientos*, Madrid, Editorial José Góngora, 1893, pp. 411.

(29) CADALSO, F., *El penal de Valladolid*, *op. cit.*, pp. 589.

que fue abortado por los celadores, produciéndose un pequeño motín en el que perdió la vida un funcionario penitenciario (30).

Un año después tuvo lugar un motín de grandes proporciones que duró varios días y requirió la intervención de las Fuerzas Armadas. Los motivos, al parecer, fueron diversos: al calamitoso estado en que se encontraba el establecimiento y los reclusos (como había sido referido por Cadalso), se agregó la negativa de aquéllos a recibir el *ranchito*, debido a que se hallaba en mal estado y también la denuncia de palizas propinadas a un recluso por instrucciones del Director (31).

(30) «La Correspondencia de España», 7 de julio de 1887, p. 1. Meses después, se informaba sobre la fuga de los penados Segundo Nieves Mate y Silvestre Otero Gómez del Presidio de Valladolid *El Día*, 8 de noviembre de 1887, p. 3.

(31) En esos años, la ciencia penitenciaria internacional era muy crítica de la aplicación de una disciplina rigurosa en las prisiones. Por ejemplo, el Segundo Congreso Penitenciario Internacional realizado en Estocolmo (1880) determinó que los castigos físicos no debían aplicarse porque «envilecen y degradan al penado» y postuló como medios coercitivos la disminución o supresión de comunicaciones verbales o escritas, de alimento, el uso de la camisa de fuerza y el confinamiento en celda oscura, etc. Véase, por ejemplo «Estudios penitenciarios por Francisco J. Herboso. Comisionado por el Supremo Gobierno para estudiar en Europa la organización de las cárceles y el sistema penitenciario y miembro del Consejo Superior de Prisiones», Santiago de Chile, Imprenta Ercilla, 1892. Por su parte, Cadalso, a lo largo de su carrera y su experiencia práctica en la dirección de prisiones, fue variando su postura respecto a la aplicación de castigos. En *Estudios Penitenciarios* (1893) cuestionó a los penitenciaristas de gabinete, que se oponían a los castigos, puesto que si bien esos medios le producían «repugnancia y aversión», eran indispensables para mantener la seguridad en los establecimientos, hasta tanto no se modificara su penoso estado. Véase, CADALSO, F. *Estudios penitenciarios, op. cit.*, pp. 340 ss. Años después, en su monumental *Diccionario* cuestionó la quita de poder y gratificación a los celadores, por culpa de esa «nociva corriente de filantropía y sentimentalismo» que los consideraba seres crueles, «como si los presidiarios fueran ángeles, pidiendo para ellos todo halago y todo mimo. ¡Ah si los que así predicaban hubieran de practicar, muy otras serían sus doctrinas». Cfr. CADALSO, F., «Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones por D. Fernando Cadalso. Doctor en Derecho, Director de la Prisión Celular de Madrid, etc.», Madrid. J. Góngora y Álvarez Impresor, 1900, pp. 483. En 1909, en el Primer Congreso Penitenciario Nacional realizado en Valencia argumentó que el mejor sistema penitenciario era el que combinaba el principio educador y el principio de autoridad, y subrayó la necesidad de aplicar una rigurosa disciplina en las prisiones, ya que los reos, separados de la sociedad «por inadaptabilidad al medio», eran seres faltos de «estímulos de naturaleza ética». En esa ocasión propuso que la población penada fuese sometida a una legislación especial o que se le aplicara, en los casos de motines, rebeldías y evasiones, la dispuesta por el Ministerio de Guerra. Cfr. CADALSO, F. «Primer Congreso Penitenciario Nacional de Valencia. Sección segunda. Cuestiones penitenciarias. Tema cuarto. Disciplina en las prisiones», Madrid, Imprenta de José Góngora y Álvarez, 1909, pp. 13. Años después, por efecto de la mejora del sistema carcelario y por su encumbramiento en la administración, Cadalso desarrolló posturas más «humanitarias». Por ejemplo, en la sanción del código penitenciario de 1913, en la cual participó de manera muy activa, se especifi-

En su edición del jueves 16 de agosto, *La Época*, narraba que los penados del establecimiento vallisoletano, *en actitud de temible insubordinación*, se habían negado a tomar los alimentos, razón por la cual Cadalso había dado aviso al Gobernador Civil Juan Ávila Fernández, que junto a otras autoridades se presentó «aconsejando el orden a los reclusos y prometiéndoles atender sus quejas siempre que resultasen dignas de tenerse en consideración». La gestión del Gobernador no fue exitosa y la tensión fue *in crescendo*, por lo que se recurrió al uso de la fuerza, con el arribo de un piquete de la Guardia Civil, un escuadrón de Caballería y un batallón de Infantería (32).

La presencia militar operó como factor disuasivo, logrando que los reclusos depusieran su actitud y tomaran el rancho (33). En diálogo con las fuerzas del orden, los penados señalaron su descontento con Cadalso, puesto que lo acusaban de haber ordenado despinar una paliza a un confinado «tras de lo cual se lo encerró en un calabozo, desde donde tuvo que pasar a la enfermería» (34). Así, *La Época*

---

caron detalladamente los castigos que se podían aplicar –privación de comunicaciones orales y escritas, restricción de alimentos, retroceso en los períodos, reclusión en celda oscura, participación del Tribunal de Disciplina, etc.– y se prohibió expresamente toda clase de malos tratos a los reclusos. Finalmente, en su obra cumbre, publicada en 1922, señaló que el régimen de coerción y de rígida disciplina militar que había imperado en el antiguo ordenamiento sólo buscaba la sumisión y la extracción de utilidad al penado. Estas prácticas, sin embargo, habían sido sustituidas por «los métodos reformadores y pedagógicos para resignarle con su suerte y para lograr su enmienda. Los castigos de azotes, palos, argolla y mordaza, última manifestación de la barbarie medieval, que más conducían a la desesperación que al arrepentimiento... se remplaza[ron] por graduales correcciones». Cfr. CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, José Góngora Impresor, 1922.

(32) *La Dinastía*, 16 de agosto de 1888, pp. 3.

(33) *El Día*, 16 de agosto de 1888, pp. 2 y *La Dinastía*, 16 de agosto de 1888, p. 3.

(34) En 1907, el activista republicano José Nakens publicó un libro titulado *Mi paso por la cárcel*, en que compilaba una serie de relatos que habían aparecido en *El País*, sobre las condiciones vividas en la Cárcel Modelo de Madrid durante los años que cumplió condena por haber ocultado a un anarquista que atentó contra Alfonso XIII. El alegato era muy crítico de la situación carcelaria. Entre esos relatos, uno titulado «De acuerdo» refiere a la Prisión de Valladolid en el año 1888, y señala que en el establecimiento había un capataz llamado Bermejo, alias el Perrero, apadrinado por el Director del Penal [creemos que se refiere a Cadalso, pero el autor no lo afirma] que trataba de forma brutal a los reclusos. «Un domingo -narraba Nakens- empezó, como de costumbre, a empujar a los presos que iban a misa, y arre por aquí, palo por allá, dio uno de estos a un muchacho aragonés, llamado Gregorio Asín, de veinticuatro a veintiséis años de edad, y que sufría condena de veintiocho meses en causa seguida por la jurisdicción militar. El muchacho volvió la cabeza, le miró y nada dijo. Al salir de la misa repitióse la escena del arre y el palo, y entonces Gregorio, indignado de que lo trataran de aquel modo sin haber dado motivo alguno, sacó el pequeño corte de mondar patatas y araño la cara del Perrero, sin querer, como le dijo, causarle más daño. Una vez sujeto, avisóse al director, quien al llegar ordenó que cuatro cabos de la

señaló que cuando Cadalso salió a conversar con los reclusos fue recibido con «una silba espantosa y tuvo que retirarse» (35).

Poco después, *El Día* informó que Fermín Calbetón y Blanchón, Subsecretario de Gracia y Justicia, había visitado de imprevisto el establecimiento vallisoletano notando «varias irregularidades que revisten caracteres de delito y en que ya entienden los tribunales». También que había informado sobre «abusos relacionados con el rancho, la organización de los talleres y el destino de los penados» (36). Por su parte, *La Época*, publicó una carta de Cadalso en la que daba su versión de los hechos y los motivos por los que se había instruido proceso a los reclusos que participaron en la insubordinación. El diario señalaba que «...mucho celebramos que bajo el mando del actual director de dicha penitenciaría, Señor Cadalso, el presidio de Valladolid mejore en cuanto a su régimen y disciplina, pues bien lo había menester aquel correccional» (37).

#### IV. BALANCE DE LA GESTIÓN DE CADALSO

En Julio de 1890, Cadalso solicitó el traslado a Alcalá de Henares para dirigir los establecimientos penitenciarios de esa ciudad. Estuvo allí poco menos de un año cuando fue designado director de la cárcel

---

ronda molieran a palos al culpable, animándoles con sus palabras y tomando él mismo parte en la faena hasta que le dejaron en el suelo casi sin sentido. Recogieron entonces, y lo llevaron al calabozo denominado La Tribuna, desde donde no podían llegar a los presos los ayes de los que allí encerraban, por estar independiente de los demás departamentos. Ya dentro, fue Asíñ amarrado en blanca, poniéndosele también grillos y esposas además; no le dieron otra cama que el suelo, ni otro alimento que pan y agua. Cada dos o tres días entraban en el calabozo, de madrugada, cuatro o cinco individuos de la ronda, acompañados muchas veces del director, y le confortaban con unos varazos. De La Tribuna fue trasladado a otro calabozo titulado El Incorregible, muy húmedo; allí lo pusieron ya a media ración; y más tarde a una celda en el sitio llamado la Herrería Vieja, sin ventilación ni luz, manando agua (estaba a ocho o nueve metros, bajo el nivel del suelo), celda adonde alguna que otra vez bajaba el jefe en persona». Véase, NAKENS, J., *Mi paso por la cárcel*, Madrid, Centro Gráfico Artístico, 1907, pp. 34. Cabe señalar que no ha sido posible corroborar ninguna afirmación de Nakens puesto que no cita fuente alguna.

(35) Una mirada diferente sobre los hechos es la planteada por el Gobernador Civil de Valladolid, quien destacó que «...el Director Sr. Cadalso se presentó en el patio en que tales hechos ocurrían, dirigió la palabra a la población penal para que depusiese aquel ademán agresivo, y consiguió sofocar la rebelión y que no hubiera que lamentar más desgracias». Véase «Expediente Personal de Don Fernando Cadalso», *op. cit.*, pp. 33-34.

(36) *El Día*, 28 de agosto de 1888, pp. 3.

(37) *La Época*, 15 de septiembre de 1888, pp. 1.

más importante de España: la Modelo de Madrid. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el balance que podemos hacer de la labor de Cadalso en el establecimiento vallisoletano en el trienio 1887-1890.

Si dejamos de lado, por un momento, las denuncias sobre malos tratos propinados a los reclusos, puede afirmarse que su gestión fue exitosa puesto que redujo el número de la población penada (38); ordenó las exangües finanzas del presidio y fue elogiado por diversos actores sociales vallisoletanos (39). Es significativo también que sólo dos años después, en 1892, fue nombrado al frente de la modelo madrileña, lo que vendría a avalar nuestra argumentación (construida, se ha dicho ya, en base a fuentes provenientes del entorno del propio penitenciario).

En 1895, desde su influyente *Revista de las Prisiones*, Cadalso operó para evitar que la Dirección General de Prisiones cerrara el presidio vallisoletano, cuestión que ya se había planteado en anteriores ocasiones. Por ello, en una serie de artículos elogió al establecimiento: en primer lugar, por su ubicación, separado de la capital de Valladolid, para no molestar a la población, pero no muy distante de ella, en un «punto en que confluyen los trenes que ascienden y descienden por esta parte del país, circunstancias que desde luego y juntamente hacen

---

(38) Poco después de retirarse Cadalso del cargo, se realizó una subasta pública en el presidio vallisoletano para contratar el suministro de víveres de los confinados. En la licitación se daba cuenta de una población de 1047 penados lo que estaría indicando que el número se redujo en alrededor de 500, puesto que en la Memoria realizada al inicio de la gestión cadalsiana había más de 1500 reclusos. Cfr. «La Gaceta de Madrid», 23 de noviembre de 1890, núm. 327, pp. 626.

(39) Juan Ávila Fernández, Gobernador Civil de Valladolid y Presidente de la Junta Económica del penal, expuso que «al posesionarse de la Dirección de la Penitenciaría de esta capital D. Fernando Cadalso y Manzano.....se hallaba la Administración del establecimiento en un sensible estado de retraso y abandono, y debido al celo e inteligencia del citado funcionario....se han puesto al día las operaciones de contabilidad, personal y de administración, con sus correspondientes libros para la partida doble, hallándose al corriente las cuentas del Fondo de ahorros de los penados, estados de vestuario y calzado y nóminas de licenciados, rindiendo las cuentas con toda puntualidad en los períodos marcados por el Centro directivo». En la misma dirección afirmó que «la conducta moral y recta del Sr. Cadalso, y su asiduidad al desempeño del cargo, le han valido, de parte de las Autoridades de esta población y de las particulares, elogios, deferencias y atenciones, justamente merecidas». Por su parte, Rafael Bermejo y Ceballos Escalera, Secretario de Gobierno de la Audiencia Territorial de Valladolid y de la Junta Local de Prisiones, afirmó que Cadalso ha «desempeñado el expresado cargo a satisfacción completa de esta Junta, demostrando actividad y celo para el servicio e inteligencia y acierto, así como probidad para el desempeño de los asuntos, viendo con gusto el buen orden y disciplina que imprime en el régimen de la Prisión y la exactitud y claridad que reinan en la marcha administrativa, secundado eficazmente en todos los fines que la Junta se propone realizar en dicho penal». Véase la documentación citada en «Expediente Personal de D. Fernando Cadalso», *op. cit.*, pp.34 y ss.

que pueda con facilidad inspeccionarse por la Administración central». También resaltó la importancia de su edificación con «espacio suficiente para talleres, dormitorios y oficinas» y afirmó que si «...el trabajo fabril se organizara convenientemente, y se le diera la extensión a que se presta; y el agrícola, si quiere en más reducida escala, se implantase también, transformárase este Penal en un centro productivo de no pequeña importancia» (40). De esta manera, concluía esperanzado afirmando que «las ocupaciones intramuros, simultaneas con las labores de fuera, darían que hacer a toda la población reclusa; la industria interior facilitaría las herramientas y útiles precisos al cultivo de la huerta, y por distintos caminos se llegaría a iguales fines; al fin primordial de lograr la reforma del culpable y al secundario de obtener recursos económicos para que el establecimiento no fuera tan gravoso al Erario» (41).

---

(40) En esos artículos, Cadalso señaló las reformas que había realizado cuando fue Director del establecimiento. Por ejemplo, apuntó que lo había proveído de agua potable; que se había construido un crecido número de dormitorios para los reclusos, independientes de los talleres, enfermería, capilla y pabellones de los empleados y apuntaba que «...aquellos peligrosos y sucios dormitorios...han sufrido una transformación verdadera. Las paredes son las mismas, el número de ventanas igual y la capacidad de las habitaciones, idéntica. Pero las paredes sucias, muy sucias antes y por muchas partes agrietadas, hoy blanquean; las ventanas se han pintado, y sus repisas, medio destruidas no ha mucho, hoy se encuentran reparadas y en perfecto estado de conservación. El pavimento desigual, con viejísimos ladrillos, sólo a trozos colocados, hoy se ha embaldosado en unos locales y se ha entarimado en otros y el aseo que en el Establecimiento reina, ha quitado el repugnante aspecto que antes ofrecía y conseguido que en vez del mal olor propio de las habitaciones donde pernoctan centenares de reclusos, se note ese otro olor característico de una limpieza esmerada, que parece que los pulmones se ensanchan al respirar y que desde luego, tanto favorece a la salud y hace resaltar la higiene». También se habían realizado modificaciones en el sistema de comunicación con la creación de locutorios con rejas que evitaba la entrega de armas y objetos prohibidos. Además, se había construido «...un muro de ronda que todo lo circuye y una extensa huerta que mejora las condiciones higiénicas, y en la cual se hallan dependencias accesorias, pero importantísimas para el fin penitenciario, cuales son el Cuerpo de Guardia, la panadería y el Camposanto». Cadalso concluía afirmando que «...cuatro han sido los Jefes que han dirigido el Penal, incluyendo al actual, Sr. Nausa, que lleva en él cuatro años...lo más importante a mi objeto, lo más grato para mí, y lo que más interesa a los servicios, son las mejoras conseguidas, y las que pueden lograrse; que sean unos u otros funcionarios los que han realizado aquellos o los que consigan éstas, siempre resultará el hecho práctico de que la Administración penitenciaria se mejora y progresa, y siempre también redundará en prestigio de la colectividad que tiene a su cargo tan importante misión». Véase, CADALSO, F., *El penal de Valladolid, op. cit.*, pp. 590.

(41) CADALSO, F., *El penal de Valladolid*, 23 de Octubre de 1895, *op. cit.*, pp. 591.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este breve trabajo hemos intentado reconstruir la labor de Fernando Cadalso y Manzano como Director del Presidio de Valladolid en el trienio 1887-1890. Para ello, señalamos algunas características del establecimiento vallisoletano; la situación con la que se encontró Cadalso al asumir y las transformaciones que pudo llevar a cabo en ese breve período. Y ello en la esperanza de que este pequeño trabajo contribuya a despertar el interés en la historiografía jurídica y social por la realización de biografías de las/los reformadores penitenciarios españoles de las dos últimas centurias (42). Lamentablemente, hasta ahora, los estudiosos de la Historia y el Derecho han priorizado otros períodos, otros problemas y otros enfoques (43).

---

(42) Entre los penitenciarios y penitenciaristas españoles olvidados por la historiografía jurídica y social, cabe mencionar aquí, entre otros, a Álvaro Navarro de Palencia (Director de los Presidios de Córdoba, Valladolid, Santoña, Cádiz, del Reformatorio de Jóvenes de Alcalá de Henares y las prisiones celulares de Valencia, Barcelona, Madrid, Jefe Superior del Cuerpo de Prisiones, Inspector Central del Ramo y autor de escritos importantes); Gustavo Landrón Acosta (Director del Reformatorio de Adultos de Ocaña, Jefe Superior del Cuerpo de Prisiones, autor de numerosos trabajos sobre reforma penitenciaria); Simón García del Val (Director del Reformatorio de Alicante y del Cuerpo de Prisiones, produjo numerosos escritos sobre cárceles, libertad condicional, etc.), o Francisco Murcia Santamaría (Jefe Superior de Primera Clase del Cuerpo de Prisiones, Inspector Central del Cuerpo de Prisiones, Director de la Cárcel de Valencia). Sobre estos penitenciaristas –y muchos otros– los investigadores pueden encontrar abundante información en los archivos españoles así como en las revistas penitenciarias y periódicos de la época.

(43) En un trabajo reciente sobre el derrotero de la historiografía jurídica española, Álvarez Alonso ha señalado que los estudiosos se han impuesto una «tácita auto-limitación espacio-temporal... ya que los temas de la Restauración... y la II República... parecen considerarse tabúes». Cfr. ÁLVAREZ ALONSO, C., *La historiografía jurídica española reciente*, en SORDI, B. (a cura di), «Storia e Diritto. Esperienze a confronto. Atti del I incontro Internazionale di Studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini. Firenze, 18-19 Ottobre 2012». Milano, Giuffrè Editore, 2013, pp. 67.

# La videovigilancia penitenciaria: entre la afectación de derechos y la prevención de la tortura

MARCOS BARAS GONZÁLEZ

Jurista de II.PP.

## RESUMEN

*El presente artículo tiene por objeto el examen de la realidad de la videovigilancia penitenciaria, así como la legislación, la jurisprudencia aplicable y la doctrina de las agencias de protección de datos con competencia en la materia. Se procede a un estudio detallado de las normas de protección de datos del ordenamiento jurídico español, tanto interno como europeo, que son de aplicación a la captación de imágenes y sonidos en el interior de las prisiones. Se hace especial incidencia en los ficheros que resultan de este tipo de videovigilancia, los derechos subjetivos y principios jurídicos concurrentes, los cauces para hacer valer los mismos y los derechos humanos implicados tales como la intimidad, el honor y el acceso a la Justicia. Igualmente, se somete a examen la utilización de la videovigilancia penitenciaria como instrumento de garantía, para internos y empleados públicos penitenciarios, en cuanto a la prevención y persecución de la tortura y tratos inhumanos o degradantes y denuncias falsas por la comisión de delitos e infracciones administrativas.*

Palabras clave: Videovigilancia, protección de datos, derechos humanos, imagen, sonidos, ficheros, prisiones, tortura, intimidad, funcionarios públicos.

## ABSTRACT

*This research aims to test the reality of prison video surveillance and legislation, case law and doctrine of the data protection agencies with competence in the subject in Spain. We proceed to a detailed study of the data protection rules of Spanish law, both domestic and European, which apply to the acquisition of images and sounds inside prisons. Special emphasis is made on files that result from this type of surveillance, individual rights and competing legal principles and guarantees to enforce data protection. At the same time we study others human rights involved, such priva-*

*cy, honor and free access to justice. Also subjected to review the use of video surveillance security prison as a tool for public employees and prison inmates in the prevention and prosecution of torture and inhuman or degrading treatment and false accusations of committing crimes and administrative offenses*

Key words: *Video surveillance (CCTV), data protection, human rights, image, sounds, records, prisons, torture, privacy, civil servants.*

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión.–II. La videovigilancia penitenciaria desde el prisma de la protección de datos. II.1 Cuestiones preliminares. II.2 Legislación aplicable. II.3 El tratamiento de datos en base a la videovigilancia penitenciaria. II.3.A El fichero. II.3.B Derechos subjetivos concurrentes. II.3.C Principio de proporcionalidad, calidad, seguridad de los datos y *habeas data*.–III. La videovigilancia penitenciaria como instrumento de prevención de la tortura.–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La videovigilancia supone el empleo de cámaras, sean estas fijas o móviles, se registren o no las imágenes, con finalidades diversas. En la actualidad en España es prolijo el uso de la videovigilancia aplicada a la seguridad en todos los ámbitos de la sociedad (1), aunque no está del todo clara la efectividad de las mismas en relación con el coste material de los sistemas de videovigilancia y las serias repercusiones que tienen estos en el patrimonio jurídico de la persona (2). Pero cuando aplicamos la videovigilancia en el medio penitenciario para prevenir y perseguir el ataque a la integridad moral de los internados en centros penitenciarios, siempre con la premisa del estricto cumplimiento de la legalidad (3), concurren una serie de circunstancias que

(1) La proliferación de cámaras de seguridad es un hecho imparable, siendo estas valoradas en la mayoría de los casos favorablemente por la sociedad pues coadyuva a la sensación de seguridad del ciudadano. *Vid.* RALLO LOMBARTE, A., «La protección de datos en España. Análisis de actualidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, núm. 2, 2009, pp. 22 a 24.

(2) A este respecto puede consultarse CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La videovigilancia en las zonas públicas: su eficacia en la reducción de la delincuencia». *Boletín Criminológico*. Junio-julio de 2010, núm. 121 y MILLER, J., «Evaluación de la videovigilancia en Málaga: el diseño de un cuasi-experimento». *Boletín criminológico*, 2007, núm. 94, pp. 1 a 4.

(3) En el ámbito de las centros penitenciarios, aunque con indudables particularidades con respecto a la intimidad en la vida en libertad, que es el derecho más limitado después de la libertad por el ingreso en una prisión, es plenamente aplicable

nos llevan a una valoración positiva en cuanto a su empleo, diferente del uso de cámaras en las calles de nuestras ciudades que, como decimos, no es unánime el juicio que se hace sobre las mismas (4).

Pretendemos con estas líneas llamar la atención acerca de los derechos, como es la dignidad personal, la protección de datos y la intimidad personal, que se ven afectados de forma importante cuando se hace uso de la videovigilancia penitenciaria y la necesidad del cumplimiento escrupuloso del ordenamiento jurídico y, a la vez, de la utilidad de la misma para la ordenación de la vida en prisión, en especial para la prevención de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Por videovigilancia penitenciaria entendemos la vigilancia que se efectúa (5) con cámaras o videocámaras de personas físicas identificadas o identificables (6) en los establecimientos penitenciarios (7) dependientes de la Administración Civil, no incluyéndose en esta definición el perímetro de los mismos, cuya seguridad está a cargo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o de las Policías Autonómicas y no de la Administración Penitenciaria (8).

---

la idea de que es un problema nodal el establecimiento de garantías que protejan a los ciudadanos frente a la tecnología. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 345.

(4) Quizá la videovigilancia no resuelva problema alguno, pero origina muchos. Nadie puede afirmar que no hay atracos a las sucursales bancarias por la presencia en las mismas de cámaras de seguridad, en este sentido vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Videovigilancia: seguridad ciudadana y derechos humanos». *Claves de razón práctica*, núm. 89, 1999, p. 47.

(5) Huelga decir que no nos estamos refiriendo al control telemático de los penados que coadyuvan a la ejecución de penas como la localización permanente, las órdenes de alejamiento, medidas cautelares personales, etc. Al respecto puede consultarse, entre otros, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 10, 2005, pp. 51 a 86, y OTERO GONZÁLEZ, P., *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.

(6) Cfr. Artículo 1.1 de la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

(7) Para la legislación penitenciaria centro o establecimiento penitenciario será una «entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia». Estos deberán disponer de «servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermería, escuelas, bibliotecas, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos». Cfr. los artículos 7 y ss. de la LOGP y 10 y ss. del RP.

(8) *Vid.* artículo 63 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero).

La actividad penitenciaria tiene que desenvolverse con un escrupuloso respeto a la legalidad, sin posibilidad de excepción alguna, y con la consideración de seres humanos titulares de derechos a los privados de libertad. Esta condición no se pierde por el hecho de haber sido objeto de una sanción penal, sea o no privativa de libertad, por la comisión de un hecho delictivo. Por ello el apartado segundo del artículo 25 de la Constitución Española prescribe que los internos en centros penitenciarios gozarán de los derechos y libertades del Capítulo II de su Título Primero con las lógicas limitaciones que deriven del fallo condenatorio, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria. Entre estos derechos fundamentales está el derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución Española y del artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la interdicción de la tortura y trato o penas inhumanas o degradantes del artículo 15 de la Constitución y el 4 de la Carta. O como dice el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LOGP), la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena. La cárcel ha de ser el reino del Derecho, en donde el Estado de Derecho se muestra más evidente, ya que este ejerce en los centros penitenciarios un poder muy importante.

## II. LA VIDEOVIGILANCIA PENITENCIARIA DESDE EL PRISMA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

### II. 1 Cuestiones preliminares

Como es bien sabido, la protección de datos es el derecho fundamental de tercera generación que surge para proteger a los ciudadanos contra el mal uso de terceros de sus datos personales, especialmente tras el desarrollo de la informática, Internet y los medios técnicos de toma y difusión de imágenes. Así la evolución de la tecnología aplicada al tratamiento de la información, paralelamente a un beneficio para la sociedad, ha supuesto una nueva forma de afectar a los derechos de la persona (9). Por ello, este derecho fundamental que se con-

---

(9) En el mismo sentido DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., «Las comisiones de garantías de la videovigilancia». *Revista de Derecho Político*, 2007, núm. 68, pp. 213 y 222. En relación a los problemas que plantea el desarrollo tecnológico, puede consultarse, entre otras muchas obras, ARZOZ SANTISTEBAN, X., «Videovigilancia y

sagra en el artículo 18.4 de nuestra Constitución, ha sido desarrollado profusamente por la legislación y la jurisprudencia (10). De esta manera se ve necesaria la emancipación del derecho de protección de datos con respeto al derecho a la intimidad (11), la propia imagen, el derecho al honor y la confección del concepto de privacidad que excedería al de intimidad (12); derechos todos estos que tienen como denominador común la dignidad de la persona (13). Cualidad esta que no se pierde, como es lógico en un Estado de Derecho, por la privación de libertad impuesta por un juez o tribunal, antes al contrario, esta ha de ser garantizada por el propio Estado y sus instituciones. El fin es que la persona tenga control sobre sus datos de carácter personal, sean estos tratados por el Estado o por un particular. Estos datos no son únicamente los íntimos sino cualquier clase de dato personal que pudiere afectar a un derecho, sea o no fundamental.

Como ocurre en muchos ámbitos de la sociedad actual la tensión entre seguridad y libertad, ambos campos enormemente importantes para el desarrollo de la convivencia, se intenta resolver de distintas formas. En el interior de los centros penitenciarios, en los últimos años, se ha optado para el mantenimiento de la seguridad en los mismos por los sistemas de videovigilancia. Precisamente por tener que desarrollarse la privación de libertad impuesta por un órgano judicial en el marco jurídico del Estado de Derecho, entendemos procedente analizar el empleo de cámaras en las prisiones en España bajo el prisma de la legislación vigente.

Partiendo de la diferenciación de los tres derechos que se protegen en el artículo 18.1 de la Constitución relativos al honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, es necesario determinar desde un

---

derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2002, pp. 134 ss. y PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de los derechos humanos*. Aranzadi. Pamplona, 2006, pp. 31 y 32. En concreto para PÉREZ LUÑO, el crecimiento exponencial de la ciencia y la tecnología en la actualidad no ha ido paralela al debido desarrollo ético de la sociedad. Esta amenaza a las libertades se agudiza en relación al derecho a la intimidad. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, p. 345.

(10) Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 254/1993, 94/1998, 292/1999, 290/2000 y 292/2000.

(11) *Vid.* Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (*BOE* núm. 115, de 14 de mayo de 1982).

(12) Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, fundamento jurídico 4.º

(13) En este sentido OLIVER LALANA, D. El derecho fundamental «virtual» a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas. *La Ley*, año XXIII, núm. 5, 22 de julio de 2002, p. 4.

primer momento, aunque luego más adelante profundizaremos en el tema, cuándo la imagen entra en el ámbito de la protección de datos con una protección diferenciada. La imagen sólo queda bajo la regulación de protección de datos de carácter personal cuando se efectúa con estas actividades que facilitan su manipulación y sean incorporadas o que se pretende que sean incorporadas, a un «archivo estructurado que habilite el acceso a estos datos de carácter personal», pudiendo ser este automatizado o no. El actual estado de la técnica y del progreso informático posibilita la proliferación de sistemas que captan, reproducen y archivan las imágenes de personas identificadas o identificables. El propio Reglamento (14) de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (15) define al dato de carácter personal como «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables». De este modo será la incorporación a un fichero o la pretensión o posibilidad de incorporación y el sometimiento a tratamiento, la que determine la *competencia* del Derecho de Protección de Datos o del relativo a la propia imagen.

Creemos que la práctica en esta materia ha de estar ajustada a la legislación general de la Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante LOPD) y la regulación específica a nivel legal y reglamentario sobre la videovigilancia. Sorprende que sea público y notorio el uso de cámaras de seguridad en las prisiones pues tanto resoluciones de los Jueces de Vigilancia, como el Tribunal Constitucional y otras instituciones y organismos hacen referencia a las mismas (16) en sus

---

(14) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. *Vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Aspectos claves». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre de 2008, pp. 257 a 293.

(15) Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

(16) Puede consultarse por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 77/2008, de 7 de julio, que en recurso de amparo resuelve el caso que plantea un interno de una prisión en base a la tutela judicial efectiva para que pueda presentar en la Comisión Disciplinaria del centro como prueba de descarga la grabación de las cámaras de seguridad del interior de esta. Así mismo es interesante la consulta de: auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Zaragoza de 19 de noviembre de 1997 (Ministerio del Interior. *Jurisprudencia Penitenciaria 1997*, Madrid, 1999. P. 306); auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 2 de enero de 2001 (Ministerio del Interior. *Jurisprudencia Penitenciaria 2001-2002*, Madrid, mayo de 2003. Pp. 398 y 399); Sentencia 67/2006 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de septiembre de 2006 (Ministerio del Interior. *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*, Madrid,

escritos y documentos pero, a la vez, no se toma conciencia de los derechos que pueden verse implicados en su uso y la necesidad de ajustar el uso de la misma a la legislación (17).

## II.2 Legislación aplicable

Estimamos importante acotar, dentro de las normas de protección de datos, la legislación que es aplicable a la videovigilancia (18) en las prisiones. En primer término, el Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa, ratificado por España el 27 de enero de 1984 (*BOE* núm. 274 de 15 de noviembre de 1985), tiene como campo de aplicación los ficheros y «los tratamientos automatizados de datos de carácter personal en los sectores públicos y privados». El Acuerdo de Schengen de 1985 (*BOE* núm. 181, de 30 de junio de 1991), aunque no tiene un contenido específico relativo a la protección de datos, sí

---

junio de 2007. P. 335); sentencia 81/10 del Juzgado de lo Penal Único de Palencia de 30 de abril de 2010 (Ministerio del Interior. *Jurisprudencia Penitenciaria 2010*. Madrid, 2010. Pp. 417 y 418). También se hacen referencia a las cámaras de seguridad en los informes del Defensor del Pueblo, por ejemplo Defensor del Pueblo. *Informe anual 2009 y debate en las Cortes Generales*. Madrid, 2010, p. 229. Mención aparte merecen los informes del Defensor del Pueblo en cuanto Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en los que hay un importantísimo estudio del empleo de los sistemas de videovigilancia. Así en el propio informe de 2010, en su página 18 destaca que aplicando un método de trabajo dirigido a detectar problemas se da especial importancia a materias tales como la videovigilancia (Defensor del Pueblo. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011).

Igualmente a propósito del proyecto de sustitución parcial de funcionarios de prisiones por vigilantes privados de seguridad se hace referencia por parte de un alto cargo del Ministerio del Interior al empleo de la videovigilancia penitenciaria que estarían controladas por estos últimos. *Vid.* Diario El País (28 de junio de 2012). *Interior plantea sustituir funcionarios de prisiones por vigilantes privados* (en línea). Consulta: 2 de agosto de 2012. Disponible en Web: [http://politica.elpais.com/politica/2012/06/28/actualidad/1340902553\\_444856.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/06/28/actualidad/1340902553_444856.html)

(17) Compartimos con AGUSTINA SANLLENÍ la idea de que la actividad de control ha de ser transparente y que la expectativa de visibilidad ha de permitir un mínimo de intimidad, siendo cuestionable la «observación oculta». *Vid.* Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de videovigilancia, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 11, 2009, pp. 37 a 41. Se han de implantar las garantías suficientes para que la vigilancia electrónica no sea «un instrumento deshumanizado de represión», *vid.* GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *op. cit.*, p. 53.

(18) Un completo estudio del concreto marco jurídico de la videovigilancia puede consultarse en ABA CATOIRA, A., «La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 15 y siguientes.

contiene normas referentes al flujo transfronterizo de normas de carácter personal ya que la supresión de fronteras puede coadyuvar al desarrollo de cierto tipo de criminalidad en Europa; pero en base a esto no es de aplicación, en principio, a la videovigilancia penitenciaria. La Ley Orgánica 4/1997 que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tiene como objeto la prevención, mediante el empleo de videocámaras fijas o móviles, de actos delictivos particularmente cuando ocurran en espacios abiertos al público, vías y espacios públicos (19). Por lo tanto la misma no será aplicable a la videovigilancia en las prisiones pues no son espacios abiertos al público y la Administración Penitenciaria no es Cuerpo o Fuerza de Seguridad (20). La calificación de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado nos la da el artículo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que establece como tales a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno de la nación, a los Cuerpos policiales dependientes de la Comunidades Autónomas y los dependientes de la Corporaciones Locales; en ningún caso lo son los funcionarios de Instituciones Penitenciarias (21).

Las normas penitenciarias referentes a la protección de datos no hacen referencia alguna a la videovigilancia. La Exposición de Motivos del Real Decreto por el que se aprueba el vigente Reglamento Penitenciario (en adelante RP) destaca la incorporación de una nueva regulación de materias que afectan a la intimidad de los reclusos como la protección de datos de carácter personal y la comunicación con los abogados defensores. Los artículos 6 a 9 del Reglamento Penitenciario (22) no se redactan en base a la vigente Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos sino a la derogada Ley Orgánica 5/1992 vigente en ese momento, que sólo se refería al tratamiento automatizado. Estos suponen una concreción en el ámbito penitenciario de las normas de protección de datos,

---

(19) Esta norma pretende la implantación de videovigilancia en lugares de tránsito público con el objeto de afianzar la seguridad y la libertad, pero cabe plantearse la relación coste-beneficio de estos sistemas en el patrimonio jurídico de las persona. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Videovigilancia: seguridad ciudadana y derechos humanos», *Claves de razón práctica*, núm. 89, 1999, p. 41.

(20) En relación al ámbito de aplicación de esta ley *vid.* ULL SALCEDO, M. V., «Derecho a la intimidad como límite a la videovigilancia», *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 63, 2005, pp. 183 a 186.

(21) A este respecto resulta esclarecedora la Consulta 3/1986, de 1 de diciembre de la Fiscalía General del Estado (Memoria FGE, 1987, pp. 349 y siguientes), sobre reconocimiento de los derechos y garantías procesales de todo detenido a los reclusos en Centros Penitenciarios autores de faltas disciplinarias que puedan constituir infracciones delictivas.

(22) Artículo 6 modificado por Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo.

a nuestro juicio muy insuficientes, que por supuesto ceden en caso de contradicción con lo dispuesto por la Ley Orgánica y en las normas derivadas de esta e incluso, por el efecto directo de las directivas y Decisiones marco (23), ante estas. En ellas se hace referencia a la limitación del uso de la informática en materia penitenciaria; a la recogida y cesión de datos de carácter personal; a los datos penitenciarios especialmente protegidos y a la rectificación y conservación de datos.

La directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de personas físicas (24) no es aplicable al tratamiento que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal (25). A la vista de esta exclusión surge la duda de si a la Administración Penitenciaria le sería aplicable, o bien esta exención tiene como frontera el fallo condenatorio, pues la ejecución penal tiene un doble carácter administrativo y judicial, correspondiéndole ésta a Instituciones Penitenciarias, al juez o tribunal sentenciador y al Juez de Vigilancia Penitenciaria. No cabe duda de que la LOPD sí es de aplicación a materias del ámbito penal pues no hay en esta, aunque sea la transposición al Derecho español de la directiva 95/46/CE, la exclusión expresa que comentamos. La Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, no es de aplicación al tratamiento de datos personales relativos a la defensa o la seguridad de los Estados. Pero, en principio, tampoco sería aplicable a la videovigilancia penitenciaria dado que esta tiene ámbito de aplicación cuando se transmitan datos penales entre Estados miembros, cuando se transmitan por parte de los Estados miembros a autoridades o sistemas de información creados por la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal, o bien, cuando estas mismas autoridades o sistemas de información los transmitan a los Estados miembros (26). Es decir, no sería

---

(23) En relación al eventual efecto directo de las Decisiones marco ha de consultarse la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 2005, caso *Maria Pupino*, C-8209;105/03.

(24) En la actualidad existe una iniciativa de reforma de esta directiva por medio de la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (Reglamento General de Protección de Datos): COM(2012) 11 final, 2012/0011 (COD).

(25) *Vid.* artículo 3.2 de la directiva 95/46.

(26) Por el contrario, la propuesta de directiva que según el proyecto deroga la Decisión marco 2008/977/JAI, sí sería de aplicación a la protección de datos de personas físicas en el ámbito penal incluso cuando es materia de competencia nacional. En

una norma de aplicación o de necesaria transposición en el ámbito estrictamente interno como entendemos que es la videovigilancia en las prisiones, cuyos ficheros no están destinados en principio a ningún tipo de transferencia internacional; aunque no debe ser desdeñado la influencia que pueda ejercer esta Decisión marco en la protección de datos en ámbitos aunque no sean estrictamente los de su campo de aplicación, ya que en España son pocos los preceptos y normas de protección de datos en materia penal.

La Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento de desarrollo son de aplicación a «los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado (27)». Estas dos normas no son aplicables a los ficheros realizados o mantenidos por personas físicas en el ámbito de su vida privada o familiar; los relativos a materias clasificadas y los «establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada». Sólo tienen un régimen específico las normas que hagan referencia a los ficheros relativos al régimen electoral general, los que tengan fines exclusivamente estadísticos, los del régimen del personal de las Fuerzas Armadas, el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y las imágenes y sonidos obtenidos por videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Por ello, ambas normas, Ley Orgánica y Reglamento de desarrollo, sí son aplicables a la videovigilancia penitenciaria que analizamos. Quizá, y como veremos seguidamente, la videovigilancia penitenciaria esté necesitada de algún tipo de regulación específica por las especiales características que supone el cumplimiento de una pena privativa de libertad, de la relación de sujeción especial que se deriva de esta y los derechos subjetivos implicados, entre los que se encuentran derechos fundamentales.

Finalmente hemos de apuntar la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, publicada en el *BOE* de 12 de diciembre de 2006 (28), en la que puede subsumirse la videovigilancia

---

este sentido *vid.* Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos (COM/2012/7010 final-2012/1110 (COD).

(27) Artículo 2 LOPD.

(28) Consúltese también la Instrucción 1/2009, de 10 de febrero, sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia de la Agencia Catalana de Protección de Datos.

penitenciaria dado que la ejecución de la legislación penitenciaria corresponde a la Administración General del Estado excepto en Cataluña. El ámbito de aplicación de la disposición de la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) es el «tratamiento de datos personales de imágenes de personas físicas identificadas o identificables, con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras y videocámaras. El tratamiento objeto de esta Instrucción comprende la grabación, captación, transmisión, conservación, y almacenamiento de imágenes, incluida su reproducción o emisión en tiempo real, así como el tratamiento que resulte de los datos personales relacionados con aquéllas», por lo que entendemos es aplicable a la vigilancia mediante cámaras en los centros penitenciarios españoles. En esta se destaca la necesidad de adecuar este tipo de vigilancia al derecho fundamental de protección de datos, no siendo incompatible la seguridad mediante cámaras «con el derecho fundamental a la protección de la imagen como dato personal», debiéndose respetar los principios de proporcionalidad utilizándose los medios menos intrusivos para la vigilancia que se pretende (29).

### II.3 El tratamiento de datos en base a la videovigilancia penitenciaria

Dato de carácter personal es todo tipo de información que identifique a una persona, ya sea numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier tipo que afecte a una persona identificada o identificable (30). Ahora bien, la imagen, como ya hemos apuntado, que puede o no ser un dato personal, es la representación de la figura humana siendo el principal signo de identificación personal. El derecho a la propia imagen, que no es concepto general de imagen pública, protege al sujeto de la captación y reproducción de la imagen física de una persona por cualquier tipo de medio, pudiéndose producir una lesión al derecho a la propia imagen, sin que afecte al honor o a la intimidad (31). Avanzando en el razonamiento, podemos determinar que la imagen, para que

---

(29) El propio Reglamento Penitenciario recoge una idea análoga en materia de seguridad interior, pues en su artículo 71, orienta la misma en el sentido de que las medidas de seguridad habrán de regirse «por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales [...]».

(30) Artículo 5.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

(31) REBOLLO DELGADO, L. «La imagen como dato», *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* (2009), pp. 180, 182, 183 y 184.

adquiera la calificación de dato y entre en la órbita del derecho de protección de datos, ha de estar sometida a algún tipo de operación o tratamiento sea éste automatizado o no, tiene que estar disponible en un fichero y que haga referencia a una persona identificada o identificable. Es decir, tenemos que estar ante datos de carácter personal, un fichero y un tratamiento (32). En la videovigilancia, excepto en el caso de la motorización, que seguidamente veremos, siempre concurre la imagen como dato, independientemente de que pudieran verse dañados otros derechos del artículo 18 de la Constitución. En la imagen como dato se quiere proteger el uso de la misma únicamente en los casos que se esté habilitado por la legislación vigente.

Por ello, de la LOPD querríamos destacar ahora tres puntos. En primer lugar, el concepto de fichero que se establece como «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso»; el concepto de tratamiento de datos: «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias», que se recogen en su artículo 3. Y, finalmente, el derecho que se tipifica en el artículo 13, muy destacable en el ámbito penitenciario que elimina, a nuestro juicio, la posibilidad de que exista una prisión gestionada exclusivamente por videovigilancia y que se reitera en el artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario (33). En este precepto se establece que no se podrán adoptar decisiones sobre las personas basadas exclusivamente en el perfil obtenido por el tratamiento automatizado de datos de carácter personal destinados a evaluar aspectos de su personalidad.

### II. 3. A EL FICHERO

En la misma Ley Orgánica, en sus artículos 20 a 24 y en el 46, en lo que respecta a los ficheros de titularidad pública en los que correspondería incluir los ficheros de videovigilancia de las prisiones en España, se prescriben una serie de requisitos, de los que son responsables de su cumplimiento las Administraciones Públicas (34), para su

(32) En el mismo sentido REBOLLO DELGADO, L., *op. cit.*, p. 200.

(33) La tecnología puede incluso hacer «más misteriosa e irresponsable» las directrices gubernamentales, eliminando así la posibilidad de crítica y el acudir a medidas alternativas. PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, p. 347.

(34) Las Administraciones Públicas por prescripción constitucional han de actuar siempre, gestionando y fomentando el interés general, sometidas al ordena-

creación con el objeto de igualar derechos y potestades de las Administraciones y los ciudadanos (35). Entre estos destacamos la necesidad de notificación e inscripción registral, ya que la creación, modificación o supresión de un fichero de titularidad pública tiene que hacerse por medio de una disposición general que debe ser publicada en el *BOE* o diario oficial establecido. En esta disposición se tiene que recoger imperativamente: la finalidad del fichero y los usos previstos; las personas o colectivos titulares de los datos; procedimiento de recogida; estructura del fichero y datos incluidos; cesiones y transferencias internacionales de datos previstas; órganos de las Administraciones responsables del fichero, que en nuestro caso sería la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias; servicios o unidades para ejercitar derechos y las medidas de seguridad (36).

Cumpliendo estas previsiones el Ministerio del Interior, mediante el *BOE* de 13 de mayo de 2011, modificado por *BOE* de 17 de mayo de 2012, publica la Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior, no encontrándose en esta, ni en ninguna otra norma (37), salvo error u omisión por nuestra parte, la creación de un fichero de videovigilancia penitenciaria en el que estuviere incluido la que se efectúa con cámaras en el interior de las prisiones en el acceso a la mismas (38). Sólo encontramos en esta disposición el Fichero de

---

miento jurídico. En concreto en el ámbito de la Protección de Datos, esta obligación se constata en la Ley Orgánica 15/1999 en varias disposiciones de su regulación tales como exclusión de algunos ficheros del régimen general, la no necesidad del consentimiento del afectado para tratar y ceder datos en algunos casos, excepciones a los derechos de los afectados, un régimen de infracciones, etc. *Vid.* RODRÍGUEZ PALENCIA, A. La protección de datos en el ámbito de la relación jurídico-administrativa, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 19, 2009, p. 371.

(35) La utilización de cámaras como sistemas de videovigilancia para la captación de imágenes y sonidos puede ser ilegal si no se cumplen los requisitos exigidos, en especial si su empleo no tiene justificación suficiente. ABA CATOIRA, A., *op. cit.*, pp. 14 a 15.

(36) En el mismo sentido en relación a los requisitos exigidos a los ficheros de naturaleza pública *vid.* ABA CATOIRA, A., *op. cit.*, pp. 33 y 35.

(37) La LOPD dispone como infracción grave la creación de ficheros de titularidad pública o iniciar la recogida de datos personales sin autorización de disposición general publicada en el *BOE*.

(38) El tratamiento automatizado, incorporado a ficheros informáticos, de datos puede ser un importante instrumento de control social y de presión. Por ello, cabe perfectamente plantearnos: ¿quién vigila al vigilante, al que nos vigila? y ¿qué se pretende en realidad con la videovigilancia en general y con la penitenciaria, en especial?, en este sentido *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. Videovigilancia: seguridad ciudadana y derechos humanos, *Claves de razón práctica*, núm. 89, 1999, p. 42.

«Control de acceso y vigilancia del edificio sede de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias» (39). Ejemplo de buena práctica y

(39) «23. Fichero: El control de acceso y vigilancia del edificio sede de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

a) Identificación del fichero o tratamiento, indicando su denominación, así como la descripción de su finalidad y usos previstos:

a.1) Identificación del fichero: El control de acceso y vigilancia del edificio sede de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

a.2) Finalidad: Registro de imágenes obtenidas de las grabaciones efectuadas para el control y vigilancia a la hora de acceder al edificio sede de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

a.3) Usos previstos: Video vigilancia y seguridad.

b) Origen de los datos, indicando el colectivo de personas sobre los que se pretende obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos, el procedimiento de recogida de los datos y su procedencia:

b.1) Colectivo: Personas que accedan al edificio.

b.2) Procedencia y procedimiento de recogida: Las imágenes son captadas y grabadas por las cámaras y videocámaras de seguridad instaladas en el edificio sede de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. La encargada del tratamiento de las imágenes captadas será la empresa de seguridad que en cada momento preste servicios de vigilancia en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, mediante condición prevista en contrato.

c) Estructura básica del fichero mediante la descripción detallada de los datos identificativos, y en su caso, de los datos especialmente protegidos, así como de las restantes categorías de datos de carácter personal incluidas en el mismo y el sistema de tratamiento utilizado en su organización:

c.1) Descripción de los datos: Al margen de que en principio puedan recogerse la totalidad de las imágenes obtenidas a través de los sistemas de video vigilancia captadas por las cámaras de seguridad instaladas en el edificio, únicamente se guardarán las imágenes de personas y colectivos sobre las que se inicie algún procedimiento sancionador penal, administrativo o disciplinario, así como del espacio en que se han obtenido y, en su caso, los datos referentes a la identidad de las personas o colectivos a quienes correspondan las imágenes (nombre, apellidos, edad, Documento Nacional de Identidad, domicilio, etcétera).

c.2) Sistema de tratamiento: Automatizado.

d) Comunicaciones de datos previstas, indicando en su caso, los destinatarios o categorías de destinatarios: A las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de cara al cumplimiento de las funciones previstas en los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

e) Transferencias internacionales de datos previstas a terceros países, con indicación, en su caso, de los países de destino de los datos: No se tiene previsto efectuar transferencias internacionales de datos.

f) Órgano responsable del fichero: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

g) Servicio o Unidad ante el que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, c/ Alcalá, 38-40, 28004 Madrid.

h) Nivel básico, medio o alto de seguridad que resulte exigible: Básico.»

cumplimiento de la legalidad en cuanto videovigilancia en una prisión encontramos la Orden DEF/1988/2012, de 13 de septiembre, por la que se crean los ficheros de datos de carácter personal del Establecimiento Penitenciario Militar (40) de Alcalá de Henares (BOE de 21 de septiembre de 2012), cuyo fichero 31 se titula «Fichero de Video-vigilancia del EPM de Alcalá». Recordemos que los establecimientos penales militares no son competencia de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, dependientes del Ministerio del Interior, sino del Ministerio de Defensa (41). También es distinto el caso de la vigilancia externa que a diferencia de la interna, está a cargo de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (42), que tendrían en principio una

---

(40) Un completo estudio sobre el Derecho Penitenciario Militar se hace en SERRANO PATIÑO, J. V. *El Sistema Penitenciario Militar Español*. Premio Nacional Victoria Kent, año 2012 (2.º accésit). Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2012.

(41) «31. Fichero de Video-vigilancia del EPM de Alcalá

a) Finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo: Preservar la seguridad de las instalaciones, de la documentación y del personal durante su estancia en el EPM de Alcalá mediante el control perimetral, control de accesos a edificios y control de las zonas comunes. Investigación de posibles delitos o infracciones administrativas que deban ser puestas en conocimiento de la autoridad judicial o administrativa.

b) Personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos: Personal militar destinado. Personal civil trabajador. Proveedores. Representantes legales. Internos. Personal militar y civil visitante.

c) Procedimiento de recogida de los datos de carácter personal: El propio interesado.

d) Estructura básica del fichero y descripción de los datos de carácter personal incluidos en el mismo: Fichero de estructura de base de datos.

Descripción de los tipos de datos:

1.º Identificativos: Imagen.

Sistema de tratamiento: Automatizado.

e) Cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros: Autoridades judiciales de la Jurisdicción Militar y Ordinaria y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando lo soliciten. Autoridades administrativas con competencia en resolución de expedientes cuando sea solicitado.

f) Órgano de la Administración responsable de fichero: Establecimiento Penitenciario Militar de Alcalá de Henares.

g) Servicios o unidades ante los que se pueden ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición: Establecimiento Penitenciario Militar Alcalá de Henares. Carretera de Meco, km 2,800, 28805 Alcalá de Henares.

h) Medidas de seguridad con indicación del nivel exigible: Nivel alto».

(42) Por la Orden INT/1202/2011, el Ministerio del Interior establece el Fichero: Videovigilancia que tiene como finalidad la seguridad de los acuartelamientos de la Guardia Civil y de los edificios, bases, instalaciones y centros vigilados por la Guardia Civil, no haciéndose mención de la videovigilancia de los centros penitenciarios. *Vid.* pp. 48861 del BOE de 13 de mayo de 2011. Sí encontramos en la mencio-

regulación diferente que no competiría a la Administración Penitenciaria (43).

En relación con el concepto de fichero es necesario delimitar dentro de la videovigilancia la monitorización (44), ya que la existencia de cámaras no siempre significa que se estén registrando las imágenes. Así este primer tipo consistiría en la reproducción de imágenes en tiempo real sin que quede copia y sin que la imagen pueda ser tratada; a diferencia de las imágenes captadas mediante dispositivos de videovigilancia que se graban y que sí pueden ser tratadas. La monitorización no significa que su utilización quede totalmente *silvestre* sino que está sujeta a ciertos requisitos como la indicación de la toma de imágenes mediante los carteles apropiados a tal efecto (45). Por ello, no se considera fichero el tratamiento consistente exclusivamente en la reproducción o emisión de imágenes en tiempo real. Pero la captación de imágenes en tiempo real, sin almacenamiento, está sujeta a la LOPD y su Reglamento. La Instrucción 1/2006 al respecto entiende que no existe fichero y dispensa únicamente de la obligación de declaración e inscripción previa: del resto de obligaciones no hay exención alguna. A salvo, claro está, de alguna especialidad en cuanto a los derechos de los artículos 15 y siguientes de la LOPD, porque lógicamente si no hay imágenes almacenadas, por ejemplo, no se puede ejercer un derecho de acceso sobre unas imágenes que ya no existen. Es decir, puede haber «tratamiento» sin fichero, siendo este caso también aplicable la LOPD. La vigilancia mediante cámaras que se hace en el interior de los centros penitenciarios pertenecería a ambos tipos (46), por lo que el segundo grupo, las imágenes y sonidos obteni-

---

nada Orden el fichero COSEIN con la finalidad de gestión de la seguridad y control de acceso a los acuartelamientos, bases, centros y edificios de la Guardia Civil o don de preste servicio de seguridad la Guardia Civil y realice el control de acceso, mediante identificación de las personas y vehículos, como sería el caso de las prisiones, pero en el que no se hace referencia el empleo de videovigilancia.

(43) En base al artículo 63 del Reglamento Penitenciario la seguridad exterior de los establecimientos penitenciarios corresponde a la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas. Por el contrario, de la seguridad interior de las prisiones se encargan, salvo el excepcional caso de la disposición final primera de la LOGP, a los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias (art. 64 RP).

(44) El Defensor del Pueblo a estos dos sistemas les denominó videograbación y videovigilancia a lo que nosotros hemos denominado videovigilancia y monitorización respectivamente. *Vid.* Defensor del Pueblo. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011. P. 201.

(45) Cfr. REBOLLO DELGADO, L., *op. cit.*, pp. 190 a 192.

(46) A este respecto el Defensor del Pueblo. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011. P. 140, destaca: «Por lo que respecta a la videovigilancia, mientras los CP modernos disponen de este sistema

dos mediante las cámaras que graban y que quedan registradas durante más o menos tiempo, efectivamente entraría dentro del concepto de fichero.

### II.3.B DERECHOS SUBJETIVOS CONCURRENTES

A nadie escapa que el derecho a la intimidad tiene que verse indefectiblemente limitado por el ingreso de una persona, en calidad de penado o preventivo, en una prisión; es algo inherente a la privación de libertad (47). Pero de la misma manera que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto, tampoco las limitaciones a estos pueden ser infinitas. El arrebatar al interno todo atisbo de intimidad equivaldría a privarlo de toda dignidad personal (48). Por ello el propio Reglamento Penitenciario garantiza el derecho a la intimidad justo después del derecho a la dignidad en su artículo 4.2.b.

En materia de videovigilancia la intimidad de las personas privadas de libertad la encontramos en una primera instancia en las celdas. Aunque el sistema penitenciario español debería estar basado en la celda individual según lo prescrito por la propia LOGP, en su artículo 19 y en el 13 del Reglamento Penitenciario, el incumplimiento de este principio se justifica por el exceso de población penitenciaria; lo cual no es óbice para que la celda tenga cierto paralelismo con el concepto de vivienda

---

en los comedores, salas de ocio, patios, pasillos generales, pasillos de los módulos, talleres, polideportivo y zona sociocultural, pero no en celdas, salas de visitas o dependencias de filiación y registro personal; los más antiguos presentan una situación heterogénea y con un menor despliegue de este tipo de dispositivos –excluidas las zonas perimetrales–, que a veces cuentan con sistemas obsoletos y que, además, no están siempre enteramente operativos. Asimismo, las prisiones modernas disponen de la posibilidad de efectuar grabaciones, bien a demanda o continuadas, lo que resulta infrecuente en las más antiguas».

(47) Un completo estudio del derecho a la intimidad en las prisiones y de los derechos fundamentales en estas puede consultarse en REVIRIEGO PICÓN, F. y CESANO, J. D. *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Editorial B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2010. Para PÉREZ LUÑO en las sociedades modernas los ordenadores electrónicos se han convertido en el nuevo Leviatán de HOBBS. *Op. cit.*, p. 349.

(48) Hemos de tener presente que el interno en un centro penitenciario está en buena medida en una situación de vulnerabilidad y se encuentra en peor posición que la persona libre para defender sus derechos. Esta situación se agudiza, entendemos, cuando nos referimos de materias de difícil comprensión jurídica como es el derecho fundamental a la protección de datos, siendo este menos consciente de la información que tiene o no que suministrar a la Administración Penitenciaria y los derechos y potestades que tiene para hacerlos valer en virtud de su patrimonio jurídico. Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, C. La protección de datos personales de las personas vulnerables, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 2009, p. 215.

aunque nunca de la misma manera garantizado desde el punto de vista constitucional. No estimamos proporcional la toma de imágenes en las celdas (49), no estando justificada la grabación basándolo en necesidad de seguridad o buen orden; tampoco en las zonas de aseos o vestuarios, salvo autorización judicial en el caso de un procedimiento penal y en determinadas circunstancias. Igualmente en el supuesto de comunicaciones y visitas de los artículos 51 y 53 de la LOGP hay un derecho a la intimidad que salvo por motivos de seguridad muy justificados, no pueden ser intervenidas. Para el Tribunal Constitucional (50) se considera ilegítimo y degradante, como violación de la intimidad, las medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere. Bajo nuestro punto de vista la captación de imágenes en estos lugares y circunstancias, además de afectar al derecho fundamental de protección de datos, sería contrario al derecho a la intimidad, independientemente de otras eventuales violaciones como pudiera ser la captación de imágenes en las comunicaciones del interno con su abogado, con el Juez o Fiscal de Vigilancia, o ministros de culto que también podría suponer una eventual contravención de otros derechos fundamentales. Corrobora esta idea la propia LOPD que en su primer precepto destaca que tiene por objeto «garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar».

Según el artículo 5 de la Instrucción 1/2006 para el ejercicio de los derechos, denominados ARCO (51), de los artículos 15 y siguientes de la LOPD el afectado ha de remitir al responsable del tratamiento una solicitud en la que conste su identidad y una imagen actualizada. Hay en la LOPD una limitación de los derechos de acceso, rectificación o cancelación con respecto a ciertos ficheros de titularidad pública, que podría afectar en ciertos casos a la videovigilancia en el interior de las prisiones, ya que estos derechos están limitados cuando de los ficheros «pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando» (52). Pero incluso en estos casos, de ser denegado el ejercicio de estos derechos

---

(49) Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 16/06/00 (Ministerio del Interior. *Jurisprudencia Penitenciaria 1999-2000*, Madrid, mayo de 2010. P. 641.

(50) Vid. STC 89/1987, de 3 de junio.

(51) Como ya se conoce, bajo esta denominación se incluirían los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el ámbito de la protección de datos.

(52) Vid. artículo 23 LOPD.

el interesado puede poner en conocimiento del Director de la Agencia Española de Protección de Datos u organismo análogo autonómico (53) esta denegación o limitación, con el objeto de que compruebe la procedencia o no de la misma. De poder derivarse algún tipo de responsabilidad penal (54) o disciplinaria, en el caso de las imágenes captadas en las prisiones, tanto para internos como para empleados, creemos que estas se deberán poner inmediatamente a disposición de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones penales si fueran procedentes. Igualmente, en determinados casos entendemos que ciertas imágenes han de ser facilitadas de oficio por la propia prisión al Juez de Vigilancia Penitenciaria o a instancia de este dado que pueden llegar a tener fuerza probatoria.

La habilitación legal de la Administración Penitenciaria para la toma de imágenes en los centros penitenciarios, sin ser necesario el consentimiento de los afectados, lo encontramos en el artículo 6.2 de la propia LOPD, que establece que no es necesario el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias (55). Nos encontramos en el caso de los centros penitenciarios del ejercicio de funciones públicas de soberanía. La no necesidad del consentimiento de los afectados no exime de la obliga-

---

(53) Recuérdese la transferencia en la gestión de las cárceles a la Comunidad Autónoma de Cataluña en 1983 (Real Decreto 3482/1983, de 29 de diciembre, sobre traspaso de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria), en base al artículo 149.1.6 de la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En relación a la incidencia de las Comunidades Autónomas en la regulación de la videovigilancia en referencia a la Ley Orgánica 4/1997 por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos, puede consultarse PADRÓS REIG, C. «Videovigilancia y Estado Autonómico. Comentario a propósito de la actividad normativa de despliegue de la Ley Orgánica 4/1997», *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, pp. 465 a 488.

(54) En relación al valor probatorio de las grabaciones puede consultarse, entre otros: CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO. «Valor probatorio de las grabaciones video-gráficas y fonográficas en el proceso penal». *Diario La Ley*, núm. 7674, año XXXII y NAVAJAS RAMOS, L., «La prueba videográfica en el proceso penal: su valor y límites para su obtención». *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 12. 1998, pp. 147 a 149.

(55) No obstante, existir habilitación legal y no ser necesario el consentimiento previo, es necesario un «corpus sistemático» que vincule a las organizaciones a incorporar materias y cuestiones relativas a la protección de datos «en la fase de diseño inicial de sus acciones y decisiones». En el mismo sentido MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. «El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Aspectos claves». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre de 2008, pp. 263 y 264.

ción de información del tratamiento de datos a todas las personas que se pudieran encontrar en un centro penitenciario, incluidos por supuesto las personas que cumplen condena en los mismos. Por ello creemos que la Administración Penitenciaria debe colocar en las zonas videovigiladas, al menos un distintivo informativo (56) ubicado en lugar suficientemente visible, sean estos espacios abiertos o cerrados. La Instrucción 1/2006, en lo que respecta a esta información sólo obliga a que se coloque al menos un distintivo informativo en lugar suficientemente visible, tanto en espacios abiertos como cerrados y no una indicación expresa de la ubicación de las cámaras. En relación a este deber de información y dadas las especiales características de un centro penitenciario, son varios los momentos en que se ha de poner en conocimiento del interno el régimen de vida al que queda sometido y las características de la comunidad en la que se integra (57). Así al ingresar una persona en calidad de penado o preventivo en una prisión, según el artículo 21 del Reglamento Penitenciario, tiene que ser informada de sus derechos y obligaciones. Entendemos que es un momento propicio para la puesta en conocimiento de que los centros penitenciarios cuentan con sistemas de videovigilancia, lo que esto supone y ante quién se pueden ejercer y cómo sus derechos. De la misma forma el Jurista del centro, que tiene como una de sus misiones y razón de ser el informar al privado de libertad de su situación penal, procesal y penitenciaria, debe resolver toda duda de este al respecto y, en su caso, asesorarle para el ejercicio de derechos tales como los de acceso, rectificación, oposición, olvido, etc., con respecto a los datos captados por los sistemas de videovigilancia (58).

Al respecto ha de tenerse presente que los internos y el personal penitenciario y visitas no acceden por el mismo lugar a la prisión. Así será necesaria la colocación de carteles indicadores de la existencia de cámara y ante quién se pueden ejercer los derechos, en todos los lugares por los que se ingresa a la prisión, es decir, al menos en puerta principal y en el módulo de ingresos. Además en los centros penitenciarios deberá existir a disposición de los interesado impresos en los

---

(56) Este signo distintivo debe ajustarse al que se establece en el anexo de la Instrucción.

(57) Un completo y exhaustivo análisis de la dinámica frecuente en un centro penitenciario lo encontramos en ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J. *Procedimientos Penitenciarios*. Editorial Comares, Granada, 2009.

(58) Es muy procedente en cuanto a la información en todo lo que afecta al derecho a la protección de datos tender a una política holística y acudir a una información complementaria. Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 281. La información es el derecho matriz, sin que este esté cumplimentado no se pueden ejercer el resto de derechos y facultades, vid. SÁNCHEZ CARAZO, C., *op. cit.*, p. 217.

que se detalle la información prevista en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999. Para el caso de los trabajadores al servicio de la Administración Penitenciaria es necesario destacar que debe ser excepcional el uso de videovigilancia para el control laboral (59), debiéndose acudir a un medio menos invasivo. Además si efectivamente se destinan las cámaras al control laboral esta finalidad debe ser indicada en los fines del archivo (60), debiéndose informar a los empleados de las prisiones y, para una mayor tutela de sus derechos, a los sindicatos con representación en el sector de prisiones.

### II.3.C PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, CALIDAD, SEGURIDAD DE LOS DATOS Y *HABEAS DATA*

El principio de proporcionalidad (61) exige el análisis de datos cómo el número de cámaras, si son fijas o móviles, el zoom que puedan desarrollar y la instalación en los lugares de la prisión que sean rigurosamente necesarios para los fines que se pretenden (62). Como indica la propia exposición de motivos de la Instrucción sobre videovigilancia, la jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que el tratamiento de datos personales no exige la conservación de los mismos, siendo suficiente para tener que ser protegidos su «recogida o grabación».

(59) *Vid.* ABAD CATOIRA, A., *op. cit.*, p. 35. En relación al empleo de la videovigilancia para el control laboral puede consultarse, entre otros: AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., «Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de video-vigilancia», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 11, 2009, pp. 1 a 48; DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial», *Justicia laboral: revista del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 44, 2010, pp. 13 a 72 y LÓPEZ PARADA, R. A., «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de videovigilancia en lugares de trabajo», *Información laboral. Jurisprudencia*, núm. 3, 1999, pp. 5043 a 5062.

(60) *Vid.* Resolución: R/02221/2010 del Procedimiento No AP/00062/2010, de la Agencia Española de Protección de Datos de 18 de noviembre de 2010, referentes a ficheros de la Guardia Civil.

(61) *Vid.* Tribunal Supremo 7549/2010. El principio de ponderación, y en concreto el denominado *test de proporcionalidad*, es el instrumento utilizado para afrontar los eventuales conflictos que pudieren surgir en aplicación de los derechos del artículo 18 de la Constitución, siendo fundamental en la instalación de los sistemas de videovigilancia y que está muy presente en la Instrucción 1/2006. En esta ponderación nos encontramos con la imagen como dato y la seguridad. Por ello, puede concurrir la violación de la imagen como dato sin quebrantar el derecho a la intimidad, el honor o la propia imagen. *Vid.* REBOLLO DELGADO, L., *op. cit.*, p. 195.

(62) Los esquemas *panoptistas* puede llevar a una despersonalización social y al sometimiento de la persona. *Vid.* GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *op. cit.*, p. 62.

A nuestro criterio en el caso de la videovigilancia penitenciaria el juicio de proporcionalidad (63) tiene que guiar en la idea de que las Administraciones Públicas deben acudir a medios menos intrusivos para el derecho de protección de datos, no siendo la primera opción sino la última debiéndose valorar el recurso a otros sistemas menos comprometedores de las libertades públicas y los derechos fundamentales (64). Es necesario efectuar un juicio de idoneidad y de necesidad (65), debiéndose derivar más ventajas que inconvenientes para los derechos fundamentales para que una concreta medida de colocación de cámaras en una prisión esté ajustada al ordenamiento jurídico, ya que del mal uso de estas pueden generarse multitud de abusos para trabajadores e internos. De este principio y de la seguridad que ha de rodearse las cámaras de seguridad en el ámbito penitenciario, juzgamos conveniente la realización periódica de auditorías y de informes por parte del responsable del fichero o encargado de este, acerca del estado de la instalación y cómo está este influyendo a la privacidad de las persona que pueden verse afectadas por el mismo. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad que mantener la reserva y privacidad de las

---

(63) En concreto para el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad es «una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, hemos destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 207/1996).

(64) *Vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional 98/2000, de 10 de abril y 186/2000 de 10 de julio.

(65) El requisito de intervención mínima supone que la videovigilancia mediante instalaciones fijas se ciñan a lugares totalmente delimitados debiendo estar justificada su vigilancia en términos muy precisos por un «peligro claro, actual e inminente, no meramente potencial, para la seguridad de las personas y bienes». Debiendo ser, en base al principio de necesidad, máximo el grado de eficacia de los derechos individuales implicados en contraprestación a las limitaciones impuestas en su ejercicio por los poderes públicos y no concurrir otro medio meno gravoso para la obtención de la misma finalidad. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., «Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad y el derecho fundamental a la intimidad?», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997, pp. 407 a 408.

audiencias que los Jueces de Vigilancia, Fiscales o representantes del Defensor del Pueblo que tienen con los internos o los contactos de estos con sus abogados, como ya hemos destacado.

En base al principio de calidad de los datos (66), Instituciones Penitenciarias sólo podrán tratar imágenes captadas en los centros penitenciarios cuando sean adecuadas, pertinentes y no excesivas en relación a la necesidad de vigilancia penitenciaria. Se pretende por la AEPD que el empleo de videovigilancia sea la *ultima ratio*, ya que sólo se empleará «cuando la finalidad de vigilancia no pueda obtenerse mediante otros medios que, sin exigir esfuerzos desproporcionados, resulten menos intrusivos para la intimidad de las personas y para su derecho a la protección de datos de carácter personal. Los afectados tienen igualmente derechos de acceso, cancelación y eventual oposición con las matizaciones que hemos destacado en párrafos anteriores, ante el responsable del tratamiento. De crearse un fichero por la Administración Penitenciaria con las imágenes captadas, entendemos que debe ser notificado e inscrito en la AEPD en la forma dispuesta en el artículo 20 de la LOPD que ya hemos comentado.

Los datos de carácter personal tomados con estas cámaras tendrán que ser cancelados cuando dejen de ser necesario en relación con la finalidad del archivo y, en cualquier caso, transcurrido un mes desde que hubieren sido tomadas salvo que fuere necesaria su conservación o bloqueo para la exigencia de algún tipo de responsabilidad durante el plazo de prescripción de esta. Nos estamos refiriendo al caso de expedientes disciplinario a internos cuando pudieran ser alegadas las imágenes como pruebas de cargo o descargo y, por supuesto, en el caso de eventuales responsabilidades penales. También pueden mantenerse las imágenes si estas se disocian según lo prescrito en el artículo 3.f) de la LOPD. Las imágenes captadas sólo pueden ser cedidas en los casos permitidos por los artículos 11 y 21 de la LOPD. En materia penitenciaria destaca la posible comunicación que se habilita cuando los destinatarios fueran el Defensor del Pueblo e instituciones análogas autonómicas, Jueces y Fiscales en el ejercicio de sus cargos. Para la cesión a otras Administraciones Públicas sólo se permite si tienen estas las mismas funciones o competencias que la Administración Penitenciaria, o con fines históricos, científicos o estadísticos.

De la misma forma se deberán implementar mecanismos de seguridad (67) y dado que nos encontramos en un campo especialmente sensible, como todo el que se deriva de la relación especial penitencia-

---

(66) Cfr. SÁNCHEZ CARAZO, C., *op. cit.*, pp. 214 a 217.

(67) Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13

ria, estas han de ser especialmente observadas. Las medidas tienen que ser técnicas y organizativas con el objeto de garantizar la seguridad de los datos y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. El acceso a los datos tiene que verificarse mediante claves que dejen rastro de quién consulta el fichero y los datos contenidos en los mismos; no pudiéndose permitir la consulta los mismos por personas no autorizadas. Igualmente la cesión de datos tiene que hacerse sólo en los casos permitidos por la legislación. Además los funcionarios de Instituciones Penitenciarias encargados de los servicios de vigilancia deberán de observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las imágenes captadas. Debiendo el responsable informar a las personas que tuvieran acceso a los datos de este deber de secreto.

Como cierre del sistema y aumento de las garantías en esta materia se ha consagrado el denominado *habeas data* como cauce procesal para hacer efectivo el derecho de protección de datos. Esta denominación está inspirada en la institución del *habeas corpus* de tanta raigambre en el ámbito penal y penitenciario. Se concretaría en el derecho de toda persona a instar a la autoridad judicial (68), siempre que se hubiera agotado previamente por denegación injustificada del derecho de acceso, entendemos, la vía administrativa ante Instituciones Penitenciarias y ante la autoridad de control correspondiente, a que le sean puestos de manifiesto todos los archivos en los que están incorporados sus datos personales, entendiendo como tales naturalmente las imágenes tomadas por las cámaras de las prisiones. En la esfera penitenciaria y con respecto a los internos entendemos que esta autoridad judicial podría ser, previa reforma del artículo 76 de la LOGP y 18.4 de la LOPD (69), el Juez de Vigilancia Penitenciaria (70) ya que se le encarga entre otros cometidos la «salvaguardar los derechos de los internos».

---

de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Aspectos claves». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre de 2008, pp. 291 a 293.

(68) Sobre el control judicial de sistemas de videovigilancia consúltense PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 411 a 412.

(69) En este precepto se prescribe que contra las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos se podrá interponer recurso contencioso-administrativo. De la misma forma el artículo 26.2 de la Ley 32/2010, de 1 de octubre, de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, prescribe que las resoluciones del director o directora de la Autoridad Catalana de Protección de Datos son susceptibles de recurso contencioso administrativo.

(70) Un estudio sobre las competencias de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria puede consultarse en GARCÍA VALDÉS, C. «Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias». En DE CASTRO ANTONIO, J. L. (director), *Derecho Penitenciario II*, Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2003. Centro de Documentación Judicial, 2004, pp. 81 a 95.

### III. LA VIDEOVIGILANCIA PENITENCIARIA COMO INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA

Podemos decir que en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, incluso en Estados que no se pueden calificar como de Derecho, hay normas para la represión de la tortura (71). En concreto en nuestro país se castiga, en abuso de su cargo, la acción de una autoridad o funcionario público que «con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral». De la misma forma, de no incurrir en estos hechos la autoridad o funcionario público pero también abusando de su cargo, igualmente se castiga los atentados a la integridad moral de una persona; o bien, si estos sujetos activos, faltando a los deberes de su cargo permitiére a otras personas la comisión de un delito de atentado o contra la integridad moral.

Pero como el Derecho es un instrumento y no una solución en sí mismo de todos los problemas aunque la regulación pudiera ser exhaustiva, se siguen produciendo por parte de los Estados y sus agentes violaciones de derechos fundamentales como son la integridad física y moral. Muchas veces es el propio Estado bajo el pretexto de la seguridad y la lucha contra la criminalidad quien afecta más contundentemente a los principios que garantizan nuestra convivencia. Para Muñoz Conde la tortura no es en la mayoría de los casos «un problema de leyes, sino de sensibilidad y de formación de las persona encargadas de aplicar esas leyes», siendo siempre pocas las garantías

---

(71) En España la tortura está prohibida desde el Estatuto de Bayona, proscribiendo de nuestro ordenamiento cualquier rigor ilegal en la prisión o en la detención. Así el artículo 133 del texto indicaba: «El tormento queda abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución y no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito». De la misma forma la Constitución de Cádiz prohíbe el tormento. Pero es una realidad que en el mundo actual se tortura, planteándose el problema en la realidad extralegal. La prohibición por las normas de todo tipo de la tortura no es suficiente, aunque sí necesaria para la erradicación definitiva de la misma, dado que el Derecho no es un arma omnipotente. TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*. Editorial Crítica, Barcelona, 2000, pp. 135, 136, 223 y 233.

y precauciones que se establezcan para la lucha contra la tortura (72). Si de forma permanente son necesarias normas e instrumentos que dificulten la comisión de torturas, aún más en casos de relaciones de *instituciones totales* como las prisiones, en las que la persona tiene una incorporación integral y una sujeción máxima a la Administración. Consciente de ello el legislador español, en el apartado segundo del artículo 174 del Código Penal, hace una mención especial a las autoridades y funcionarios de instituciones penitenciarias y de centros de protección y corrección de menores en cuanto a la comisión del delito de tortura. Igualmente en el artículo 533 del Código Penal el legislador tiene presente a la Administración Penitenciaria en cuanto al sometimiento a internos sanciones o privaciones indebidas o el empleo de rigor innecesario (73).

Estimamos que un instrumento privilegiado para la lucha contra la tortura es el empleo de cámaras en las prisiones. Es una forma de incrementar la porosidad y la transparencia en nuestras prisiones que por su propia naturaleza tienden a ser instituciones cerradas y opacas. La simple posibilidad de ser captados puede actuar como freno a la comisión de delitos por parte de internos y funcionarios (74). La toma de imágenes y la captación del correspondiente sonido en los centros penitenciarios pueden llegar a ser medios de prueba determinantes en juicio (75). La videovigilancia no sólo es una garantía para el interno, sino que a la vez lo es para los empleados públicos que prestan sus servicios en los centros penitenciarios, la inmensa mayoría profesionales de contrastada probidad, frente a denuncias falsas por comisión de hechos delictivos o disciplinarios (76). No obstante, entender la

(72) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2010. 18.ª edición, pp. 198 y siguientes.

(73) Con esta regulación penal el Estado de Derecho pone especial empeño en que durante la privación de libertad únicamente se vean perjudicados «los derechos absolutamente incompatibles con la condición de privado de libertad». MAPELLI CAFFARENA, B., «El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad», *Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2013. In memoriam del profesor Francisco Bueno Arús*. Ministerio del Interior, Madrid, 2013, pp. 177 y 178.

(74) Con un criterio diferente REBOLLO DELGADO entiende que la videovigilancia no es un elemento que prevenga el delito, sino un elemento de prueba en el caso de que concorra un hecho constitutivo de delito. *op. cit.*, p. 189.

(75) La primera medida propuesta por TOMÁS Y VALIENTE ante eventuales casos de tortura y en los que concurren algún fundamento de sospecha de malos tratos es la investigación exhaustiva de la autoridad judicial desde el primer al último momento. *op. cit.*, p. 230.

(76) Es claro que los nuevos instrumentos que nos brinda el desarrollo tecnológico han de ser empleados con el objeto de incrementar y fomentar el bienestar social y mejorar la convivencia. Por ello es simplista y maniqueo el considerar el empleo de los medios informáticos y la videovigilancia, a nuestro criterio, como instrumentos

videovigilancia penitenciaria como un mecanismo tecnológico positivo para el desenvolvimiento de la actividad penitenciaria, hemos de llamar la atención en cuanto a que su uso limite el contacto humano. Es decir, si se puede controlar a la población penitenciaria mediante monitores y a una «prudente distancia», quedando las imágenes registradas para una futura exigencia de responsabilidades, el contacto entre personas dentro de la prisión puede tender a disminuir con el posible incremento de deshumanización. Por ello, el empleo de la videovigilancia penitenciaria no ha de ir contra el trato humano al privado de libertad sino, antes al contrario, humanizarlo.

Como ya se ha comentado en el epígrafe anterior, siempre que se emplean cámaras para la vigilancia hay una tensión entre varios derechos, como la seguridad y la intimidad. Así piénsese en la instalación de cámaras en las celdas de internos con un alto riesgo de suicidio o en las celdas en las que se tienen que practicar inmobilizaciones y sujeciones mecánicas (77), donde se toman permanentemente imágenes mientras el interno lleva a cabo sus necesidades más básicas e íntimas. En estos casos, creemos está justificada la invasión de la intimidad si con ello se puede evitar el suicidio de una persona o el eventual abuso mientras se practica un cacheo con desnudo integral o una sujeción mecánica o situaciones análogas. Pero a la vez la limitación de acceso a estas imágenes y los medios de seguridad en cuanto a su conservación y cesión han de ser máximas y constantes.

Es esta una idea especialmente sometida a consideración en los informes de 2010 y 2011 del Defensor del Pueblo en cuanto Mecanismo Nacional contra la Tortura (78). Para el Defensor del Pueblo la videovigilancia ha de estar presente en las zonas comunes, pero no en los cuartos de baño ni en las celdas. La toma de imágenes tiene que ser incesante, y se han de conservar estas el tiempo suficiente para que la autoridad correspondiente pueda proceder a un control *a posteriori* en el caso de que sea necesario (79). A juicio de esta institución no hay

---

absolutamente perjudiciales. Por el contrario estimamos que es razonable su uso, como en el caso que ahora se analiza en cuanto instrumento para la represión y persecución de la tortura y de comportamientos equivalentes, pero de una manera razonable y ajustada a la legalidad. En el mismo sentido, PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.*, pp. 374 y 375.

(77) *Vid.* artículos 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 72 del Reglamento Penitenciario.

(78) DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011 y DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2011*. Madrid, 2012.

(79) DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011. p. 140.

un criterio uniforme en los centros penitenciario españoles en cuanto a los sistemas de videovigilancia, concurriendo casos en donde no existen y otros en los que son obsoletos y que no se ajustan a las normas vigentes. Se estima que «Debe procederse al estudio de las condiciones en las que se activa la grabación, el tiempo de conservación de las mismas, los protocolos de seguridad para garantizar la indemnidad de las grabaciones, los medios para poner en conocimiento de los privados de libertad la realización de estas grabaciones y la autoridad ante la que pueden ejercer los derechos establecidos en la legislación de protección de datos. Por otra parte, debería incorporarse a todos los protocolos de actuación la extracción y conservación de aquellas imágenes que reflejen cualquier incidente que se produzca con una persona privada de libertad, sin aguardar a la existencia de una petición formal en tal sentido. También debería contemplarse con carácter general, como medio de prevención, la realización por los servicios de inspección de la autoridad responsable para cada supuesto de privación de libertad de auditorías periódicas en las videograbaciones, no vinculadas al esclarecimiento de incidentes o denuncias concretas» (80). También el Síndic de Greuges ha afirmado en la presentación del informe de la Autoridad Catalana de Prevención de la Tortura de 2011 que para él «no hay mejor versión [de los hechos] que

---

(80) Vid. Defensor del Pueblo. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011. pp. 192 y 193. En el análogo informe de 2011 de esta institución se reitera la denuncia en estas deficiencias y la comunicación de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de la falta de presupuesto para la solución del problema aunque, no obstante, en el caso de la prisión de Albolote (Granada) «se está procediendo a realizar un estudio sobre las características del sistema, necesidades de modernización y protocolo de grabación y conservación». Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2011*. Madrid, 2012. pp. 143 y 198. Esta mismas recomendaciones son válidas para las Unidades de Custodia Hospitalaria a cargo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (*op. cit.*, p. 253). También es importante destacar la recomendación de esta institución referencia a que los sistemas de videovigilancia han de ser completados con la «grabación de audio en aquellas dependencias donde sea posible y, en todo caso, siempre que se lleve a cabo una detención incomunicada» (*op. cit.*, p. 270).

Incide en esta idea el Síndic de Greuges. *Informe Anual de la Autoridad Catalana para la Prevención de la Tortura 2011*. 1.ª edición, diciembre de 2011. p. 69: «1. Es preciso colocar más cámaras y sistemas de grabación en todos los centros y pabellones hospitalarios penitenciarios, a excepción de los lavabos, despachos médicos, celdas individuales, habitaciones de comunicaciones y despachos para entrevistas reservadas con abogados u otros profesionales. En particular, en las celdas destinadas a hacer los aislamientos provisionales y las inmovilizaciones, y también en las habitaciones o despachos donde actualmente se practican los cacheos que implican desnudar a la persona».

las grabaciones» que pueden ser empleadas para «prevenir malos tratos y hacer frente a cualquier queja» (81). Igualmente denuncia la «disparidad de prácticas en el sistema de grabación, conservación y de almacenaje de las imágenes» (82).

En cuanto a la utilidad de la videovigilancia penitenciaria para la prevención de infracciones administrativas encontramos la posibilidad del empleo de imágenes para el procedimiento disciplinario penitenciario regulado en los artículos 231 y siguientes del Reglamento Penitenciario. En concreto, el artículo 242. h), en su segundo párrafo se da la posibilidad al interno de que en la instrucción del procedimiento disciplinario pueda «alegar todo aquello que considere oportuno sobre los cargos formulados, proponiendo las pruebas que estime conveniente para su defensa». No vemos óbice legal para que en el caso de que las imágenes y sonidos captados por los sistemas de videovigilancia fueran pertinentes para un procedimiento disciplinario dado, pueda ser alegado por las partes. Incluso, de oficio, la Comisión Disciplinaria, podría reclamar imágenes tomadas por las cámaras de seguridad si fueran procedentes para el caso, en base a la habilitación que hace el artículo 246.4 del Reglamento Penitenciario. Este precepto da la posibilidad de que la Comisión Disciplinaria pueda decidir la realización por el Instructor de las actuaciones y pruebas complementarias indispensables para resolver el procedimiento. Para el Síndic de Greuges tiene que garantizarse la presencia de un abogado en cualquier visionado de imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia de las prisiones que pudiera constituir un medio de prueba en un procedimiento disciplinario penitenciario. Igualmente entiende que «Es preciso que toda imagen susceptible de ser utilizada como prueba en un expediente sancionador penitenciario sea depositada hasta que se haga el primer visionado en el juzgado de guardia correspondiente». Entiende el Defensor del Pueblo catalán que a las personas privadas de libertad en la tramitación de un procedimiento disciplinario penitenciario, o por infracciones administrativas graves o incluso penales, no se les suele respetar el derecho de acceso a estas grabaciones (83).

---

(81) Vid. Diario *El País* (27 de diciembre de 2011). *El Síndic pide más cámaras de videovigilancia en las prisiones catalanas* (en línea). Consulta: 1 de julio de 2012. Disponible en Web: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2011/12/27/catalunya/1324997511\\_797136.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2011/12/27/catalunya/1324997511_797136.html)

(82) Vid. Síndic de Greuges. *Informe Anual de la Autoridad Catalana para la Prevención de la Tortura 2011*. 1.ª edición, diciembre de 2011. p. 65.

(83) Vid. Síndic de Greuges. *Informe Anual de la Autoridad Catalana para la Prevención de la Tortura 2011*. 1.ª edición, diciembre de 2011. pp. 65 y 69.

Incluso sería un instrumento más de garantía la grabación de las alegaciones verbales que pudiera formular el interno en el seno de una Comisión Disciplinaria (84). Estas imágenes podrían ser de gran utilidad en el caso de interponerse recurso por el interno ante al Juez de Vigilancia Penitenciaria por la sanción impuesta. Sin duda supondría un avance en cuanto al principio de inmediación de la misma forma que el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena que las sesiones del juicio oral en el procedimiento penal se registren «en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen».

#### IV. CONCLUSIONES

Es necesario dotar de mayores garantías a la videovigilancia penitenciaria, en defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores penitenciarios, internos y terceras personas que por algún motivo tuvieran acceso a los centros penitenciarios. En la videovigilancia penitenciaria el juicio de proporcionalidad tiene que guiar la idea de que las Administraciones Públicas deben acudir a los medios menos intrusivos para el derecho de protección de datos. Del mal uso de estas pueden generarse multitud de abusos para trabajadores e internos. Entendemos que sería contrario al derecho de protección de datos la toma de imágenes en las celdas de los internos, en baños, aseos y vestuarios, excepto en el caso de autorización judicial en el marco de una investigación penal.

La videovigilancia en el interior de las prisiones ha de ajustarse a la legalidad vigente, no siendo esta, como hemos demostrado, la regulación de la Ley Orgánica 4/1997 que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya que los servidores públicos de la Administración Penitenciaria no son fuerzas de seguridad del Estado. La habilitación legal de la Administración Penitenciaria para la toma de imágenes en los centros penitenciarios, la encontramos en el artículo 6.2 de la propia LOPD, que establece que no es necesaria la anuencia de las personas implicadas cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. Se es sabedor del uso de cámaras de seguridad en las prisiones pero no se toma conciencia de los derechos que pueden verse implicados en su uso y la necesidad de ajustar el empleo de la misma

---

(84) *Vid.* artículo 246.1 del Reglamento Penitenciario.

a la legislación. Nos encontramos en el caso de los centros penitenciarios del ejercicio de funciones públicas de soberanía y en el marco de una relación de sujeción especial.

Debe cumplirse con la obligación de colocación en los centros penitenciarios de carteles indicativos de que nos encontramos en una zona videovigilada. Estos han de estar visible en varias zonas de las prisiones con el objeto de que informen a los distintos colectivos que se pueden encontrar en estas. Así deben de estar presentes, como mínimo, en las zonas de acceso de los internos, como es el módulo de ingreso; en el lugar por el que entran los trabajadores del centro y por donde acceden las visitas. En estos carteles se ha también de señalar ante quién se pueden ejercer los derechos de protección de datos.

Los ficheros de videovigilancia han de estar siempre registrados ante la Agencia Española de Protección de Datos o la entidad pública correspondiente, así como ha de publicarse la existencia de estos ficheros en el BOE. Estos requisitos son imprescindibles para el ejercicio de los derechos de la legislación de protección de datos como los denominados derechos ARCO: derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición. La Administración Penitenciaria debe realizar los denominados «check-list», o auditorías, con el objeto de comprobar que cumple con todas las exigencias de las normas de protección de datos en el uso de sus cámaras y el estado de los sistemas de videovigilancia, sus medidas de seguridad y calidad de los datos (85).

La videovigilancia penitenciaria es un instrumento muy potente en la lucha y prevención contra la tortura y los tratos inhumanos y degradantes que se pudieran dar en los centros penitenciarios. Igualmente las cámaras de seguridad suponen una garantía ante denuncias falsas contra los trabajadores de las prisiones. Creemos que las imágenes y los sonidos captados son medios de prueba que pueden ser determinantes en juicio y en un eventual procedimiento disciplinario bien contra internos, bien contra los propios funcionarios de Instituciones Penitenciarias.

De la misma forma ha de ponderarse la medida en que se ve afectado el derecho a la intimidad de las personas cuando se hace uso de la videovigilancia penitenciaria. Ha de ceder este derecho a la intimidad en casos tales como la vigilancia permanente en celdas con internos en riesgo grave de suicidio o en circunstancias especiales de obligado uso

---

(85) En referencia a este principio *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Aspectos claves». *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre de 2008, pp. 271 y 272.

de la fuerza, como en las sujeciones mecánicas o en los que se podrían producirse abusos como son los cacheos con desnudo integral (86). Dado que nos encontramos en un ámbito en el que se ven afectados derechos fundamentales, a las imágenes y sonidos captados en base a la videovigilancia penitenciaria tienen que aplicársele las máximas medidas de seguridad, en cuanto a la conservación, acceso y transmisión de estos; no permitiéndose nunca el acceso a personas no autorizadas.

La conservación de las imágenes y los sonidos debe hacerse durante el tiempo suficiente y siempre estar a disposición de la autoridad judicial que lo requiera, sea el Juez de Vigilancia Penitenciaria, sea un Juez de instrucción en caso de procederse a una investigación penal. De la misma forma los internos y los funcionarios tienen derecho al acceso a las imágenes y sonidos en los casos en que tengan un interés legítimo y no se perjudiquen otros derechos.

No hay un criterio uniforme en España en cuanto a este tipo de videovigilancia referente a la instalación, mantenimiento de las cámaras, ni el debido ajuste a la legislación (87) de protección de datos. Dadas las particularidades de la videovigilancia penitenciaria que la diferencia del resto de usos de las cámaras de seguridad, parece razonable la aprobación de una disposición general (88) que regule estos dispositivos con el objeto de garantizar de forma eficaz la protección de datos personales y los derechos humanos implicados que pueden verse afectados en el medio penitenciario. En esta norma se han de establecer garantías para las imágenes y sonidos y el tratamiento de estos datos captados en el interior de un recinto carcelario, con el objeto de que los derechos de los privados de libertad y de toda persona que pudiera acce-

---

(86) *Vid.* artículo 68 del Reglamento Penitenciario.

(87) La tecnología es dinámica a diferencia del Derecho que tiende a ser estable, limitado en el espacio y el tiempo y poco dado a la adaptación a las nuevas circunstancias, en especial la rápida evolución de las innovaciones tecnológicas. *Vid.* REBOLLO DELGADO, L., *op. cit.*, p. 178.

(88) Según el profesor PÉREZ LUÑO, debido a lo vertiginoso de los cambios en la tecnología es razonable que una norma con rango de ley, en nuestro caso ley orgánica, establezca las líneas generales de la protección de datos y con ello de la videovigilancia, dejando su desarrollo y concreción posterior a una norma reglamentaria. Así, estas cláusulas generales han de incluir: definición de los derechos básicos; ámbito de aplicación de la norma; la calidad, seguridad y transmisibilidad de los sistemas de recogida y tratamiento de datos; la garantía de que se suministrará información, el control y la tutela a las personas de sus datos; los excepcionales supuestos en que se podría suspender o limitar el ejercicio de la libertad informática y, finalmente, los instrumentos de garantía de la libertad informática. *op. cit.*, pp. 367 a 375. Por su parte para MARTÍNEZ MARTÍNEZ, la protección de datos personales desde el punto de vista jurídica es de enorme complejidad, por lo que son necesarios reglamentos que precisen lo dispuesto por la ley. *op. cit.*, p. 264.

der a un centro penitenciario sean respetados. El criterio de proporcionalidad parece razonable que sea en buena medida concretado mediante una disposición general y no quedar al libre criterio de los responsables penitenciarios. El protocolo de actuación en cuanto al tiempo en que han de conservarse las imágenes y los sonidos y cuando han de ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial. De la misma forma los sistemas de seguridad y el personal autorizado a acceder y tratar estos datos. También se ha de regular la puesta en conocimiento de que nos encontramos en una zona videovigilada y cómo y ante quién se han de ejercer los derechos que establece la legislación de protección de datos, como los de acceso y rectificación.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A.: «La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 13 a 36.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R.: «Prevención del delito en la empresa: límites ético-jurídicos en la implementación de sistemas de video-vigilancia», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 11, 2009, pp. 1 a 48.
- AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. *Guía de videovigilancia* (en línea). (Consulta: 25 de septiembre de 2012). Disponible en Web: <<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf>>
- *Manual de videovigilancia* (en línea). (Consulta: 26 de septiembre de 2012). Disponible en Web: <<http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf>>
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J. *Procedimientos Penitenciarios*. Editorial Comares, Granada, 2009.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «Videovigilancia y derechos fundamentales: análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica 4/1997», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2002, pp. 134 ss.
- BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La videovigilancia en las zonas públicas: su eficacia en la reducción de la delincuencia». *Boletín Criminológico*. Instituto Andaluz de Criminología. Junio-julio de 2010, núm. 121.
- DE LA IGLESIA CHAMORRO, A.: «Las comisiones de garantías de la videovigilancia». *Revista de Derecho Político de la UNED*, 2007, núm. 68, p. 213-246.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2009 y debate en las Cortes Generales*. Madrid, 2010.

- *Informe anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de 2010*. Madrid, 2011.
- DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: «El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial», *Justicia laboral: revista del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 44, 2010, pp. 13 a 72.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Colex. Madrid, 2008.
- GARCÍA VALDÉS, C.: Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias. En DE CASTRO ANTONIO, J. L. (director), *Derecho Penitenciario II*, Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2003. Centro de Documentación Judicial, 2004, pp. 81 a 95.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: «Cárcel electrónica y sistema penitenciario del siglo XXI», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 10, 2005, pp. 51 a 86.
- LÓPEZ PARADA, R. A.: «Análisis jurisprudencial acerca de la instalación por el empresario de videovigilancia en lugares de trabajo», *Información laboral. Jurisprudencia*, núm. 3, 1999, pp. 5043 a 5062.
- MANGAS MARTÍN, A. y otros: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Primera edición. Fundación BBVA, 2008.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: «El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad», *Revista de Estudios Penitenciarios. Extra 2013. In memoriam del profesor Francisco Bueno Arús*. Ministerio del Interior, Madrid, 2013, pp. 177 a 197.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal». Aspectos claves. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 16, septiembre de 2008, pp. 257 a 293.
- «Videovigilancia y protección de datos personales: la instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 13, 2007, pp. 63 a 94.
- «Videovigilancia: seguridad ciudadana y derechos humanos», *Claves de razón práctica*, núm. 89, 1999, pp. 40 a 47.
- MILLER, J.: «Evaluación de la videovigilancia en Málaga: el diseño de un cuasi-experimento». *Boletín criminológico*, 2007, núm. 94, p. 1-4.
- MINISTERIO DEL INTERIOR. *Jurisprudencia Penitenciaria 1997*, Madrid, 1999.
- *Jurisprudencia Penitenciaria 2001-2002*. Madrid, mayo de 2003.
- *Jurisprudencia Penitenciaria 2006*. Madrid, junio de 2007.
- *Jurisprudencia Penitenciaria 2010*. Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Titant Lo Blanch. Valencia, 2010.
- OLIVER LALANA, D.: «El derecho fundamental “virtual” a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas», *La Ley, año XXIII*, núm. 5, 22 de julio de 2002.

- OTERO GONZÁLEZ, P.: *Control telemático de penados. Análisis jurídico, económico y social*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.
- PADRÓS REIG, C.: «Videovigilancia y Estado Autonómico. Comentario a propósito de la actividad normativa de despliegue de la Ley Orgánica 4/1997», *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, pp. 465 a 488.
- PEDRAZ PENALVA, E. (Coordinador): «Protección de datos y proceso penal». *La Ley*. Madrid, 2010.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.: «Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad y el derecho fundamental a la intimidad?», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997, pp. 401 a 412.
- PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- *Los Derechos Fundamentales*. Colección Temas Claves de la Constitución Española. Tecnos. 9.ª edición. Madrid, 2007.
- RALLO LOMBARTE, A.: «La protección de datos en España. Análisis de actualidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, núm. 2, 2009, pp. 15 a 30.
- REBOLLO DELGADO, L.: «La imagen como dato», *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (2009)*, pp. 177-201.
- *Vida privada y protección de datos en la Unión Europea*. Dykinson, S. L. Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ PALENCIA, A.: «La protección de datos en el ámbito de la relación jurídico-administrativa», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 19, 2009, pp. 369 a 402.
- REVIRIEGO PICÓN, F. y CESANO, J. D.: *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Editorial B de f. Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- RUIZ TOMÁS, P.: «Ensayo sobre el derecho a la propia imagen», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1931*.
- SÁNCHEZ CARAZO, C.: «La protección de datos personales de las personas vulnerables», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, núm. 2009, pp. 203 a 227.
- SÍNDIC DE GREUGES. *Informe Anual de la Autoridad Catalana para la Prevención de la Tortura 2011*. 1.ª edición, diciembre de 2011.
- SERRANO PATIÑO, J. V.: *El Sistema Penitenciario Militar Español*. Premio Nacional Victoria Kent, año 2012 (2.º accésit). Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Madrid, 2012.
- TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos. Estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*. Edisofer. Madrid, 2001.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *La tortura judicial en España*. Editorial Crítica, Barcelona, 2000.
- ULL SALCEDO, M. V.: «Derecho a la intimidad como límite a la videovigilancia», *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 63, 2005, pp. 179 a 203.
- URABAYEN, M.: *Vida privada e información, un conflicto permanente*. Pamplona, 1977.



## La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada

MARIO GUILLERMO ROJO ARANEDA

Abogado  
Universidad de Santiago de Chile

### I

En realidad, quiero referirme a dos temas que tienen poca relación entre sí, pero quizás lo que los hace ser tratables en una misma ocasión es que constituyen normas relativamente imaginativas en lo sustantivo del Derecho penal y además por que vincula estrechamente el derecho penal sustantivo con el derecho procesal penal, atendido que muchas veces se pretende lograr determinados objetivos de política criminal a través del establecimiento de normas del derecho penal sustantivo sin considerar los efectos que ellas puedan tener en el procedimiento penal, y atendida la última relación que existe entre ambas ramas del derecho, evidentemente resulta muy importante, siempre que se pretenda lograr un determinado objetivo de política criminal por el derecho penal sustantivo, establecer cambios en el procedimiento penal para que efectivamente esos objetivos se traduzcan en una realidad.

Veamos primero las modificaciones introducidas a la Institución de la «legítima Defensa Privilegiada», para referirnos finalmente a las modificaciones que ésta institución tuvo en el año 1992 por intermedio de la ley núm. 19.164, consecuentemente debo ubicar el tema y para hacerlo me referiré brevemente, por cierto, al concepto de los elementos que los integran entre los cuales se cuenta la «Juridicidad», dentro del cual cae, de suyo el tema de la «Legítima Defensa» y específicamente «La Legítima Defensa privilegiada».

Sabido es, y pese a lo que establece el artículo 1.º del Código penal, que delito «No es Toda Acción u Omisión Penada por la ley»,

sabido es que no necesariamente por que alguien mate a otro existe Delito de Homicidio, ni tampoco porque alguien llegue golpee, o maltrate de obra a otro causándole enfermedad o incapacidad por un tiempo determinado, existe un «delito de Lesión», porque a pesar que el artículo 1.º del Código penal establece que «delito es toda Acción u Omisión Voluntaria penada por la Ley», si se tiene a la vista el artículo núm.10 del Código Penal (chileno) que establece las llamadas eximentes de responsabilidad penal, resulta obvio que sólo habrá delito en la medida que alguien realice una conducta de aquellas que la ley pena, siempre y cuando no concurra al mismo tiempo alguna de las «Eximentes» de responsabilidad penal del artículo 10 del Código penal (chileno), esto en cuanto al texto positivo.

Doctrinariamente se traduce esto mismo en que el verdadero concepto de delito es el de «Conducta típica, antijurídica y culpable». Sólo hay delito en la medida que se reúnan estos 4 elementos y voy a seguir en ésta explicación la tendencia Causalista y no la finalista, excusándome aquellos que dedicados al derecho penal prefieran la segunda, pero por razones pedagógicas siempre se prefiere el causalismo como método de explicación del Delito.

Los elementos del delito son en consecuencia estos cuatro, vale decir: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y Culpabilidad. Para que exista delito lo primero es que haya una conducta humana, un hacer o un no hacer, susceptible de ser captado por los sentidos y producido por un ser humano. El segundo elemento del delito es la Tipicidad, esto es la conducta humana realmente producida en el mundo del ser, en el tiempo y en el espacio, es preciso que pueda encuadrarse perfectamente dentro de algunas de estas descripciones abstractas de conducta humana que el legislador ha establecido en las legislaciones penales asignándoles una pena como consecuencia jurídica. Los tipos penales son esos, son descripciones abstractas de conductas humanas establecidas por la ley para los efectos de proteger bienes jurídicos asignándoles una pena como consecuencia jurídica para su realización efectiva, si es que llega a producirse. Para que exista delito entonces, la conducta debe ser «Típica» esto es deben reunirse elementos de tipicidad que consistan en la seguridad de encuadrar perfectamente lo realmente acontecido, lo hecho por alguien con alguna de esas conductas descritas en forma abstracta en los tipos penales. La tipicidad se dice y se sostiene con razón, es iniciara del tercer elemento del delito, la «Antijuridicidad». Las conductas típicas normalmente, por regla general, son también antijurídicas, pero no siempre, porque por excepción puede haber conductas que aunque típicas, aunque encua-

drables dentro de alguno de los tipos penales, sin embargo no sea anti-jurídica, no sea contraria a derecho.

¿Qué es esto de la Antijuridicidad que es el tercer elemento del delito? La antijuridicidad se define generalmente así: «Es la contradicción que debe existir entre una conducta típica realmente acontecida en el mundo del ser y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto». Es este un Juicio de valor objetivo, una comparación que se realiza entre dos elementos reales, por una parte la conducta típica, lo que alguien hizo y que se encuentra dentro del algún tipo penal, y por el otro lado el Ordenamiento Jurídico tomado en su conjunto. Si de ésta comparación objetiva entre estos dos elementos reales, porque tan real es la conducta típica como el ordenamiento Jurídico, surge que hay contradicciones entre lo hecho por el individuo y lo ordenado por el derecho, quiere decir que existe antijuridicidad, que la conducta es antijurídica, que es contraria a derecho y que corresponde, finalmente, establecer si existe a su respecto o no el Cuarto elemento del delito: La «Culpabilidad», esto es el Juicio de reproche que se le formula al sujeto que, pudiendo elegir libremente entre actuar de acuerdo con las normas jurídicas o contra ellas, voluntariamente escoge actuar en contra del ordenamiento jurídico. Pero si de la comparación que se hace entre la conducta típica realmente acontecida y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto resulta que no hay contradicción, por que el ordenamiento jurídico en forma expresa autoriza, permite o incluso ordena la realización de esa conducta típica, resulta que la conducta típica no es antijurídica, no contraría al derecho y no hay delito. De ahí la importancia por determinar, por cierto, si existe o no antijuridicidad en la conducta típica, si la conducta típica no es contraria a derecho no hay delito simplemente, por mucho que el legislador la haya descrito asignándole una pena como consecuencia jurídica, porque resulta que el ordenamiento jurídico en otra parte, a través de otras normas, ha autorizado, ha permitido o incluso a veces llega a ordenar la realización de esa conducta típica. Cuando esto acontece, cuando el ordenamiento expresamente autoriza, permite o incluso ordena la realización de conductas que ha tipificado como delito, es porque estamos en presencia de lo que se conoce como «Causales de Justificación».

## II. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Las causales de justificación se pueden definir, como «aquellos hechos formalmente, a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer

que una conducta típica no sea antijurídica» ¿Por qué pasa esto? ¿Por qué si por un lado el legislador ha tipificado una conducta, asignándole una pena como consecuencia jurídica, por otra parte autoriza, permite o incluso ordena que esa conducta típica se realice dejando esta de ser un ilícito penal pasando en cambio a ser una conducta perfectamente lícita?

Esto sucede por dos razones: 1.º A veces sucede porque existe ausencia del interés protegido, cuando el legislador tipifica una conducta es porque pretende proteger un determinado interés, pretende proteger un bien jurídico, la Vida, la Propiedad, la libertad etc., etc., 2.º A veces ocurre que el titular de ese bien jurídico, él mismo consciente en que su bien jurídico le sea afectado; cuando esto ocurre, obviamente, ya no existe el interés que el legislador posiblemente tiene y pretende proteger y por eso opera la causal de justificación y no existirá antijuridicidad en la conducta típica.

Pero las más de las veces esta causal de justificación existe por otra razón. En muchos casos puntuales, reales y concretos, se presenta un conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, entre dos vidas, entre una vida y una integridad corporal, entre una libertad y una propiedad, etc. etc., y el legislador reconoce la existencia de posibles conflictos de intereses y optó por uno de ellos. Prefiere un bien jurídico en desmedro de otro.

Las causales de justificación, estos hechos a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer que una conducta típica no sea contraria a Derecho, no sea antijurídica, se fundamenta normalmente en la solución de un conflicto de intereses en virtud del cual el legislador prefiere el interés que se denomina preponderante por sobre el otro bien en conflicto.

Las causales de justificación que nuestra legislación positiva reconoce las podemos enumerar en las siguientes:

1. La Legítima defensa.
2. El Estado de Necesidad.
3. El Cumplimiento de un deber.
4. El Ejercicio Legítimo de un Derecho.
5. El Ejercicio Legítimo de una Autoridad, oficio o cargo.
6. La Omisión por causa legítima.

El tema nuestro se centra en la «Legítima Defensa» que es una de estas causales de justificación, por lo tanto cuando existe legítima defensa, lo que existe es una causal de justificación, un hecho al cual le atribuye el efecto de hacer que la conducta típica no sea antijurídica, y esto ¿por qué?, porque el legislador, frente a un conflicto de

intereses, frente en éste caso preciso, al interés o al bien jurídico cuyo titular es el agresor y el bien jurídico cuyo titular es el defensor, prefieren el bien jurídico del defensor en desmedro del bien jurídico del agresor. Y en este caso la conducta típica realizada por el defensor, que incluso puede llegar a dar muerte al agresor, es una conducta autorizada por el derecho u aunque típica no es por tanto antijurídica y no constituirá delito ni dará lugar a responsabilidad criminal ni a sus consecuencias, que es su aplicación de la pena. Cuando hay legítima defensa entonces, no hay antijuridicidad y por ello es que no hay delito, aunque la conducta realizada por el que se defiende es una conducta típica.

### III. «LA LEGÍTIMA DEFENSA»

La Legítima Defensa, en nuestra legislación positiva, está constituida por tres tipos distintos de legítima defensa, tienen en común en que en todas ellas la ley autoriza la defensa de la persona y los derechos del que defiende o de aquel a quien se defiende. La legítima defensa tiene amplísimo campo de aplicación, a diferencia de lo que sucede con otra causal de justificación como es la del estado de necesidad, en que nuestra legislación solo permite afectar a través de ella la propiedad, en cambio a través de la legítima defensa se puede salvar cualquier bien jurídico del que se sea titular desde el punto de vista del defensor, u de otra persona en el caso de que se defienda a otro, como vamos a ver, y permite la legítima defensa atentaren contra de cualquier bien jurídico del agresor. Su campo de aplicación por tanto, es amplísimo desde el punto de los bienes jurídicos salvables a través de ella, como también desde el punto de vista de los bienes jurídicos que pueden ser afectados a través de ella.

Distingue nuestra legislación tres tipos distintos de legítima defensa:

1. La Legítima Defensa Propia.
2. La Legítima Defensa de Parientes.
3. La Legítima Defensa de Extraños.

Existen requisitos comunes para estas tres clases de legítima defensa y existen requisitos distintos para los dos últimos casos.

Los requisitos comunes son, obviamente el primero, la agresión. Para que haya legítima defensa lo primero que debe haber es una agresión ilegítima, real, actual o inminente. La agresión consiste en la realización de una conducta por parte de un sujeto, típica y susceptible de

dañar un bien jurídico ajeno. Esta agresión tiene que ser ilegítima, contraria a derecho, puesto que si está autorizada la agresión por el derecho como es el caso de la autorización e incluso el deber que puede tener un policía para detener a otro, por muy agresión que constituya la actividad del policía al detener a otra persona, obviamente no podrá constituir una legítima defensa puesto que la agresión que hace la policía es una agresión permitida, autorizada y a veces hasta ordenada por el Derecho, por lo tanto esa agresión no puede constituir el requisito necesario para que exista legítima defensa. La agresión debe ser ilegítima.

Debe ser real, en contraposición a imaginario, una defensa hecha en contra de una agresión imaginada pero no efectiva, no real, puede producir efectos penales importantes en el cuarto elemento del delito, en la culpabilidad, haciendo que el sujeto finalmente responsable criminalmente por el error de hecho en que incurrió al creer que había, pero no producirá el efecto de hacer existir una legítima defensa como causal de justificación, y por tanto ausencia de antijuricidad, porque si el sujeto se imagina, obviamente aquí incurre en un error de hecho, capaz de hacerlo no culpable finalmente de su conducta típica, pero antijurídica, pero jamás hará desaparecer la antijuricidad. La agresión por tanto debe ser ilegítima y debe ser real.

Y además debe ser actual o inminente, es decir debe estarse produciendo, o a punto de producirse, para que pueda existir la legítima defensa. No es legítima defensa actividad realizada por el agredido con posterioridad a la existencia de la agresión. Ello podrá dar origen a la circunstancia atenuante del artículo 11 núm. 4 del Código Penal: «La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral, hasta el segundo grado, inclusive a sus padres, o hijos naturales o ilegítimos».

El segundo requisito de la legítima defensa es la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Se ha discutido mucho acerca de este requisito, muchas veces se lo ha confundido –y en las actas del Senado incluso en que se debatió la última modificación a la legítima defensa, se habla erróneamente de ello– se confunde este requisito con una proporcionalidad, que según algunos, debiera existir entre la agresión y la defensa, y cuando no exista esta proporcionalidad entre ambos no habría, por tanto, legítima defensa.

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia también sostienen desde hace bastante tiempo, que el problema no es de propor-

cionalidad entre la agresión y la defensa, sino uno distinto. La letra de la ley es clara al respecto. La letra de la ley habla de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, por lo tanto lo que hay que determinar es si el medio empleado para defenderse era o no racionalmente necesario, y no proporcional al utilizado por el agresor. Para determinar la concurrencia o no de este requisito, obviamente que habrá que examinar múltiples situaciones de hecho. Por cierto que habrá que examinar la naturaleza de la agresión y la persona del agresor, y habrá que analizar la naturaleza de la defensa y la persona del que se defendió, pero más que eso, lo que hay que analizar es que medios tenía a su alcance el que se defendió, para promover esta defensa, porque por cierto, si el arma que en definitiva empleo fue un arma que alguien pueda pensar resultaba exagerada frente al arma utilizada por el agresor, si no disponía de ninguna otra para defenderse, obviamente que si cumplía con el requisito de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, puesto que ¿cómo no va a ser racional el medio empleado para defenderse si esa arma era la única de que se disponía para esos efectos? Por lo tanto este requisito, obviamente corresponderá calificarlo al Juez de la causa atendiendo todas las circunstancias de hecho que logren acreditarse, pero lo fundamental es tener presente que el verbo rector, por así decirlo, del requisito de esta necesidad racional del medio empleado por la defensa en relación al medio empleado por el agresor.

Y por último, el tercer requisito, que de cierta manera es común a las distintas clases de legítima defensa, es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Al tener derecho a la legítima defensa como causal de justificación es preciso que el defensor, el que alega la defensa, no haya provocado suficientemente la agresión, porque si de él partió la actividad ilícita promoviendo y motivando suficientemente la producción de la agresión, no se cumplirá este requisito ni aunque exista agresión ilegítima actual o inminente o real y exista la necesidad racional del medio empleado en la defensa, la conducta será antijurídica y habrá lugar a responsabilidad penal si en definitiva resulta además el requisito de la culpabilidad, pero este requisito de la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende tiene algunas variantes, tratándose de la legítima defensa de parientes y de la legítima defensa sobre extraños.

Tratándose de la legítima defensa de parientes, el requisito cambia un poco y se exige que en el evento que haya precedido provocación por parte del agredido, no haya tenido participación en ella, en esa provocación, el que defiende. La situación aquí es que un pariente defiende a otro que es objeto de la agresión, ese pariente que es objeto

de la agresión pudo haber provocado, ciertamente la agresión; aquí el requisito para que haya legítima defensa es únicamente que el pariente defensor no haya tenido participación en la provocación de la agresión.

Y por último, tratándose de la legítima defensa de extraños, el legislador agrega un cuarto requisito. Este es un requisito de naturaleza subjetiva y obviamente muy difícil de acreditar puesto que hay que acreditar aquí un hecho negativo, cual es que el defensor no haya sido impulsado a su actividad defensiva por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Requisito que obviamente será muy difícil de acreditar por ser un hecho negativo, más que eso, no habrá lugar a esta legítima defensa si es que alguien, el querellante, puede acreditar al revés que si ha actuado motivado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Estas son las tres clases de legítima defensa que establece nuestra legislación. Ahora bien, junto con ello ya desde el año 1954 nuestra legislación estableció lo que se denomina la legítima defensa privilegiada.

La legítima defensa privilegiada es una institución del derecho penal sustantivo que surge como reacción frente al problema de los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionar al sujeto que ha actuado amparado por la causal de justificación legítima defensa, y por tanto no ha cometido delito porque su conducta, aunque típica no es antijurídica, pero si puede verse expuesto a sufrir graves perjuicios con motivo del proceso penal que se origine con ocasión de su actividad defensiva.

La legítima defensa privilegiada no es por tanto una categoría especial, distinta de legítima defensa de la que ya hemos visto, sino que simplemente un paliativo que ha establecido el legislador para atenuar, y en lo posible eliminar, los efectos punitivos que todo proceso penal tiene y que en este caso sufre alguien que, en definitiva, no debe sufrir perjuicio ni sufrimiento alguno puesto que no ha realizado conducta delictiva de ninguna especie, aunque aparentemente si ha realizado una conducta típica que puede, o podría, dar lugar a responsabilidades penales.

¿Y esto porque sucede?, porque aun existiendo legítima defensa, por lo general, los hechos que aparecen a primera vista y los que al principio del procedimiento policial y luego al principio del procedimiento penal, tiene a la vista tanto el policía como el Juez, son la actividad típica del defensor y no la actividad típica del agresor. La policía llega al lugar del hecho porque alguien mato a otro, o porque alguien lesiono a otro y esa conducta típica que la policía y el Juez al

principio aprecian, son realizadas por el defensor y no por el agresor, solo después, normalmente a partir de la declaración indagatoria, toma conocimiento el Juez de una negación del que aparece como delincuente a primera vista alegando una situación que podría dar lugar a la causal de justificación legítima defensa, y por cierto, le corresponderá normalmente, aunque el Código de Procedimiento Penal diga una cosa distinta, a ese detenido y que incluso puede convertirse en procesado y sujeto a prisión preventiva, lograr acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de la legítima defensa: que hubo una agresión ilegítima, que el Juez me va a dar el tiempo actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado, la falta de provocación, etc., para que en definitiva y después de bastante tiempo pueda reconocérsele la existencia de la causal de justificación... y liberarlo de los efectos punitivos que el proceso penal obviamente tiene.

Frente a esta realidad, porque así suceden los hechos en la práctica, el legislador sale en auxilio de quien ha actuado en la legítima defensa, para poder atenuar al máximo los efectos punitivos que el proceso penal puede ocasionarle, a través de esta institución de la legítima defensa privilegiada. ¿Y como lo hace? ¿Qué es lo que hace? Lo que hace la legítima defensa privilegiada es presumir la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista legítima defensa a partir de ciertos hechos de más fácil comprobación, sin exigir, para dar por sentado que ha existido legítima defensa, que se verifique efectivamente la concurrencia de los requisitos que la ley establece para ello.

Y esa es la terminología que ustedes tienen a la vista en las normas, tanto las anteriores sobre legítima defensa artículo 10 núm. 4 inciso final, como la normativa actualmente vigente que es el inciso final que es el numerando 6.º del artículo 10 del Código Penal, en la versión antigua de la disposición se entenderá que concurren las circunstancias y el núm. 4 y 5.º precedentes, etc., etc... Lo que hace la ley, en definitiva, es presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa a partir de hechos de más fácil comprobación.

¿Cuáles son estos hechos a partir de los cuales se presume la existencia de la legítima defensa?

1.º Que la conducta del defensor se haya realizado al rechazar este el escalamiento en una casa departamento u oficina habitados sobre sus dependencias, sea de día, sea de noche.

2.º Que la conducta del defensor se haya realizado al rechazar este el escalamiento en un local comercial o industrial, pero en este caso siempre que sea de noche.

3.º Que la conducta del defensor se haya realizado al impedir o tratar de impedir este la consumación de los delitos de secuestro, de sustracción de menores, de violación, de violación sodomítica, de parricidio, de homicidio simple, de homicidio calificado, de robo con violencia o intimidación en las personas, de robos agravados o de robos con sorpresa.

Tratándose de los primeros dos hechos que permiten presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, lo dicho anteriormente resulta efectivo. Obviamente, a partir de la prueba del escalamiento –sea de día o de noche en una casa, departamento u oficina habitado o sus dependencias, o a partir de la prueba del escalamiento, en este caso solo de noche en un local comercial o industrial– se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa; y la prueba del escalamiento, del hecho de haberse producido escalamiento y este escalamiento es el que se define por el artículo 440 núm. 1 del Código Penal establecido al efecto por el robo con fuerza en las cosas, esto es cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de paredes o techos o fractura de puertas o ventanas, obviamente que son hechos fácil y objetivamente comprobables.

No sucede lo mismo con el tercer hecho a partir del cual se puede presumir la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, porque probar que se ha actuado para impedir la consumación de los delitos que allí se señalan, obviamente que resulta una prueba bastante más difícil porque para eso hay que probar que efectivamente el agresor, que ahora se transformo en agredido, estaba realizando una actividad tendiente a perpetrar finalmente un delito de secuestro o sustracción de menores, de homicidio, etc. De tal manera que de este tercer hecho no me parece que resulte tan claro el efecto buscado por la institución de la legítima defensa privilegiada. En cambio si lo logra este efecto claramente a partir de estos dos hechos anteriores, a partir del escalamiento.

¿Cuáles son las diferencias fundamentales introducidas por la ley 19.164 a la institución de la legítima defensa respecto de la versión anterior que regía desde el año 1954? La primera gran diferencia está en su ámbito de la aplicación. Hasta antes de la dictación de la Ley 19.164, la legítima defensa privilegiada solo tenía aplicación tratándose de la legítima defensa propia. Solo en ese caso y cuando se defendía bienes o la persona podía existir legítima defensa privilegiada, pero no había derecho a ella cuando se actuaba en defensa de parientes o de extraños. La modificación legal introducida el año 1992 por la Ley 19.164 defensa privilegiada tanto en el caso de la legítima

defensa propia como en el caso de la defensa de parientes y también en la legítima defensa de extraños. Esta es a mi juicio la diferencia fundamental entre la normativa actual y la normativa antigua.

La segunda diferencia se refiere a los hechos que constituyen la presunción, los hechos a partir de los cuales se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa. Antiguamente el requisito a partir del cual operaba la presunción, es exclusivamente el escalamiento de una casa o departamento habitado o de sus dependencias y siempre que fuera de noche. La modificación legal lo que ha hecho es ampliar, en este caso, el ámbito tanto espacial como temporal de la legítima defensa privilegiada. En lo espacial porque hoy día también se le permite tratándose del escalamiento practicado en locales industriales y comerciales, no solo en casas o departamentos habitados, y además, a las oficinas; y en cuanto a lo temporal, hoy día la legítima defensa privilegiada, tratándose de escalamiento practicado en locales industriales y comerciales, no solo en casas o departamentos habitados, y además, a las oficinas; puede alegarse cuando el escalamiento se verifique sea de día o sea de noche, antiguamente solo si este hubiese sido de noche. Y en el caso de los locales comerciales o industriales, la legítima defensa solo será privilegiada, solo puede operarse si el escalamiento se ha verificado de noche.

También se ha ampliado el ámbito de aplicación en cuanto al tercer hecho al que me he referido porque en la legislación la legítima defensa privilegiada solo cabía tratándose del impedimento de la consumación de los delitos de robo con violencia o intimidación a las personas y de los robos agravados, hoy día se agregado todos los demás delitos a los cuales me he referido de manera tan especial. Se le agregó el secuestro, la sustracción de menores, los homicidios, el parricidio, las violaciones, etc. También en eso ha tenido la institución una ampliación en su campo de aplicación.

Ahora bien, mantiene, afortunadamente a mi juicio, la disposición en vigencia una frase que es la que dice: «cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor», que también estaba contemplada en la normativa antigua. Todos los profesores de Derecho Penal cuando pasan la materia dicen y repiten siempre lo mismo diciendo «esta frase está demás». Claro, por cierto que está demás porque, obviamente, si hay causal de justificación, la conducta no es antijurídica y da lo mismo cualquiera sea el daño que se haya ocasionado al agresor. Da lo mismo que se le haya matado, que se le haya lesionado en mayor o menor forma puesto que, si se presume la concurrencia de los requisitos y uno de esos requisitos es la necesidad racional del medio

empleado para impedir o repeler la agresión, da exactamente lo mismo cual haya sido el daño causado al agresor para los efectos de tener derecho a alegar la legítima defensa. Y en estos los autores siempre repiten lo mismo que la frase está demás, y así se discutió también en las comisiones parlamentarias respectivas, la posibilidad de eliminar esta frase; sin embargo que bueno que se le ha dejado porque obviamente si se le hubiere eliminado habría dado lugar a toda clase de interpretaciones en cuanto a cual es el verdadero efecto de esta ejecución, al habérsela dejado queda siempre en claro que habrá también lugar a la legítima defensa privilegiada aun en caso de darse muerte al agresor.

En lo que si modifica, por lo menos respecto de una de las interpretaciones vigentes de la normativa antigua las modificaciones introducidas por la Ley 19.164, es en cuanto al carácter de esta presunción, por lo menos una parte de la doctrina y también de la jurisprudencia sostenían bajo las diligencias de la normativa antigua que la legítima defensa privilegiada constituía una presunción de derecho que por lo tanto no admitía prueba en contrario y establecidos los hechos a partir de los cuales se presume la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, habría lugar a ella sin más y en forma definitiva. La normativa actual establece expresamente que solo se trata de una presunción legal y por tanto solo habilita para los efectos procesales que a continuación veremos, pero en definitiva si se prueba en el proceso, por actividad del Juez. Por actividad de la parte querellante, que la agresión no era ilegítima, no era real o no era actual o inminente, una necesidad racional del medio empleado en la defensa no existía, o que si había habido provocación suficiente por parte del que después apareció en una actividad defensiva, etc., por mucho que se hayan establecido los hechos que ameritan una concurrencia de la presunción en la sentencia definitiva no podrá darse lugar a la alegación del que eventualmente hizo uso de la legítima defensa, la conducta típica si será antijurídica.

Por ello en el juicio se ha llegado a una solución justa, porque en definitiva la legítima defensa privilegiada tiene por objeto evitar los inconvenientes que surgen al comienzo del procedimiento penal para un posible titular de una legítima defensa, ese objetivo la institución debe darse por satisfecha, pero no puede pretenderse por esta vía solucionar el problema de fondos y por eso es que creo que se ha llegado a un punto de equilibrio ahora con la institución, sobre todo por los efectos procesales que veremos brevemente a continuación.

Tal como está hoy día la institución, a partir, por ejemplo, de la prueba del escalamiento, tendrá todos los efectos beneficiados el que

alega la defensa, pero obviamente quedará siempre expuesto hasta que durante el proceso se pruebe que los requisitos sustantivos de la legítima defensa no han existido, y en ese caso tendrá que afrontar la responsabilidad penal correspondiente, por tratarse de una presunción simplemente legal.

Quizá lo más importante de las modificaciones introducidas por la Ley ya en vigencia hace muchos años, son las que se refieren al procedimiento legal, porque nada de todo lo que hemos hablado tendría efecto práctico si es que no se tradujeran en efectos positivos para el que alega la defensa en el procedimiento, ¿qué sacamos con tener establecido en el Código que existe, que se presumen legalmente los requisitos de la legítima defensa, si en definitiva el que la alega igualmente es privado de libertad por la policía en el momento en que se lo sorprende habiendo dado muerte o habiendo lesionado a un agresor y luego el Juez dicta un auto de procesamiento en su contra porque todavía no están establecidos claramente los requisitos de la legítima defensa, o porque estima que la negación de la eximente es una cuestión que debe plantearse en el plenario, por tanto lo procesa y lo somete a prisión preventiva?, nada de esto tendría efecto si es que no se produjeran modificaciones claras y concretas en el procedimiento penal, y afortunadamente la ley así lo hizo y fue bastante imaginativa, a mi juicio, a este respecto estableciendo ahora derechos muy claros para los que alegan la legítima defensa privilegiada y otorga facultades bastante amplias al Juez en este respecto.

Estas normas que, como procesales normalmente se dice que son meramente complementarias de las normas sustantivas, a mi juicio son normas fundamentales porque sin estas la institución no produciría efecto alguno. A través de la primera modificación se introdujeron en ese tiempo dos incisos finales al artículo 260 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la detención, y en este caso la ley establece que tratándose de personas que se encuentren en situación de la legítima defensa privilegiada, su detención debe hacerse en su casa y si no tuviere su casa dentro del territorial jurisdiccional del Tribunal de la causa, en la casa que el detenido designe dentro de este territorio. No puede el sujeto ser por tanto detenido ni en un cuartel policial ni tampoco en los demás lugares en que se verifican las detenciones sino que solo en su casa y esta norma no es aplicable solo a las detenciones ordenadas por la Justicia, sino que incluso a las detenciones practicadas por la policía, por lo tanto establecido incluso por el funcionario policial que existe una legítima defensa privile-

giada, la detención del sujeto debe practicarse en su casa y no en un lugar distinto.

En la misma norma se establece también que la policía, sea Carabineros o la Policía de Investigaciones, en estos casos debe dar cuenta inmediata al Juez del Crimen correspondiente para los efectos de la libertad provisional del sujeto, permitiendo por tanto que de inmediato y tratándose sólo de un detenido, se le otorgue la libertad provisional.

Por último, en aquella oportunidad se le agrega un artículo 356 bis al Código de Procedimiento Penal en que se dice que tanto los casos de legítima defensa propia, de parientes o de extraños como en los casos de legítima defensa privilegiada, esto es en todos los casos de legítima defensa, la libertad provisional del detenido debe ser resuelta de inmediato por el Juez aún verbalmente, de oficio o a petición de parte, sin caución o con caución como lo prefiera el Juez, cualquiera sea el daño causado al agresor. Existe aquí un estímulo clarísimo del legislador a los Jueces que se encuentren en situación de legítima defensa, cualquiera sea la clase de legítima defensa que se trate y no sólo en el caso de la legítima defensa privilegiada sino que también en los casos en que esta presunción legal no exista.

En estos casos específicamente y parece obvio no es necesario el trámite de la consulta y ya vimos que esta libertad procede cualquiera sea el daño que se haya causado al agresor, incluso en el caso de una muerte, no se requiere el trámite de la consulta, no es necesario cumplir con los demás requisitos del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal y la apelación que pudiera interponerse en contra de la resolución que concede la libertad provisional sólo se concede en el efecto devolutivo.

En síntesis, los máximos efectos punitivos procesales que arriesga quien se encuentre en la situación de legítima defensa privilegiada es hoy día la de ser detenido en su casa o en la casa que se designe cuando no se tiene una dentro del territorio jurisdiccional del Tribunal, y tanto en este caso como en los demás casos de legítima defensa, la ley ha establecido el máximo de facilidades para el otorgamiento de la libertad provisional aún incluso sin fianza.

El segundo tema al que me voy a referir es más breve, es a la Ley 19.172 sobre arrepentimiento eficaz.

Voy a desarrollar este tema de una manera bastante esquemática partiendo por detallar algunas de las características de esta institución.

Lo primero es que esta Ley es una ley transitoria o temporal, aunque si recordamos que don Ramón Barros Luco decía que en Chile lo único permanente era lo transitorio, lo más probable es que esta Ley

continúe en vigencia por mucho tiempo, e incluso se la empiece a copiar para otros efectos, porque veámoslo de la partida, esta Ley tiene hoy día aplicación tratándose de delitos llamados terroristas, pero posiblemente y si es que en definitiva cumple con los objetivos que se han tenido en vista para su dictación es posible que se la empiece a copiar para otro tipo de delito, tráfico de estupefacientes e incluso quizás hasta para robos o hurtos cometidos por bandas, etc., de tal manera que lo más probable es que esta ley transitoria la tengamos en su aplicación durante muchísimo tiempo.

En segundo lugar y como una segunda característica, esta ley establece lejos, por parte, una excusa legal absolutoria, ya veremos porque suena raro, una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal y en tercer lugar la posibilidad de acceso a la libertad vigilada como medida alternativa de cumplimiento de la condena. En los tres casos tanto en la atenuante, como en la excusa legal absolutoria como en la posibilidad de acceso a la libertad vigilada como medida alternativa de cumplimiento de la condena teniéndose como fundamento la conducta posterior del delincuente. En estos casos es la conducta realizada por el delincuente después de haber delinquido la que produce el efecto sea excusa legal absolutoria, sea de atenuante de responsabilidad criminal o sea de derecho a la libertad vigilada.

Una tercera característica de esta institución es que establece medidas de protección de la persona y familia del delincuente que ha prestado colaboración a la Justicia después de perpetrado el delito – creo que por primera vez vamos a tener Jueces del Crimen prestando medidas de protección a los delincuentes-.

Y en cuarto lugar, y quizás como una característica común a lo que se ha dicho anteriormente, incorpora elementos que son de frecuente aplicación en el Derecho Penal Norteamericano a nuestro Sistema Penal, porque aquí se premia en la responsabilidad criminal propia por proporcionar medios para hacer efectivas responsabilidades penales ajenas, se eliminan algunos casos o se rebajan sustancialmente la responsabilidad penal propia por el hecho de permitir a la Justicia hacer efectivas responsabilidades penales ajenas.

Por cierto este es un tema polémico que se ha discutido muchísimo acerca de su conveniencia o no conveniencia, pero hoy día constituye una realidad en nuestra legislación por lo menos tratándose de los delitos terroristas.

Veamos la institución en estos tres casos: como excusa legal absolutoria, como atenuante de responsabilidad criminal y como posibilidad de acceso a la libertad vigilada.

## 1. En cuanto a excusa legal absolutoria

¿Qué es una excusa legal absolutoria? Existen éstas cuando habiendo conducta típica, antijurídica y culpable, esto es cuando se ha perpetrado un delito y que por tanto ha nacido responsabilidad criminal y debiera aplicarse la pena correspondiente, sin embargo el legislador ordena que la pena no se aplique por razones prácticas, con fundamento valorativo. Es una situación bastante extraña, hay delito, hay conducta típica, antijurídica y culpable, hay responsabilidad criminal, debiera aplicarse la pena, pero la ley dice no se aplique pena porque considera, fundado en ciertos valores, que prácticamente no conviene aplicarla. Esta situación ya existía desde siempre en nuestro Código Penal en el artículo 489 cuando dispone que no habrá aplicación de pena por los hurtos, por los daños y por las defraudaciones que recíprocamente se causaren los cónyuges o determinados parientes. Los hurtos entre cónyuges y los daños entre hermanos, las apropiaciones o fraude entre hijos y padres no reciben sanción penal, aunque por cierto constituyen conductas típicas, antijurídicas y culpables. Lo mismo sucede con el encubrimiento de parientes. El legislador prefiere, también en este caso, en aras de la armonidad unidad familiar prescindir de la aplicación de la sanción aunque haya existido la actividad de encubrimiento de un pariente, pero en general hasta ahora las excusas legales absolutorias habían tenido siempre, en consideración, razones de esta clase, razones de armonía familiar o por último, de no agravar el conflicto porque obviamente habiéndose producido un hurto o daño o una defraudación dentro de una familia la intervención de la Justicia del crimen es posible, lo más probable es que hubiera aumentado, agudizado el conflicto antes que contribuido a solucionarlo. En este caso tenemos en cambio una excusa legal absolutoria que comparte todas las características de las mismas porque en razón de objetivos superiores y por razones prácticas se ordena no aplicar la pena, pero ya fuera de un ámbito tan especial como es el ámbito familiar. Aquí simplemente, a través de esta institución se ordena no aplicar la pena por un delito terrorista siempre y cuando el terrorista delincuente haya realizado determinadas conductas con posterioridad a la comisión de su delito, que el legislador considera muy conveniente que realice para poder atenuar y ojalá eliminar la actividad terrorista en el País, es como dicen... una especie de chocolate para un niño, en el que se le dice «yo lo premio no aplicándole la sanción siempre que usted, a pesar de haberse portado mal, ahora se conduzca de ésta y ésta manera».

¿Cuáles son las conductas que se exigen al terrorista delincuente realizar para que en definitiva no se le apliquen las penas establecidas por la Ley por su delito?

Se le exige en primer lugar que abandone la asociación ilícita terrorista y que además realice una de las siguientes alternativas de conducta: Que entregue o revele a la autoridad información, antecedentes o elementos de prueba que sirvan eficazmente para prevenir o impedir la perpetración o consumación de delitos terroristas e individualizar y detener a los responsables. O bien, ayude eficazmente a desarticular la asociación ilícita a la cual pertenecía, o a parte importante de ella revelando antecedentes no conocidos tales como sus planes, la individualización de sus miembros o el paradero de sus dirigentes e integrantes. En buenas cuentas, lo que el legislador exige por su parte, que se abandone la asociación ilícita a la que se pertenecía y en segundo lugar que se entregue toda la información disponible en manos de este ex terrorista, pero que sirva esta información eficazmente a los fines previstos por el legislador, que son la prevención o impedimento de futuros delitos terroristas o la desarticulación de la organización ilícita. Sin embargo por el artículo siguiente se atenúan bastante las exigencias para operar esta excusa legal absolutoria porque luego se dice que no es necesario que en definitiva se cumpla con estos objetivos cuando el terrorista ha entregado toda la información disponible y estos objetivos no se cumplen por causas independientes de su voluntad. De tal manera que en definitiva, creo que prácticamente los requisitos que en realidad se exigirán a los terroristas para tener derecho a esta excusa legal absolutoria van a ser simplemente que abandone la asociación ilícita y que entregue la información. Que la información sirva o no sirva es una cuestión que obviamente va a quedar con un tremendo signo de interrogación puesto que el Juez podrá otorgar el beneficio y obviamente va a depender de los Jueces cuán exigente sean en este respecto, pueden otorgar la excusa legal absolutoria aunque en definitiva la información entregada no haya servido para nada cuando se estime que ello ocurrió por causas independientes de la voluntad del sujeto que entregó la información.

La calificación de si sirvió o no la información por causas dependientes o independientes de la voluntad del sujeto, creo que debe ser de la apreciación del Juez.

Ahora bien, esta excusa legal absolutoria no es aplicable a todos delitos terroristas sino que únicamente a los delitos de asociación ilícita que tienen por objeto la comisión de delitos terroristas, a la tentativa de delitos terroristas y a la conspiración para cometer delitos terroristas. No es aplicable esta excusa legal absolutoria a delitos

terroristas de mayor gravedad sino que solo a la asociación ilícita, a la tentativa y a la conspiración.

## **2. En cuanto circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal**

En segundo lugar, el arrepentimiento eficaz también opera como circunstancia atenuante de responsabilidad criminal tratándose de todos los demás delitos terroristas que no sean la asociación ilícita, la conspiración y la tentativa. En todos los demás delitos terroristas, reuniéndose los mismos requisitos a que ya hemos hecho referencia en cuanto a abandono de la asociación ilícita y a la entrega de información eficaz para desarticular la organización terrorista, el Juez puede rebajar la pena establecida por la ley por el delito correspondiente hasta en segundo grado. Constituye esto una circunstancia atenuante privilegiada puesto que permite rebajar la pena por debajo de los límites establecidos por la Ley.

## **3. Como posibilidad de acceso a la medida de libertad vigilada**

Y en tercer lugar, el arrepentimiento eficaz también produce efectos en relación con la medida alternativa de cumplimiento de condena denominada libertad vigilada. El Juez puede otorgar el beneficio de libertad vigilada, que es una medida alternativa de cumplimiento de una pena privativa de libertad, permaneciendo el condenado en libertad, sujeto a la vigilancia de la autoridad cuando concurren más o menos estos mismos requisitos: cuando el sujeto abandone la organización terrorista, confiese todos los delitos que ha cometido, proporcione indicios y pruebas suficientes para establecer estos delitos y determinar la responsabilidad de los demás culpables y entregue toda la información disponible y eficaz para desarticular los planes de la asociación ilícita.

Esto es, a través de este arrepentimiento eficaz que está dado por el abandono de la asociación ilícita y por la entrega de la información, se puede conseguir el delincuente terrorista, tratándose de asociaciones ilícitas, conspiraciones o tentativas, una excusa legal absolutoria. Esto es la no aplicación de las penas.

Si se trata de un delincuente terrorista por hechos distintos de los relatados, este puede acceder por el arrepentimiento eficaz, ya no a que no se le aplique pena alguna, pero que se le aplique rebajada hasta en dos grados. Y al mismo tiempo puede lograr que esta pena, que ha

rebajado en dos grados, no la cumpla sino a través de un medio alternativo como lo es la libertad vigilada, que obviamente se traduce simplemente a una vigilancia que sabemos es bastante teórica y en buenas cuentas significa firmar un libro cada cierto tiempo.

La novedad máxima de esta ley de arrepentimiento eficaz radica en las medidas de protección que los Jueces pueden, y en algunos casos deben adoptar, respecto de los terroristas delincuentes que se han arrepentido. Al Juez se le obliga, a través de esta ley, a disponer todas las medidas que estime necesarias para proteger a quienes solicitan los beneficios de esta ley. Basta con que el delincuente terrorista solicite acceder o a la excusa legal absolutoria, o a la atenuante, o a la libertad vigilada, para que el Juez deba arbitrar todas las medidas necesarias para su protección. Desde un punto de vista teórico, obviamente que esta norma tiene mucha razón de ser, puesto que para poder solicitar el beneficio de excusa legal, atenuante o libertad vigilada, hay que haber abandonado la asociación ilícita y hay que haber proporcionado la información eficaz para esclarecer delitos terroristas o desarticular organizaciones ilícitas y desde ese mismo instante el sujeto queda expuesto a sufrir las consecuencias de su arrepentimiento y por eso mismo es que aunque en definitiva no se le concedan ninguno de estos beneficios, parece razonable que el Juez lo proteja de alguna forma, pero obviamente la institución puede confundirse en algunos casos con el abuso por parte del delincuente terrorista. Ahora concedido el beneficio, y hasta aquí quizá la novedad más grande de esta legislación, concedido por el juez algunos de los beneficios que esta ley establece, esto es reconocido que hubo arrepentimiento eficaz por la vía de excusarlo de la pena, por la vía de atenuarle la misma o por la vía de otorgarle la libertad vigilada, el Juez puede autorizar el cambio de identidad tanto del ex delincuente terrorista, como de su cónyuge o de los demás parientes que la resolución determine. El Juez le ordena al Registro Civil que le de un nuevo nombre a él y al resto de su familia quedándole prohibido al ex delincuente usar su antigua identidad y sólo podrá usar la nueva de ahí en adelante protegiendo este cambio de identidad a través de la sanción de quien descubra este secreto, etc., «esto es igual a lo que sucede en las películas de televisión norteamericana».



# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho  
Abogada

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 14

##### *Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.*

«Los requisitos que han de concurrir para poder apreciar la lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14):

*a)* La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre el contraste entre la Sentencia impugnada y precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales, pero resueltos de forma contradictoria.

*b)* Identidad de órgano judicial entendida no como una mera identidad de Sala, sino que en su caso se trate de la misma Sección.

*c)* La existencia de alteridad en los supuestos contrastados; es decir, de “la referencia a otro”, lo que excluye la comparación con otra resolución que afecte al mismo recurrente.

*d)* Finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio (STC 13/2011, de 28 de febrero, FJ 3).»

(STC 108/2013, de 6 de mayo. Recurso de amparo núm. 7128-2011. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 4-6-2013)

#### ARTÍCULO 18

##### *Derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio.*

«Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, este Tribunal ha estimado en numerosas Sentencias que no puede ser concebido como una faceta o manifestación

más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el artículo 18 de la Constitución mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico. Concretamente, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3). (ATC 28/2004, FJ 3). En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde (SSTC, además de las dos anteriormente citadas, 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación.

Siendo evidente que las zonas comunes de un hotel se encuentran apartadas de la vista del público en general (lo mismo que si estuvieran en cualquier otro edificio público o privado), lo cierto es que el hecho de que estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para otros terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales.»

(STC 176/2013, de 21 de octubre. Recurso de amparo núm. 1783-2010. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. «BOE» de 20-11-2013).

### *Derecho a la intimidad y derecho a la información.*

«Recientemente, en la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 14, hemos recordado que “el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Además, el artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar

que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas)". Asimismo, en la STC 134/1999 de 15 de julio, FJ 5, afirmamos que el derecho a la intimidad garantiza que "a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997; SSTEDH caso *X e Y*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; caso *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993; caso *Z*, de 25 de febrero de 1997)". En concreto, sobre el problema de la publicidad de la filiación, en la STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, afirmamos que no cabe duda de que la filiación ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, que además sirve también para lograr el objetivo constitucional establecido en el artículo 39.2 CE.

(.../...)

En aras de realizar la oportuna ponderación de los derechos en juego en el presente proceso, que el derecho fundamental a la intimidad personal consagrado por el artículo 18 CE, como todos los demás derechos, puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero; FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo; FJ 6; y 25/2005, de 14 de febrero de 2005, FJ 6). Dentro de los límites naturales al derecho a la intimidad se encuentran tanto la libertad de información como la de expresión, libertades que están en juego por haber sido alegadas en el presente proceso constitucional.

A este respecto, en la STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2, dijimos que el derecho a la intimidad 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 (por todas, STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 8)".

(.../...)

Hemos afirmado, por todas STC 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4, la importancia de distinguir "conceptualmente entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, incluyendo las apreciaciones y los juicios de valor, y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de hechos que merecen ser considerados noticiables. Hemos considerado que esta distinción tiene importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades: mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que en el texto del artículo 20.1 d) CE ha añadido al término 'información' el adjetivo 'veraz'. Ahora bien, asimismo hemos reconocido que, en la casuística que propone la realidad del ejercicio práctico de estas libertades, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos".

(.../...)

Conviene recordar que en la STC 83/2002, FJ 4, se afirma que concurre un interés público constitucionalmente prevalente, digno de protección "cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia ... en este punto, como advertimos en la STC 115/2000, FJ 9, resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de

los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena”.»

(STC 190/2013, de 18 de noviembre. Recurso de amparo núm. 6685-2010. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 19-12-2013).

### *Derecho al secreto de las comunicaciones e intimidad*

«Debemos recordar que este Tribunal ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4; 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 142/2012, de 2 de julio, FJ 3 y 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4) que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra tanto la interdicción de la interceptación como el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado no sólo por la interceptación en sentido estricto –aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación– sino también por el conocimiento antijurídico de lo comunicado, como puede suceder, sin ánimo de exhaustividad, en los casos de apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil. Igualmente se ha destacado que el derecho al secreto de las comunicaciones protege 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 el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTC 123/2002, FJ 6; 56/2003, FJ 3; 230/2007, FJ 2; 142/2012, FJ 3; y 241/2012, FJ 4; así como las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*, § 84 y, de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*, § 43).

(.../...) Si bien los agentes de policía accedieron a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil del recurrente sin autorización judicial (ni tampoco consentimiento del afectado), ya hemos adelantado que tal exigencia se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respete el principio de proporcionalidad (SSTC 70/2010, FJ 10, y 173/2011, FJ 2, entre otras).»

(STC 115/2013, de 9 de mayo. Recurso de amparo núm. 1246-2011. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 4-6-2013).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos.*

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las

cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. De ahí que sea también respetuosa con este derecho fundamental una resolución judicial de inadmisión o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma” (STC 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2 y las que en ella se citan).

Si bien el derecho a obtener una resolución de fondo se extiende tanto al ámbito del acceso a la jurisdicción como al del acceso al recurso, el alcance de este derecho desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, no es el mismo en la fase inicial del proceso que una vez conseguida una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela, que en las sucesivas fases de recursos que puedan interponerse contra esa decisión. Así en el acceso a la jurisdicción, se proscribe no sólo la arbitrariedad, irrazonabilidad o el error patente, sino también aquellas decisiones de inadmisión –o de no pronunciamiento sobre el fondo– que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican. En el acceso al recurso, por el contrario y salvo en materia penal, “operan en esta jurisdicción constitucional los tres primeros criterios, pero no el último: ‘La decisión sobre la admisión de los recursos o no y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que están sujetos «constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE’ (STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3)”.

Son los Jueces y Tribunales, por lo tanto, a quienes corresponde determinar cuáles son los requisitos y presupuestos que la ley exige para el acceso a los recursos que establece, así como la verificación y control de su concurrencia en cada caso (STC 230/2001, de 26 de noviembre, FJ 2). En el mismo sentido, en la STC 258/2000, de 30 de octubre (FJ 2), con cita de innumerables decisiones anteriores, afirmamos que este Tribunal Constitucional “no puede entrar a enjuiciar la corrección jurídica de las resoluciones judiciales que interpretan y aplican las reglas procesales que regulan el acceso a los recursos, ya que ni es una última instancia judicial ni nuestra jurisdicción se extiende al control del acierto de las decisiones adoptadas por los jueces en ejercicio de su competencia exclusiva sobre selección, interpretación y aplicación de las normas procesales ex artículo 117 CE en lo que respecta al acceso a los recursos previstos en las leyes. Por ello, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos, el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas” (STC 253/2007, de 17 de diciembre, FJ 3)”. (STC 33/2008, 25 de febrero, FJ 2).»

(STC 90/2013, de 22 de abril. Recurso de amparo núm. 2090-2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 23-5-2013).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.*

«Los tres motivos del recurso, como ya se ha sintetizado, plantean la lesión de los derechos a obtener una resolución judicial motivada y jurídicamente fundada, lo que exige atender a la doctrina asentada por este Tribunal en torno al contenido esencial

de esta doble vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), de la que se hace resumen en la reciente STC 182/2011, de 21 de noviembre, FJ 3, en los siguientes términos:

“Este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, recogida en sus inicios en las SSTC 61/1983, de 11 de julio, FJ 3, y 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3, y confirmada últimamente en el FJ 4 de la STC 248/2006, de 24 de julio, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2, y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3).

Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4). El artículo 24 CE impone entonces, a los órganos judiciales, la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho que no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; 5/1986, de 21 de enero; 78/1986, de 13 de junio; 116/1986, de 8 de octubre, y 75/1988, de 25 de abril, FJ 3). No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999, 8 de marzo, FJ 3, y 10/2000, de 17 de enero, FJ 2)...”.

(STC 56/2013, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 7271-2010. Ponente. D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» de 10-4-2013).

«Este Tribunal ha reiterado, desde temprana jurisprudencia, que la obligación de motivar las resoluciones judiciales no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. De ese modo, se constituye en una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (por todas, STC 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3).

Del mismo modo, también es doctrina constitucional reiterada que, desde la perspectiva del deber de motivación de las resoluciones judiciales, podrá considerarse que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que funda dicha resolución resulte arbitrario, irrazonable o incurso en error patente. Así, se señala que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas en que se compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o que siguen un desarrollo argumental incurso en quiebras lógicas de tal magnitud que conduzcan a la evidencia de no poder considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (por todas, STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4)».

(STC 133/2013, de 5 de junio. Recurso de amparo 1091-2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 2-7-2013).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho en supuestos de denuncias por malos tratos.*

«Refiriéndonos concretamente al derecho a no padecer tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), este Tribunal tiene declarado (por todas STC 131/2012, de 18 de junio, FJ 2) “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)».

3. En orden a perfilar el contenido del derecho proclamado en el artículo 15 CE y la tutela que los órganos judiciales están obligados a dispensar, en la reciente STC 12/2013, de 28 de enero, recordábamos(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que cuando una persona afirma “de forma creíble (SSTEDH de 4 de abril de 2006, *Corsacov c. Moldavia*, § 68; y de 10 de abril de 2008, *Dzeladinov y otros c. Macedonia*, § 69) o de forma defendible haber sufrido, por parte de la policía u otros servicios del Estado, tratos contrarios al artículo 3 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, esta disposición, ... requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz” (STEDH de 1 de octubre de 2009, *Stanchev c. Bulgaria*, § 67; STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 34; y STEDH de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren c. España* § 38). Así, se ha considerado que es “defendible” o “creíble” que las denuncias de torturas o malos tratos alegados podrían haber sido causados por la policía u otros servicios del Estado cuando los demandantes presentan fotografías de las heridas sufridas y certificados médicos como prueba (STEDH de 10 de abril de 2008, *Dzeladinov y otros*

c. Macedonia, § 72); cuando consta que el demandante se ha quejado de haber sufrido malos tratos en todos los informes del médico forense y en los mismos se recoge una erosión de 1,5 centímetros en el lado derecho de la cara del demandante, sin establecer su origen (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, § 30); cuando en los informes del médico forense se describen diferentes heridas y hematomas e incluso un intento de suicidio por parte de uno de los demandantes (STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160); cuando los informes médicos realizados durante el período de detención señalan la presencia de varios hematomas y una costilla rota (STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 59); cuando según el correspondiente certificado médico el interesado presentaba un hematoma a nivel lumbar de tres a cuatro centímetros y los labios rotos y además, tuvo que permanecer bajo supervisión médica durante una semana antes de ser transferido nuevamente a la prisión (STEDH de 3 de abril de 2012, *Dimitar Dimitrov c. Bulgaria*, § 45); cuando las acusaciones sobre malos tratos son apoyadas por informe médico que confirma la existencia de un edema post-traumático en el rostro y fractura de cuello (STEDH de 20 de diciembre de 2011, *Pascari c. Moldavia*, § 45); cuando en el certificado médico presentado por el interesado consta que tenía varias equimosis e inflamaciones superficiales en varias partes de su cuerpo (STEDH de 22 de julio de 2008, *Boyko Ivanov c. Bulgaria*, § 38); o cuando el demandante, estando en situación de detención preventiva, se queja en dos ocasiones de los malos tratos sufridos al haberle esposado y cubierto la cabeza con una bolsa de plástico (STEDH de 16 de octubre de 2012, *Otamendi Egiguren c. España* § 39). En estas circunstancias, y una vez que los demandantes han aportado elementos suficientes de los que se deriva una sospecha razonable de que las torturas o malos tratos alegados pueden haber sido causados por agentes policiales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que las autoridades están obligadas a llevar a cabo una investigación eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes.

De otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre la posible violación del artículo 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales ('Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes') en su parte sustancial y la posible violación de dicho precepto en su vertiente procesal. Para declararse una violación sustancial del artículo 3 del Convenio europeo debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad. En este sentido las acusaciones de malos tratos deben ser apoyadas "por elementos de prueba apropiados", pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 58). El aspecto procesal del artículo 3 cobra relevancia 'cuando el Tribunal no puede llegar a ninguna conclusión sobre la cuestión de si hubo o no tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio debido, al menos en parte, al hecho de que las autoridades no reaccionaron de una forma efectiva a las quejas formuladas por los denunciantes' (STEDH de 17 de octubre de 2006, *Danelia c. Georgia*, § 45). En efecto, en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, ha concluido no poder afirmar con certeza, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que el demandante fue sometido, durante su arresto y su detención, a los malos tratos alegados. Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al artículo 3 del Convenio europeo "se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia pre-

sentada por el demandante por malos tratos”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violado el artículo 3 del Convenio en su parte procesal (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, §§ 39, 41 y 42; STEDH de 28 de septiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 65; y STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160)» (FJ 2).

4. Por lo que se refiere a la tutela que los órganos judiciales han de dispensar cuando ante ellos se denuncia haber padecido tortura o tratos inhumanos o degradantes, en la indicada STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3, recapitulábamos la doctrina constitucional al respecto señalando que «“vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito 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” (entre otras, las SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2, y 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2)». A fin de constatar la pretendida exigencia de vulneración del derecho fundamental analizado señalábamos en ese mismo fundamento jurídico 3 que han de analizarse por separado dos exigencias distintas:

a) De una parte la existencia de sospechas razonables de torturas o tratos inhumanos o degradantes, bien entendido que así como los maltratos físicos suelen dejar un rastro perceptible por el menoscabo corporal en el que consisten, cuando se denuncia un maltrato psicológico las secuelas reveladoras del mismo son de más difícil apreciación aunque no por ello imposibles de objetivar en ocasiones a través los reconocimientos médicos que se realizan a todo detenido. Recordábamos en la Sentencia indicada, recogiendo doctrina anterior, la importancia que a tal efecto tienen las manifestaciones recogidas por el médico forense que practica los reconocimientos médicos así como las manifestaciones efectuadas al respecto en cuanto el detenido pasa a disposición judicial y se le recibe la primera declaración por el Juez. Así lo hemos entendido en supuestos tales como cuando constaba en los informes médicos que el detenido estaba nervioso y angustiado, con tics nerviosos y temblor en pierna derecha y relató a la médico forense los malos tratos que afirmaba haber padecido durante su detención (STC 69/2008, de 23 de junio, FJ 3); o cuando el detenido se causó autolesiones no disimuladas con el fin de poner término a los interrogatorios y malos tratos a los que afirmó que estaba siendo sometido en las dependencias policiales y en los informes médicos se recogieron las constantes protestas del detenido por las abundantes amenazas que dijo recibidas y por la referencia a una bolsa de plástico que concordaba con la que luego describiría con detalle en su denuncia de malos tratos (STC 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 3); o cuando la detenida presentó un leve mareo y cierta ansiedad e informó al médico forense de que le habían pegado en la cabeza (STC 63/2010, de 18 de octubre, FJ 3); o cuando el detenido refirió al forense «dolor en el hombro derecho por haber sido mantenido esposado durante mucho tiempo y molestias en la espalda por la postura» y el forense apreció «marcada ansiedad y labilidad emocional con tendencia al llanto» (STC 131/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Ahora bien, también hemos advertido que para la constatación de un panorama indiciario de haberse causado torturas o tratos inhumanos o degradantes al detenido no resulta imprescindible su reflejo en los informes del médico forense que haya reconocido al detenido, pues el referido panorama indiciario puede resultar de otros datos que obliguen a proseguir la investigación judicial aun cuando «los mismos fueran claramente insuficientes para sustentar una condena penal por delito de torturas o malos tratos (por ejemplo, la existencia de irregularidades o la quiebra de ciertas garantías del detenido, como son las visitas y los informes del médico forense, orien-

tadas a preservar su derecho a la integridad física y moral), pues de lo que se trata en este momento es de precisar la obligación del Juez de investigar en estos casos». En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene señalado que «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*, § 42; y de 13 de julio de 2010, *Parnov c. Moldavia*, § 30), añadiendo que «el pronto examen forense era crucial debido a que los signos de lesión podrían desaparecer en poco tiempo» (STEDH de 17 abril 2012, *Rizvanov c. Azerbaijan*, § 47).

b) En segundo lugar, recordábamos en la indicada STC 12/2013, de 28 de enero, que es necesario que «las sospechas de comisión de torturas se revelen como susceptibles de ser despejadas mediante una investigación eficaz. En este sentido hemos afirmado 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 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3; 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)».

«Con todo, “no se trata de que se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí de que en un contexto aún de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aún de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones” (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8). De este modo, “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. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia” (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 123/2008, de 20 de octubre FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2 y 131/2012, de 18 de junio, FJ 2). Resulta así posible no proseguir con nuevas diligencias de investigación en aquellos casos en que o bien no persistan sospechas razonables sobre los hechos denunciados o bien incluso persistiendo ya se han agotado los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 8; 52/2008, de 14 de abril, FJ 5 y 63/2008, de 26 de mayo, FJ 4)».

Todo lo anterior pone de manifiesto el carácter eminentemente circunstancial de la apreciación del panorama indiciario que obliga a las autoridades a no concluir la investigación, manteniendo así el necesario equilibrio entre la firmeza que la preservación del Estado de Derecho exige en la investigación de las conductas delictivas o irregulares cometidas al amparo del ejercicio del poder y la necesidad de salvaguardar el crédito de ese mismo Estado de Derecho frente a una eventual «estrategia destinada

a abrir o mantener abierto el mayor tiempo posible el proceso penal, para erosionar el crédito de las instituciones democráticas o para obtener la identidad de los agentes intervinientes en la lucha antiterrorista, poniendo en peligro su vida o la continuidad de su labor». [STC 12/2013, de 28 de enero, FJ 3, a) in fine].

(STC 153/2013, de 9 septiembre. Recurso de amparo núm. 4981-2012. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 9-10-2013. En el mismo sentido, STC 12/2013, de 28 de enero. «BOE» de 26-2-2013).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Exploración del menor como prueba en delitos de abuso sexual.*

«En los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a analizar las condiciones en las que narró los hechos o, por fin, a evaluar la credibilidad de su relato (SSTEDH *P.S. contra Alemania*, § 30; *W. contra Finlandia*, § 47; *D. contra Finlandia*, § 44). En tal medida, el centro de atención del debate jurídico recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar al acusado un juicio con todas las garantías, hemos asumido en la citada STC 174/2011 el canon a que se refiere la STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso *A.S. contra Finlandia*, § 56, conforme a la cual “quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”».

(STC 57/2013, de 11 de marzo. Recurso de amparo núm. 3723-2011. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 10-4-2013).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un Juez imparcial*

«Procede realizar, a los efectos de la resolución de la cuestión suscitada, una síntesis expositiva de los aspectos básicos de nuestra doctrina sobre el derecho a un Juez imparcial cuyas líneas fundamentales son las siguientes:

a) La imparcialidad del Juez puede analizarse desde una doble vertiente. Una “imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él” (por todas STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).

b) La garantía de la imparcialidad objetiva “pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso” (STC 313/2005, de 12 de diciembre, FJ 2). Esto es “que influya en el juicio

o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor” (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4). Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero “la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro –en el juicio o en el recurso– una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción”. (SSTC 157/1993, de 6 de mayo; FJ 3 y 11/2000, FJ 4, que cita la anterior).

c) No basta que tales dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que “la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador” (STC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 4, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

d) Tales dudas resultan de “la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación” (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan), o del presupuesto por el que son “constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento” (STC 11/2000, FJ 4, y las que en ella se citan). Ahora bien, “no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el Juez que decide la admisión de una denuncia o una querrela” (STC 11/2000, FJ 4), pues el Juzgado “tiene en los comienzos del procedimiento muy escaso margen de decisión: está obligado por la ley a incoar procedimiento cuando recibe una denuncia, salvo excepciones ... Sólo después, conforme avanza la instrucción, se amplían las facultades judiciales: cuando se ha iniciado la comprobación del hecho denunciado, practicándose las diligencias iniciales, puede el Juzgado acordar el sobreseimiento de la causa por los motivos previstos por los artículos 637 y 641 de la Ley (SSTC 34/1983, fundamento jurídico 1 y 2, y 40/1988, fundamento jurídico 3)” (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 17). Tampoco “consideramos lesionado al derecho a la imparcialidad del juez en el caso de revocación del sobreseimiento acordado por una Sala unipersonal cuando el enjuiciamiento correspondió a una Sala de tres Magistrados” (STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5). Igualmente no quiebra la imparcialidad cuando el Juez instructor de la causa se limita únicamente a formar parte de la Sala que dicta una providencia de mera ordenación del procedimiento que nada decide, ni en lo concerniente a los aspectos materiales o de fondo del citado recurso de apelación (STC 238/1991, de 12 de diciembre, FJ 3), o cuando únicamente se “ejerció un control de estricta legalidad sobre la regularidad procedimental de la actuación investigadora, acordando su corrección, por razón de la palmaria contradicción de la resolución apelada con la anterior resolución firme del Juzgado ordenando la apertura de diligencias previas» (STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 3)”».

(STC 149/2013, de 9 de septiembre. Recurso de amparo núm. 211-2010. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 9-10-2013).

*Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.*

«Recuerda al respecto la STC 135/2011, de 12 de septiembre, que “nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre las más recientes SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; y 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3), señala que ‘el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción’. En aplicación de esta doctrina hemos dicho 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 y corregir la efectuada por el órgano de instancia”».

(STC 22/2013, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 8928-2006. Ponente. D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26-2-2013).

«La STC 167/2002, de 18 de septiembre, que invoca la Sentencia recurrida, como recordara el Pleno de este Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, se ocupó del alcance de las garantías constitucionales para quien resulta condenado en la segunda instancia, tras revisar una previa absolución, inspirándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, caso *Constantinescu c. Rumania*). Según esa doctrina, el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4; o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)–, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

En aplicación de esta doctrina constitucional se han sentado diversos criterios y garantías, que no será preciso reiterar ahora por no estar comprometidos en el presente caso, bastando la remisión a los pronunciamientos del Pleno citados, señaladamente a la STC 88/2013, de 11 de abril, que realiza un recorrido por nuestra

jurisprudencia y aclara el encuadramiento constitucional de las exigencias de inmediación y contradicción en la valoración de pruebas personales, así como del derecho del acusado absuelto de ofrecer su testimonio personal sobre los hechos enjuiciados en los supuestos en los que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa o que no cabe interpretar su conducta con la intención o ánimo de cometer el hecho delictivo, englobando todo ello dentro del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), pero en su proyección frente a condenas en segunda instancia.

En ese sentido, esto es, insistiendo en la identificación de quién es sujeto de la tutela, procede recordar lo que dijimos en la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4: “De la doctrina expuesta se deriva que, si bien en casos excepcionales y en aras a la máxima irradiación de las garantías constitucionales, podría resultar procedente, a partir de una interpretación conforme a la Constitución de la regulación legal del recurso de apelación, celebrar vista oral en segunda instancia con asistencia del acusado o, eventualmente, de otros testigos cuyo testimonio resulte imprescindible para asegurar la debida práctica contradictoria de pruebas admitidas con arreglo al artículo 790.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), la doctrina constitucional no exige o alienta la repetición del juicio ante el órgano *ad quem* cuando se pretenda revisar una absolución, pudiendo éste, en el ejercicio de la potestad que le otorga el artículo 117.3 CE y a partir de una interpretación no arbitraria de la regulación legal del recurso de apelación, confirmar la absolución sin citar a quienes hubieran declarado en primera instancia. En definitiva, lo único que la Constitución proscribe es la revocación de una absolución –o, en general, una revisión *in peius* de la decisión de primera instancia– sin respeto a las garantías de inmediación y defensa contradictoria”».

(STC 184/2013, de 4 de noviembre. Recurso de amparo 4974-2011. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» de 4-12-2013).

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de la confesión prestada en fase de instrucción (art. 46.5 LOTJ).*

«La decisión de admitir el valor probatorio de las declaraciones prestadas con las debidas garantías de contradicción ante el Juez de Instrucción, introducidas luego en el juicio oral a través del interrogatorio al acusado sobre las contradicciones entre lo que “manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción” (art. 46.5 LOTJ) no sólo no es irracional, arbitraria o manifiestamente errónea al interpretar la legalidad, sino que es conforme con nuestra doctrina, que permite la valoración de las declaraciones sumariales, practicadas con las formalidades legales e introducidas en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Hemos declarado que es acorde con la Constitución y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) “integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio ... introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7). De esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradic-

ción (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10)” (STC 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2). La especialidad probatoria que establece el artículo 46.5 LOTJ consiste en garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto del juicio oral y ante el Juez de Instrucción (STC 2/2002, FJ 7, citada), y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado. Dicha excepción constituye una singularidad en la práctica de la prueba, como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones y entienden las resoluciones impugnadas, que en modo alguno puede considerarse vulneradora del derecho invocado. De este modo, el artículo 714 LECrim determina que cuando “la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”; por su parte, el apartado primero del artículo 46.5 LOTJ indica –refiriéndose expresamente al acusado– que el “Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto”.

La incorporación al proceso de las declaraciones del acusado que han tenido lugar en la fase de instrucción, mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo manifestado en el juicio oral y en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al Tribunal del Jurado (art. 46.5 LOTJ), también tiene plena acogida en los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 CEDH, siempre que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado (STEDH de 20 noviembre 1989, caso *Kostovski contra Países Bajos*, ap. 41).

7. A lo anterior debe añadirse que la decisión de valorar la declaración del acusado prestada con las debidas garantías ante el Juez de Instrucción, se acomoda al carácter estructural de los principios de valoración probatoria, “cuya vigencia no puede depender de las variaciones que cada modalidad de procedimiento acoge” –como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo–, sin perjuicio de que puedan preverse peculiaridades en su práctica en aras a potenciar los principios de oralidad e inmediación. En este sentido, desde el prisma constitucional, carece de sentido que la decisión del procedimiento a seguir –sumario, abreviado o ante el Tribunal del Jurado– pueda definir el acervo probatorio.

Todo ello no es extraño al singular valor probatorio que hemos atribuido a la confesión del imputado ante el Juzgado de Instrucción como prueba válida, al afirmar “la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida” (STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 7). Esta validez “no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4), con el fin de no devaluar “una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad” (STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4).

Por ello, la interpretación efectuada, no solo es conforme con la previsión legal y constitucional que configura el sistema probatorio contenido en la LECrim; tampoco desborda el tenor literal del artículo 46.5 LOTJ, que además de admitir la prueba anticipada, permite traer al acervo probatorio las declaraciones de instrucción mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo allí manifestado y lo dicho en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al Tribunal del Jurado (art. 46.5 LOTJ).

Se mantiene con ello el equilibrio entre las distintas partes del procedimiento, ponderando adecuadamente los diversos derechos fundamentales afectados por la decisión judicial, sin dejar a la voluntad del acusado lo actuado en el sumario (SSTC 19/1994, de 27 de enero, FJ 3, y 41/1991, de 25 de febrero, FJ 2).

8. A ello no obsta que en el inciso final del artículo 46.5 LOTJ se indique que las “declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”; dicho precepto no es sino reflejo de nuestra doctrina, de acuerdo con la cual “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la L.E.Cr.) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985, no constituyen en sí mismas pruebas de cargo” (STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 2). Dicha doctrina no ha sido óbice para que hayamos admitido la prueba preconstituída (art. 730 LECrim), o la valoración —a través de su lectura— de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando exista contradicción con las prestadas por el testigo en el acto del juicio oral conforme al artículo 714 LECrim. Este precepto, pese a referirse exclusivamente al testigo (a diferencia del tenor literal del apartado primero del artículo 46.5 LOTJ que contempla también al acusado y al perito), lo hemos considerado aplicable al acusado, sin merma alguna del derecho a la presunción de inocencia (por todas, STC 82/1988, de 28 de abril, FJ 3).

Precisamente, la redacción final del citado artículo 46.5, *in fine*, LOTJ, fue en su debate parlamentario consecuencia de una enmienda transaccional, que obedeció a la voluntad de dar “valor probatorio de determinadas intervenciones en la fase sumarial” (“Diario Sesiones Congreso de los Diputados”, Comisiones, núm. 418, pp. 12735-12736) y conseguir así el “equilibrio de dar validez probatoria a la que sea auténtica prueba y no mera investigación pesquisada o indicio, y lo que es el principio fundamental de la oralidad” (“Diario Sesiones Congreso de los Diputados”, Comisiones, núm. 418, pp. 12735-12736)».

(STC 151/2013, de 9 de septiembre. Recurso de amparo núm. 6999-2010. Ponente. D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 9-10-2013).

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la policía.*

«Procederemos ahora a recoger los contenidos esenciales de nuestra doctrina en la materia, sintetizados por la STC 68/2010, de 18 de octubre: a) Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de

enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de intermediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6).

b) La regla que se viene de enunciar, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias. En efecto, nuestra doctrina ha admitido que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que “hemos clasificado como: a) materiales –que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral–; b) subjetivos –la necesaria intervención del Juez de Instrucción–; c) objetivos –que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo–; d) formales –la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim–, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral” [STC 68/2010, FJ 5 a), y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados].

c) Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía. Se confirma con ello la doctrina de nuestra temprana STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, según la cual “dicha declaración, al formar parte del atestado, tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el artículo 297 de la LECrim”, por lo que, considerado en sí mismo, y como hemos dicho en la STC 68/2010, FJ 5 b), “el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”.

Una vez señalado que la declaración ante la policía no constituye como tal, y por sí sola, un medio de prueba, no es preciso en este momento entrar en el análisis de problemas asociados a ello, abordados en nuestros precedentes pero sin relevancia alguna en este recurso.

d) El criterio descrito en la letra anterior no significa, no obstante, negar eficacia probatoria potencial a cualquier diligencia policial reflejada en el atestado, puesto que, si se introduce en el juicio oral con respeto “a la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad intermediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 y 187/2003, de 27 de septiembre, FJ 4), puede desplegar efectos probatorios, en contraste o concurrencia con otros elementos de prueba.

Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero; 206/2003, de 1 de diciembre, o 68/2010, de 18 de

octubre. En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola.

5. Según la consolidada doctrina de este Tribunal, la Constitución veda ex artículo 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena en su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido. El derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) exige que la valoración de un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practique y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad.

Junto a la lesión de ese derecho, cuya declaración se impone cuando haya tenido una incidencia material en la condena, se producirá también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia siempre que la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero asimismo cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente (STC 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y entre las más recientes, STC 144/2012, de 2 de julio, FJ 6, o la reiterada STC 68/2010, dictada en una problemática próxima a la que resolvemos, como ha quedado expuesto). Sin embargo y de existir otras pruebas de cargo válidas e independientes, la presunción de inocencia no resultará infringida (por ejemplo, STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; o 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6, ambas del Pleno de este Tribunal)».

(STC 53/2013, de 28 de 2013. Recurso de amparo núm. 8309-2010. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» de 26-3-2013).

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones sumariales, testigos protegidos, anónimos y menores.*

«En el acervo doctrinal de este Tribunal, la figura del testigo protegido ha sido objeto de análisis únicamente en la STC 64/1994, de 28 de febrero, cuyas conclusiones fueron después recogidas por los AATC 270/1994, de 17 de octubre, y 522/2005, de 20 de diciembre. En dicha Sentencia nos ocupamos de un supuesto de testigo “oculto” —esto es, testigo de cargo que presta su declaración sin ser visto por el acusado—, ponderando su compatibilidad con las garantías de contradicción y de ejercicio real de la defensa en el proceso, derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —sobre la que a continuación habremos de referirnos más detenidamente—, manifestamos entonces que en los casos en que “el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de ‘oculto’ (entendiendo por tal aquél que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos —tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado— resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del artículo 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el artículo 24.2 de nuestra Constitución” (FJ 3). Junto a ello, advertimos además, con carácter de *obiter dictum*, que con

arreglo al Tribunal de Estrasburgo debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio “la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad” (FJ 3).

(.../...)

Si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3), la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, “dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado” (FJ 3).

Así, hemos venido admitiendo, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular, declaraciones testificales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contradicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En línea semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 51 y 19 de julio de 2012, caso Hümmel c. Alemania, § 38); advirtiendo en todo caso que “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (SSTEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà c. Italia, § 40; 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 118; y 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 38).

En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este

sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (entre otras, SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. c. Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia; o de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. c. Finlandia), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos “la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal” (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad “de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral” (FJ 3), y que pasarían por ofrecer “una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual”, y por “tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior” (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56).

5. Semejantes presupuestos son los que habrán de presidir la ponderación entre las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras una ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar, SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 70; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 53; 14 de febrero de 2002, caso Visser c. Holanda, § 53 y de 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45). A esa finalidad responde la promulgación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su exposición de motivos, recogiendo la necesidad de cohesión tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener “el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familias”.

Con relación al anonimato del testigo, como uno de tales instrumentos de protección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para fundamentar una condena penal no siempre ha de entenderse contrario al Convenio, pero no debe soslayarse el hecho de que ante una acusación fundada en testimonios anónimos la defensa se ve enfrentada a dificultades que no deberían aceptarse en el procedimiento penal (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 69; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 52 y de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros c. Lituania, § 29). A este respecto, sostiene el Tribunal europeo que el derecho del acusado a tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que

se dirigen contra él requiere “que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad” (SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 127 y de 19 de julio de 2012, caso Hümmer c. Alemania, § 38). En ello radica, en efecto, el déficit de defensa inherente al testigo anónimo, puesto que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda.

Los peligros inherentes a tal situación son evidentes” (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 42 y de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 28).

Por tal razón, para que la declaración de un testigo anónimo pueda ser incorporada al acervo probatorio se requiere que los déficits de defensa a que se ve enfrentado el acusado sean compensados a través de la introducción de medidas alternativas que permitan la contradicción (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 72; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 54 y de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros c. Lituania, § 29. Con carácter general, SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 147; 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45 y de 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 41). Además, y en todo caso, “incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de ‘equilibrio’ adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos” (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 76; 14 de febrero de 2002, caso Visser c. Holanda, § 55 y de 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos –no cuestionado en la presente demanda– que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia».

(STC 75/2013, de 8 de abril. Recurso de amparo núm. 1771-2011. Ponente. D.ª Adela Asua Batarrita. «BOE» de 10-5-2013).

### *Presunción de inocencia y motivación de las resoluciones de condena.*

«Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, hemos venido reiterando que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2,

“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, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (también, entre muchas, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

En lo que es relevante para el presente enjuiciamiento, hemos de poner de manifiesto “la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia” (STC 145/2005, de 6 de junio FJ 6; 12/2011, de 28 de febrero, FJ 6). Por tal razón, y como recuerda la STC 12/2011, de 28 de febrero, “este Tribunal ha reiterado que ‘uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio’ (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5). Desde esta perspectiva, resulta necesario comprobar si las resoluciones impugnadas no sólo satisfacen el grado mínimo de motivación exigido en general para la tutela judicial, sino también el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia, que conforme a nuestra doctrina es superior al primero ‘dado que está precisamente en juego aquel derecho y, en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando, como es ahora el caso, la condena lo sea a penas de prisión (STC 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4). El canon de análisis no se conforma ya con la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino que exige una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (SSTC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005, de 6 de junio, FJ 4)’ (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5).” (FJ 6). Junto al diferente estándar de exigencia, consecuencia adicional de esta perspectiva constitucional sobre la ausencia de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio, está la de que, a diferencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la plena reparación del derecho a la presunción de inocencia pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la Sentencia condenatoria. Como expresa la STC 245/2007, de 10 de diciembre, “la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el artículo 24.2 C.E. y convierte el problema de motivación, reparable con una nueva, en un problema de presunción de inocencia, sólo reparable con su anulación definitiva” (FJ 5)».

(STC 22/2013, de 31 de enero. Recurso de amparo núm. 8928-2006. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 26-2-2013).

## ARTÍCULO 25

### *Derecho a la legalidad penal*

«De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal (entre otras muchas, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4; 144/2011, de 26 de

septiembre, FJ 4; y 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4) el artículo 25.1 CE, que incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, comprende una doble garantía, formal y material. La garantía material, como señaló la STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2, deriva “del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2; 144/2011, de 26 de septiembre de 2011, FJ 4; y 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por esta razón, como también señala la citada STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2, “la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

La garantía formal, como señala la STC 166/2012, de 1 octubre, FJ 5, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de esas conductas y sanciones y sostiene, siguiendo la constante jurisprudencia de este Tribunal, que el término “legislación vigente” contenido en el artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada)».

(STC 13/2013, de 28 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5371-2011. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 26-2-2013).

### *Principio acusatorio*

«Respecto de la primera infracción denunciada sobre la lesión del principio acusatorio, conviene recordar que este Tribunal ha señalado que, entre las garantías que incluye dicho principio, se encuentra la de que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse”; ha precisado a este respecto que por “cosa” no puede entenderse únicamente “un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*”, sino también “la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica” (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 6). Esta vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión; lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la verificación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4, y 155/2009, de 25 de junio, FJ 4). Estas exigencias del principio acusatorio, como también hemos afirmado, son igualmente aplicables en la segunda instancia (STC 60/2008, de 26 de

mayo, FJ 6), de forma que “la acusación, contradicción y defensa han de garantizarse no sólo en el juicio de primera instancia sino también en la fase de recurso, y, por ello, en la apelación, donde ha de existir también una acusación formulada contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación” (STC 53/1989, de 22 de febrero, FJ 2)».

(STC 43/2013, de 25 de febrero. Recurso de amparo núm. 5716-2010. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. «BOE» de 26-3-2013. En sentido similar, SSTC 118/2013, 119/2013 y 120/2013. «BOE» de 18-6-2013).

### *Principio non bis in idem*

«Tenemos reiterado, ya desde la STC 2/1981, de 30 de enero, que el principio *non bis in idem* veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre otras muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). La garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; o 2/2003, de 16 de enero, FJ 3)».

(STC 189/2013, de 7 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 7686-2009. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. «BOE» de 4-12-2013).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 21.6

#### *Atenuante de dilaciones indebidas*

«Aunque no parece dudoso que la decisión legal de prever como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal determinados casos de dilaciones indebidas encuentra su fundamento en principios y valores constitucionales, este Tribunal ha descartado en su doctrina que forme parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal prevista por la comisión del delito objeto del proceso en el que la dilación se ha producido (SSTC 381/1993, de 20 de diciembre; 8/1994, de 17 de enero; 35/1994, de 31 de enero; 148/1994, de 12 de mayo, y 295/1994, de 7 de noviembre). Así, la STC 381/1993, FJ 4, señaló ya que “constatada judicialmente la comisión del hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta... a ninguno de los extremos en que la condena se ha fundamentado, ni perjudica la realidad de la comisión del delito y las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal.

Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y la responsabilidad, no cabe pues derivar de aquellas una consecuencia sobre

éstas ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inexecución de la sentencia condenatoria”.

La decisión legal no es, por tanto, desarrollo constitucionalmente obligado del derecho. En segundo lugar, debemos resaltar también que, en anteriores resoluciones hemos señalado que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7). De la misma forma, en la STC 25/2011, de 14 de marzo (FJ 6), descartamos la existencia de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación en un caso como el presente en el que, sin referencia alguna a la atenuante de dilaciones indebidas alegada, la pena impuesta fue la mínima legalmente prevista para el delito por el que el demandante había sido condenado, al apreciar que la referencia a la atenuante “carecería de toda virtualidad dada la citada aplicación de la pena mínima”.

(STC 78/2013, de 8 de abril. Recurso de amparo núm. 6915-2011. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» de 10-5-2013).

## ARTÍCULO 58

### *Abono de la prisión provisional. Coincidencia de prisiones provisionales acordadas en distintas causas.*

«En relación al supuesto de refundición de condenas, hemos afirmado que “no ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 de la Constitución, la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal respecto al cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto que supongan alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad.” (STC 147/1988, de 14 de julio; FJ 2; reproducida por las SSTC 130/1996, de 9 de julio; FJ 2, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2).

También hemos tenido ocasión de precisar que “los planteamientos que contemplan de manera directa la legalidad ordinaria a nosotros sólo nos pueden interesar en la medida en que condicionen el planteamiento del problema en el plano constitucional” (STC 68/1982, de 22 de noviembre, FJ 1). En tal sentido, si bien la Constitución no impone una configuración determinada del abono del tiempo de privación de libertad preventivamente sufrido, “este Tribunal ha venido reiterando en distintas ocasiones que, ‘en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos’” (STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3, y las que en el mismo se citan); favor *libertatis* que exige que “la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial” (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2), o en otras palabras “la interpretación más favorable a los derechos fundamentales presupone la existencia de alguna res dubia o de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales” (STC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3). Este planteamiento genérico de la doctrina constitucional aplicable debe completarse obligadamente con el análisis de la más reciente

doctrina sobre la cuestión planteada que, en un afán de síntesis, puede concretarse del modo siguiente:

a) En la STC 57/2008, de 28 de abril, lo discutido por el recurrente era la negativa judicial a abonarle el tiempo de prisión provisional sufrido en una causa para el cumplimiento de la pena impuesta en la misma, pretensión que se apoyaba en el hecho de haber estado simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta. Se trataba allí de valorar la razonabilidad de la exclusión de un supuesto en la aplicación judicial de la norma; exclusión que este Tribunal consideró irrazonable, y por ello lesiva del artículo 17.1 CE, atendido el enunciado normativo y su finalidad, doctrina reiterada en la STC 158/2012, de 17 de septiembre (FJ 3). La citada STC 57/2008, en su FJ 7, afirma que “[f]inalmente tampoco puede considerarse... que en la situación de coincidencia temporal de las situaciones de prisión provisional por una causa y de ejecución de pena de prisión por otra la prisión provisional no afecte realmente a la libertad, pues es preciso tener en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa penitenciaria (arts. 23.3, 29.2, 104, 154, 159, 161 y 192 del Reglamento penitenciario), el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está ‘materialmente’ en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una ‘privación de libertad meramente formal’ (STC 19/1999, de 22 de enero, FJ 4)”.

b) En la STC 92/2012 de 7 de mayo, FJ 5, en relación al abono múltiple de la prisión preventiva, se indica que “atendida la finalidad del precepto de cobertura invocado, no resulta irrazonable ni ajeno a su finalidad considerar que el supuesto que plantea el demandante no está incluido en la regla establecida por el legislador dado que la simultánea situación de prisión provisional acordada en dos causas penales no causa perjuicio material efectivo añadido, a quien se ve así privado de libertad, por el simple hecho de venir fundada en dos títulos jurídicos, pues el demandante, en su condición de preso preventivo en dos causas, lo está con un único régimen jurídico aunque procesalmente pesen sobre él dos órdenes cautelares de privación de libertad que en nada se afectan mutuamente”, como reitera la STC 158/2012, de 17 de septiembre (FJ 3). También se expresa en la citada STC 92/2012, FJ 5, que “la supuesta procedencia de abonar un mismo tiempo de privación de libertad, sufrido provisional y simultáneamente en varias causas, a la pena o penas impuestas en cada una de ellas, no fue abordada por la STC 57/2008”.

c) En la STC 158/2012 de 17 de septiembre, hemos concretado la doctrina en el fundamento jurídico 4 al subrayar que “el artículo 58.1 del Código penal, en cualquiera de las redacciones anteriores a su reforma por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, contempla (tal y como los órganos judiciales han interpretado) la realidad de una sola causa penal en la que la privación cautelar de libertad ha sido seguida de una privación de libertad impuesta 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 pena privativa de libertad impuesta como pena por la comisión del hecho imputado– y no sobre otra, el legislador ha decidido que el efecto material de privación de libertad que la medida cautelar conlleva se tome en consideración una sola vez para reducir la duración de la pena privativa de libertad impuesta. Ese es el supuesto previsto en la norma y esa su finalidad”.

(.../...)

Como ya dijimos en la STC 57/2008, y reiteramos en la STC 92/2012, es la que obliga a computar el tiempo de prisión provisional padecido en una causa para el cumplimiento de la pena impuesta, estando simultáneamente privado de libertad como penado en otra causa distinta, puesto que “no puede negarse la funcionalidad y la realidad material de la prisión provisional como medida cautelar de privación de libertad en una causa porque coincida simultáneamente con una privación de libertad para el cumplimiento de una pena impuesta en otra causa distinta” (STC 57/2008, FJ 6). Sin embargo, como también indicábamos en la STC 92/2012, FJ 5, la previsión legal del artículo 58.1 CP, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, no puede aplicarse a supuestos distintos a los que contempla y justifican la norma, “[d]ado 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”.

Por ello, consideramos que no era irrazonable que se denegara el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, tomando en consideración el tenor del enunciado del artículo 58.1 del Código penal entonces vigente, en atención al fundamento y la finalidad de la norma».

(STC 148/2013, de 9 de septiembre. Recurso de amparo núm. 10252-2009. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 9-10-2013. En similar sentido, STC 168/2013, de 7 diciembre, «BOE» de 7-11-2013).

## ARTÍCULO 132.2

### *Interrupción de la prescripción del delito.*

«Es necesario recordar que el artículo 132.2 CP, en la redacción vigente en el momento en que se cometieron los hechos que dieron lugar a la Sentencia recurrida, disponía que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable”. Este precepto ha sido, en efecto, interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de entender que la querrela o denuncia de un tercero “es una ‘solicitud de iniciación’ del procedimiento” (SSTC 63/2005, FJ 8; y 29/2008, FJ 10), pero “no un procedimiento ya iniciado” (STC 29/2008, FJ 10), razón por la cual aquella querrela o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptora del cómputo del plazo de prescripción, sino que es necesario un “acto de interposición judicial” [STC 29/2008, FJ 12 c)] o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, FJ 5, y, más recientemente, SSTC 95/2010, de 15 de noviembre, FJ 5; y 133/2011, de 18 de julio, FJ 3, entre otras)».

(STC 1/2013, de 14 de enero. Recurso de amparo núm. 2271-2011. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 12-2-2013. En el mismo sentido, STC 32/2013, de 11 de febrero. «BOE» de 12-3-2013).

## ARTÍCULO 134

*Interrupción de la prescripción de la pena.*

«Según reiterada doctrina constitucional “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”, si bien, por tratarse de una situación de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores, ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados” (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y resoluciones en ellas citadas).

De este modo, el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* en virtud del artículo 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina el control de la resolución impugnada bajo un canon de motivación reforzada, resultando conculcado el derecho a la libertad “tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone” (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor “en tanto que perjudiquen al reo” (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

4. El artículo 134 del Código penal vigente señala: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”. Fuera de estos supuestos, en el ámbito de ejecución de la pena, no cabe hablar de la interrupción de la prescripción, por no existir una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción de la pena, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo artículo 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción de la pena la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4).

En todo caso, debemos partir de la afirmación que realizábamos en la referida STC 97/2010, en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está configurada legalmente como causa de interrupción de su prescripción y los efectos de la suspensión por indulto o cualquier medida adoptada por este Tribunal no pueden ser equivalentes a los de la interrupción de la prescripción en cuanto a la supresión o pérdida del plazo ya transcurrido, puesto que a partir del Código penal de 1995 no se contemplan causas de interrupción de la prescripción al margen del supuesto del quebrantamiento de condena.

Tal regulación de la prescripción de la pena es coherente con que el hecho de que el culpable ya está plenamente identificado, a diferencia de la prescripción del delito, y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena; en consecuencia, parece razonable que los actos de ejecución dirigidos contra el condenado distintos del cumplimiento, *in natura* o sustitutivo, carezcan de relevancia interruptora de la prescripción».

(STC 187/2013, de 4 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3506-2012. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 4-12-2013. En sentido similar, STC 192/2013, de 18 noviembre, «BOE» de 19-12-2013 y 109/2013, de 6 de mayo. «BOE» de 4-6-2013).

## **LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA**

### **ARTÍCULO 51.1**

#### *Restricción de las comunicaciones de los internos en Centro Penitenciario*

«El segundo inciso del artículo 25.2 CE (“El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”), incorpora una cláusula de garantía que permite preservar, en el ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla, el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el capítulo segundo del título I CE; bien que aquí “con las modulaciones y matices” recogidas en dicho precepto constitucional ... es decir, de aquellos [derechos fundamentales] que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria [STC 11/2006, de 16 de enero, FJ 2 y las que en ella se citan; asimismo, SSTC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2; 27/2001, de 29 de enero, FJ 3 y 140/2002, de 3 de junio, FJ 5]. Desde esta segunda perspectiva, la vulneración del artículo 25.2 CE tendrá relevancia en un recurso de amparo constitucional, únicamente si dicha lesión lleva aparejada a su vez la de un derecho fundamental del interno –peso preventivo o en situación de cumplimiento de pena– indebidamente sacrificado o restringido por la autoridad penitenciaria (SSTC 73/1983, de 30 de julio, FJ 7 y fallo; y 15/2011, de 28 de febrero, FJ 7 y fallo).

No es el caso, sin embargo, de la mera suspensión o restricción del derecho a la comunicación con sus familiares, atribuida por el aquí recurrente al centro penitenciario de Algeciras y confirmada por las resoluciones judiciales posteriores. En tal sentido y con referencia a las comunicaciones generales con terceros, orales o escritas, previstas en el artículo 51.1 de la Ley Orgánica general penitenciaria (LOGP), que son las que aquí nos importan, hemos dicho que representa “una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”; sin embargo, “[l]os derechos fundamentales que garantiza la libertad, no tienen ni

pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo” (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2). Razón por la cual, no estando comprometido un derecho fundamental autónomo sino tan sólo una de las facultades que la libertad hace posible y cuya restricción forma parte del status penitenciario, ha de descartarse la vulneración del artículo 25.2 CE. Caso distinto es el de las comunicaciones específicas del artículo 51.2 LOGP, es decir, las del interno con su representante procesal y/o con su Abogado defensor o quien con ese cometido hubiere sido llamado para un determinado trámite del proceso penal en el que aquel participa, cuya suspensión o restricción de las comunicaciones puede conllevar, fuera de lo permitido por la ley, la lesión del derecho fundamental a la defensa jurídica del artículo 24.2 CE (STC 183/1994, de 20 de junio, FJ 5).

Ha descartado además este Tribunal que la mera privación de visitas al interno suponga un trato inhumano o degradante susceptible de lesionar el artículo 15 CE (SSTC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2 y 119/1996, de 8 de julio, FJ 2), dejando a salvo que una hipotética situación de incomunicación o aislamiento, se entienda que por su prolongación en el tiempo o por su forma de cumplimiento, pudiera traer consigo “sufrimientos de una especial intensidad o [que] provoquen una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (STC 119/1996, de 8 de julio, FJ 2, con cita de la doctrina general sobre la proscripción de este tipo de tratos).

En resumen, no aparece concernida en este caso la vulneración de un derecho fundamental que pueda otorgar relevancia al artículo 25.2 CE desde la perspectiva del recurso de amparo, lo que impide examinar el fondo de la queja que deduce el demandante sobre este particular.

4. Ahora bien, la normativa penitenciaria atribuye a todo interno (preso preventivo o penado) el derecho a entablar comunicaciones con otras personas. Así, el artículo 51 LOGP establece que “[l]os internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial”. Estableciendo además que tales comunicaciones “se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento”. Y en lo que específicamente se refiere al tipo de visitas que ahora interesan, esto es, a las visitas con familiares o allegados, el artículo 45 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, establece que “[p]revia solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una”. Visitas estas que, como todas ellas, se encuentran sometidas al indicado límite del mantenimiento de la seguridad, el tratamiento y el buen orden del establecimiento, según reitera el propio Reglamento penitenciario en su artículo 41, destinado a la regulación de las condiciones generales de las comunicaciones y visitas. Completan el régimen jurídico descrito los instrumentos aprobados por el Ministerio del Interior en desarrollo de aquellas normas de superior rango, en concreto la Instrucción núm. 4/2005, de actualización de la Instrucción 24/1996 sobre comunicaciones y visitas y la Instrucción I-12/2011 sobre medidas de seguridad de internos de especial seguimiento. Lo hasta ahora razonado determina el canon constitucional de control de las resoluciones judiciales que en instancia y apelación fiscalizaron las decisiones administrativas controvertidas a fin de hacer efectiva la reserva constitucional a favor de los órganos judiciales para

“hacer ejecutar lo juzgado” (art. 117.3 CE), competencia que se extiende en materia penal a cualesquiera circunstancias que se produzcan en la fase de ejecución de las penas. En efecto, como ya hemos advertido, estamos en un supuesto en el que el derecho a la tutela judicial efectiva no actúa en relación con el contenido esencial de ningún otro derecho fundamental sustantivo o procesal. De ahí que, tal como recordábamos recientemente en la STC 78/2013, de 8 de abril, “como precisamos en la STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4, ‘cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del artículo 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento’. Dicho de otro modo, en estos supuestos se vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho cuando, por su contenido, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 214/1999, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 223/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 276/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, y 64/2010, de 18 de octubre, FJ 3, entre otras muchas)».

(STC 128/2013, de 3 de junio. Recurso de amparo núm. 123-2012. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» de 2-7-2013).

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 44.1A)**

#### *Agotamiento de la vía judicial previa.*

«Como este Tribunal tiene declarado reiteradamente, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitido a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden volverse a abordar o reconsiderar en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el artículo 53 LOTC (por todas, SSTC 18/2002, de 28 de enero, FJ 3; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 2; 69/2004, de 19 de abril, FJ 3; y 89/2011, de 6 de junio, FJ 2).

Entre esos presupuestos inexcusables para la admisibilidad de toda demanda de amparo se encuentra la exigencia establecida por el artículo 44.1 a) LOTC de “que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”. La exigencia de agotamiento de la vía judicial previa tiene por objeto preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca *per saltum*, esto es, sin dar oportunidad a los órganos judiciales de pronunciarse y, en definitiva, reme-

diar la lesión que luego se invoca como fundamento del recurso de amparo. Así, el requisito de agotar la vía judicial no es en modo alguno una formalidad cuya eficacia real pueda ser debilitada por una interpretación decididamente antiformalista del precepto que la contiene, sino que se trata de un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria, cuyo exacto cumplimiento resulta indispensable para preservar el ámbito que la Constitución reserva a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE) y al propio tiempo para no desnaturalizar la función jurisdiccional propia de este Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (entre otras muchas, SSTC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 5; 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 128/2002, de 3 de junio, FJ 2; y 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 2).»

(STC 28/2013, de 11 de febrero. Recurso de amparo núm. 7189-2009. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» de 12-3-2013).

## ARTÍCULO 49.1, *IN FINE*

### *Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.*

«No basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único); es preciso que “en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional” (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, “la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo” (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una “simple o abstracta mención” de la especial trascendencia constitucional, “huérfana de la más mínima argumentación”, que no permita advertir “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único).»

(STC 2/2013, de 14 de enero. Recurso de amparo núm. 563-2012. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 12-2-2013).

«Por lo que se refiere al modo en que se ha de dar cumplimiento al requisito objeto de examen, si bien no hay un modelo rígido y preestablecido a tal efecto –lo que, por otra parte, y habida cuenta de las peculiaridades propias de cada recurso de amparo, resultaría sumamente difícil–, han de tenerse presentes las determinaciones que sobre aquel extremo ha realizado este Tribunal en varias resoluciones, y que contribuyen a clarificar la manera en que esta carga procesal puede materializarse.

a) Ya desde el ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2, se ha subrayado que, si bien la argumentación sobre la concurrencia de la infracción de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto ineludible en cualquier demanda de amparo, la satisfacción de la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso “es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental” (vid., entre otros muchos, los AATC 284/2009, de 17 de diciembre, FJ 2 y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único, así como las SSTC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 2 y 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3). Por consiguiente, la demanda de amparo, en lo que aquí interesa, ha de contener dos líneas argumentales nitidamente diferenciadas: la relativa a la lesión del derecho fundamental cuyo amparo se pretende, y la atinente a la trascendencia constitucional del recurso tendente a su preservación y restablecimiento. Ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración del derecho fundamental no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1 y SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 178/2012, de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

b) La STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, introdujo sistematizadamente, aun sin intención de exhaustividad, relevantes precisiones sobre esta materia, al identificar –tomando como base los tres criterios enunciados en el artículo 50.1 b) LOTC, esto es, “su importancia para a interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”– determinados supuestos en que es dable apreciar la “especial trascendencia constitucional”.

c) Así pues, al demandante le es reclamable un razonable esfuerzo argumental que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con alguno de los elementos que expresa el artículo 50.1 b) LOTC, sin que, obvio es, sea suficiente con la sola mención –desprovista de los imprescindibles fundamentos– de que el recurso posee especial trascendencia constitucional. Por el contrario, es necesario que de lo expuesto se desprenda “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (por todas, SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 176/2012, de 15 de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3).

d) Se hace precisa una última matización, relativa al contexto temporal, como pauta orientativa a los efectos que aquí tratamos y que recoge la citada STC 155/2009, de 25 de junio, publicada el 28 de julio de 2009. Así, este Tribunal ha apreciado el momento de interposición de la demanda de amparo en relación con dicha fecha, para atenuar el rigor del análisis del cumplimiento del requisito de justificar la especial trascendencia constitucional –sin, obviamente, eliminarlo o desvirtuarlo– en las demandas interpuestas con anterioridad a la misma (SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2 y 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3). En cambio, el transcurso del tiempo, y la correlativa existencia de una doctrina constitucional consolidada sobre la cuestión, hará decaer la pertinencia de atemperar la valoración del cumplimiento de aquella carga justificativa».

(STC 140/2013, de 8 de julio. Recurso de amparo núm. 2034-2011. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» 1-8-2013).

## ARTÍCULO 85.1

*Presentación de la demanda de amparo en los Tribunales civiles de cualquier localidad.*

«Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4), en especial en un proceso de defensa de derechos fundamentales como es el recurso de amparo. Pues bien, una interpretación del artículo 85.2 LOTC como la expuesta, en la que se favorece la posibilidad de presentación de los escritos de iniciación de los procedimientos de amparo en las oficinas o servicios de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad en cualquier momento dentro del plazo previsto legalmente para la interposición del recurso, es la que más adecuadamente responde, por un lado, a la lógica de favorecer la igualdad de acceso a esta jurisdicción de amparo para los ciudadanos que no residan en la sede de este Tribunal, en un contexto en que no todos los escritos de iniciación de un recurso de amparo se formalizan necesariamente a través de un Procurador y, por otro, a razones de seguridad jurídica.

(.../...)

El artículo 85.2 LOTC debe interpretarse en el sentido de que permite que la presentación de escritos de iniciación del recurso de amparo se realice, con plenos efectos interruptores del plazo de caducidad, tanto en el Registro del Tribunal Constitucional como en la oficina o servicio de registro central de los Tribunales civiles de cualquier localidad durante la integridad del plazo completo previsto legalmente para la presentación de dichos escritos de iniciación».

(STC 88/2013, de 11 de abril. Recurso de amparo 10713-2009. Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps. «BOE» 10-5-2013).

**REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO**

## ARTÍCULO 68.2

*Cacheos. Derecho a la intimidad del interno.*

«Estos hechos tienen identidad sustancial con los que dieron lugar a la STC 218/2002, de 25 de noviembre, que reproduce a su vez la doctrina recogida en las SSTC 57/1994 de 28 de febrero, FFJJ 5 y 6 y 204/2000, de 24 de julio, FJ 4. En estos términos, basta con recoger la doctrina de la STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados:

a) “El derecho a la intimidad personal consagrado en el artículo 18.1 CE aparece configurado como un derecho fundamental, estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin duda, de la dignidad de la persona humana que el artículo 10.1 CE reconoce. Entrañando la intimidad personal constitucionalmente garantizada la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988, FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).

De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona. Con lo que queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10”).

b) Ya “con referencia al concreto ámbito penitenciario este Tribunal ha puesto de relieve que una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad de los que sufren privación de libertad, pues quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Mas se ha agregado que ello no impide que puedan considerarse ilegítimas, como violación de la intimidad ‘aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiere’ (STC 89/1987, FJ 2)”.

c) “En el presente caso, cierto es que la medida fue adoptada en el marco de la relación de sujeción especial que vincula al solicitante de amparo con la Administración penitenciaria, y que ésta, en virtud de tal situación especial, ha de velar por la seguridad y el buen orden del centro, deber que le viene impuesto por la Ley Orgánica general penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el artículo 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, estos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo ‘respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena’ (art. 3 LOGP), entre los que la legislación en esta materia expresamente garantiza el de la intimidad personal de los internos”.

3. A ello debe añadirse que el artículo 71.1 del Reglamento penitenciario prescribe que “las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas.

Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico”, concretando en su artículo 68.2 que “por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento, se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios”. Por tanto, es indudable que una medida de registro personal de los reclusos mediante el cacheo con desnudo inte-

gral puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad y el orden de un establecimiento penitenciario, si bien para afirmar la conformidad de la medida enjuiciada con la garantía constitucional a la intimidad personal de los reclusos es necesario ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende proteger. Y es claro que el respeto a esta exigencia requiere una fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, asentada en razones individuales y contrastadas, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la Administración penitenciaria, y atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental.

(.../...)

En este sentido, como se indicaba en la STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, “no puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes; ya que sin entrar a cuestionar la certeza de tal afirmación basta reparar que sólo posee un carácter genérico, cuando lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido en el artículo 18.1 CE es, por el contrario, que se hubiera constatado por la Administración penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento, en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso”.

(STC 171/2013, de 7 de octubre. Recurso de amparo 6147-2011. Ponente el Magistrado: D. Juan José González Rivas. «BOE» de 7-11-2013).

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO  
Profesor Asociado de Derecho Penal  
Universidad Internacional de la Rioja

### ARTÍCULO 22.1 Y 22.2

#### *Compatibilidad entre las circunstancias agravantes de Alevosía y de aprovechamiento del lugar. Características de la agravante y compatibilidad con la alevosía.*

En relación a la compatibilidad del aprovechamiento de las circunstancias del lugar con la agravante de alevosía, es evidente que su compatibilidad es problemática, pues ambas inciden en un mismo objeto: la evitación del riesgo que pueda suponer la defensa del ofendido, si bien existe un matiz diferenciador constituido por la búsqueda de la impunidad –fin alternativo de todas las circunstancias del párrafo 2 del artículo 22– que está ausente de la estructura de la alevosía en la medida que en esta lo apetecido por el agresor es la ejecución de su acción con la elección de medios, modos o formas que tiendan a neutralizar la reacción de la víctima sin referencia ni blindaje a la posible impunidad de su acción, impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/ aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquella y la de aprovechamiento del lugar como ha razonado fundadamente la sentencia sometida al presente control casacional.

Un repaso a la Jurisprudencia de la Sala nos permite verificar que esta es oscilante en la medida que se pueden contabilizar sentencias en el doble sentido de estimar la compatibilidad –en la mayoría de los casos–, pero también existen devoluciones que estiman su improcedencia. En todo caso, y una vez más, el criterio diferenciador

para optar por una u otra decisión debe situarse en el estudio en profundidad de las circunstancias concurrentes en cada caso, ya que en definitiva, como ya se ha dicho por esta Sala el enjuiciamiento es una actividad valorativa esencialmente individualizable.

Entre las sentencias que estiman la compatibilidad entre la alevosía y el aprovechamiento del lugar se pueden citar las SSTS 2047/2001 de 4 de Febrero, 843/2002 de 13 de Mayo, disparo efectuado a un taxista para robarle, que precisamente y a instancias del agresor había solicitado que le condujeran a un paraje apartado del término de Paracuellos donde ejecutó el hecho, o la 700/2003 de 24 de mayo, o las más antiguas de 23 de marzo 1998 y 17 de noviembre 1998.

Entre las sentencias que se oponen a la compatibilidad se pueden citar la de 8 de Junio 1986 y la 803/2002 de 7 de Mayo, así como la 510/2004 de 27 de Abril, si bien la razón de su no aplicación se centró a que la sentencia no explicitó con el suficiente detalle la descripción del lugar.

Consecuentemente, será cada hecho declarado probado el que nos permita señalar, en cada supuesto, la concurrencia de ambas agravaciones y constatar la compatibilidad de los supuestos en concurrencia. En el presente caso, verificamos en este control casacional que tanto en el hecho como en la motivación se describe con detalle el lugar, así como el aprovechamiento de esta circunstancia por el acusado, además de neutralizar la defensa de la víctima, lo que incluiría el hecho en la agravación de alevosía, la de favorecer la impunidad, toda vez que, se declara probado, el acusado, tras los hechos, abandonó al cadáver en el lugar y no fue hallado hasta que compareció en comisaría. La sentencia objeto de la casación afirma que esa búsqueda de la impunidad no parece compatible con la posterior confesión, pero es preciso situar los hechos en el contexto fáctico y jurídico. La confesión es una atenuación debida a un comportamiento posterior al hecho delictivo, en tanto que la agravación de aprovechamiento de lugar se refiere a la ejecución de la acción, dos momentos distintos en la realización de la conducta declarada probada.

Existió una acción claramente alevosa y además una acción tendente a lograr la impunidad de la acción por la conjunción del escenario aprovechado para la impunidad, de la que se arrepintió y dio lugar, con la expresión de esa conducta posterior, a la declaración de concurrencia de la atenuación de confesión.

(Sentencia núm. 647/2013, de 16 de julio)

## ARTÍCULOS 139, 173.1, 454 Y 526

*Asesinato. Alevosía: ataque sorpresivo. Acometimiento frente a frente. Desprotección de la víctima. Encubrimiento. Modalidades. Excusa absolutoria entre parientes. Profanación de cadáveres: respeto a la memoria de los difuntos. Elementos típicos. Modalidades. Diferencias con el autoencubrimiento impune. Integridad moral: trato degradante, afeción a la dignidad humana. Doctrina. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores (art. 16.5 LOTJ).*

Ex artículo 22.1.<sup>a</sup> del Código Penal, existe alevosía cuando el sujeto emplea en la ejecución del delito «medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a

asegurarle, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Interpretando su contenido, esta Sala viene destacando el carácter mixto de esta agravación (por todas, SSTS núm. 425/2010, de 15 de marzo, 464/2005, de 13 de abril, o 155/2005, de 15 de febrero). En tal sentido, hemos subrayado en infinidad de ocasiones que, aunque la alevosía presenta una dimensión predominantemente objetiva, incorpora también un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, y que no es otro que el propósito inequívoco del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta.

Con esa doble dimensión, extensible a la circunstancia que en este caso cualifica el delito de asesinato (artículo 139.1ª CP) frente a la modalidad básica de homicidio, el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos (objetivo y subjetivo) estriba en la indefensión de la víctima, es decir, en la anulación deliberada de la defensa que pudiere provenir del agredido (SSTS núm. 472/2002, 14 de febrero, o 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que bien tiende objetiva y directamente a la eliminación de esa defensa, bien aprovecha una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (SSTS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; o 1265/2004, de 29 de noviembre, entre otras muchas). No es por ello imprescindible que, de antemano, el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, siendo suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone para lograr el resultado (SSTS núm. 1464/2003, de 4 de noviembre; 1567/2003, de 25 de noviembre; 58/2004, de 26 de enero; 1338/2004, de 22 de noviembre; o 1378/2004, de 29 de noviembre).

De las tres modalidades que admite la alevosía, aprecia en este caso el Tribunal de instancia la forma «sorpresa», consistente en una actuación súbita y repentina que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en acometimientos rápidos, sin previo aviso (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; o 1265/2004, de 2 de noviembre), en los que se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión. La modalidad sorpresiva es la forma más tradicional del ataque alevoso, constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca (STS núm. 382/2001, de 13 de marzo, y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión a traición lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Dicho con otras palabras, se encuentra indefenso frente al ataque. Aunque su esencia radica en el acometimiento sin previo aviso, también se aprecia cuando, habiendo mediado un enfrentamiento, se produce imprevisiblemente un cambio cualitativo en la situación (STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, en modo alguno podía ser racionalmente esperada por la víctima en función de las concretas circunstancias del hecho (STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre).

(...)

Ni la previa confrontación verbal que afirman los hechos, ni la circunstancia de que se encontraran frente a frente impide apreciar en este caso la alevosía, que efecti-

vamente concurre en la acción desplegada por el recurrente, como a tenor de los hechos pasamos a comprobar. El automatismo interpretativo que tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado (vid. STS núm. 941/2003 y otras muchas posteriores). Con mayor motivo, cuando ni siquiera se trata de una «riña» previa (término que la Real Academia de la Lengua Española define como «pendencia»), sino de una simple «discusión verbal» desarrollada en términos que pudiéramos considerar normales, consustanciales a un simple enfrentamiento oral como el aquí descrito, puede entenderse desaparecido o encubierto el carácter sorpresivo de la acción en la que uno de los contendientes, de forma súbita, inopinada y desproporcionada, reacciona frente a su antagonista con una agresión inesperada que impide o anula toda capacidad de reacción o defensa por parte de este último (STS de 2 de junio de 2003 y 6 de febrero de 2004). Menos aún cuando se dirige directamente, sin previo aviso físico o verbal, a una región corporal con escasa resistencia a los golpes, como es la sien, cercana al cráneo y con tan poca proporción de hueso craneal que resulta particularmente sensible frente a impactos de entidad como el que aquí se describe. La idoneidad del instrumento empleado por el recurrente y del golpe asestado está fuera de toda duda, pues el hecho probado afirma que Luz Marina cayó automáticamente al suelo y que su muerte fue instantánea, sin solución de continuidad. Por ello, más allá del dolo de dar muerte que admite el recurrente, ha de estimarse concurrente en su acción –tal y como entendió la Sala de instancia– el dolo específico de coger desprevenida a la víctima.

Como antes apuntábamos, se aprecia la alevosía cuando, aun mediando entre los implicados algún tipo de desavenencia o conflicto, el carácter de éste experimenta una radical inflexión debida al inopinado y drástico cambio en la actividad de uno de ellos, que rompe de manera sustancial el tenor de la relación, introduciendo un agudo desequilibrio en el desarrollo de la misma en perjuicio del otro (STS de 25 de octubre de 2006). En este sentido se pronunciaban las ya antiguas SSTS de 23 de diciembre de 1998 y de 12 de julio de 2002, que compatibilizaban la discusión previa y la violencia verbalizada con la alevosía cuando la víctima, tras una inicial discusión, no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que, yendo más allá del enfrentamiento meramente oral, se desliza hacia una agresión desproporcionada que la coja por sorpresa.

Es obvio que de la confrontación verbal que pudiere haber preexistido entre Luz Marina y Nazario Javier, de cuya entidad no da más detalles el relato fáctico, no podía aquélla deducir un ataque tan repentino, directo y certero hacia su sien como el que sufrió. Al igual que en el caso que resolvía la antes citada STS núm. 425/2010, examinando una confrontación verbal habida entre dos conductores que previamente habían discutido por un irrelevante incidente de tráfico, lo que acabó con la muerte de uno de ellos al ser apuñalado por el otro, la discusión que analizamos no se combinó con enfrentamiento físico alguno entre ambos del que Luz Marina pudiera prever una agresión mayor. Tampoco se refiere ningún acaloramiento especial en el seno de la discusión, ni nada anterior al golpe propinado con el cenicero que pudiera alertar a la víctima sobre el cariz que inmediatamente iba a tomar la situación y, por ello mismo, sobre el peligro que corría.

Pretende el recurrente que, ante el hecho de tomar el cenicero con su mano izquierda y pasarlo hacia su mano derecha para golpear a Luz Marina seguidamente en la sien (mecánica que ciertamente es compatible con la narración fáctica) se deduzca que se encontraban frente a frente y que, por tal razón, existían posibilidades de defensa. Sin embargo, nada de esto último se dice en el presente caso, sino que para describir el ataque el Tribunal ha escogido los adjetivos «repentino, rápido y

brusco». Esta Sala, por otra parte, ha admitido repetidamente la compatibilidad de la alevosía con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación (STS núm. 576/2006, de 19 de mayo), e incluso en algunos supuestos en los que haya mediado forcejeo entre víctima y agresor si existe una desproporción de fuerzas. Ningún forcejeo ni reacción instintiva de protección llegó siquiera a haber en este caso.

Por otro lado, la zona elegida por el procesado para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar asimismo concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo. El acometimiento descrito y el instrumento empleado en su ejecución resultaron igualmente idóneos para lograr el más fácil resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a Luz Marina, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotegerse.

En suma, hay en la acción atribuida a Nazario Javier un salto cualitativo inesperado por la víctima, e igualmente inesperable por cualquiera. La redacción fáctica es, pues, compatible con la alevosía sorpresiva, en tanto fundada en el carácter súbito e imprevisible de la acción desplegada consciente y deliberadamente por Nazario Javier (STS núm. 671/2007, con cita de las SSTs núm. 357/2005, de 22 de marzo, y 49/2004, de 22 de enero). Resulta innegable que el paso de las simples desavenencias verbales a una fase distinta, con utilización de un contundente instrumento dirigido directamente sobre el rostro de la oponente y hacia un punto tan concreto como es la sien, proporciona al que lo esgrime una clara situación de ventaja. Las posibilidades de defensa de la víctima estaban eliminadas desde el momento inicial, al recibir en ese punto el primer y único golpe, causante directo de la muerte.

A mayor abundamiento, el clima en el que se había desarrollado la actividad de ambos implicados aquella misma tarde tampoco sugiere dudas o reservas para descartar la alevosía. Se trataba de dos jóvenes que, habiendo sido pareja sentimental cierto tiempo atrás, seguían manteniendo hasta el día de los hechos una estrecha relación de amistad. Esta conclusión se extrae de la narración histórica cuando afirma que mantenían «desde hacía tiempo una relación de amistad» (apartado 1, inciso 1º) y que el origen de la discusión se sitúa en «la relación sentimental que mantuvieron en su día» (apartado 2º, inciso 1º). La fluidez de su amistad dimana del conjunto fáctico cuando también mantiene que pocas horas antes del suceso Nazario Javier había ido a buscar a Luz Marina a su casa. Juntos y en solitario –siguiendo de nuevo los hechos probados– se habían desplazado aquella misma tarde por diversos lugares de la ciudad, en los que solían quedar con su grupo de amigos. Se describe a Luz Marina confiando siempre en Nazario Javier para realizar esos desplazamientos, a bordo del ciclomotor de este último, modo en el que igualmente llegaron a la vivienda que había sido el domicilio en el que Nazario Javier residiera con su hermano Isaac Ovidio hasta irse el primero a vivir a Camas unos meses antes del suceso y en la que, ello no obstante, continuaba teniendo dormitorio propio. Nada de lo sucedido con anterioridad aquella tarde podía, por tanto, poner tampoco sobre alerta a Luz Marina anticipadamente.

(...)

El segundo de los motivos lo vincula esta acusación a la vulneración de un conjunto de preceptos constitucionales como consecuencia de lo que denomina «doble enjuiciamiento».

Tras explicar los términos en que se solicitó en la instancia y desestimó por los Tribunales –también en menores– el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), reflexiona la parte sobre la circunstancia de que unos mismos hechos puedan ventilarse ante dos tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Lamenta, en esencia, las disfunciones que genera un mecanismo de enjuiciamiento separado

cuando aparecen involucradas personas de diferente edad penal, lo que puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre unos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria de adultos, como ha ocurrido en este caso. Relaciona para ello hasta diez contradicciones observadas entre lo que un órgano judicial y otro han considerado probado, que la recurrente estima determinantes respecto de la cuestión de fondo enjuiciada. Critica que el órgano que aquí ha dictado sentencia pueda tenerse por absolutamente soberano e inmune a la resolución que le precedió en el ámbito de la jurisdicción de menores, como expresa la sentencia recurrida en alguno de sus apartados (pp. 33 y 120), alcanzando conclusiones en abierta contradicción con aquélla. Estima que de este modo se vulneran los principios de unidad y exclusividad judicial (arts. 24 y 117.5 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad (que relaciona con la inexistencia de norma alguna que fije el estatuto jurídico-procesal de quien, habiendo resultado juzgado por unos hechos, se ve después en la obligación de declarar sobre los mismos bajo la condición de testigo), así como el derecho al proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a la imparcialidad judicial.

El invocado artículo 16 LORPM recoge las reglas generales para la incoación del llamado «expediente de menores», y en su apartado 5, que es en el que centra la acusación recurrente su atención, dispone que «[c]uando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (es decir, entre 14 y 18 años), el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo». Es decir, concurriendo tales circunstancias, se obliga al Juez de instrucción común u ordinario a dar cuenta de los hechos presuntamente delictivos al Fiscal de Menores, para que éste a su vez proceda a su investigación separada si de los hechos objeto de denuncia pudiere desprenderse algún género de responsabilidad para el menor, en cuyo caso el Fiscal dará traslado al Juez de Menores.

La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces *a quibus* destacan que ese doble enjuiciamiento no solo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16 de diciembre de 2008, según el cual «la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse *de lege ferenda*, pero en ningún caso *de lege data*, siendo la voluntad del Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, ex artículo 16.5 LORPM. Afirma, por último, que un

enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13 de agosto de 2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

No puede compartirse este último argumento de instancia que atribuye a las partes acusadoras el distanciamiento temporal entre ambos juicios por el hecho de haber interpuesto diferentes recursos frente al citado auto. En primer lugar, porque con tal proceder las acusaciones estaban ejercitando su legítimo derecho al recurso. A mayor abundamiento, el auto en sí evidencia que la clarificación del tipo de procedimiento a seguir no resultó sino después de ciertos vaivenes, optando finalmente la Sala de instancia por aplicar las reglas del procedimiento ordinario tras haberle planteado tres defensas lo inadecuado del que hasta entonces se seguía, como ya hemos visto. El propio Tribunal tomaba la decisión siendo consciente de la fecha vacacional en que resolvía, primando en su rápida decisión circunstancias procesales ponderables como la situación de privación de libertad de algunos implicados, pero sin dar los oportunos traslados a las partes acusadoras, tal y como reflejó después el TSJ al resolver en apelación, según hemos visto. La situación habría sido, pues, de clara indefensión para las acusaciones de no haber existido esa capacidad de recurso. En ningún modo puede compartirse que su uso en este caso representara un abuso procesal por parte de las acusaciones, sino muy por el contrario el legítimo ejercicio de sus derechos procesales, con independencia de la final desestimación de ambas apelaciones.

Ello no obstante, ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el artículo 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE).

Decíamos además en las SSTs núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal solo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que «cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, solo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho». En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que «nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica».

También las recientes SSTs núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter

positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del artículo 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio *non bis in idem* y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE) y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, *ex* artículo 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTs núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Por último, también la queja relativa a la pérdida de imparcialidad del segundo Tribunal ha de ser rechazada. Y no solo por ser meramente especulativa, sino también por contraria a la esencia misma del motivo, que no es otra que la ostensible separación fáctica de la sentencia impugnada respecto de la previa declaración de hechos probados en menores. Esa separación, si algo viene a demostrar, es que la Sala de procedencia no se había forjado ninguna idea preconcebida sobre los hechos, que partiera de la previa decisión tomada por la jurisdicción de menores.

Cuestión diferente es que, desde una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo, aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

Como indica la acusación recurrente, en varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre,

24/1984), de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, o 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que «[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no solo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo».

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ. 4): «(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema: “(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción”. Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección».

Sin olvidar que en su mayoría se trata de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos en amparo, sobre cuestiones laborales, civiles o contencioso-administrativas, y que solo algunos de ellos abordan directamente una cuestión penal, no puede sino reconocerse en nuestro caso ciertos efectos procesales y materiales inde-

seados ante el desdoblamiento en dos jurisdicciones penales de unos mismos hechos, máxime cuando, habiendo transcurrido su investigación paralelamente, se llega a la fase de enjuiciamiento en momentos diferentes. En casos como éste, ello es, por otro lado, lógica consecuencia de la celeridad que el Legislador imprime al procedimiento de menores y la mayor lentitud que, de contrario, deriva como inevitable consecuencia del cúmulo reforzado de garantías del que está revestido el sumario, cuya principal razón de ser estriba en la gravedad de las penas imponibles.

Algunos de los aquí implicados pudieron acogerse en el Juzgado a su derecho a no declarar, al estar abierta causa penal contra ellos en la jurisdicción de adultos. En cambio, otro de ellos –menor al tiempo de los hechos pero mayor de edad cuando vino a desarrollarse el juicio de adultos– hubo de declarar en este segundo juicio bajo el estatuto de testigo, al haber recaído sentencia firme respecto del mismo en la jurisdicción de menores (Acuerdo plenario de 16/12/2008, antes citado). Quizá el mayor de los inconvenientes que deriva de esta situación es la duplicidad de actuaciones y diligencias de prueba, que provoca como efecto colateral la repetición de testimonios, con pérdida general de calidad en las pruebas que, sometidas al principio de inmediatez, hayan de reiterarse ante una y otra jurisdicción y que, en el caso de las víctimas, incrementa además la victimización secundaria. La separación temporal entre los enjuiciamientos de ambas jurisdicciones, junto con la enorme repercusión social y mediática del presente procedimiento, han hecho que estas disfunciones en la prueba y en sus resultados cobren en este caso particular relevancia pública.

No se estima inconveniente, por ello, una solución legislativa que resuelva disyuntivas procesales como la presente, compatibilizando un enjuiciamiento conjunto en sede de adultos en el que también se vele por los fines tuitivos y por las demás garantías que al menor reconoce la LORPM.

(...)

Con las SSTS núm. 598/2011, de 17 de junio, y 1216/2002, de 28 de junio, hemos de afirmar que el encubrimiento exige dos requisitos previos, uno de carácter positivo y otro de índole negativa. Por el primero, es preciso que el encubridor tenga conocimiento de la comisión de un delito; por el segundo, no debe haber participado o intervenido en el mismo como autor o como cómplice, siendo los tres posibles componentes delictivos que sanciona el tipo posteriores a la comisión criminal. El conocimiento por el sujeto activo supone la noticia o percepción que se tiene de una cosa. Es un estado anímico de certeza, por lo que el encubridor debe conocer la trasgresión punible cometida, aunque no es necesario que sea de forma absolutamente precisa en sus circunstancias. No bastan simples sospechas o presunciones, sino que habrá de tener conocimiento de un acto ilícito anterior y, en concreto, de que se trata de un delito. En cuanto al momento del conocimiento, ha de ser previo a la realización de su propia conducta, planteándose algunos problemas cuando al tiempo de realizar su actividad el encubridor desconoce la comisión anterior de un delito que averigua después. Si en el primer momento tal acción sería impune, una vez que, enterado del delito, continúe su actividad desarrollará un encubrimiento. La conducta típica precisa así de una activa colaboración, es decir, de una ayuda o favorecimiento eficaces, consumándose mediante ella dicho ilícito siempre que el agente tenga la finalidad o motivación de poner obstáculos a la investigación y de tratar de auxiliar al autor de la imputación delictiva (STS núm. 1074/2010, de 21 de diciembre).

El artículo 451 CP describe tres posibles modalidades de encubrimiento. En palabras de la STS núm. 67/2006, de 7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas: *a)* la comisión previa de un delito; *b)* un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son

conductas postdelictuales impunes; y c) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS núm. 178/2006, de 16 de febrero.

La forma de encubrimiento a la que debe entenderse que la parte recurrente reconduce estos hechos es la prevista en el artículo 451.2.º CP (conocida doctrinalmente como «favorecimiento real» frente al «favorecimiento personal» del apartado 3.º), según la cual será castigado quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o como cómplice, intervenga con posterioridad a su ejecución «ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento». El término «ocultar», que sería el aquí aplicable, es interpretado en su acepción gramatical de esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa. La acción ha de recaer sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos» del delito, y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión.

Es oportuno recordar, en cualquier caso, que el artículo 454 CP exime de pena a los encubridores que lo sean de determinados parientes y, entre ellos, de sus ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados, erigiéndose como única «excepción a la excepción» la del encubrimiento comprendido en el artículo 451.1.º CP. La excusa absolutoria del artículo 454, que conlleva la exención de responsabilidad penal para el pariente en estos términos, no es en cambio comunicable al ajeno a la familia, respecto del cual siempre subsistirá el citado delito de encubrimiento (SSTS núm. 624/2004, de 17 de mayo, y 475/2002, de 15 de marzo).

(...)

Sanciona el artículo 526 CP a quien «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos», estableciendo para ello penas de tres a cinco meses de prisión o bien multa de seis a diez meses. El diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo «profanar» bajo dos únicas acepciones: 1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshorrar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables. Por su parte, el verbo «deshorrar» admite entre sus varias acepciones las de quitar la honra, injuriar y escarnecer o despreciar a alguien con ademanes o actos ofensivos e indecentes. Finalmente, por «ultrajar» se entiende tanto el hecho de injuriar como el de despreciar o tratar con desvío a alguien, entre otras opciones semánticas.

Son varias las ocasiones en las que esta Sala ha interpretado este precepto penal. Según constata la STS núm. 279/2010, de 22 de marzo, con las salvedades propias de los ilícitos en caso de conflicto armado, no existe ninguna otra figura típica en la que el cadáver sea el específico objeto de protección penal, lo que no quiere decir que no goce de amparo a través de otros apartados del Código por conexión con la protección de la persona misma. Por su parte, la STS núm. 70/2004, de 20 de enero, citada en el recurso, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: 1) un acto de profanación de un cadáver, como en aquel caso se reputaba al hecho de haber incendiado el vehículo en cuyo interior se encontraba el cuerpo del fallecido, que los autores habían

arrastrado hasta allí, quedando de este modo calcinados vehículo y cadáver; y 2) tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos: tal falta de respeto, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Adquiere así un marcado componente objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación. De este modo, lo relevante es que el acto por el que se profana el cadáver o sus cenizas sea tenido por tal para el común de la sociedad, fuere ésta u otra la «vis» intencional que movió al autor. Ahora bien, para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado. Se trata, en cualquier caso, de un concepto de compleja delimitación que, al aparecer formulado en forma abierta, admite ilimitados modos de comisión. En el plano subjetivo, únicamente exige el Legislador que el sujeto activo haya actuado con el doble conocimiento de que con su conducta profana un cadáver o sus cenizas y que con ello falta al respeto debido a la memoria de los muertos. Ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar «con ánimo de», «con intención de», «con propósito de», «a sabiendas de» o «con el conocimiento de».

Volviendo a la perspectiva genérica de la acción típica, aclara la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, que, de las diferentes conductas que contempla el precepto, dos de ellas aparecen íntimamente enlazadas, como son la violación de sepulturas y la profanación de cadáveres, para las cuales se precisa faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, mientras que la tercera consistirá en la destrucción, alteración o daño de otros objetos funerarios, precisándose solo en este caso un ánimo de ultraje.

Recordaba esta misma sentencia que las conductas de «violar» y «profanar» tienen en la doctrina un significado jurídico heterogéneo, dada la multiplicidad de usos gramaticales con los que se admiten en el Código Penal. Vulgarmente, por «violar» se entiende «infringir una Ley o precepto», «profanar un lugar sagrado» o «ajar o deslucir una cosa». También la «acción que material y físicamente incide sobre un determinado objeto, a través de formas tales como las de penetrar, hollar o manipular». Sintetizando todas ellas, podemos considerar típicos aquellos actos que impliquen violentar o manipular el interior, descubrir o penetrar un sepulcro o sepulturas. Estas dos últimas se confirman como el objeto de la acción y aunque realmente no sea necesaria su diferenciación, en cuanto ambos se corresponden con el lugar donde se enterra un cadáver, la doctrina los separa, definiendo el «sepulcro» como la «obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar custodia a un cadáver» y la «sepultura» como el «hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos se exige que el cadáver se halle dentro, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Es, no obstante, la segunda acción típica –profanar un cadáver o sus cenizas– la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la citada STS núm. 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo artículo 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material,

siguiendo el derecho penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos.

La naturaleza de este requisito es controvertida. Siguiendo en este punto a las SSTs núm. 70/2004 y 1036/2007, debemos rechazar, tal y como antes adelantábamos, que se trate de un especial elemento subjetivo del injusto, equiparable a un concreto ánimo del sujeto activo dirigido a faltar al mentado respeto. Con esta expresión se objetiva, en cambio, un elemento del tipo, de manera que las actuaciones de violación o profanación concretamente ejecutadas habrán de ostentar la significación objetiva de faltar al respeto, muestra del reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o de profanar un cadáver. Se trata, en definitiva, de una restricción del tipo objetivo desde el bien jurídico protegido, al que de modo inusual alude explícitamente la norma, concretada en el requisito de que la acción de violación y/o profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto.

El bien jurídico común a todo el artículo 526 CP es la ofensa al sentimiento de respeto que inspira en la comunidad social la memoria de las personas fallecidas, por lo que presenta un marcado carácter sociológico-social. Sujeto pasivo es, bajo este punto de vista, la propia sociedad, en tanto que titular de ese sentimiento colectivo. Consecuentemente, si a pesar de realizar la conducta típica no se produce dicho efecto, el hecho no será punible.

Se ha estimado así que quedan fuera del tipo objetivo conductas como la del depósito colectivo de restos cadavéricos, en fosas comunes, por parte de los servicios públicos encargados de la organización y policía de los cementerios, aun cuando con ello se provocara su mezcla. Sí se han estimado, en cambio, concurrentes los dos elementos objetivos del tipo (profanación y ofensa al sentimiento de respeto que merecen en la comunidad social los seres humanos fallecidos y sus cadáveres, compatible esto último con otros ánimos específicos como el sexual, de venganza o de lucro), en la conservación en los bajos de una funeraria y en el propio domicilio de cajas con restos cadavéricos etiquetados bajo identidades correspondientes a personas cuyas cenizas figuraban como entregadas previamente a sus familiares, así como de cajas con restos de cuerpos esqueléticos etiquetadas con una identidad diferente de la de los restos descubiertos, acreditándose que correspondían a familias distintas, la correspondiente a la del nombre de la caja y las de los restos, y a los que en su día se les entregaron también las cenizas (STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre).

La STS núm. 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba por el contrario el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la víctima, sin perjuicio de valorar tal circunstancia bajo un mayor reproche penal a la hora de individualizar la pena correspondiente al hecho previo de haberle dado muerte. Rechazaba asimismo este ilícito, en su formulación anterior del artículo 340 del CP de 1973, la STS de 19/11/1991 (rec. núm. 699/1990), al faltar la específica voluntad de menospreciar u ofender el cadáver de su víctima y de violentar así el respeto debido a la memoria de los muertos, pues la conducta allí ejecutada consistió en desvestir el cuerpo y, tras hacer el autor lo propio consigo mismo, colocarse sobre aquél con otros fines, lúbricos y auto-lesivos, no consiguiendo este último propósito el autor a pesar de intentarlo varias veces.

El propio Código Penal sanciona también entre los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, como antes apuntábamos, el despojo de sus efectos «a un cadáver, herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra o persona civil internada» (art. 612.7 CP). En similar forma proscribire el Código Penal Militar, como contrarios al decoro militar, no solo los actos de expolio y pillaje ejecutados sobre los

fallecidos, sino igualmente la «mutilación» o «ultraje» de un cadáver caído en acción militar o de guerra (art. 163 CPM), sin definir no obstante estos conceptos. También los cuatro Convenios de Ginebra y sus correspondientes Protocolos adicionales prevén, entre sus reglas éticas para el caso de guerra o conflicto armado, la prohibición de todo acto de profanación de los caídos con ocasión de tales acciones, sean civiles o militares.

Nuestro Legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite *a priori* lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos –también en el del artículo 526 CP– por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos.

Necesario es confrontar también este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3.<sup>a</sup> CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el artículo 8.3 CP recoge la fórmula «lex consumens derogat legi consumptae», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, o 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en

franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados (SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento (STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos más abajo en relación con el delito contra la integridad moral.

La cuestión que se somete a nuestra consideración debe partir, en cualquier caso, de un punto previo a la tipicidad, en la medida en que ni de los apartados fácticos destacados por la acusación recurrente, ni del restante contenido de los hechos probados es posible extraer en este caso los elementos que han de sustentar el ilícito en cuestión. Ciertamente es que el hecho 2.º afirma en sus incisos 5.º y 6.º que, tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante la situación, Nazario Javier y «Bola» «decidieron hacer desaparecer el cadáver» de Luz Marina junto con todos sus efectos personales, y que entre los dos, contando con ayuda de al menos «un tercero desconocido», sacaron el cuerpo de la menor de la vivienda en la que había fallecido, valiéndose para ello de la silla de ruedas que había pertenecido a la madre de Nazario Javier. Lograron efectivamente su propósito, «haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce». El hecho 6.º da también cuenta de cómo a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de la víctima, llegando a ofrecer varias versiones, todo lo cual ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas».

Aplicando la doctrina que nos ocupa a estos hechos, únicos de los que podría derivarse la consecuencia penal que interesa la recurrente, no es posible entender concurrentes los elementos objetivos antes citados, es decir, la efectiva profanación unida a la falta del respeto debido a la fallecida Luz Marina y su memoria. Sin perjuicio de que, como señalamos en la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, el tipo penal no exige un dolo específico de ultrajar, siendo suficiente con atentar contra el respeto debido a la memoria de los muertos, lo escueto del pronunciamiento de instancia sobre las acciones efectivamente ejecutadas sobre el cuerpo de la joven y la situación en la que haya podido quedar su cadáver dificultan una aproximación a la figura delictiva del artículo 526 CP por vía de infracción de ley. A tenor del relato fáctico en su conjunto, solo llegamos a conocer que se le dio muerte bruscamente, empleando para ello un cenicero con el que se le propinó un contundente golpe seco en la sien, así como que poco después su cuerpo inerte fue colocado en la silla de ruedas, haciéndolo desaparecer de forma desconocida. De esas solas circunstancias no es viable entender profanado el cuerpo de Luz Marina.

Su sola desaparición no puede integrar el delito interesado, pues el tipo penal del artículo 526 CP precisa la constatación de un acto de profanación sobre el cadáver, debiendo ser dicho acto, por sí mismo deshonroso, indigno o indecoroso, el que conmueve a la sociedad y, por ende, lesiona el respeto exigible.

Tal desaparición, por otro lado, se muestra directamente relacionada en la sentencia con el ejercicio del derecho de defensa por parte de Nazario Javier (art. 24.2 CE),

argumento que maneja la Audiencia para excluir cualquier condena de esta naturaleza. En los hechos probados tampoco se recoge mención alguna de la que extraer respecto de este procesado un dolo, siquiera genérico, de faltar al respeto debido al cuerpo de Luz Marina. Nada se describe que, sobrepasando la mera intencionalidad de ocultarlo con fines de autoencubrimiento, pueda constituir un acto de profanación. A mayor abundamiento, y al hilo de la más reciente doctrina del TEDH sobre revisión en vía de recurso de elementos subjetivos frente a previos pronunciamientos absolutorios, de la que daba cuenta por primera vez nuestra STS núm. 670/2012, no es posible en sede casacional emitir el interesado pronunciamiento de tipicidad, en la medida en que comportaría modificar la valoración de instancia sobre los fines que presidieron la conducta de Nazario Javier, único procesado al que la sentencia combatida hace partícipe de las tareas de ocultación del cadáver de Luz Marina (recordemos que ninguna participación se atribuye a Primitivo Imanol, por lo que la petición típica que asimismo formula la acusación para este acusado excede nuevamente los límites de la infracción de ley). Siendo aquél el reconocido ejecutor de la muerte de la joven, su conducta personal dirigida al posterior ocultamiento del cuerpo y demás elementos de prueba resulta impune a la vista de los hechos declarados probados, al no rebasarse el autoencubrimiento en este caso.

(...)

Los hechos probados reflejan, efectivamente, en su apartado 6º que a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de Luz Marina, «llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar, que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001 y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo con el mismo», lo que ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas». El apartado 7.º añade a lo anterior cómo en función de esas cambiantes versiones del procesado «se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir», así como «en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra». Igualmente, a raíz de una declaración de Rocío, que por entonces fuera novia de Nazario Javier, también se buscó el cuerpo de Luz Marina «en unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas», ocasionándose al Estado unos gastos cifrados en su conjunto en 616.319,27 euros. Como después veremos, el apartado 7.º tiene relevancia a la hora de analizar el siguiente motivo por inaplicación del artículo 113 CP, pero no conforma propiamente el sustrato fáctico potencial del delito contra la integridad moral.

El estudio de esta cuestión requiere adentrarse previamente con carácter general en el conflicto entre el legítimo ejercicio del derecho de defensa y el colateral daño psíquico y moral que la conducta, en este caso de Nazario Javier, haya podido acarrear en los familiares directos de la víctima, al referir de forma continuada diferentes versiones sobre dos puntos fundamentales: a) la forma en la que la menor fue agredida, llegando a incluir en su relato en un determinado momento procesal elementos propios de una violación, lo que ya ha valorado esta Sala a efectos de estimar justificada la respuesta punitiva que ha merecido en la instancia el asesinato cometido; y b) el lugar en que se encuentra depositado el cuerpo y la forma en que las personas involucradas en su desaparición y, en particular, este procesado se deshicieron del mismo, cuyo análisis hemos de realizar ahora.

El derecho de defensa (art. 24.2 CE) es, en sus múltiples facetas, la principal manifestación de la tutela judicial efectiva que ha de amparar a todo ciudadano (art. 24.1 CE). No por ello está ausente de límites, algunos de los cuales ha perfilado

nuestra jurisprudencia (*vid.* a tal fin STS de 29/09/1994 o SSTS núm. 715/1996, de 18 de octubre, y 1085/2000, de 21 de julio), no pudiendo incurrir en «la tentación de instrumentar con hiperbólicos alcances su real y genuina función en el marco del más amplio panorama del derecho a la tutela judicial efectiva» (STS núm. 715/1996). En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculpado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el artículo 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ. 11; y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2).

Según destacaba la STS núm. 351/2012, de 7 de mayo, el mismo TEDH ha precisado –también lo ha apuntado nuestro Tribunal Constitucional– que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo es inherente a la noción de proceso justo del artículo 6 CEDH. Del mismo modo, recordó que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado. Así, al igual que no podría aceptarse el abuso policial o judicial frente al legítimo ejercicio de estos derechos del acusado (STS núm. 178/2006, de 16 de febrero), tampoco cabe entender privado de toda frontera su utilización por aquél.

Los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. En lo que nos afecta, no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, subrayando que tales derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi-absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (*vid.* STEDH de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso O’Halloran y Francis c. Reino Unido, entre otras).

Admitido por nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a no declarar contra uno mismo puede extenderse al acto de callar, total o parcialmente, o incluso de mentir abiertamente, es oportuno destacar los límites que, ello no obstante, apunta el propio Tribunal en su STC núm. 142/2009, de 15 de junio, conociendo del recurso de amparo núm. 2406/2006: «Los recurrentes (...) sostienen que, en virtud del derecho fundamental que invocan, y en la conexión que el mismo tiene con el derecho de defensa, tenían derecho a mentir, dado que materialmente tenían la condición de imputados en el procedimiento administrativo, sin que de sus manifestaciones en la comparecencia en la información reservada pudiera derivarse consecuencia negativa alguna. Aluden también –bajo la confusa invocación del artículo 24.1 CE, articulada como tercer motivo de amparo– a que el derecho se ve vulnerado cuando los actos de ejercicio del mismo dan lugar a la imposición de una sanción. En esa misma línea, el Ministerio Fiscal sostiene que las manifestaciones realizadas por los agentes tenían un claro carácter defensivo de su actuación profesional, por lo que quedarían amparadas en el ejercicio del derecho fundamental.

Pues bien, situándonos en esa dimensión de la queja, es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

(por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa –al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes– ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse –como hacen los recurrentes– que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cual ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables» (en ambos casos el subrayado es nuestro).

Extrapolando este criterio al supuesto de autos, debe disentirse de la opinión de instancia a tenor de la cual la conducta sostenida por Nazario Javier a lo largo del proceso, variando de forma caprichosa y contumaz su versión sobre lo sucedido, encuentra cobertura ilimitada en el derecho de defensa, de forma que es posible traspasar la línea del autoencubrimiento impune aun cuando dicha conducta sea lesiva de derechos de terceros, lesionando su integridad moral y sin que ello sea necesario además en términos de estricta defensa.

Excedió, en cambio, el acusado en este caso los límites de las garantías procesales que le asisten y, en particular, de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable para erigirse su conducta en una acción directamente lesiva de la dignidad de los padres de la víctima, sin que ello fuera necesario en términos de estricta defensa. Con el proceder que describen los hechos apuntados por el Fiscal, el único acusado condenado en la instancia ha hecho uso, ciertamente, de su legítimo derecho a declarar, cuantas veces y en la forma que se han estimado oportuno. Pero no se ha limitado a ello, como veremos a continuación.

La sentencia realiza una lacónica exclusión del delito en cuestión, refiriéndose al intangible derecho de defensa. Pero no puede compartirse, en términos de estricta legalidad, la posición exculpatoria mantenida por el Tribunal de instancia, que ciñe tal exculpación al solo ejercicio del derecho de defensa (art. 24 CE), en la medida en que el caso presenta muchos más matices. Reconocido el importante daño psíquico agregado al normalmente derivado de unos hechos de esta naturaleza, hemos de analizar

si ese innecesario sufrimiento subsiguiente al comportamiento de Nazario Javier goza por sí mismo de autonomía penal.

El inciso legal al que se contrae la queja castiga a quien inflija «a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral», que actualmente constituye el primer párrafo del artículo 173.1 CP y que, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010, que era la vigente al tiempo de los hechos, conformaba la única figura delictiva en él tipificada. No ha sido, en cualquier caso, objeto de modificación interna alguna.

La integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el artículo 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su artículo 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el artículo 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcional, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «per se» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el Legislador en la regla concursal contenida en el artículo 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del artículo 173.1 CP, mientras que si no lo es podrá constituir una falta del artículo 620.2 CP.

Nuestra más reciente jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, o 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que «[l]a integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS de 3 de octubre de 2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: «El artículo 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

En el caso, el procesado ha abierto erróneas líneas de investigación dirigidas a la búsqueda y hallazgo del cuerpo de Luz Marina, que adelantamos resultaban innecesarias en términos de defensa. Reconociéndose partícipe de las labores de ocultación del cuerpo, ha de ser sabedor de su paradero, por lo que le bastaba con guardar silencio o con negarse a contestar para ejercitar debidamente los derechos inherentes a su defensa. El nulo resultado de cuantas pesquisas se desplegaron para la localización de Luz Marina, a tenor de sus fluctuantes versiones, además de incidir en una más pronta finalización del proceso y de provocar con ello su dilación, y además de provocar una importante inversión humana, técnica y económica a sabiendas de su inutilidad, ha tenido otros graves efectos, independientes de los anteriores.

Las dificultades iniciales en la recuperación del cadáver siguen a día de hoy vigentes. Por ello resultaba de todo punto innecesario, en términos de defensa, desviar la atención hacia otras ubicaciones, generando mayor dispersión, en la medida en que, exploradas las vías racionales de investigación, la situación del cuerpo de la fallecida sigue siendo una incógnita. La ocultación del cuerpo de Luz Marina y de los restantes vestigios del crimen cometido ya estaba materializada, en forma tan efectiva que, pese a los considerables esfuerzos judiciales y policiales durante estos cuatro años, no se ha dado con su paradero. De modo que, en términos de defensa, resultaba innecesario que Nazario Javier ofreciera, a medida que decaían sus versiones anteriores, continuas «pistas falsas» que provocaron a su vez falsas expectativas, principalmente de cara a la localización del cuerpo y prioritariamente en sus parientes más allegados.

La zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver, queda más allá del derecho de defensa en su modalidad de autoencubrimiento impune. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de los familiares de Luz Marina, con la importante repercusión emocional en sus padres que recoge el Tribunal en el apartado 6.º de los hechos probados, antes transcrito, y que con mayor detalle describe el FJ. 34, a tenor de los informes periciales que señalan las graves secuelas que presentan, y que bien pudieron llevarse al relato fáctico.

Generando esas continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, Nazario Javier dañó la integridad moral de las víctimas. Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del

delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Nazario Javier se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no solo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, «causando si cabe mayor dolor» al ya ínsito en la muerte de la menor. Los detalles de este padecimiento extraordinario, que va más allá de la imposibilidad de cerrar el duelo por la sola desaparición, y su efecto en la psique de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana los describe, como decíamos, el Tribunal en el FJ. 34 de la sentencia, dando cuenta pormenorizada de las importantes secuelas que, como consecuencia de todo ello, presentan en especial estos dos sujetos pasivos, a tenor de los informes médico-forenses. Rayan en este caso lo propio de un delito de lesiones, por el que, como lamenta el Tribunal de instancia, no se formuló acusación.

Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todos las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre). La afección última de la dignidad de los familiares de la joven fallecida dimana del vínculo parental mismo con la otrora víctima del delito de asesinato.

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del artículo 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta del procesado, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral *ex* artículo 173.1 CP.

(Sentencia núm. 62/2013, de 29 de enero)

## ARTÍCULO 149.2

*Lesiones. Mutilación genital femenina. Extirpación del clítoris a menor inmigrante en su país de origen –Senegal– por motivos religiosos y culturales, antes de venir a España. Secuela consistente en una sinequia o adherencia de labios menores que obtura los orificios uretral externo y vaginal. Error de Prohibición. Incorrecta aplicación del error vencible. En el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad.*

*lidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió y la inaccesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error.*

La acusada ignoraba que la mutilación genital de su hija constituyera un delito no solo dentro de España, sino fuera de ella.

(...) es evidente que a la recurrente le asiste razón, ya que la única prueba inculminatoria (testimonio del enfermero) y la interpretación que de él hace la Audiencia, es absolutamente insegura y abierta, y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado.

(...)

El testimonio del enfermero, que admite diversas interpretaciones, ninguna de ellas tiene carácter claramente inculminatorio, pues las alternativas son dos: que los padres conocían antes la lesión, o que si se descubrió en el Centro de Salud, es lógico que no sufrieran una reacción adversa y de contrariedad, si como explicó el marido y la Audiencia aceptó constituye una práctica usual y generalizada en las regiones rurales de su país, donde residía la menor, que no califican de ilícita ni ilegal.

Desde el punto de vista de la actuación omisiva o negligente, no puede tildarse de conducta irresponsable trasladar el cuidado y custodia de hecho a la abuela materna, que debe considerarse tan responsable o más que la madre, si ésta última por imperiosas razones vitales de subsistencia tenía que trabajar en el campo.

(...)

Ni siquiera por la vía de la omisión negligente del artículo 11 C.P., se acreditan hechos susceptibles de generar responsabilidad por la circunstancia de tener asignada la custodia legal por ley, cuando *de facto* se trasladó transitoria e intermitentemente a la abuela, por razones justificadas de necesidad.

(...)

Tampoco es posible responsabilizarla porque su marido residente varios años en España no le comunicara que en este país la ablación del clítoris es delictiva, pues si no lo hizo, como da a entender la Audiencia, la responsabilidad estaría de parte del marido, a quien afectan las mismas obligaciones derivadas de la patria potestad, y sin embargo, este último en la misma causa ha resultado absuelto, en sentencia dictada por la misma Sección en fecha 24 de julio de 2012.

(...)

No ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió.

Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado.

(Sentencia núm. 939/2013, de 16 de diciembre.)

## ARTÍCULO 150

*Lesiones. Deformidad. Agresión mutua en el transcurso de la cual el acusado golpeó a la víctima con un vaso de cristal, que se rompió.*

*Subtipo agravado por uso de instrumento peligroso. Causación de herida inciso contusa en el rostro que precisó para su curación de la aplicación de puntos de sutura como tratamiento médico quirúrgico. Secuela consistente en cicatriz de 3x2 cm. en el rostro, debajo del ojo, que genera perjuicio estético moderado. Subtipo agravado por deformidad, aplicado en segunda sentencia. Concepto de deformidad. No puede confundirse naturaleza valorativa del término con hacer descansar esa valoración en la opinión del sujeto pasivo.*

En realidad, como se subraya, la Audiencia no es que discuta que estemos ante un alteración física que reúne todas las cualidades «objetivas» para ser etiquetadas como «deformidad», sino que viene a añadir un requisito más: no basta con que estemos ante una deformidad, sino además sería necesario que el perjudicado (y/o su dirección letrada, habría que apostillar) la considerase como tal. Pero eso es un requisito sin sustento legal que vendría a convertir ese tramo agravado de las lesiones en algo «disponible», es decir, solo perseguible a instancia de parte; y «perdonable» por el lesionado en esa porción de injusto. Lo mismo que las lesiones consistentes en la pérdida de un miembro principal, v. gr., no requieren que el afectado otorgue carácter esencial a ese «órgano» corporal (su opinión es indiferente), la deformidad es noción compatible con que el afectado rechace o no asuma, implícita o explícitamente, esa conceptualización. La afirmación de que es un concepto subjetivo no significa eso, sino que es valorativo, en el sentido de que hay que perfilarlo con valoraciones y estimaciones no exactas o aritméticas, pero no de que exija un «placet» o conformidad por parte del sujeto pasivo del delito. No puede confundirse naturaleza valorativa del término manejado por el legislador, con hacer descansar esa valoración en la opinión ni del sujeto pasivo, ni de su dirección letrada.

En el presente supuesto, además, el momento en que se efectúa la calificación por parte de la Acusación particular, antes de la formulada por el Fiscal; la similitud de las penas solicitadas, pese a la diversidad de tipificación; y la renuncia del afectado en virtud de la indemnización recibida, aunque sea posterior a la sentencia, hacen más que discutible que la interpretación de esa actitud procesal sea la que efectúa la Audiencia. Pero, aunque fuese correcta y el perjudicado rechace que esa secuela constituya deformidad, la aplicación de un precepto penal, salvo en casos excepcionales (injurias señaladamente: no pueden considerarse graves si el afectado la reputa leves), no queda al albur de la voluntad de la víctima, que no puede constituirse en ese sentido como en *dominus litis*, lo que no es compatible con la naturaleza de la ley y del proceso penales.

Es más, si nos sumergimos en el procedimiento (artículo 899) a los únicos efectos de indagar si efectivamente existen elementos que puedan pasar inadvertidos a esta Sala en casación y que pudieran abonar el mantenimiento de la calificación más benigna del Tribunal *a quo*, lejos de ello se confirman esas apreciaciones. En el escrito de la acusación particular se habla de «perjuicio estético tan importante que ha sido cifrado por el Médico Forense en 22 puntos» (folios 205 y 287). Y se solicita una pena de Tres años de prisión. Y en el trámite de informe al explicar esa posición procesal invoca loables razones más bien humanitarias y de compasión hacia quien es una persona joven que se va a ser afectada por una condena, lo que llevó al profesional a «contenerse» al plasmar su petición acusatoria. Es comprensible y perfectamente justificable esa posición: el principio de legalidad no vincula de igual forma a una acusación particular que a la pública. Pero proclama el propio letrado que no tiene duda de que penalmente la catalogación técnicamente más correcta es la que lleva los hechos

al artículo 150 CP y que el propio afectado le ha expresado los perjuicios que le acarrea una cicatriz en ese lugar visible, cuando percibe, o cree percibir, miradas de curiosidad fijas en la cicatriz en las que cree adivinar pensamientos no precisamente positivos, al tratar con otras personas o realizar alguna entrevista de trabajo. Quien asumió la dirección letrada como acusación particular lo dice claramente en el informe: « Existe esa deformidad... se ve...».

En efecto, existe.

(Sentencia núm. 759/2013, de 14 de octubre.)

## ARTÍCULOS 172.1 Y 620.2

*Coacciones. Revocación de condena por delito y tipificación como falta. Vulneración del principio de proporcionalidad. La conducta de quien, estando ligeramente embriagado, agarra la mano de unos niños en un lugar público, sin que conste que realizase sobre ellos ninguna maniobra de contenido lúbrico, ni tampoco que intentase desplazarlos o llevárselos consigo, limitándose a retenerlos por un breve espacio temporal, debe ser calificada como coacción leve. Escasa intensidad de la violencia ejercitada e irrelevancia del resultado ocasionado, atendiendo a la personalidad del sujeto activo y los factores ambientales concurrentes.*

El delito de coacciones consiste en compeler, imponer o constreñir a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar, señalando la doctrina de esta Sala que la acción típica debe revestir la necesaria intensidad para diferenciarla de la coacción leve (SSTS 167/2007 de 27 de febrero y 632/2013, de 17 de julio).

La diferencia entre el delito de coacciones del artículo 172.1, incluida la modalidad atenuada del último párrafo, y la coacción leve constitutiva de falta del artículo 620.2, debe centrarse en la valoración de la gravedad de la acción coactiva (intensidad de la violencia ejercitada y entidad del resultado ocasionado), teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo, sus capacidades intelectivas y los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción (SSTS 1367/2002 de 18 de julio, 731/2006 de 3 de julio y 632/2013, de 17 de julio).

Por tanto, la diferencia entre una y otra infracción punible estriba esencialmente en el grado de intensidad de la violencia y de la repercusión o incidencia en la libertad de decisión del sujeto pasivo. Su nota distintiva será fundamentalmente cuantitativa, pues en el fondo y desde una óptica cualitativa siempre debe concurrir en el hecho, nos hallemos ante un delito o una falta, una presión o coerción ejercida por el sujeto agente y una restricción de la libertad de obrar padecida por el sujeto pasivo (STS 843/2005 de 29 de junio y 632/2013, de 17 de julio).

En el caso actual, tomando en consideración que se trata de la conducta de un hombre ligeramente embriagado, realizada en pleno día, en un lugar público, que tiene una escasa duración temporal y se limita a agarrar a unos menores de la mano, e impedirles soltarse, cesando en su actuación inmediatamente por la intervención de la madre de uno de ellos, ha de considerarse que tanto valorando la mínima intensidad

de la fuerza empleada, como la escasa entidad del resultado producido, la personalidad del sujeto activo y los factores ambientales concurrentes, la coacción debe ser valorada como leve y sancionada como falta.

(Sentencia núm. 1005/2013, de 27 de diciembre.)

## ARTÍCULO 174

*Delito de Torturas. Cometidas por varios guardias urbanos y un «mosso d'Esquadra». Agresión, insultos y vejaciones a dos jóvenes en la estación de RENFE detenidos por error, que presuntamente habían agredido a un policía local, haciendo uso desproporcionado de la fuerza en represalia por tal hecho. Extralimitación en su actuación como agentes, más allá de un uso excesivo de fuerza, concurriendo un ánimo subjetivo de denigrar a los detenidos, realizando conductas vejatorias y humillantes—simulación de arrojar a la víctima bajo las ruedas del tren, amenazas y agresiones— subsumibles en el tipo del artículo 174.1 CP. Torturas en comisión por omisión. Dimensión puramente omisiva (no impedir) y positiva (dar consentimiento). Vertientes doctrinales. Revocación de condena para dos agentes, condenados en la instancia por el tipo omisivo del artículo 176 CP. No ostentaban ninguna posición de mando respecto del resto de los acusados, encontrándose en una situación de plena igualdad jerárquica. No consta de qué modo podrían haber evitado los excesos imprevistos de sus compañeros.*

La argumentación básica de dichos motivos de recurso consiste en afirmar que los hechos declarados probados no integran un delito del artículo 174 CP, por no revestir los elementos configuradores de dicho tipo delictivo, y en su caso deberían subsumirse en el artículo 175 del mismo texto legal. Consideran que el relato fáctico no pone de relieve un trato que implique un menoscabo grave de la dignidad de las personas afectadas, distinto del menoscabo que para la integridad física y síquica de éstas se consigna en la sentencia, y que la violencia ejercida por los acusados no tiene la entidad suficiente para constituir un delito contra la integridad moral en su modalidad de torturas.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia (STS 27 de noviembre de 2012, núm. 985/2012, entre otras) han destacado que la diferencia entre el tipo penal de tortura del artículo 174 CP 95 y el delito residual de atentado contra la integridad moral cometido con abuso de cargo por autoridad o cargo público, «fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior», del artículo 175 CP, no estriba en la gravedad de la afrenta a la dignidad de las víctimas (pues expresamente se sancionan en ambos preceptos tanto los atentados graves como los que no lo son), sino en la ausencia en el tipo penal del artículo 175 del elemento teleológico —«con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier razón que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún

tipo de discriminación»— que exige el artículo 174, adecuadamente aplicado en el caso actual.

Ha de tenerse en cuenta que en el artículo 174 se incluye de forma expresa la sumisión de las víctimas a condiciones o procedimientos... que, de cualquier modo, «atenten contra su integridad moral», por lo que ha considerarse que cuando la autoridad o sus agentes someten a los particulares a condiciones o procedimientos (como malos tratos, insultos o vejaciones) que integran un atentado contra la integridad moral, tanto si el atentado es grave como si no lo es, la única manera de diferenciar dicho comportamiento del sancionado como atentado contra la integridad moral en el artículo 175, viene establecida por el elemento teleológico, que se exige en el primero de dichos tipos penales (174), pero no en el segundo (175).

Es cierto que este sistema de tipificación determina, como ha destacado la doctrina, que el concepto de tortura en nuestro ordenamiento penal positivo sea más amplio, en lo que se refiere a la entidad de la acción comisiva, que el prevenido en el artículo 1.º de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984, pues prescinde de la exigencia de gravedad, que se contiene en dicho precepto internacional. En efecto, nuestro ordenamiento positivo no diferencia entre tratos degradantes y torturas por razón de su intensidad o gravedad, sino que todos ellos se califican de tortura, en el artículo 174, cuando son infligidos con abuso de su oficio por autoridades o funcionarios, con las finalidades previstas en dicho precepto.

En consecuencia, la gravedad del atentado constituye una circunstancia determinante de la aplicación de una modalidad agravada, sancionada con una pena superior («el culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuese grave y de prisión de uno a tres años si no lo es»). Pero, aún en los supuestos en los que el Tribunal sentenciador considera que concurre un atentado a la integridad de las víctimas que no sea grave, como sucede en el caso actual, la acción será igualmente tipificada como tortura del artículo 174 (no grave), siempre que concurra el elemento teleológico que es lo que caracteriza a este precepto.

Es posible que pueda considerarse contradictorio calificar una acción como tortura cuando el atentado a la integridad moral de la víctima no sea grave. Pero cualquier intento, basado en apriorismos, de corregir al Legislador en esta materia, vaciaría de contenido el supuesto legal, expresamente prevenido en el tipo, de torturas no graves, y conduciría a una ruptura del modelo legislativo, pues la diferenciación entre el tipo prevenido en el artículo 174 y en el 175 no puede fundamentarse en la gravedad del atentado (ambos contienen expresamente dos modalidades de sanción, una para atentados graves y otra para los que no los son), sino en su finalidad.

En el caso actual, la finalidad de represalia o castigo es manifiesta. Los agentes policiales acusados sometieron a sus víctimas a malos tratos y vejaciones, con abuso de un cargo que se les ha conferido para la tutela de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y no para que lo utilicen con el fin de agredirles y maltratarlos, precisamente como represalia o castigo por que creían, erróneamente, que eran los responsables de haber golpeado a un compañero. Es claro que los acusados no trataron de la forma violenta y vejatoria que se relata en los hechos probados a cualquier persona sospechosa de haber cometido un hecho delictivo, sino a quienes consideraban responsables de haber agredido a un compañero de la policía local de Barcelona, cuerpo policial al que los acusados también pertenecían. Es decir, a quienes pretendían castigar y escarmentar, *manu militari*, por haberse atrevido a golpear a otro agente.

El Legislador, con buen criterio, ha querido sancionar de modo expreso como tortura, los malos tratos policiales empleados no solo para obtener una confesión, sino también como represalia o castigo. La tutela de la seguridad y de la integridad física y

moral de los ciudadanos, en un Estado de Derecho social y democrático como el que afortunadamente tenemos en España, exige necesariamente que los abusos policiales sean reprimidos severamente, tanto cuando van dirigidos a obtener confesiones como cuando se ejercen como represalia o castigo, a través de una violencia incontrolada que impone miedo, genera impunidad y determina represión, pues son precisamente quienes deben proteger a los ciudadanos los que les agreden. Tomándose, además, la justicia por su mano en un malentendido acto de compañerismo, que en este caso les condujo a maltratar a pacíficos ciudadanos, una chica menor de edad y el joven que la acompañaba, que no tenían nada que ver con la agresión sufrida por su compañero.

Jóvenes a los que detuvieron en una estación de tren, mientras esperaban para volver a sus domicilios en los alrededores de Barcelona, y golpearon, insultaron, arrastraron, amenazaron, amedrentaron hasta el extremo de simular arrojar al joven bajo las ruedas del tren, patearon y vejaron, mientras la chica gritaba que era menor y por favor llamaran a su padre, como se establece en el relato fáctico. Actuando los agentes municipales condenados de un modo absolutamente intolerable e incompatible con el ejercicio de la función policial en un Estado de Derecho, que tiene entre sus funciones esenciales velar por el respeto de la integridad física y moral de sus ciudadanos. Todo ello hasta que los acusados condujeron finalmente a los aterrados jóvenes ante el compañero golpeado y el agente negó que hubiesen tenido nada que ver con su agresión.

Los agentes policiales no pueden tomarse la justicia por su mano. El Legislador, con buen criterio, ha reservado a los Jueces la sanción de los comportamientos delictivos, y ha previsto expresamente que los atentados contra la integridad moral de los ciudadanos, graves o no, sean calificados como tortura cuando se realizan por la autoridad o sus agentes, abusando de su cargo, si lo hacen con la finalidad de «castigar a una persona por cualquier hecho que haya cometido o que se sospeche que haya cometido». Este comportamiento íntegro, en nuestro ordenamiento, un delito del artículo 174 CP, tal y como acertadamente ha apreciado la Audiencia Provincial de Barcelona, por lo que los referidos motivos de recurso deben ser desestimados y la sentencia impugnada confirmada.

(Sentencia núm. 601/2013, de 11 de julio.)

#### ARTÍCULO 242.4

*Robo con Intimidación. Actuación coordinada de dos Mossos d'Esquadra que se apropiaron del dinero que portaban unos transeúntes extranjeros a los que pararon para exigirles su identificación. Intimidación. Entrega del dinero conminados por el temor de que los agentes pudieran extender su acción abusiva, habida cuenta su situación de marginalidad y desarraigo, para evitar ser denunciados. Aprovechamiento de la condición de extranjeros sin trabajo de las víctimas, provocando el apoderamiento forzado por la velada alusión a la apertura de diligencias policiales. Subtipo atenuado del artículo 242.4 CP. Parámetros a tener en cuenta para evaluar la gravedad o intensidad antijurídica de los hechos y culpabilidad del sujeto.*

Sobre la posibilidad de aplicación del artículo 242.4 CP los parámetros a tener en cuenta para evaluar la gravedad o intensidad antijurídica de los hechos y culpabilidad del sujeto según el precepto se reducen a dos:

- a) La mayor o menor entidad de la violencia e intimidación.
- b) Restantes circunstancias del hecho.

La sentencia explica que los sujetos pasivos tuvieron que someterse a una fuerte compulsión al intuir o percibir que cualquier reacción contra los agentes les podría generar severos inconvenientes, con posibilidad de que extendieran su abusiva actuación. No obstante hemos de admitir que la amenaza no fue directa, sino sugerida o velada y que tampoco existía una concreción anunciando gravísimos y determinados males, pues ello dependía de la subjetividad e interpretación por parte del sujeto. Ciertamente que con ello es suficiente para llenar la presión o coactividad que la ley exige para la comisión del delito.

La Audiencia por su parte hace referencia a tres circunstancias para descartar la aplicación del subtipo atenuado:

- a) Aprovechamiento por parte de los acusados de las facultades que el Estado les otorga para perseguir delitos.
- b) Desacreditan y comprometen ante los ciudadanos la credibilidad de las instituciones policiales creadas para el amparo de sus derechos.
- c) La sustracción del dinero la efectuaron a sujetos marginados, con desarraigo social, lo que no presagiaba que pudiera ser objeto de denuncias por parte de los expoliados.

Dicho lo anterior y analizando la decisión del Tribunal de origen es oportuno hacer las siguientes manifestaciones:

- a) La configuración de este subtipo atenuado es sucinta y elemental y el legislador la hace depender de dos parámetros valorativos en cuya determinación la competencia la ostenta la Audiencia Provincial. Esta Sala ejerce el control evitando el apartamiento de esos parámetros o la arbitrariedad o irracionalidad de los criterios utilizados como base de la decisión. Con todo ello queremos significar que esta Sala ha de partir del respeto inicial a la resolución del Tribunal de instancia.
- b) El hecho destacado por el recurrente de que existe jurisprudencia de la Sala Segunda, según la cual un criterio que inevitablemente ha de tenerse en cuenta, entre las circunstancias a valorar para la aplicación del artículo 242.4.º CP es la cuantía de la sustracción como dato esencial, aunque ello no nos debe inducir a alzaprimar ese elemento, ya que en el robo violento e intimidatorio el legislador posterga el monto de lo apropiado al castigar con la misma pena la sustracción de un euro que la de un millón, por poner un ejemplo. El componente de mayor grado de antijuridicidad en el tipo es la violencia e intimidación. En cualquier caso los acusados pretendían sustraer todo el dinero que portaran los registrados, sin ningún límite.

De acuerdo con lo manifestado es indudable que el acto de despojo objetivamente ponderado, sin atender a la condición del autor, no reviste una especial gravedad y habría que situarlo en los estadios mínimos de los actos violentos e intimidatorios de despojo de la propiedad ajena. Sin embargo, el Tribunal sentenciador, certeramente ha venido a destacar unas circunstancias que dotan de una indudable gravedad al hecho, provocando inseguridad y desconcierto en la sociedad con daño de la seguridad pública y desprestigio de las personas (agentes de la autoridad) precisamente encargadas de perseguir delitos y mantener el orden constitucional. Desde esta pers-

pectiva la reprochabilidad del hecho adquiere proporciones superiores a las que la conducta enjuiciada, desconectada de su autor merecería, en tanto produce un grave daño a la credibilidad de la institución policial. Prueba de ello es que nuestro Código Penal en el artículo 22.7.º, establece como circunstancia de agravación el «prevalerse del carácter público que tenga el culpable» para la comisión del hecho, cuya aplicación nadie propugnó.

(Sentencia núm. 67/2013, de 30 de enero.)

## ARTÍCULO 250.1.6.

*Apropiación indebida. Administrador único de sociedad que ordena una transferencia desde la cuenta de ésta a la suya personal para la satisfacción de necesidades propias ajenas a la entidad. Subtipo agravado por abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador del artículo 250.1.6.º (7.º antes de la reforma de 2010). Criterio restrictivo de aplicación. Doctrina jurisprudencial. Es consustancial al delito del artículo 252 CP quebrar la lealtad que se debe por la previa confianza con el autor.*

Hay que ser cuidadosos y restrictivos en la aplicación del artículo 250.1.6.º en los delitos de estafa para exigir «algo más» y soslayar el grave riesgo de incurrir en un *bis in idem*. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como «dos» confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador al menos con toda seguridad para el delito de estafa. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comitiva y que representen un mayor desvalor. Razona así la STS 371/2008, de 19 de junio, aunque refiriéndose a la agravante genérica: «Hemos mencionado la posibilidad de apreciar la agravante del artículo 22.6 CP cuando el autor del delito de estafa se aprovecha de la especial relación de confianza que le vincula a la víctima y perjudicada por la acción delictiva. Y lo hacemos a sabiendas de que un sector de la doctrina sostiene que dicha agravante no cabe en el delito de estafa porque se encuentra ínsita en el mismo. Sin embargo, a nuestro entender, ello no es así, al menos siempre. No puede hablarse de relación de confianza entre autor y víctima (y mucho menos de “especial relación de confianza”) cuando entre ambos no existe, o es muy limitado ese vínculo anímico. Tal sucede en numerosas modalidades de la estafa: tocomucho, “la estampita”, hurto de cheque a persona a quien no se conoce y se utiliza como instrumento de la defraudación patrimonial, etc. Es obvio que en estos casos no existe una relación de confianza inherente al delito de estafa. Pero cuando efectivamente concurra y el sujeto activo se aproveche de esa situación, violando los deberes de lealtad y fidelidad hacia quien, por ese vínculo de especial confianza y fiabilidad recíproca, no activa las medidas de protección y permite al autor una mayor facilidad para ejecutar el delito; en estos casos, repítese, no encontramos óbice alguno para apreciar una mayor reprochabilidad en quien así actúa, que debe tener su traducción en el nivel de antijuridicidad

y, consecuentemente, en la respuesta penológica por vía del artículo 22.6 CP. Dicho en pocas palabras: no es lo mismo estafar a un amigo que a un desconocido, y esa diferencia debe ser considerada por el derecho punitivo, como así lo hace el legislador al agravar estas conductas en el artículo 250.7.<sup>a</sup> CP, bajo el concepto de “abuso de relaciones personales”».

Si del campo de la estafa, nos trasladamos al de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo han de acentuarse más. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación.

Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados (en este caso el propio de la relación profesional de administrador y el de amistad), y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesta de la apropiación indebida (depósito, comisión, administración...).

La reciente STS 37/2013, de 30 de enero recalca en la excepcionalidad de la aplicación del artículo 250.1.7.<sup>a</sup> a los delitos de apropiación indebida, haciendo un recorrido muy completo sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes: «La agravación prevista en el artículo 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse –se dice en STS 368/2007 de 9 de mayo– con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento (STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre).

El artículo 250.7.<sup>o</sup> recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos.

Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el «abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional», caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La STS 1218/2001, de 20 de junio, precisa que la agravación específica aparece caracterizados «por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza», lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.

En igual sentido las SSTS 785/2005, de 14 de junio, y 383/2004, de 24 de marzo, 626/2002, de 11 de abril, recuerdan, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza

genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS 2549/2001, de 4 de enero de 2002, 1753/2000, de 8 de noviembre).

En STS 1090/2010, de 27 de noviembre, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del artículo 250.1.7.º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas –abuso de relaciones personales–, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda –abuso de la credibilidad empresarial o profesional–, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21 de abril y 813/2009, de 7 de julio).

Por ello la STS 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7.ª del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Así, se ha insistido en «...la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2 de julio).

De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8 de noviembre; 2549/2001, de 4 de enero; 626/2002, de 11 de abril; 890/2003, de 383/2004, de 24 de marzo; 813/2009, de 13 de julio; y 1084/2009, de 29 de octubre).

Igualmente tiene establecido esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19 de junio).

Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30 de noviembre; 785/2005, de 14 de junio; y 9/2008, de 18 de enero).

Partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad (la apreciación es posible pero la presunción es la de incompatibilidad) en este caso se entiende que no se da ese plus por cuanto las dos características que quieren diferenciarse (era administrador de la Sociedad y por otra parte era amigo de las víctimas) vienen a superponerse y a confundirse: en una sociedad limitada con tan reducido número de socios algún tipo de cercanía es justamente la que mueve ordinariamente a designar al administrador. No se detecta un «aliud» suficiente para dotar de contenido singular al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva de la sentencia sobre ese elemento. No se detalla qué nivel de amistad existía. Dentro del genérico concepto de amistad caben muchos grados. Sociológicamente la palabra «amigo» se usa para designar muy distintos niveles de relación.

Es casi redundante, «predeterminante» e insuficiente referirse de manera genérica a la «confianza» que existía entre ellos. Hablar genéricamente de «relaciones personales de amistad y confianza» es descripción muy parca y ambigua para rellenar ese plus que exige el subtipo, lo que no obsta para retomar esas relaciones como elemento individualizador de la pena que además es expresamente mencionado por el artículo 249 CP (relaciones entre autor y víctima).

(Sentencia núm. 295/2013, de 1 de marzo.)

## ARTÍCULO 368.

*Delito contra la salud pública. El acusado, con anuencia de la camarera de un bar, vende la sustancia ilícita a los clientes del establecimiento. La reticencia del comprador a identificar a la persona que suministra la sustancia no desvirtúa los elementos de cargo que fundan la condena. La mera tolerancia de la camarera-encargada del bar, la cual sirve de marco para la comercialización por su marido de la sustancia, no entraña en sí misma asunción propia de la actividad de venta, ni consta concierto con el vendedor, de modo que no puede tildarse de contribución relevante en orden a colmar las exigencias del tipo de autoría.*

Con toda corrección la sentencia de instancia toma como punto de partida de la valoración jurídica de la conducta de la acusada la jurisprudencia, luego alegada también por la recurrente, a tenor de la cual la mera convivencia –y consiguiente conocimiento de su actividad– con quien se dedica a comercializar drogas no convierte en partícipe del delito al conviviente (Por todas, SSTS 1227/2006, de 15 de diciembre, 904/2008, de 12 de diciembre, 901/2009, de 24 de septiembre, o 446/2008, de 9 de julio). Abstenerse de denunciar esos hechos no solo no está elevado a la categoría de delito (*vid.* art. 450 CP), sino que además tratándose del cónyuge (o por analogía, persona ligada por una relación de afectividad equiparable a la matrimonial) concuerda con la exención del deber genérico de denunciar los delitos públicos

(art. 261 LECrim). No solo cuando existe una manifestada oposición a esa actividad del cónyuge «traficante» la conducta será atípica.

Tampoco adquiere relieve penal cuando se detecta tolerancia, o incluso cierta connivencia o beneplácito. Hace falta algo más: un consorcio delictivo, una colaboración con la actividad del conviviente mediante acciones que supongan esa facilitación de su ilícito negocio o cooperación con el mismo. Más aún, incluso acciones que objetivamente contribuyen a esas tareas pero que pueden ser catalogadas como «neutras» quedarán fuera del campo de lo punible (repostar el vehículo común aún sabiendo que va a ser utilizado para distribuir la droga; comprar papel de aluminio para uso doméstico, aún con conciencia de que será aprovechado también para preparar las dosis por el conviviente; tareas de limpieza de la vivienda compartida donde se lleva a cabo la labor de venta; abrir la puerta ocasional y esporádicamente a algún comprador, sin más implicación en su atención...). Es necesario un plus, la prueba que demuestre que se ha dado el salto de un consorcio meramente afectivo a un consorcio criminal.

La Audiencia arranca de esa premisa pero cree encontrar ese elemento adicional en el hecho de que la acusada era la camarera-encargada del bar. Desde ahí construye una comisión por omisión en construcción que el Fiscal arguye también en casación para defender la condena.

Tal planteamiento, aún siendo inteligente y sugerente, no puede aceptarse. Descartada la aplicación del tipo agravado por considerarse que no se aprovechaba propiamente la condición de establecimiento abierto al público, y no siendo la acusada ni la única empleada, ni la titular del negocio, se desmoronan los ya de por sí frágiles fundamentos que podrían sostener esa imputación de un delito del artículo 368 en comisión por omisión.

No existe un deber de garante residenciado en los camareros de un establecimiento que los eleve a categoría de coautores por omisión de los delitos contra la salud pública que se puedan perpetrar en el local. Ni siquiera cuando se ostente un rango superior al de simple empleado y por tanto con mayores responsabilidades.

Es indudable que tienen un deber de denunciar esos hechos. Incluso desde la perspectiva de su relación laboral. Pero esa omisión no es equivalente en el sentido del artículo 11 CP a la actividad de venta de sustancias estupefacientes. Es más, en el caso de quien mantiene una relación marital con el traficante ese deber de denunciar se desvanece en virtud del principio de no exigibilidad (que inspira también la exención del art. 454 CP).

La indicación de que le «permitía» desarrollar esa actividad en el bar es insuficiente para concluir que se trataba de una actuación conjunta, en la que la acusada se sintiera concernida e implicada. Para la condena sería necesario que los hechos afirmasen eso con apoyo en datos expresos que avalasen esa estimación. El bagaje probatorio solo permite llegar a una sospecha fundada, pero insuficiente, de su implicación efectiva, más allá del mero conocimiento y tolerancia, en el negocio ilícito. No es baladí a ese respecto que no fuese la única que atendía en el local. No se duda de que tuviera conocimiento de los hechos que desarrollaba el acusado. Y su actitud, según se deduce, dista mucho de la propia de alguien que los rechaza. Pero de ahí a actos de autoría propia subsiste todavía un trecho que ni siquiera se colmaría con un nivel de complacencia superior a la mera tolerancia. Sería necesario acreditar esa asunción de la actividad como algo propio, sin perjuicio de quién fuese el encargado de la efectiva venta. La sentencia no ofrece datos para dar ese salto.

Lo mismo que la tolerancia por parte de un empleado de un local de esa actividad por algunos clientes no lo convierte en coautor; ni el empleo de la vivienda común por uno de los moradores para la actividad más o menos regular de venta de droga, arras-

tra a todos los moradores a la coautoría por el mero hecho de tolerarla, la actuación que de la acusada se describe en la sentencia no llega a alcanzar relieve penal. No es posible objetivar racionalmente una conducta esperada y exigible penalmente de la acusada que hubiere evitado los hechos y en cuya omisión podría basarse la aplicación del artículo 11 CP: ¿denunciar al coacusado? ¿amenazarle con romper la relación si proseguía con su actividad? ¿impedirle la entrada al bar? ¿de qué forma? No puede subsumirse la actitud resignada o tolerante o complaciente (es indiferente) de la acusada en el artículo 368 del Código Penal lo que deberá llevar a un pronunciamiento absolutorio tras la casación de la sentencia en este particular.

(Sentencia núm. 163/2013, de 23 de enero.)

## ARTÍCULO 368.2.

*Tráfico de drogas. Actos efectivos de venta de cocaína. Subtipo atenuado de escasa entidad. Procedencia. Pequeña cantidad objeto de tráfico, junto a las circunstancias del reo. Es posible su aplicación a pesar de la agravante de reincidencia, teniendo en cuenta el lapso temporal existente entre los primeros hechos y los que ahora se enjuician, de modo que no puede deducirse racionalmente que el acusado haya hecho de la venta de drogas su forma de vida.*

En recientes sentencias de esta Sala 132/2011, de 25 de enero, 242/2011, de 6 de abril; 292/2011, de 12 de abril; 1339/2011, de 15 de diciembre, y 506/2012, de 11 de junio, se argumenta que el precepto artículo 368.2, vincula la atenuación a dos parámetros que no necesariamente han de exigirse acumuladamente bastando una de las alternativas –o menor antijuricidad, o menor culpabilidad–, y no la concurrencia de ambas. El juez o tribunal habrá de atender a ambas cuestiones –escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable–, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad –escasa entidad–; el otro referido más bien a la culpabilidad –circunstancias personales–). Por eso la aplicación del subtipo es viable si, constatada la escasa entidad, se valoran las circunstancias personales y no se encuentra ninguna que desaconseje la atenuación, siendo éstas todas aquellas que determinen una menor culpabilidad o reprochabilidad en función de la inclinación del sujeto a realizar actos de tráfico o de posesión preordenada al mismo, derivada de la instrumentalización del delito como modo de satisfacción de sus necesidades toxicológicas y a aquellas situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (STS 1230/2011, de 16 de noviembre).

Circunstancias personales que no se limitan a las condenas penales previas, que pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia. En este sentido no faltan sentencias de esta Sala, por ejemplo núm. 1359/2011, de 15 de diciembre, que precisan que: «la agravante de reincidencia no ha de constituir un obstáculo insalvable para que opere el subtipo atenuado en los casos en que, con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho, sí corresponde apreciar la norma atenuadora. Dis-

tinto sería si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la «escasa entidad». En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado.

Por lo demás, la agravante de reincidencia seguirá operando, pero no en el ámbito del tipo penal básico, sino en el del atenuado, con lo cual se evitará que se active dos veces en perjuicio del reo: bloqueando la aplicación del subtipo y exacerbando la pena del párrafo primero del artículo 368 del C. Penal».

En esta misma dirección en STS 244/2012, de 20 de marzo, hemos dicho: «A la vista de lo anterior, los hechos relatados revelan escasa entidad en atención a la droga incautada, que se trata de una única papelina. Al margen de lo anterior, no constan otras circunstancias personales que obsten o impidan la aplicación del artículo 368.2.º del Código Penal. Es cierto que se apreció la circunstancia agravante de reincidencia. Esto no obstante, tiene señalada la jurisprudencia de esta Sala que, desde el punto de vista de las circunstancias personales del acusado, la apreciación de la agravante de reincidencia no tiene por qué suponer, siempre y en todo caso, un obstáculo para la degradación de la pena. Se dice así en la STS 103/2011, 17 de febrero, que se oponen a esa regla de exclusión dos ideas básicas. La primera, que el legislador ya se ha encargado de forma expresa de establecer los términos de la incompatibilidad, señalando que esa atenuación está expresamente excluida en los supuestos en que el culpable pertenezca a una organización, utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer el delito o se trate de hechos que revistan extrema gravedad (arts. 369 bis y 370 del CP). El legislador, pues, se ha reservado la facultad de fijar el ámbito de la restricción aplicativa, sin que resulte conveniente su ensanchamiento por vía jurisprudencial. La segunda, que la agravante de reincidencia no queda neutralizada por el hecho de la aplicación de la novedosa regla del artículo 368 párrafo segundo. Antes al contrario, en el marco punitivo que éste autoriza, la pena habrá de ser impuesta en su mitad superior (art. 66.3 del CP). Una interpretación contraria conduciría indefectiblemente a una doble valoración negativa de la reincidencia, actuando como regla de exclusión de un tipo atenuado y agravando la pena por la imposición de ésta en su mitad superior (STS 600/2011, de 9 de junio, 244/2012, de 20 de marzo).

En el caso presente la Sala sentenciadora analiza la posible aplicación del subtipo atenuado, y no la estima viable pues aunque la cantidad de droga con la que se traficó es ciertamente escasa (0,43 gramos de cocaína con una pureza del 36,4%), y al acusado se le aprecia una circunstancia atenuante analógica de drogodependencia, de la hoja histórico penal aportada se desprende que el acusado, ha hecho del tráfico de drogas casi un modo de vida que no puede justificar en modo alguno la apreciación del tipo delictivo, destinando como especialmente llamativo en este sentido el hecho de que el delito objeto de este procedimiento fue cometido en fecha 26.1.2010, solo tres meses y medio después de que el acusado se le notificase (el 7 de abril de 2010) la suspensión de la ejecución de otra condena por delito de tráfico de drogas.

Es cierto que esta Sala, en recientes sentencias 873/2012, de 5 de noviembre, ha resumido la doctrina jurisprudencial sobre esta materia –en particular cuando además de la agravante de reincidencia, concurren otras condenas suplementarias por el mismo delito de tráfico de drogas– señalando:

1.º El nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal constituye un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.

2.º Concorre la escasa entidad objetiva cuando se trata de la venta aislada de alguna o algunas papelinas, con una cantidad reducida de sustancia tóxica, en supuestos considerados como «el último escalón del tráfico».

3.º La regulación del artículo 368 2.º no excluye los casos en que el hecho que se atribuye específicamente al acusado consiste en una participación de muy escasa entidad, en una actividad de tráfico más amplia realizada por un tercero, aun cuando a ésta última actividad no le sea aplicable la calificación de escasa entidad.

4.º Las circunstancias personales del culpable se refieren a situaciones, datos o elementos que configuran su entorno social e individual, sus antecedentes, su condición o no de toxicómano, su edad, su grado de formación, su madurez psicológica, su entorno familiar, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social.

5.º Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no está condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable.

6.º La agravante de reincidencia no constituye un obstáculo insalvable para la aplicación del subtipo atenuado, en supuestos en que nos encontremos ante una conducta próxima al límite mínimo de la penalidad, desde el punto de vista objetivo, para evitar que produzca un doble efecto en perjuicio del imputado: exacerbando la pena como agravante y bloqueando la aplicación del subtipo.

7.º Cuando, además de la condena que determina la aplicación de la reincidencia, concurren otras condenas por la misma actividad delictiva de tráfico de estupefacientes, la acusada peligrosidad del culpable desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico protegido por los delitos contra la salud pública, con una dedicación prolongada a dicha actividad, no justifica la aplicación del subtipo desde la perspectiva del sentido y finalidad de la norma.

En consecuencia, la primera detención por la venta aislada de una papelina de cocaína, por ejemplo, determinará, si no constan circunstancias desfavorables, una pena mínima de un año y seis meses de prisión por aplicación del subtipo atenuado. La segunda detención por los mismos hechos, con condena previa, determinará la aplicación de una pena mínima de dos años y tres meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia en el ámbito del subtipo atenuado. Y la tercera detención, con previas condenas, una pena mínima de cuatro años y seis meses de prisión, por la aplicación de la agravante de reincidencia dentro del tipo básico.

Ahora bien el caso actual, presenta algunas peculiaridades que permiten modular esta doctrina general.

Así la primera sentencia por el delito contra la salud pública, firme el 20 de diciembre de 2002, se refiere a hechos que sucedieron el 13 de mayo de 2002. La segunda sentencia por este mismo delito firme el 16 de febrero de 2010, a hechos acaecidos e. 17 de febrero de 2008 –casi 6 años después– sentencia en la que no se apreció la reincidencia y sí, dada la pena que le habría sido impuesta, 3 años prisión, y la suspensión de su cumplimiento acordada en base al artículo 87 CP, la atenuante de grave adicción. Por último la presente sentencia se contrae a hechos del 16 de julio de 2010, dos años y cinco meses después de los de la anterior sentencia.

Siendo así el lapso temporal existente entre la 1.ª y 3.ª sentencia, más de ocho años, y la condición de drogadicto a la cocaína con afectación a sus facultades volitivas, permite sostener, no que el acusado haya hecho de la venta de droga su modo de vida, sino una persona que acude al pequeño tráfico del «menudeo» –acción utilizada en el nivel más inferior del comercio ilegal– como fuente de financiación de su propio consumo, dada la situación de objetiva precariedad de medios de vida, y que además

el acusado, al ser detenido, no tenía en su poder ninguna otra dosis y tampoco dinero que no fuera el de la venta que acababa de efectuar. Finalidad que aunque no desactiva el carácter delictivo de la conducta, se puede ser valorada junto con la escasa entidad del hecho desde el punto de vista objetivo, para la aplicación del subtipo atenuado.

(Sentencia núm. 94/2013, de 14 de febrero.)

## ARTÍCULO 436

*Malversación de caudales públicos. En concurso con prevaricación. Trama para empobrecer al erario público municipal a través del libramiento de facturas irregulares e improcedentes. Designación de letrados externos de forma arbitraria, con exceso en el ejercicio de funciones y prescindiendo del procedimiento establecido, para llevar a cabo servicios de asesoría y asistencia jurídica innecesarios, por los que se cobraban minutas exorbitantes e injustificadas. Facilitación de tales actuaciones a través de sociedades municipales que propiciaban una situación de opacidad y falta de transparencia de la gestión. Correcta aplicación del subtipo agravado de especial gravedad por simultaneidad de la importancia del valor de lo sustraído y el daño a la causa pública. Compatibilidad de la cualificación con la continuidad delictiva. Revocación de condena por fraude al entender subsumido el ilícito en el de malversación. Todos los actos de concierto estaban dirigidos única y exclusivamente a malversar. La mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado, excluye la aplicación del delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, siendo la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 CP) de progresión cuantitativa.*

El recurrente que se limita a atacar la existencia del concierto delictivo, que se ha demostrado existió, sin embargo dentro del juicio de subsunción del delito de fraude en el artículo 436 CP, es posible acudir a un argumento, estrictamente jurídico, no invocado por este recurrente, pero sí por otros que se hallan en la misma o análoga situación.

Nos referimos a la absorción o consunción del delito o delitos de fraude, cuando todos los actos de concierto están dirigidos única y exclusivamente al delito de malversación de caudales públicos, que a su vez, se perfecciona y lleva a cabo, exponiendo las arcas del Ayuntamiento de Marbella.

La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el

estado previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 CP) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico.

Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.

La escasa jurisprudencia aplicable al caso, no excluye, sino que al contrario refuerza la tesis que esta Sala mantiene. Las tres sentencias dictadas sobre el particular se contraen a:

1) STS 566/1995, de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.

2) La STS número 1537/2002, de 27 de septiembre, explica que es posible la condena por fraude y por malversación, cuando los hechos enjuiciados, unos no pasaron del concierto para defraudar y en otros se produjo efectivamente la defraudación.

3) La STS núm. 257/2003, de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2002.

De esta escueta jurisprudencia se concluye, que es posible la concurrencia de ambos delitos (concurso medial) cuando en unas actuaciones delictivas se realizan conductas objeto del concierto previo, que luego se consuman y otras que quedan en ese proyecto delictivo, que no pudo ser concluido.

En nuestro caso, sin apartarse de tales principios jurisprudenciales, se ha producido la plena consunción en el delito consumado de malversación de caudales, porque todos los pactos estaban única y exclusivamente dirigidos al objetivo malversador, que se consiguió plenamente. La concertación para defraudar se ha traducido en una lesión efectiva del patrimonio público, situación global, única que debe ser sancionada.

(Sentencia núm. 841/2013, de 18 de noviembre.)

### *DOCTRINA PAROT. IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. TEDH*

Se interpone este recurso de casación frente al Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 22 de noviembre de 2012, que estimaba el recurso de súplica deducido por el Ministerio Fiscal frente al Auto de 23 de febrero de 2012, que acordaba no haber lugar a descontar los días sufridos por la penada en concepto de prisión preventiva del tiempo total de cumplimiento de la pena, que lo es de treinta años, en aplicación de la STS 197/2006, de 28 de febrero.

El recurso se formaliza en tres motivos de contenido casacional, y en suma, se solicita a esta Sala que se rectifique la liquidación de condena mandando computar

los abonos de privación de libertad preventiva y las redenciones de pena por el trabajo sin atenerse a la doctrina del Tribunal Supremo en sus SSTs 197/2006 y 208/2011, o subsidiariamente, validando la de 3 de mayo de 2011 y fijando el inicio del cómputo de los 30 años como el límite de cumplimiento, que comenzaría entonces el 28 de enero de 1998, finalizando conforme a tal límite, sin que puedan añadirse otros cuatro años más, hasta llegar a 34 años de cumplimiento penitenciario como se acuerda en la resolución judicial recurrida. En suma, se solicita que se abonen los 1.484 días de prisión preventiva al límite de los 30 años establecidos en la doctrina resultante de la STS 197/2006. También se solicita que no se aplique tal modo de cómputo sucesivo de las diversas penas a las que fue condenada la recurrente, en aplicación de la reciente doctrina del TEDH.

El recurso ha de ser estimado.

En lo que hace a la censura casacional relativa al abono de la prisión preventiva al total de cumplimiento, resulta tal operación de la propia STS 197/2006, en donde ya se decía que el límite de treinta años de prisión es un límite al cumplimiento efectivo; y de esta expresión –efectivo– que se consigna en la denominada doctrina Parot se deduce que es infranqueable, sin que pueda ser traspasado de forma alguna por los mecanismos de abono de la prisión preventiva en las diversas penas que se van cumpliendo sucesivamente. De este modo, hemos dicho ya en nuestra STS 1060/2011, de 21 de octubre, que el límite de treinta años, ha de ser intangible cualquiera que sean las vicisitudes que haya atravesado el finalmente penado (encontrarse, o no, en situación de prisión provisional), de manera que tal cómputo que es un límite infranqueable, no pueda ser traspasado como consecuencia de las circunstancias o avatares procesales del caso, por lo que el tiempo sufrido en prisión por las distintas causas en donde se proceda a la determinación de tal límite máximo de cumplimiento no sea desigual para unos o para otros, en función de las diversas prisiones provisionales a que se hayan visto sometidos, por lo que, al transcurso del mismo, se ha de proceder al licenciamiento definitivo del penado, pudiendo en estos casos computarse el día del ingreso en prisión preventiva como fecha de inicio del cumplimiento de la pena, pues a todos los efectos se le abona con tal finalidad.

Esta doctrina resulta también de las Sentencias 202/2012, de 20 de marzo, y 345/2012, de 16 de mayo, entre otras muchas.

En consecuencia, estimamos esta queja casacional.

Con respecto a la aplicación de la doctrina del TEDH, hemos de remitirnos a nuestro Acuerdo Plenario de 12 de noviembre de 2013, que señala lo siguiente:

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala núm. 197/2006, de 28 de febrero.

2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

En lo que se refiere al cauce procesal, punto 2 del acuerdo plenario referido, el Pleno consideró, en primer lugar, que el TEDH, en la sentencia mencionada, viene a declarar que se produce una vulneración de los artículos 7 y 5 del Convenio Europeo con la aplicación del criterio al que se venía ajustando el cómputo de la redención de penas por el trabajo desde la STS núm. 197/2006, en lo que se refiere a penas ya impuestas, y que estén ejecutándose conforme al Código Penal derogado de 1973. Se trata, por lo tanto, de una decisión que impide continuar con la aplicación de tal criterio respecto de casos similares al contemplado en aquella sentencia del TEDH.

En segundo lugar, que, como se ha dicho, respecto de condenas todavía en ejecución, no solo nada impide la rectificación del criterio hasta ahora aplicado para sustituirlo por otro más favorable al reo en el sentido que se desprende de la tan mencionada STEDH, sino que resulta obligado en tanto que no es posible mantener una situación de privación de libertad basándose en un criterio que, en circunstancias similares a las contempladas en la referida STEDH, vulnera derechos reconocidos en el Convenio Europeo.

El Pleno tuvo en consideración que no se trata de un supuesto de rectificación de una condena para acordar la absolución o para imponer una pena más leve, lo que obligaría a acudir al recurso de revisión de sentencias firmes. Incluso en el caso de que, en una causa en concreto, lo que no ocurre en la presente, existiera alguna sentencia firme acerca de la pertinencia de la aplicación del criterio establecido en la STS núm. 197/2006, no se trataría de una decisión sobre el fondo jurídico penal del asunto, sino, más limitadamente, sobre la aplicación de las redenciones de penas por el trabajo durante la ejecución de la sentencia según un criterio que, tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, se ha revelado como incorrecto en cuanto vulnera derechos reconocidos en los artículos 7 y 5 del Convenio.

(Sentencia núm. 922/2013, de 2 de diciembre.)

# Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Año 2013)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho  
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Durante el año 2013, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha abordado diversas cuestiones, relativas a su competencia jurisdiccional. En concreto, se ha reunido en cuatro ocasiones, tomando los siguientes acuerdos:

## 13 DE MARZO DE 2013

Asunto: Efectos de la sentencia recaída en los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de menores.

Acuerdo: sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor.

Asunto: Criterio de interpretación del artículo 59.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; asuntos en que no se alcanza una mayoría de cinco jurados favorables a la absolución ni de siete favorables a la condena.

Acuerdo: mayorías necesarias para alcanzar un veredicto en el proceso del jurado:

- a)* Para declarar probado un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados.
- b)* Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos.
- c)* Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los artículos 63 y 65 LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable).
- d)* Para declarar probado el hecho favorable es necesario el voto de cinco jurados. El hecho favorable se considerará no probado por el voto de cinco jurados.

## 24 DE ABRIL DE 2013

Asunto: Interpretación del artículo 416 LECRIM

Acuerdo: La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

## 12 DE NOVIEMBRE DE 2013

Asunto: Repercusiones de la Doctrina contenida en la Sentencia de la gran Sala del Tribunal Europeo de derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (Asunto del Río Prada).

Acuerdo: Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que estén ejecutando con arreglo al CP derogado de 1973, se acuerda lo siguiente:

- 1) En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el CP. Derogado de 1973, por no resultar más favorable el CP. De 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas –una vez debidamente aprobadas– sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala núm. 197/2006, de 28 de febrero.
- 2) Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo previamente a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.
- 3) El Tribunal considera necesario que el Poder Legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal procedente en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.

## 19 DE DICIEMBRE DE 2013

Asunto: Interpretación de los arts. 58 y 59 del Código Penal en relación con la abonabilidad del cumplimiento de la obligación de comparecer periódicamente anudada a la libertad provisional.

Acuerdo: La obligación de comparecencia periódica ante el Órgano Judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado.

Asunto: Recurso de casación ante autos de las Audiencias resolviendo una declinatoria de jurisdicción como artículo de previo pronunciamiento.

Acuerdo: Los autos que resuelven una declinatoria de jurisdicción planteada como artículo de previo pronunciamiento son recurribles en casación siempre cualquiera que sea su sentido; es decir, tanto si estiman como si desestiman la cuestión.

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal  
Universidad Internacional de la Rioja

## Circulares

### CIRCULAR 1/2013 SOBRE PAUTAS EN RELACIÓN CON LA DILIGENCIA DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

SUMARIO: I. Introducción. Ideas generales.–II. El derecho al secreto de las comunicaciones.–III. La diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas.–IV. Marco jurídico general.–V. Contenidos protegidos. V.1 Listado de llamadas y otros datos externos. V.2 Revelación por un comunicante. V.3 Significación de la afectación de los derechos del comunicante ajeno a la investigación penal.–V.4 Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario. V.5 Acceso a agendas de contactos de teléfonos móviles. V.6 Acceso a mensajes de texto o SMS. V.7 Intervención en relación con terminal telefónico sustraído. V.8 Escucha y grabación directa de conversaciones. V.9 Visionado directo del número entrante. Rellamadas. V.10 Ampliación de las escuchas a otras líneas. V.11 Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.–VI. Hallazgos casuales.–VII. Escuchas mediante el Sistema Integrado de Intercepción de Telecomunicaciones (SITEL).–VIII. Identificación de IMEI e IMSI.–IX. Investigación del IP.–X. Correo electrónico.–XI. Acceso a otros datos de comunicaciones conservados por las operadoras.–XII. Otras vías de comunicación a través de Internet.–XIII. Presupuestos de la intervención. XIII.1 Cobertura legal. XIII.2 Fin legítimo. XIII.3 Concurrencia de indicios. XIII.3.1 Indicios de la existencia del delito. XIII.3.2 Informaciones anónimas. XIII.3.3 Argumentaciones improcedentes. XIII.3.3.1 Interdicción de argumentaciones tautológicas. XIII.3.3.2 Interdicción

ción de argumentaciones prospectivas. XIII.3.4 Convalidación de la intervención. XIII.3.5 Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial. XIII.3.6 Identificación del terminal a intervenir. XIII.3.7 Identificación del titular del terminal. XIII.3.8 Momento relevante para valorar los indicios. XIII.3.9 Utilización de la información inicial generada por un proceso para una nueva interceptación. XIII.3.10 Determinación de los sistemas técnicos de intervención.–XIV. Necesidad en una sociedad democrática. Proporcionalidad. XIV.1 Reserva de la medida para los delitos de mayor entidad. XIV.2 Otras derivaciones de la proporcionalidad.–XV. Excepcionalidad.–XVI. Resolución judicial motivada. XVI.1 Resolución judicial. XVI.2 Resolución motivada.–XVII. Especialidad.–XVIII. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial.–XIX. Aspectos procedimentales. XIX.1 Marco normativo. XIX.2 Adopción de la medida en diligencias de investigación. XIX.3 Adopción de la medida en diligencias indeterminadas. XIX.4 Control judicial. XIX.5 Notificación al Fiscal de la adopción de la medida. XIX.6 Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida. XIX.7 Notificación del cese de la medida. XIX.8 Competencia del Juez de Instrucción.–XX. Extensión temporal de la medida. XX.1 Cuestiones relativas a la duración. XX.2 Prórroga.–XXI. Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones.–XXII. Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional. XXII.1 Intervenciones en el extranjero. XXII.2 Procedimientos incoados por investigaciones de servicios policiales extranjeros.–XXIII. Reproducción en el juicio oral. XXIII.1 Cuestiones generales. XXIII.2 Transcripciones. XXIII.3 Aportación de las grabaciones originales. XXIII.4 Puesta a disposición del total de material de audio grabado. XXIII.5 Identificación de voces.–XXIV. Supuestos de ilicitud de la intervención. Efectos. La conexión de antijuridicidad. XXIV.1 Ideas generales. XXIV.2 Especial referencia a la autoincriminación.–XXV. Pautas específicas para los Fiscales. XXV.1 En la fase de instrucción. XXV.2 En la fase intermedia del proceso. XXV.3 En la fase de juicio oral. XXV.4 Recursos contra la sentencia. XXV.5 Legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.–XXVI. Conclusiones.

*Secreto de las comunicaciones. Pautas de actuación del MF en relación con las diligencias de intervención de las comunicaciones telefónicas. Criterios dirigidos a cumplir con el deber del Ministerio Público de velar por el derecho al secreto de las comunicaciones, asegurando que las pruebas a favor del acusado sean presentadas conforme a la ley o los requerimientos de un juicio justo. Deber de los Fiscales de excluir la prueba obtenida a través de métodos ilegales. Evolución de los sistemas de telecomunicaciones con las nuevas tecnologías que obliga a establecer un sistema de numerus apertus de los soportes técnicos y de las formas de llevar a cabo la comunicación. Marco jurídico y requisitos mínimos. Contenidos protegidos y excluidos: llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico, agenda, SMS, rellamadas, hallazgos casuales, dirección IP, correo electrónico, chats y foros en Internet etc. Escuchas mediante el sistema SITEL. Requisitos para la adopción de la diligencia y para la incorporación, en su caso, como prueba en el juicio oral. Notificaciones, secreto de actuaciones y extensión temporal de la medida. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial. Conexión de antijuridicidad. Control judicial y cooperación jurídica internacional.*

## CIRCULAR 2/2013 SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

SUMARIO: I. Regulación legal.–II. Ámbito material de aplicación.–III. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. III.1 Ideas generales III.2 El incidente de nulidad como modo de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo.–IV. Resoluciones frente a las que cabe oponer el incidente de nulidad de actuaciones.–V. Inadmisión del incidente de nulidad.–VI. Legitimación. VI.1 Legitimación en general. VI.2 Legitimación del Fiscal. VI.2.1 Procesos en los que no es parte. VI.2.1.1 Legitimación para promover el incidente. VI.2.1.2 Legitimación para intervenir en el incidente. VI.2.2 Procesos en los que el Fiscal no ha sido parte aunque debió serlo conforme a la Ley. VI.2.3 Procesos en los que el Fiscal ha sido parte.–VII. Contenido del informe del Fiscal. –VIII. Cuestiones organizativas.–IX. Conclusiones.

### I. REGULACIÓN LEGAL

La regulación de la nulidad de actuaciones ha sufrido un tortuoso proceso de modificaciones. La LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) admitió la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones por vía de los recursos correspondientes o por el propio Juez o Tribunal, de oficio, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva, conforme a su artículo 240.

Posteriormente la LOPJ es reformada por LO 5/1997, de 4 diciembre, ensanchándose las posibilidades del incidente a fin de dar cobertura a la declaración de la nulidad radical de actuaciones tras la sentencia definitiva fundada en los vicios formales que generasen indefensión o incongruencia del fallo y que no fuera posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia.

La LO 13/1999, de 14 mayo volvió a retocar el precepto y posteriormente la LEC de 2000 introdujo en su artículo 228 el incidente de nulidad de actuaciones contra sentencias firmes por defectos de forma causantes de indefensión, quedando su entrada en vigor condicionada a la modificación de la LOPJ, modificación que tuvo lugar a través de la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

El proceso culmina –hasta la fecha– con la disposición final primera de la LO 6/2007, de 24 mayo que vuelve a reestructurar el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones firmes, dando una nueva redacción al párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 LOPJ. El propósito de esta nueva reforma es, como señala la Exposición de Motivos, introducir «medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

Conforme al artículo 241.1 LOPJ en su nueva redacción, y de acuerdo con el artículo 228 LEC, no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en éste último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

## II. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

Con esta nueva redacción se amplía teóricamente el ámbito de aplicación del incidente de nulidad, admitiendo ahora la alegación de vulneración de la totalidad de los derechos fundamentales en lugar de los dos supuestos tasados, consistentes en la alegación del defecto de forma que haya causado indefensión o incongruencia en el fallo, previstas hasta el momento. Se trata de configurar así una suerte de procedimiento tutelador de los derechos fundamentales que pudieren haber sido vulnerados en resoluciones judiciales firmes, en conexión con el artículo 53.2 CE.

La necesidad de esta nueva ordenación ya se sugirió desde antiguo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que en STC núm. 185/1990 apuntaba ya la insuficiencia del desarrollo legislativo del artículo 53.2 CE al no posibilitarse un recurso jurisdiccional previo y sumario, hasta el punto de convertir al de amparo constitucional en un recurso subsidiario, pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios en los que se causare indefensión cuando hubiera recaído sentencia firme.

Con la reforma introducida por la citada Ley Orgánica 6/2007 se reconoce a los órganos de la jurisdicción ordinaria el ejercicio de las facultades indispensables para llevar a cabo la función que constitucionalmente tienen atribuida, reafirmando a la vez, el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional.

No obstante, la amplitud teórica del objeto del incidente debe ser matizada, pues la lesión susceptible de ser invocada ha de ser imputable a la resolución que pone fin al procedimiento.

No pueden articularse a través de este incidente las violaciones de derechos y libertades imputables a órganos administrativos o a particulares, pues en estos casos habrá de impetrarse la tutela de los tribunales competentes ejerciendo las acciones procedentes, por lo que operaría la exclusión contenida en el artículo 241.1 LOPJ: «siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso».

## III. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y EL RECURSO DE AMPARO

### III.1 Ideas generales

La STC núm. 155/2009, de 25 de junio interrelaciona el recurso de amparo con el nuevo incidente de nulidad de actuaciones, perfilando los respectivos papeles a distri-

buir entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, afirmando que la nueva regulación introduce como elemento más novedoso el requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el artículo 50.1 b) de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) para la admisión del recurso de amparo.

Con tal nuevo requisito, ya no resultará suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública para articular el recurso de amparo. Sin perjuicio de que el recurso de amparo siga siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales, lo que hace el legislador es configurar ...un sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos ...a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete...

Las SSTC núm. 153/2012, de 16 de julio y 107/2011, de 20 de junio inciden en la idea de que la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso.

En el mismo principio se inspira la STC núm. 43/2010, de 26 de julio, cuando incide en el mayor protagonismo que han de asumir los Jueces y Tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales, que queda reforzado mediante esa suerte de declaración programática a través de la cual el Tribunal Constitucional reitera la realidad del nuevo papel que han de asumir los órganos judiciales.

Como destaca el Tribunal Supremo, el incidente de nulidad de actuaciones sigue siendo un incidente extraordinario que pretende corregir una vulneración de derechos fundamentales sin necesidad de acudir al recurso de amparo. En consecuencia, no se trata de una nueva instancia ni de un recurso ordinario o extraordinario... Se trata de un remedio orientado a corregir errores u omisiones en la tramitación o en la sentencia para evitar el amparo constitucional (*vid* ATS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008 rec. 7694/05).

La STC núm. 107/2011, de 20 de junio, vuelve a hacerse eco del protagonismo otorgado por la reforma 6/2007 a los Tribunales ordinarios acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales, afirmando, al igual que lo hiciera en la STC núm. 43/2010, de 26 de julio, que el incidente de nulidad de actuaciones es un instrumento idóneo para la tutela de los derechos fundamentales, y que su resolución debe tener presente que –de no tener el caso trascendencia constitucional– se tratará de la última vía que permita la reparación de la vulneración denunciada.

### III.2 El incidente de nulidad como modo de agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo.

Los artículos 43, 44 y 49 LOTC compendian el conjunto de requisitos cuya concurrencia es necesaria para que pueda ser admitida a trámite una demanda de amparo, y para que tras ello, sea posible que el Tribunal Constitucional entre a resolver el fondo de la pretensión deducida.

Dentro de las exigencias procesales más relevantes que contempla la norma se encuentran la de la interposición temporánea; la del correcto agotamiento de la vía judicial y la de la formal y previa invocación en sede jurisdiccional ordinaria del derecho o derechos fundamentales pretendidamente vulnerados, posibilitando de éste modo la reparación de la alegada quiebra constitucional antes de acudir al Tribunal Constitucional impetrando su amparo.

De los mentados requisitos, los dos primeros son los que mayores problemas aplicativos han suscitado, convirtiéndose ambos en una fuente inagotable de conflictos para el intérprete.

En este punto conviene precisar que el artículo 44 LOTC al exigir que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial, incluye tanto los recursos como el incidente de nulidad de actuaciones.

Por un lado el incidente de nulidad se configura como requisito procesal de necesario agotamiento previo, sobre la base de la subsidiariedad del amparo (*vid.* STC núm. 62/2008, de 26 de mayo). Resulta indubitada la procedencia de acudir al incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, cuando la lesión constitucional se imputa a la última de las resoluciones judiciales frente a la que no quepa recurso alguno (STC núm. 89/2011, de 6 de junio).

Por otro lado, debe tenerse presente que la interposición de un recurso notoriamente improcedente no suspende el plazo legalmente establecido para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional (SSTC núm. 30/1982, de 1 junio; 50/1984, de 5 abril, 210/1994, de 11 julio). Por ello, la promoción no justificada del incidente de nulidad puede frustrar la posible reparación en sede constitucional del derecho fundamental lesionado, ya que el inexigido planteamiento convertiría al incidente en un recurso improcedente, y por ende, en un modo de alargamiento artificial de la vía judicial, que no impediría el inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso de amparo, y que por tanto abocaría a la desestimación de éste por extemporaneidad.

En este sentido, en las SSTC núm. 17/2012, de 13 de febrero y 23/2012, de 27 de febrero, se inadmite por extemporaneidad el recurso de amparo formulado, pues en los respectivos casos que en tales resoluciones se estudian, la supuesta lesión del derecho fundamental no surge en la última de las resoluciones sino en la primera sentencia dictada en la instancia, cuyo fallo es posteriormente confirmado en apelación y más tarde en casación. Así, las sentencias citadas sostienen que ...la formulación del incidente de nulidad frente a la Sentencia de casación era manifiestamente improcedente, dado que en el incidente se denunció por la recurrente la lesión de un derecho fundamental (el garantizado por el artículo 20.1 CE) que no derivaba originariamente de dicha Sentencia, sino de las Sentencias anteriores de primera instancia y apelación, pues en las dos instancias ya se había planteado la posible vulneración del citado derecho. No se trata, así, de una supuesta lesión de un derecho fundamental «que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso».

El mismo criterio es asumido en el ATS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de julio de 2008 rec. 7694/05 en el que se afirma que no puede admitirse a trámite el incidente de nulidad contra sentencias o autos del Tribunal Supremo no susceptibles de recurso ordinario o extraordinario: primero, cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales que pudieron ser denunciadas con anterioridad a la sentencia cuya nulidad se pretende; segundo, cuando se pretenda que el Tribunal rectifique el criterio expresado en su resolución, basándose para ello en argumentos coincidentes o no con los ya utilizados en el recurso; tercero, cuando se aleguen vulneraciones de derechos fundamentales ya alegadas en el recurso.

De la incertidumbre en esta materia es consciente incluso el propio TC, como reconoce en la STC núm. 13/2011, de 28 de febrero, cuando admite que se sitúa al justiciable ante una delicada disyuntiva sobre el modo en que debe dar adecuada satisfacción al referido requisito procesal que franquea el acceso al amparo, puesto que una actitud medrosa o, por el contrario, arriesgada en el cálculo de la estrategia procesal pertinente puede conducir a un incumplimiento por defecto o por exceso que dé lugar a la producción del referido óbice procesal, haciendo que la demanda de amparo

resulte extemporánea. Esta misma resolución introduce un nuevo matiz, pues dice que no cabrá calificar como extemporánea la demanda de amparo en caso de que venga precedida de un agotamiento no plenamente exigible en la vía judicial, si es que en ello no se aprecia «ánimo dilatorio».

#### IV. RESOLUCIONES FRENTE A LAS QUE CABE OPONER EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Como se ha señalado supra, el artículo 241.1 LOPJ prevé la excepcional admisión del incidente de nulidad de actuaciones planteado por quienes sean parte legítima en el procedimiento judicial, o que hubieran debido serlo, siempre que se aduzca cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE; que aquella no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, y en fin, que la resolución impugnada no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

El incidente debe promoverse ante el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para solicitar la nulidad de actuaciones será el de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

Respetando estos parámetros, se podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del Capítulo II CE, de manera que podrá formularse el incidente contra cualquier resolución judicial, con independencia de la forma que ésta adopte, en la que pretendidamente se hubiera ocasionado una lesión de derechos fundamentales, comprendiéndose —en principio— tanto la afectación de garantías procesales como de derechos sustantivos.

#### V. INADMISIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD

Para abordar este punto debe partirse de que el incidente 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» (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve 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.

La STC núm. 185/1990, de 15 de noviembre declaró que será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de Sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales. La STC núm. 153/2012, de 16 de julio, aplicando tal doctrina, estima

ahora que el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en el que podrá realizarse una motivación sucinta (art. 241.1 LOPJ), realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, tramitar el incidente y motivar, en cualquier caso, suficientemente su decisión.

El precepto analizado mantiene la posibilidad de inadmitir a trámite el incidente, mediante providencia sucintamente motivada, cuando se «pretenda suscitar otras cuestiones». No obstante, en todo caso, la decisión de inadmisión debe estar suficientemente motivada, y de no hacerlo así puede incurrirse en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La Ley restringe las causas de inadmisión y, por consiguiente los Sres. Fiscales deberán evitar en lo posible que se produzcan resoluciones de inadmisión a trámite por providencia en las que el Tribunal en realidad resuelve sobre el fondo, anticipando lo que debería ser una resolución por auto y después del debate.

## VI. LEGITIMACIÓN

### VI.1 Legitimación en general

La legitimación para promover el incidente de nulidad de actuaciones es abordada en el artículo 241.1 LOPJ, que la reconoce ...a quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo... La literalidad de la norma incluye pues, no solo a las partes procesales, sino también a quienes debieron haberlo sido en el proceso judicial y no fueron llamadas ni tuvieron conocimiento de su existencia.

La falta de emplazamiento de quienes, no obstante la titularidad de un interés legítimo, no han sido convocados al proceso, que acarrea la lesión de un derecho fundamental adjetivo –cuál es el de la obtención de la tutela judicial (art. 24 CE)–, es un supuesto en el que con frecuencia el TC ha venido pronunciándose, desautorizando en un gran número de ocasiones el rechazo por parte de los órganos de la jurisdicción de incidentes de nulidad formulados como consecuencia de la alegada defectuosa conclusión de actos de comunicación procesal.

En todo caso debe recordarse que, dado el carácter excepcional del incidente de nulidad, dicha falta de emplazamiento puede subsanarse por otros medios más eficaces, como la personación y retroacción del procedimiento, caso de ser factible, o la propia audiencia al rebelde, por lo que el incidente sólo procederá cuando el proceso haya terminado y no sea posible acudir a estos remedios procesales.

### VI.2 Legitimación del Fiscal

El papel del Fiscal en la tramitación de estos incidentes debe analizarse partiendo de la función que la Constitución le asigna en defensa de los derechos de los ciudadanos.

#### VI.2.1 PROCESOS EN LOS QUE NO ES PARTE

##### VI.2.1.1 Legitimación para promover el incidente

Si el Fiscal ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente, carecerá de legitimación para promover el incidente. El ATC núm. 36/2011, de 11 de abril subraya

que ...es clara e indubitada la específica limitación de la legitimación activa de este incidente a quienes hubieran sido parte legítima o hubieran debido serlo, lo que imposibilitaba al Ministerio Fiscal la promoción de dicho incidente, pues, como es obvio, ni fue parte en el procedimiento ni tampoco debiera haberlo sido, al tratarse de un procedimiento ordinario en que no está prevista legalmente su participación.

#### VI.2.1.2 *Legitimación para intervenir en el incidente.*

Avanzando un paso más, debemos plantearnos qué posición adoptar en los supuestos en los que promovido el incidente por parte legitimada y no siendo el Fiscal parte en el proceso subyacente, el órgano jurisdiccional da traslado al Ministerio Público, en tanto se introduce una cuestión que afecta a derechos fundamentales. Esta situación se planteará básicamente en los procesos civiles, contenciosos y sociales en los que el Fiscal no tenga intervención.

La complejidad de la cuestión radica en el silencio que la Ley guarda al respecto y en la inexistencia de pronunciamientos de los Tribunales sobre la materia. En este contexto habrán de darse unas pautas con el fin de garantizar el principio de unidad de actuación, pautas que deberán mantenerse en tanto no se consolide una jurisprudencia contraria a los criterios que a continuación se exponen.

Podría defenderse que el Fiscal no tiene reconocida una legitimación general para actuar siempre en estos procesos incidentales y que consiguientemente, sólo intervendría si hubiera sido parte en el proceso subyacente en el que se alega la violación del derecho fundamental.

Sin embargo, existen fundamentos de peso para defender que siempre que se dé traslado al Fiscal para que informe en el incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales, éste intervenga.

En efecto, si se parte de que el Fiscal siempre interviene en las cuestiones de inconstitucionalidad, sea o no parte en el proceso subyacente, y que igualmente siempre interviene en la tramitación del recurso de amparo (art. 3.11 EOMF), concurriría la *eadem ratio decidendi* que llevaría a afirmar la legitimación para intervenir en estos incidentes de nulidad, posición que por lo demás es coherente con la asignación contenida en el apartado 3 del artículo 3 EOMF: velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa.

*A fortiori*, debe recordarse la categórica doctrina ya asentada desde la STC núm. 86/1985, de 10 de julio, de que la legitimación institucional del Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo, reconocida en los artículos 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC... no queda en ningún caso condicionada a la exigencia de haber actuado como parte en el proceso judicial antecedente.

Debe tenerse presente, no obstante, que en los procesos civiles, sociales o contenciosos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, sin entrar en puntos carentes de relevancia constitucional.

#### VI.2.2 PROCESOS EN LOS QUE EL FISCAL NO HA SIDO PARTE AUNQUE DEBIÓ SERLO CONFORME A LA LEY

En relación con los procesos en los que el Fiscal no haya sido parte, pese a que hubiera debido serlo conforme a la Ley, no sólo habrá de dársele traslado del escrito de promoción del incidente planteado por las partes del proceso, sino que además estará legitimado para su interposición, pudiendo fundamentarlo precisamente en la preterición sufrida, siempre y cuando ello haya causado una indefensión material.

Antes de hacer los Sres. Fiscales uso de esta facultad deberán evaluar los perjuicios que para las partes del proceso pudiera suponer la estimación del incidente y la mayor o menor relevancia de la omisión del trámite en el resultado final del proceso.

#### VI.2.3 PROCESOS EN LOS QUE EL FISCAL HA SIDO PARTE

En estos casos el Fiscal estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.

### VII. CONTENIDO DEL INFORME DEL FISCAL

Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.

En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional. La necesidad de cumplir con la exigencia de la motivación de los informes ya fue puesta de manifiesto en la Instrucción 1/2005, 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

Su primera función consistirá en asegurarse de que el incidente resulta efectivamente procedente. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.

Por el contrario, si la demanda incidental resulta formalmente procedente, los Sres. Fiscales deberán entrar en el examen del fondo de las pretensiones, actuando realmente como si de un recurso de amparo anticipado se tratara. No debe olvidarse que es la última oportunidad para que los Jueces y Tribunales ordinarios, guardianes primarios de los derechos fundamentales, remedien la posible lesión o incidan en la innecesariedad de hacerlo.

### VIII. CUESTIONES ORGANIZATIVAS

A fin de coadyuvar al control de calidad de los dictámenes que se evacuen en los incidentes de nulidad promovidos conforme al artículo 241 LOPJ y con el objeto de promover la especialización, los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar la materia, con las facultades que, conforme a la autonomía organizativa de la Fiscalía, se estimen oportunas. Este Fiscal podrá asumir de acuerdo con lo que en cada Fiscalía se decida, bien funciones de consulta y resolución de dudas, bien funciones de visado, bien funciones de despacho de los incidentes de nulidad.

Será aconsejable que la designación recaiga en el Fiscal o Fiscales encargados, conforme a las previsiones de la Instrucción 2/2012, del despacho de las cuestiones de inconstitucionalidad, contribuyendo así a conformar una deseable especialización en

Derecho Constitucional, aunque ésta será también una cuestión a decidir en el seno de cada Fiscalía, atendiendo a sus singularidades y necesidades específicas.

En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241.1 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

## IX. CONCLUSIONES

1. El Ministerio Fiscal carece de legitimación para promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241.1 LOPJ cuando ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente.

2. Los Sres. Fiscales deberán intervenir siempre que se les dé traslado para que informen en un incidente de nulidad sobre violación de derechos fundamentales promovido por parte legítima, aunque no hayan sido partes en el proceso subyacente.

3. En los procesos sin intervención del Fiscal en los que se promueva el incidente y se dé traslado al Ministerio Público, el informe habrá de versar exclusivamente sobre lo relativo a la lesión de derechos fundamentales, evitando abordar cuestiones carentes de relevancia constitucional.

4. En los procesos en los que el Ministerio Fiscal ha sido parte o hubiera debido serlo, el mismo estará legitimado para su promoción e intervendrá en el incidente de nulidad de actuaciones aunque no haya sido el promotor.

5. Los Sres. Fiscales deberán prestar especial atención a la resolución de estos remedios procesales, en ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos de los ciudadanos.

6. Los Sres. Fiscales habrán de motivar suficientemente sus dictámenes, incluido el de inadmisión.

7. En ningún caso será admisible un informe formulario que postule, sin motivación, la mera inadmisión o desestimación del incidente, ni la mera remisión al recurso de amparo constitucional.

8. Si la lesión de derechos fundamentales que se denuncia ha tenido lugar antes de la sentencia y ha habido posibilidad de alegarla y de ser resuelta con anterioridad, los Sres. Fiscales deberán advertirlo así, motivadamente, para que la nulidad de actuaciones pueda ser rechazada *a limine*, neutralizando estrategias procesales dilatorias o simplemente, actuaciones erróneas.

9. En todo caso, los Sres. Fiscales promoverán una interpretación en el sentido más favorable para permitir la tutela de los derechos fundamentales en fase jurisdiccional, oponiéndose a que la providencia de inadmisión sea utilizada para resolver sobre el fondo.

10. Los Sres. Fiscales Superiores y Fiscales Jefes designarán, de entre los miembros de la plantilla, a un Fiscal encargado de coordinar el despacho de los incidentes de nulidad previstos en el artículo 241 LOPJ, con las facultades que, conforme a su autonomía organizativa, se estimen oportunas.

11. En los casos en los que una Fiscalía territorial pretenda promover el incidente de nulidad previsto en el artículo 241 LOPJ, con carácter previo y por conducto del Fiscal Jefe o del Fiscal coordinador de la materia, habrá de evacuar consulta con la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

## CIRCULAR 3/2013 SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL

SUMARIO: I. Consideraciones generales.–II. Régimen jurídico aplicable a las distintas modalidades de internamiento terapéutico.–III. Presupuesto para la aplicación del internamiento terapéutico en régimen cerrado.–IV. Inaplicabilidad al internamiento terapéutico cerrado de los períodos de seguridad previstos en los artículos 10.1 b) y 10.2 LORPM.–V. Posibilidad de cumplir el internamiento terapéutico en régimen cerrado en Centro Penitenciario.–VI. Admisibilidad de la regresión al internamiento terapéutico cerrado.–VII. Posibilidad de suspender las actividades fuera del centro en el internamiento terapéutico en régimen semiabierto.–VIII. Inadmisibilidad de la conversión del internamiento terapéutico semiabierto en cerrado.–IX. Competencia para conocer los permisos.–X. Requisitos para conceder permisos.–XI. Suspensión y revocación de permisos.–XII. Especialidades en los medios de contención.–XIII. Especialidades en el régimen disciplinario.–XIV. Especialidades en los Centros de ejecución.–XV. Otras cuestiones en orden a la ejecución de la medida de internamiento terapéutico.–XVI. Conclusiones.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

La previsión del internamiento terapéutico en el repertorio de medidas aplicables en la jurisdicción de menores tiene antecedentes en nuestro ordenamiento. Ya el artículo 17.a) 5.º de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido de 11 de Junio de 1948) preveía el ingreso en establecimiento especial para «menores anormales».

Para contextualizar la actual regulación del internamiento terapéutico en la Justicia Juvenil y orientar la interpretación de los preceptos que la integran es preciso mencionar los pronunciamientos internacionales que hacen referencia a esta cuestión.

Con un carácter general, el punto 46 de las Reglas de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas en Resolución de la Asamblea General 45/112, de 14 de diciembre de 1990 (en adelante, *Directrices de Riad*), señala que sólo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario, debiendo dar la máxima importancia a los intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a una serie de situaciones concretas entre las que figura el haberse manifestado en el propio comportamiento del niño o joven un grave peligro físico o psíquico para él mismo y ni los padres o tutores ni el propio niño o joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución.

Por su parte la núm. 53 de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de menores privados de libertad, adoptadas por Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990 (*Reglas de la Habana*) dispone que: Todo menor que sufra una enfermedad mental deberá recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente. Se adoptarán medidas, de acuerdo con los organismos compe-

tentes para que puedan continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera después de la liberación.

También con carácter general, la Resolución 46/119 de Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1991 sienta los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. En ella se declaran los principios, derechos y libertades básicas de las personas afectas de enfermedad mental (vida en comunidad, determinación de la enfermedad, examen médico, confidencialidad, tratamientos, información sobre los derechos y consentimiento para el tratamiento...) así como los derechos y condiciones de las personas recluidas en instituciones penitenciarias y los recursos de que éstas deben disponer, los procedimientos de ingreso y las garantías de los mismos. Expresamente se hace referencia en el principio núm. 20 a las personas que cumplen penas por comisión de hechos delictivos, a quienes resultan aplicables los derechos y principios que se declaran, sin que quepa invocar excepción alguna de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, y otros instrumentos pertinentes como es ahora la Declaración sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Estas personas deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental. Los presentes principios se aplicarán en su caso, en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias.

En el ámbito europeo, la Recomendación (2008)<sup>11</sup> del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de noviembre de 2008, sobre tratamiento de menores sujetos a sanciones o medidas dispone en su punto 57 que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental.

En el plano interno, el artículo 17.6 de la LO 4/1992, de 5 de junio por su parte, recogía como medidas el internamiento en un centro de carácter terapéutico y el tratamiento ambulatorio, ésta con carácter novedoso como medidas imponibles a menores infractores aquejados de enfermedad o anomalía psíquica o de adicción al alcohol o sustancias estupefacientes.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM) contempla con más detalle la medida de internamiento terapéutico en su artículo 7.1.d) que, a su vez es objeto de desarrollo en los artículos 27, 50 y 59 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley (en adelante, RLORPM). Pese a ello, la práctica ha generado ciertas cuestiones que no encuentran respuesta expresa ni en las previsiones legales ni en las reglamentarias. Es necesario, pues, abordar varias dudas interpretativas.

El punto de partida se encuentra en el artículo 5.2 LORPM. Según su tenor literal, cuando en un menor concorra alguna de las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 CP le serán aplicables, en caso necesario, las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio.

Por tanto, la previsión del artículo 5.2 LORPM será aplicable en supuestos en los que se aprecien «anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», «trastorno mental transitorio no provocado para delinquir», «intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas», «síndrome de abstinencia a causa de la dependencia a tales sustancias que impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» y «alteraciones en la percepción desde

el nacimiento o desde la infancia que alteren gravemente la conciencia de la realidad».

Conforme al artículo 9.5 LORPM, en su redacción dada tras la reforma de 2006, cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras *d*) y *e*) de la misma.

Consiguientemente, apreciada alguna de las eximentes reseñadas sólo podrán aplicarse (art. 9.5), en caso necesario (art. 5.2), las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio.

Por tanto, ante la apreciación de una causa de inimputabilidad sólo puede imponerse una medida terapéutica, pero tal imposición no es inexorable, toda vez que no hay necesidades preventivas generales ni retributivas que satisfacer. Así, en estos casos, la medida sólo debe imponerse si existe una necesidad objetiva. Es por ello que el artículo 5.2 LORPM se refiere a la imposición en caso necesario.

Será preciso que la necesidad de tratamiento, la peligrosidad del menor y la prevención especial positiva (finalidad de reintegración social) justifiquen en cada caso la imposición de la medida.

Al igual que la medida de seguridad en el Derecho Penal de adultos, el internamiento terapéutico debe asentarse sobre garantías básicas: judicialidad en la imposición, legalidad, proporcionalidad, intervención post-delictual y duración limitada.

Cuando se aplica la medida a un menor en el que concurre una causa de inimputabilidad su fundamento, ya que no puede ser la culpabilidad, ha de buscarse en la peligrosidad o probabilidad de comisión futura de una acción delictiva así como en la finalidad de reintegración social. De ello deriva que, no concurriendo peligrosidad, la absolución del inimputable no implica necesariamente la imposición de un internamiento terapéutico, aunque puedan adoptarse otras medidas desde el área de Protección de Menores. El juicio de peligrosidad, por aplicación supletoria del Código Penal, consiste en evaluar si del hecho y de las circunstancias personales del sujeto puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2.<sup>a</sup> CP).

La imposición del internamiento terapéutico en los casos de inimputabilidad declarada no es preceptiva, ni siquiera cuando los hechos en sí puedan subsumirse en tipos que integren supuestos de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM), sin perjuicio, lógicamente, de que a mayor gravedad de los hechos, pueda, como regla general, inferirse mayor peligrosidad y, correlativamente pueda ponerse con más claridad de relieve la necesidad de imponer un internamiento terapéutico.

La Exposición de Motivos de la LORPM establece que el internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

Pese a la literalidad de la Exposición de Motivos, cuando se aprecia una eximente, por imperativo del artículo 9.5 solo podrá imponerse internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. Por mucho que concurren «condiciones de riesgo», nunca podría imponerse un internamiento en régimen cerrado. Lo que sí es posible tras la reforma 8/2006, es la imposición en estos casos de un internamiento terapéutico en régimen cerrado.

La Circular 1/2000 divide el internamiento terapéutico en dos subespecies: 1) la medida impuesta en caso de anomalías o alteraciones psíquicas, para cuya imposición se prescinde de la voluntad del menor y 2) la medida impuesta para el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, que requiere para su imposición y ejecución el concurso voluntario del menor. La Circular a estos efectos interesa de los Fiscales que, cuando hayan solicitado una medida de esta naturaleza, interroguen al menor acerca de su aceptación. En todo caso, el rechazo sobrevenido en fase de ejecución implicará que el tratamiento no podrá seguirse coactivamente, y por tanto, habrá de ser suspendido y sustituido por otra medida. Así se desprende también del artículo 27.3 RLOPRM.

Tal sustitución debe entenderse limitada cuando se ha aplicado una eximente, pues –como se expuso más arriba– solo cabe la imposición de una medida terapéutica.

Debe recordarse en este punto la modificación introducida en el apartado 3 del artículo 100 del Código Penal, tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pues señala ahora el precepto en su inciso segundo que no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido.

Por otra parte, las medidas terapéuticas no son sólo aplicables a menores inimputables. La Circular 1/2000 resalta que las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio también podrán imponerse en los supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del artículo 21.1.ª CP o atenuantes analógicas.

En supuestos de inimputabilidad incompleta o parcial, si la entidad jurídica de los hechos lo justifica, cabrá imponer una medida privativa de libertad (internamiento ordinario cerrado, semiabierto o abierto) y al mismo tiempo una medida de seguridad de internamiento terapéutico. En estos casos el cumplimiento seguiría el denominado sistema vicarial, de manera que se iniciaría con el cumplimiento inicial de la medida de seguridad, con la posibilidad de su sustitución por otra o de su suspensión, y con el posterior cumplimiento –si es necesario– de la medida de internamiento ordinario. Este mecanismo vicarial es especialmente adecuado en el Sistema de Justicia Juvenil porque su flexibilidad permite una amplia gama de respuestas con base en la valoración de la situación terapéutica del sometido a la medida (evolución del tratamiento, modificaciones en el diagnóstico, actitud del sujeto, etc...), de modo que atendiendo a las necesidades concretas y al interés del menor, podría cancelarse la medida terapéutica e iniciar el internamiento ordinario, o agotarse la medida terapéutica y cancelar el internamiento ordinario, o reducir la medida terapéutica y sustituir el internamiento ordinario por una medida en medio abierto. Las posibilidades son múltiples y permiten, conforme a los postulados de la Justicia Juvenil, adecuar la respuesta ante el delito a las necesidades del menor infractor.

Incluso debe mantenerse que estas medidas –respetando los límites impuestos por los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación– pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado déficit de imputabilidad en relación con los hechos realizados. Es en estos ámbitos en los que no se ha declarado la exención total de responsabilidad del menor donde adquiere sentido la previsión contenida en el artículo 7.1.d) LORPM de que esta medida (terapéutica) podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo, previsión que no operará cuando concurre una eximente conforme a las restricciones derivadas de la regla contenida en el apartado quinto del artículo 9 LORPM.

También debe tenerse presente que el internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal, como expresamente determina el artículo 8.2 LORPM.

Además, la Circular 1/2000 reconoce que en estas medidas también rige el principio acusatorio, «tanto en la extensión de la medida solicitada e impuesta, como en lo relativo a la mayor o menor afectación de derechos». De lo expuesto hasta ahora se desprende que el régimen jurídico del internamiento terapéutico no es uniforme. Dependerá básicamente de si se impone por problemas o enfermedades mentales (anomalías o alteraciones psíquicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad) o por adicciones (dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas). Desde esta perspectiva, los efectos del consentimiento del menor serán radicalmente distintos en uno y otro caso.

También dependerá de si se ha impuesto a un inimputable por apreciarse una eximente completa o si se ha impuesto a un menor imputable total o parcialmente (por concurrir semieximente, atenuante analógica o pese a no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad). Desde este enfoque, mientras que la medida impuesta a un inimputable debe estar inspirada por criterios exclusivamente terapéuticos, la medida impuesta a un imputable puede atender a otras consideraciones como la necesidad pedagógica de expresar al menor el reproche que su conducta merece. Además, en el primer caso sólo cabrá imponer la medida terapéutica mientras que en el segundo cabrá imponer además otras medidas.

Finalmente, tras la reforma de 2006, el marco jurídico concreto dependerá de si el internamiento terapéutico ha sido impuesto en régimen cerrado, abierto o semiabierto.

La medida de internamiento terapéutico, en sus distintos regímenes precisará para su ejecución del dictado de sentencia, a salvo la posibilidad de imponerla antes como medida cautelar (art. 29 LORPM). Por tanto, apreciada durante la instrucción la concurrencia de una causa de inimputabilidad en el menor, si se estima procedente la imposición de una medida terapéutica, deberá continuar la tramitación del procedimiento hasta el dictado de sentencia para, en su caso, imponer la medida, lo que comporta la exclusión de soluciones extrajudiciales.

En estos casos también deberá la sentencia pronunciarse sobre la responsabilidad civil, si se hubieran ejercitado acciones para lograr la reparación, restitución o indemnización de daños y perjuicios, por aplicación supletoria de las previsiones contenidas en el artículo 118 CP, conforme al que, la exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º artículo 20 no comprende la de la responsabilidad civil.

En relación con la medida cautelar de internamiento terapéutico, habrá de estarse a las previsiones contenidas en el epígrafe VI.4 de la Circular 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

Esta misma Circular 1/2007 se plantea la posibilidad de aplicar la medida de internamiento terapéutico en expedientes por faltas, concluyendo con que las previsiones penológicas que el CP contempla para las faltas inhabilitan el uso del internamiento terapéutico para menores autores de estas infracciones veniales.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La reforma operada por LO 8/2006 ha introducido un cambio esencial en la regulación de la medida de internamiento terapéutico, dividiéndolo en tres regímenes distintos: cerrado, semiabierto o abierto [art. 7.1.d)].

Tal estructuración de los internamientos terapéuticos queda huérfana de desarrollo normativo, pues la LO 8/2006 nada dice en cuanto al contenido de cada una de las modalidades.

Pese a la falta de previsión legal sobre los efectos de tal novedad legislativa, su interpretación debe orientarse a la efectividad jurídica de la nueva disposición.

Para determinar los distintos efectos de cada uno de los regímenes de internamiento terapéutico, debe repararse en el dato, sin duda esencial a efectos de una interpretación sistemática, de que el internamiento ordinario puede adoptar distintas modalidades, a las que se asigna idéntica denominación: régimen cerrado, semiabierto o abierto.

Estas tres modalidades sí que están legalmente definidas y reglamentariamente desarrolladas:

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen cerrado residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio [art. 7.1.a)].

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen semiabierto residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. [art. 7.1.b)].

Las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen abierto llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo [art. 7.1.c)].

Pues bien, siguiendo un criterio hermenéutico sistemático y reparando en esa nomenclatura común, y en el hecho, ciertamente revelador, de que el internamiento terapéutico está definido inmediatamente tras las anteriores enunciaciones, ha de llegarse a la conclusión de que, en principio, en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto seguirán las pautas respectivas, *mutatis mutandis*, de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto. Este criterio debe combinarse con el dato, sin duda también importante, de que mientras que las diferentes modalidades de internamientos ordinarios se regulan dentro del artículo 7.1 LORPM con autonomía en distintas letras a), b) y c), el internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto y abierto se regula en una sola letra d) lo que apunta a la idea de una única medida con tres regímenes distintos.

El doctrinalmente denominado argumento de la constancia terminológica parte de la inteligencia de que el legislador emplea las palabras con el mismo significado al menos dentro del mismo sector normativo. Con mayor razón, hay que entender que el legislador emplea los términos con el mismo significado dentro de una misma Ley y –aún más– dentro de un mismo artículo.

La novedad introducida por la reforma de 2006 no debe interpretarse como un reforzamiento del carácter sancionador de la medida. Cuando el internamiento terapéutico se impone como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de

valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como los requerimientos terapéuticos específicos, el riesgo de fuga o la necesidad de contención.

### III. PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO

Cabe plantearse si, además de las limitaciones directamente derivadas de las reglas de determinación de la medida, debe añadirse específicamente para el internamiento terapéutico en régimen cerrado la de que solamente cabría en los casos en los que, conforme al artículo 9.2 LORPM, pueda imponerse el internamiento ordinario en régimen cerrado (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).

Esta cuestión se complica porque el internamiento terapéutico puede imponerse no sólo a menores inimputables o parcialmente imputables, sino también –dentro de los límites legales– a menores imputables respecto de los que se consideren apropiados los contenidos terapéuticos en razón de anomalías, enfermedades o adicciones, aunque las mismas no hubieran afectado a su imputabilidad.

Sin embargo la respuesta debe ser en todo caso afirmativa, aunque por razones parcialmente diferentes.

Cuando se aprecia plena inimputabilidad la sentencia, sin perjuicio de la imposición de la medida, es técnicamente una sentencia absolutoria. El internamiento terapéutico en estos casos carece de finalidades retributivas por lo que no es una medida sancionadora-educativa como el resto de medidas imponibles en la Justicia Juvenil, sino una medida de seguridad propiamente dicha (arts. 95 y ss. del CP) cuyo contenido específico está inspirado exclusivamente por necesidades terapéuticas y por el nivel de peligrosidad concurrente. Además, como se verá más adelante, se ejecuta en condiciones especiales, tanto en cuanto al régimen de permisos como al régimen disciplinario.

Habida cuenta de ello y con miras a optimizar el paso del menor por el sistema de Justicia Juvenil, desde la perspectiva de su educación y reinserción en todos los niveles, podría plantearse un despliegue exclusivamente terapéutico de la medida y por ende, la posibilidad de su aplicación en régimen cerrado en base a criterios y requerimientos médicos, incluso en supuestos en los que los hechos cometidos por el menor inimputable, permitiendo la privación de libertad, no autorizaran el internamiento en régimen cerrado.

Sin embargo, en la Justicia Juvenil y sin perjuicio de las medidas procedentes en el ámbito de Protección Jurídica del menor, deben regir los límites fijados con carácter general por los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación, también en este ámbito.

Así, para las medidas de seguridad privativas de libertad son de aplicación los límites previstos en los artículos 101.1 *in fine*, 102.1 *in fine*, 103.1 y 104.1 del Código Penal.

En este mismo sentido, el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM incorpora una regla esencial de determinación de la medida imponible disponiendo que no podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad (internamiento cerrado, semiabierto y abierto, internamiento terapéutico y permanencia de fines de semana), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se hubiere

impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable conforme al Código Penal.

Esta limitación temporal debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad característico de la Justicia Juvenil, una de cuyas vertientes integra el principio de no discriminación sentado con carácter general en el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño (en adelante, CDN), y en particular, en relación con el Derecho Penal de adultos, respecto del que debe considerarse ley especial más favorable (arts. 37 y 40 CDC).

En tal sentido la núm. 9.1 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, indica que ninguna disposición de las presentes Reglas podrá ser interpretada en el sentido de excluir a los menores del ámbito de la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas y de otros instrumentos y normas reconocidos por la comunidad internacional relativos al cuidado y protección de los jóvenes.

Entre estos últimos y en el ámbito de la salud mental debe citarse la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 14.1.b) impone a los Estados partes el deber de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, ...b) no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

Las pautas o criterios que ofrecen estos preceptos y disposiciones internacionales conducen a una doble conclusión: 1) El internamiento terapéutico como medida de seguridad sólo puede imponerse al menor absuelto por su inimputabilidad cuando los hechos que se le hubieren imputado fueran susceptibles de ser sancionados con medida privativa de libertad y por el tiempo máximo de ésta. 2) Por extensión natural del criterio de no discriminación del menor en relación con el adulto y del menor discapaz en relación con el capaz, no podrán imponerse al menor inimputable contenidos o condiciones de rigor –como podría ser el régimen cerrado del internamiento–, que no estén expresamente previstos en la medida que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias bien al adulto, bien al menor que respectivamente hubieran sido declarados responsables conforme al CP o a la LORPM.

De ahí que el internamiento terapéutico, como medida de seguridad, sólo podrá imponerse en régimen cerrado a menores declarados plenamente inimputables, cuando los hechos realizados fueran incardinables en el artículo 9.2 LORPM.

Cuando se trata de menores a los que se declara imputables o semiimputables por concurrencia de eximente incompleta o atenuante analógica, la cuestión no permite dudas. Resultan plenamente operativos los límites del mismo artículo 9.2, en tanto el internamiento terapéutico no se configura en tales casos como medida de seguridad sino como medida sancionadora-educativa, fundada en la culpabilidad aunque esta se encuentre disminuida. Si no puede imponerse al menor imputable que hubiera sido declarado responsable de los mismos hechos un internamiento ordinario en régimen cerrado, los argumentos expuestos y en definitiva, la coherencia sistemática y la lógica impiden que pueda imponerse un internamiento terapéutico en régimen cerrado al menor declarado imputable o semiimputable.

#### IV. INAPLICABILIDAD AL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO CERRADO DE LOS PERÍODOS DE SEGURIDAD PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 10.1 B) Y 10.2 LORPM

Cabe plantearse si los periodos de seguridad previstos en los artículos 10.1.b) y 10.2 de la LORPM como pauta y contenido específico del internamiento en régimen cerrado, constituyen un aspecto del mismo compatible con las finalidades del internamiento terapéutico y por ende, de aplicación al mismo cuando se impone como cerrado.

Para desear esta cuestión han de tomarse en consideración ciertos presupuestos:

En primer lugar, la necesidad de ponderar a la hora de seleccionar el régimen concreto de internamiento terapéutico (abierto, semiabierto o cerrado), fundamentalmente los requerimientos terapéuticos específicos del caso, así como también otras circunstancias ajenas a finalidades retributivas, como son el riesgo de fuga o la necesidad de contención.

En segundo lugar, el hecho de que los periodos de seguridad en el cumplimiento de determinadas medidas de internamiento durante los cuales está vedada la modificación de la medida se compadecen mal cuando no se oponen abiertamente a la índole y finalidad de los tratamientos que integran la medida de internamiento terapéutico.

En tercer lugar, el ya invocado principio de no discriminación del menor en la Justicia Juvenil, siempre de carácter especial y favorable respecto del Derecho Penal de adultos que plasman los ya citados artículos 37 y 40 de la CDN y el párrafo 2.º del artículo 8 LORPM.

La Circular FGE 1/2009 sobre sustitución en el sistema de Justicia Juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento, señala que «... del espíritu de este precepto se infiere que si la duración de las medidas privativas de libertad no debe exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad para el mismo delito cometido por un adulto, con más razón estará prohibido imponer medidas privativas de libertad cuando el Código Penal no las prevea para los mismos hechos».

La misma orientación debe seguirse en la interpretación de condiciones de rigor de una medida (internamiento cerrado) como son los periodos de seguridad, no expresamente previstos en la medida de seguridad (internamiento terapéutico) que en concreto pudiera imponerse por los mismos hechos y en las mismas circunstancias a un adulto.

Así se desprende de la doctrina hasta ahora sentada por el Tribunal Constitucional.

La STC núm. 36/1991, de 14 de febrero ya se pronunció sobre «la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratare». La STC núm. 61/1998, de 17 de marzo declara que se infringe el principio de legalidad al imponerse a un menor la medida de cuatro meses de internamiento en centro semiabierto por una falta de hurto frustrada, restando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores sobre «las necesidades del menor». Según el TC, «debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP».

Pues bien, en el ámbito del Derecho Penal de adultos, las posibilidades de cese y modificación de la medida de seguridad no están sujetas a período de seguridad alguno (art. 97 CP). El Reglamento Penitenciario establece un amplio margen tanto de actividades rehabilitadoras como de relaciones con el exterior en los artículos 189 y 190 centrados en los programas individuales de rehabilitación, con exclusión de periodos de seguridad.

En el Derecho comparado, sigue la misma tendencia la jurisprudencia italiana. La Corte Costituzionale italiana, en diversas sentencias, ha ido modificando la dureza inicial del Codice Rocco de 1930, al considerar inconstitucional la irrevocabilidad de la medida antes del vencimiento de su término de duración mínima (Sentencia n. 110 de 5 de abril de 1974), la obligación de revisiones periódicas de la situación de peligrosidad del afectado (Sentencias n. 139 de 27 de julio de 1982 y n. 249 de 15 de julio de 1983) y –parcialmente– los artículos 206 y 222 del Código Penal italiano en cuanto asumen la aplicación de las disposiciones del hospital psiquiátrico judicial a los menores de edad (Sentencia n. 324 de 14 julio de 1998). Finalmente, en la Sentencia núm. 253/2003 de 18 de julio de 2003 declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 222 del Código Penal italiano en la medida en que impedía la posibilidad de adoptar medidas de seguridad alternativas al internamiento en hospital psiquiátrico penitenciario cuando, previstas en la ley, resultaban «idóneas para asegurar la adecuada cura del enfermo mental y hacer frente a su peligrosidad social».

En consecuencia, no puede imponerse en su ámbito un régimen más severo que el paralelamente previsto en la legislación de adultos. Por tanto, las previsiones de los artículos 10.1.b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

## V. POSIBILIDAD DE CUMPLIR EL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN CERRADO EN CENTRO PENITENCIARIO

No sería aplicable al internamiento terapéutico cerrado la posibilidad de cumplimiento en Centro Penitenciario una vez el ejecutoriado alcance los 18 o 21 años. El artículo 14 LORPM se refiere expresa y exclusivamente a la medida de internamiento en régimen cerrado como la susceptible, en las condiciones previstas en el propio precepto, de ser ejecutada en Centro Penitenciario.

Consiguientemente, no podrá continuar el cumplimiento de un internamiento terapéutico en régimen cerrado en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria. No cabe aquí sino recordar la conclusión XII.4.1.º de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006 conforme a la que el cumplimiento en Centro Penitenciario sólo podrá aplicarse ante medidas de internamiento en régimen cerrado, no siendo factible la remisión al Centro Penitenciario cuando quien alcanza 18 o 21 años cumpla otras medidas de internamiento (semiabierto, abierto, terapéutico o permanencias de fines de semana).

Esta interpretación concuerda plenamente con cuanto expone el Comité de los Derechos del Niño (UN) en los párrafos 85 y 86 de su Observación General núm. 10/2007 sobre los derechos del niño en la Justicia de Menores (CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007) sobre la excepción contemplada en el párrafo c del artículo 37 CDN.

A juicio del Comité la disposición sobre que la separación deberá efectuarse, «a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño» debe interpretarse de forma restrictiva y que tal alusión no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes que tienen la obligación de crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales a favor de los menores. La norma, como expresa también el citado Comité «no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los

18 años». Se estima que «debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro».

Todo ello lógicamente debe entenderse sin perjuicio de que el internamiento terapéutico en régimen cerrado (al igual que el semiabierto o abierto) pueda continuar cumpliéndose en el correspondiente centro de menores o sociosanitario aun cuando el ejecutoriado rebase los dieciocho o los veintiún años.

## VI. ADMISIBILIDAD DE LA REGRESIÓN AL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO CERRADO

Se plantea también la posibilidad de aplicar la previsión del artículo 51.2 LORPM a los internamientos terapéuticos. Recordemos que este precepto permite al Juez de Menores cuando hubiera sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

Es el mecanismo al que la Circular 1/2007 denomina regresión al internamiento cerrado. Como expone esta Circular esta regla, pese a que habilita para volver a un régimen más estricto de ejecución, no plantea ningún problema desde el punto de vista del principio de legalidad en la ejecución, en tanto opera sobre la base de una medida de internamiento cerrado, cuya ejecución se ha visto *ex post facto* atemperada.

Pues bien, teniendo en cuenta la naturaleza de esta previsión legal, ningún obstáculo debe tener su traslación al internamiento terapéutico cerrado. Si una vez acordada la progresión a semiabierto o abierto se observa una evolución desfavorable y si las necesidades terapéuticas exigen una vuelta a un régimen de mayor contención, podrá acordarse la regresión.

Será conveniente en estos casos operar con las cautelas introducidas por la Circular 1/2007 de modo que los Sres. Fiscales, cuando informen favorablemente la conversión de un internamiento terapéutico cerrado en semiabierto o abierto, «interesen expresamente que la resolución que se dicte, caso de optar por la conversión, haga expresa referencia a que la misma podrá quedar sin efecto si la evolución no es favorable. Tal indicación, además del plus de certeza y seguridad jurídica que añade, supondrá sin duda un reforzamiento en la ejecución y servirá de poderosa advertencia al menor ejecutoriado para que mantenga su buena disposición en el cumplimiento de la medida».

Con esta habilitación se incentivan decisiones de progresión en el régimen de internamiento que, en otro caso, esto es, si no se reconoce la posibilidad de regresión, podrían postergarse. También desde el punto de vista terapéutico es conveniente, pues, que el Juez de Menores disponga de esta posibilidad.

## VII. POSIBILIDAD DE SUSPENDER LAS ACTIVIDADES FUERA DEL CENTRO EN EL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO EN RÉGIMEN SEMIABIERTO

El internamiento terapéutico en régimen semiabierto se caracteriza por permitir a los menores sometidos a la medida realizar fuera del centro alguna o algunas de las

actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

Cabrá también en este caso la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos, pero tal suspensión, como recoge la conclusión XII.2.1 de la Circular 1/2007 exigirá una decisión motivada del Juez de Menores. Previa a la decisión, y pese al silencio del artículo 7.1.b) habrá de entenderse necesaria la audiencia del Fiscal y habrá igualmente de oírse al menor afectado. La decisión debe además fijar un plazo concreto de vigencia, aunque nada impide que agotado el primer plazo, pueda nuevamente renovarse la suspensión si la evolución lo justifica, decisión que exigirá en todo caso de nuevo la audiencia del Fiscal y del menor. Debe entenderse que también cabrá graduar el ámbito de la suspensión.

De nuevo, si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.

Por contra, si la medida se ha impuesto a un menor no amparado por una eximente, la suspensión podrá estar justificada por otras razones, tales como el mal comportamiento del menor durante las salidas.

#### VIII. CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO SEMIABIERTO EN CERRADO

Distinta debe ser la respuesta a la pregunta de si cabría aplicar a los internamientos terapéuticos impuestos la previsión del inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM, que establece que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

La excepcionalidad de esta previsión, que supone una mutación *in peius* de la medida impuesta en la sentencia aconseja –odiosa *sunt restringenda*– limitar su aplicación a los internamientos ordinarios, que son los expresamente previstos por la Ley.

#### IX. COMPETENCIA PARA CONCEDER PERMISOS A LOS MENORES INTERNADOS

La práctica ha puesto de manifiesto discrepancias interpretativas acerca de la competencia para conceder permisos a menores internos en centros.

Desde luego, queda fuera de toda duda que corresponde al Juzgado de Menores la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas cautelares o definitivas de internamiento en régimen cerrado.

También está fuera de toda duda que para la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas cautelares o definitivas de internamiento en régimen semiabierto o abierto, la competencia se atribuye al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

Las discrepancias surgen en relación con la aprobación de los permisos de salida ordinarios, permisos de fin de semana, salidas programadas y permisos extraordinarios de menores sometidos a medidas, cautelares o definitivas, de internamiento terapéutico.

Una interpretación literal de las previsiones del RLORPM puede llevar a la conclusión de que la aprobación de estos permisos y salidas corresponde igualmente al Juzgado de Menores.

En efecto, conforme al artículo 50.1 RLORPM las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior de los menores sometidos a internamiento terapéutico se autorizarán, en el marco del programa individual de tratamiento, por el juez de menores en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000...

Sin embargo, antes de asumir sin más el contenido de esta disposición se hace preciso tomar en consideración un dato fundamental: el Reglamento, publicado en 2004, no ha sido reformado para adaptarlo a la LO 8/2006. Ha de indagarse, por tanto, si tal reforma debe irradiar efectos sobre el régimen de permisos y, en su caso, cuáles sean éstos.

De nuevo hay que partir del esquema general ya determinado: en todo lo que no sea incompatible con su naturaleza esencialmente terapéutica, el régimen jurídico de los internamientos terapéuticos en régimen cerrado, semiabierto y abierto se asimila, *mutatis mutandis*, al de los internamientos ordinarios en régimen cerrado, semiabierto y abierto.

En este contexto, la previsión reglamentaria de unificación del régimen jurídico de autorización de todos los permisos y salidas en el internamiento terapéutico ha de entenderse parcialmente modificada por la posterior reforma legislativa de 2006.

Deberán pues distinguirse el régimen de permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado, respecto del que la previsión de autorización judicial sigue teniendo sentido, por asimilación al régimen del internamiento ordinario cerrado (la ratio común sería la de someter a control judicial las incidencias afectantes a las medidas más restrictivas); y el régimen de permisos y salidas en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto, respecto de los que ningún sentido tiene ya someterlos a autorización judicial, debiendo pues, entenderse que en estos casos la competencia se atribuye al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

Mantener la necesidad en todo caso de autorización judicial supondría no dotar de eficacia a una norma posterior en el tiempo y superior en rango jerárquico.

## X. REQUISITOS PARA CONCEDER PERMISOS

El desarrollo reglamentario de la regulación del internamiento terapéutico lo concibe como medida de seguridad *strictu sensu*, de contenido esencialmente terapéutico.

Por ello se establece un régimen de contactos con el exterior extraordinariamente flexible, sin sujeción a pautas predeterminadas ni a plazos. Las salidas y permisos se conectan con el abordaje terapéutico del ejecutoriado, de manera que deben entenderse inaplicables los requisitos contenidos en los artículos 45 a 48 RLORPM. El disfrute de estos permisos bascula, pues, sobre la evolución del menor y sus necesidades terapéuticas, plasmadas en el programa individual.

Por contrariar la esencia terapéutica de la medida, debe entenderse igualmente inaplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber

cumplido un tercio de la medida para poder disfrutar de permisos. En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la concesión de estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión.

Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.

Debe recordarse que conforme al punto 118 de la Recomendación (2008)<sup>11</sup> del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008, el tratamiento para los problemas de salud mental en tales centros deberá determinarse exclusivamente sobre bases médicas, deberá seguir los estándares nacionales reconocidos y prescritos para centros de salud mental y deberá estar regido por los principios contenidos en los instrumentos internacionales aplicables.

Por su parte, el punto 119 establece que en los centros de salud mental los estándares de seguridad... para menores infractores deberán estar determinados fundamentalmente sobre bases médicas.

Aplicar las disposiciones restrictivas de las salidas previstas para los internamientos ordinarios supondría una desnaturalización del carácter terapéutico de la medida.

## XI. SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DE PERMISOS DE SALIDA

El artículo 52 apartado primero RLORPM dispone que, cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario, de un permiso extraordinario o de las salidas a los que hacen referencia los artículos 45, 46, 47 y 48 se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la entidad pública podrá suspenderlos motivadamente. Si el permiso o la salida se hubiese autorizado por el juez de menores, la suspensión tendrá carácter provisional y se pondrá inmediatamente en conocimiento del juez para que resuelva lo que proceda.

A la hora de determinar la competencia para revocar, habrán de aplicarse *mutatis mutandis* los criterios expuestos más arriba, por lo que la regla será la de que en el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

## XII. MEDIOS DE CONTENCIÓN

Aunque el artículo 55 RLORPM no introduce ninguna especialidad cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que, como regla general, la intervención deberá realizarse a través de profesionales sanitarios, que además habrán de realizar un seguimiento especialmente intenso cuando la medida aplicada se prolongue temporalmente.

### XIII. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

El artículo 59.2 RLORPM declara con carácter general que el régimen disciplinario se aplicará a todos los menores que cumplan medidas de internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto y terapéuticos, pero el apartado tercero de este mismo precepto exceptúa del régimen disciplinario a los menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción que les impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión, mientras se mantengan en tal estado.

Por tanto, sólo se prevén peculiaridades en el régimen disciplinario para menores inimputables por problemas de salud mental. Del artículo 59.3 RLORPM a sensu contrario cabe concluir que si la medida de internamiento terapéutico se ha impuesto por la dependencia del menor a bebidas alcohólicas, drogas o sustancias psicotrópicas, el ejecutoriado estará sometido al régimen disciplinario común sin especialidad alguna. Esto mismo será predicable respecto de otros menores a los que no se hayan apreciado eximentes o a los que sólo se hayan aplicado eximente incompleta o atenuante analógica.

Incluso en los casos exentos de sometimiento al régimen disciplinario, tal exención sólo se prolonga en tanto el ejecutoriado continúe imposibilitado en sus facultades intelectivas y/o volitivas. Sin embargo, esta disposición no precisa ni la competencia ni el procedimiento para decidir si el menor ejecutoriado se mantiene o no en tal estado.

Tal silencio deberá interpretarse en el sentido de que no se modifican las normas generales de competencia y procedimiento para imponer la sanción si bien en el propio expediente sancionador, como presupuesto ineludible, habrá de hacerse constar la superación de la anomalía o alteración psíquica.

Lógicamente, si la superación de la anomalía o alteración psíquica es total y permanente habrá necesariamente de promoverse la modificación de una medida que a todas luces ha dejado de ser adecuada a la situación del menor.

### XIV. CENTROS DE EJECUCIÓN

Pese a que las medidas terapéuticas debieran tener un amplio campo en el ámbito de menores, en la práctica se constata un déficit de plazas de esta naturaleza.

Las Directrices de Riad declaran imprescindible la habilitación de fondos suficientes para proporcionar, instalaciones y personal que presten «servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular la prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol» (art. 45).

Por su parte, el punto 57 de la Recomendación (2008)<sup>11</sup> del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre tratamiento de menores sujetos a sanciones o medidas dispone que los menores que estén sufriendo enfermedad mental y que deban estar privados de libertad habrán de ser custodiados en instituciones de salud mental.

En el punto 60 se establece que los y las menores deberán ser internados con carácter general en centros separados o en unidades distintas dentro de un mismo

centro, pero que no necesitará aplicarse la separación en centros de protección o de salud mental.

Igualmente el CP en su artículo 101.1 da pautas abiertas al disponer el cumplimiento del internamiento psiquiátrico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.

Al igual que hace la Recomendación (2008)<sup>11</sup> y el CP, también la LORPM introduce mecanismos flexibilizadores en cuanto al lugar de ejecución de las medidas de internamiento terapéutico.

Esta flexibilidad no puede amparar malas prácticas tales como ejecutar el internamiento terapéutico en centro semiabierto con seguimiento de terapia ambulatoria, pues ello supone desnaturalizar la medida y debilitar su potencialidad terapéutica. Debe exigirse que los centros estén atendidos por personal especializado y capacitado para prestar la asistencia terapéutica requerida (psiquiatras, psicólogos clínicos, etc.).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/1993, de 16 de marzo, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, tratando de aportar soluciones a la escasez de plazas, establecía que si no hay específicos centros terapéuticos, bastarán los centros en que hay alguna Unidad en que se de acogida a los jóvenes, sin que sea imprescindible su autonomía.

Tal previsión debe quedar sin efecto, pues ya no tiene base legal: habrá de exigirse que para que pueda cumplirse una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste cuente al menos con una Unidad terapéutica autónoma.

En la línea flexibilizadora, el artículo 54.2 LORPM prevé que las medidas de internamiento podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera, con autorización del Juez de Menores.

Desarrollando esta previsión, el artículo 27.4 RLORPM dispone que cuando la entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en un centro sociosanitario, lo solicitará al juez de menores.

Por tanto se posibilita la ejecución en centros que no sean específicamente centros del Sistema de Justicia Juvenil, previa autorización judicial, que lógicamente estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida. Sin embargo, no desarrolla el precepto cómo ha de realizarse el control o seguimiento judicial de la ejecución de la medida.

Tanto si la medida se desarrolla en centros específicos como en centros de la red general sociosanitaria, pesa sobre el Fiscal un deber general de inspección cuya realización práctica se orienta en el Protocolo de actuaciones del Fiscal en las visitas de inspección a los Centros de Reforma de Menores, aprobado por el Fiscal General del Estado el 5 de febrero de 2009, básicamente incorporado a la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unificación de la actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Responsabilidad Penal de los Menores.

Respecto a los centros sociosanitarios de la red general, el Protocolo y Circular consideran conveniente que los Sres. Fiscales visiten estos centros en caso de que algún menor se encuentre ingresado en los mismos y que, si en el curso de las visitas de inspección a centros de internamiento ordinarios se detecta que un menor interno precisa de un tratamiento médico, psicológico o de educación especial que por sus características no pueda ser prestado en el centro de menores ordinario, se promoverá

ante el Juez de Menores su traslado al centro sociosanitario que mejor se acomode a sus necesidades.

Se expresa también la necesidad de comprobar que, si alguno de los menores internos sufren este tipo de patologías, reciban asistencia y tratamientos adecuados, cualquiera que sea la naturaleza del Centro en el que permanezcan internados y sin perjuicio, en su caso, de promover la correspondiente modificación de la medida impuesta, para asegurar que la misma se amolda al superior interés del menor.

## XV. OTRAS CUESTIONES EN ORDEN A LA EJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO TERAPÉUTICO

La medida de internamiento terapéutico tiene en su ejecución preferencia sobre cualquier otra medida, en tanto los presupuestos de su imposición y la especificidad de su contenido y finalidad justifican que se ejecute en primer lugar. Las otras medidas que se hubieran impuesto al menor en la misma o en diferentes causas deben quedar en suspenso hasta la finalización de ésta, sin perjuicio de las posibilidades del Juez, conforme al artículo 13 LORPM, de sustituir, modificar o cancelar las demás medidas teniendo especialmente en cuenta los resultados del tratamiento.

En relación con la refundición de medidas de internamiento de distintas clases habrá de estarse a las previsiones del epígrafe III.7.3.3.3 de la Circular 1/2007.

También debe recordarse que conforme a la Circular 9/2011 «en el caso de que como consecuencia de una visita de inspección se detecte la enajenación sobrevenida de un menor interno, deberá interesarse la suspensión de la ejecución de la medida que se impuso partiendo de que el menor era imputable (disposición final 1.ª LORPM en relación con el artículo 60 CP). En su caso, podrá promoverse no solamente la suspensión de la medida en ejecución sino también la sustitución por una medida terapéutica de internamiento o tratamiento ambulatorio siempre con los requisitos y límites previstos en los artículos 13 y 51 LORPM y supletoriamente en el artículo 60.1 CP».

Esta misma Circular establece la necesidad de visitar estos centros al menos dos veces al año por Fiscales de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial en que radiquen.

Habrán los Sres. Fiscales de hacer un exhaustivo seguimiento en la ejecución de la medida de internamiento terapéutico para evitar prolongaciones indebidas pues desde el momento en que, conforme a criterios médico-psiquiátricos, no sea recomendable la continuación del internamiento, éste deberá alzarse, ya pura y simplemente, ya mediante su sustitución por una medida de tratamiento ambulatorio si se apreció en la sentencia inimputabilidad, o por otra medida distinta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 LORPM, si no se apreció una eximente.

La flexibilidad en la ejecución, consustancial al Derecho Penal Juvenil y decididamente asumida en la LORPM (arts. 13 y 51) debe entenderse intensificada cuando la medida que se ejecuta es el internamiento terapéutico, no sólo por aplicación directa de los reseñados preceptos, sino por la aplicación supletoria de la regulación del CP que prevé en su artículo 97 el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto, la sustitución de la medida de seguridad por otra que estime más adecuada o la suspensión de la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación. Tal consecuencia es lógico corolario de la previsión que como pósito de todo el sistema de medidas de seguridad se contiene en el artículo 6.2 CP las medidas de seguridad no pueden... exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Igualmente, como se establece en el epígrafe VIII. 5 de la Circular 9/2011, «ha de velarse por que la medida de internamiento terapéutico no quede desnaturalizada en su ejecución a través de la utilización de otro tipo de medidas que no respeten su esencia. A tales efectos, habrá de analizarse el programa individualizado de ejecución, que deberá contener un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, conforme a las previsiones del artículo 27 del RLORPM».

## XVI. CONCLUSIONES

1.º Si no concurre peligrosidad, la absolución del inimputable menor de edad no debe llevar aparejada la imposición de un internamiento terapéutico, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse desde el área de Protección de Menores.

2.º Estas medidas terapéuticas (internamiento o tratamiento ambulatorio) pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado supresión o disminución de su imputabilidad, con los límites derivados de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.

3.º El internamiento terapéutico, en tanto tiene la consideración legal de medida privativa de libertad, no podrá exceder en su duración del tiempo ni comportar mayor rigor que los inherentes a la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable.

4.º Cuando el internamiento terapéutico se imponga como consecuencia de la aplicación de una eximente, a la hora de seleccionar un régimen concreto, esto es, cerrado, semiabierto o abierto, habrán de valorarse circunstancias ajenas a las retributivas, tales como el riesgo de fuga, la necesidad de contención, o los requerimientos terapéuticos específicos.

5.º El internamiento terapéutico sólo podrá imponerse en régimen cerrado cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 9.2 LORPM (hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave cometidos con violencia, intimidación o grave riesgo, hechos cometidos en grupo o por banda).

6.º Las previsiones de los artículos 10.1 b) y 10.2 LORPM sobre periodos de seguridad del internamiento cerrado no deben considerarse aplicables al internamiento terapéutico en régimen cerrado.

7.º El internamiento terapéutico en régimen cerrado no podrá ejecutarse en un Centro Penitenciario, ni siquiera en una Unidad Psiquiátrica Penitenciaria.

8.º Es aplicable a los internamientos terapéuticos la previsión del artículo 51.2 inciso primero LORPM, por lo que puede el Juez de Menores cuando hubiera sustituido la medida de internamiento terapéutico en régimen cerrado por la de internamiento terapéutico en régimen semiabierto o abierto, dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento terapéutico en régimen cerrado si el menor evoluciona desfavorablemente.

9.º En el internamiento terapéutico en régimen semiabierto cabrá acordar la suspensión de actividades fuera del centro en atención a la evolución del menor y al cumplimiento de los objetivos previstos. Si la medida se ha impuesto a un menor amparado por una eximente, la suspensión de actividades deberá estar aconsejada desde una perspectiva terapéutica.

10.º No cabe aplicar a los internamientos terapéuticos semiabiertos impuestos en sentencia la previsión del inciso segundo del apartado segundo del artículo 51 LORPM (sustitución por la medida de internamiento en régimen cerrado).

11.º Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico cerrado deben ser autorizados por el Juez de Menores.

Los permisos y salidas en el internamiento terapéutico semiabierto y abierto pueden ser autorizados por Director del Centro de Internamiento o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

12.º Debe entenderse no aplicable al internamiento terapéutico en régimen cerrado el requisito de haber cumplido un tercio de la medida para poder conceder permisos.

En estos casos, si el programa individualizado de ejecución de la medida considera conveniente desde la perspectiva terapéutica la posibilidad de conceder estos permisos antes del transcurso del primer tercio de la medida, será admisible tal concesión.

Del mismo modo, a fin de salvaguardar el núcleo terapéutico de la medida, tampoco deberán entenderse aplicables los topes máximos de días de permiso.

13.º En el internamiento terapéutico cerrado será necesaria la resolución judicial para la revocación de permisos, mientras que para la revocación en los internamientos terapéuticos en régimen semiabierto y abierto habrá de reconocerse competencia al Director del Centro de Internamiento o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

14.º Cuando los medios de contención hayan de aplicarse en relación con menores que cumplen medidas de internamiento terapéutico por razones de salud mental, habrá de entenderse que como regla general deberá preservarse la intervención a través de profesionales sanitarios.

15.º Para aplicar el régimen disciplinario a menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción será necesario que en el propio expediente quede constancia de que ya han superado las circunstancias que les impedían comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión.

16.º Para cumplir una medida de internamiento terapéutico en un centro de internamiento ordinario, éste deberá contar con una Unidad terapéutica autónoma. La posibilidad de ejecutar la medida en centros socio-sanitarios, previa autorización judicial, estará subordinada a la comprobación de que el centro designado sea adecuado para el cumplimiento de los fines terapéuticos de la medida.

Por lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

## CIRCULAR 4/2013 SOBRE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

SUMARIO: I. Introducción.–I.1 Doctrina de la Fiscalía General del Estado. I.2 Régimen jurídico y denominación de las diligencias.–I.3 Principios generales.–II. Recepción de la *notitia criminis*.–III. Práctica de diligencias. III.1 Toma de declaración del investigado. III.2 Otras diligencias.

III.2.1 Ruedas y reconocimientos fotográficos. III.-2.2 Declaraciones testificales. III.2.3 Inspecciones oculares. III.2.4 Diligencias limitativas del derecho a la intimidad. III.2.5 Exhumación de cadáveres. III.2.6 Investigaciones patrimoniales. III.2.7 Entregas vigiladas. III.2.8 Autorización de la técnica del agente encubierto. III.2.9 Acceso a la información de los registros oficiales. III.3 Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal. III.3.1 Entradas y registros. III.3.2 Comunicaciones telefónicas.-IV. Posibilidad de declaración del secreto de las actuaciones.-V. Adopción de medidas cautelares.-VI. Diligencias a instancias del investigado.-VII. Principio de proporcionalidad: plazo máximo y prórrogas.-VIII. Conclusión de las diligencias. VIII.1 Principios generales. VIII.2 Conclusión tras la práctica de diligencias. VIII.2.1 Archivo. VIII.2.2 Formulación de denuncia o presentación de querrela. VIII.4 Remisión de testimonio a autoridades administrativas.-IX. Recursos. IX.1 Recursos contra resoluciones del Juzgado de Instrucción. IX.2 Recursos contra resoluciones del Fiscal.-X. Valor de las diligencias practicadas por el Fiscal.-XI. Personación de perjudicados y ofendidos.-XII. Cuestiones sobre competencia. XII.1 Cuestiones generales. XII.2 Competencia de los Fiscales Superiores.-XIII. Aforados.-XIV. Diligencias de investigación y tutela de víctimas.-XV. Auxilios Fiscales.-XVI. Aspectos Accesorios.-XVII. Tratamiento de las solicitudes de copia de las actuaciones.-XVIII. Diligencias de investigación y relaciones con los medios de comunicación.-XIX. Diligencias de investigación y cooperación jurídica internacional.-XX. Diligencias pre-procesales en ámbitos no penales.-XXI. Conclusiones.

*Diligencias de investigación del fiscal. Concepto y ámbito. Actuaciones previas para investigar si un hecho tiene relevancia penal, que no precisan del aval del Secretario Judicial. Recepción de la notitia criminis por denuncia, tanto de particulares como de organismos o instituciones públicas, por remisión de atestado o por directo conocimiento del Fiscal. Especial referencia a las denuncias anónimas. Incoación de las diligencias mediante decreto de apertura. Contenido. Diligencias que el fiscal puede practicar u ordenar. Diligencias cuya práctica está vedada al Fiscal. Principio de proporcionalidad: plazo máximo -6 meses- y prórrogas. Facultad de instar la práctica de diligencias en descargo del investigado. Resolución de las diligencias. Su conclusión debe realizarse por decreto motivado, tanto cuando se acuerde el archivo como cuando se decrete la presentación de denuncia o querrela. La decisión de archivo en ningún caso podrá equipararse ni en su naturaleza ni en sus efectos jurídicos a la decisión de sobreseimiento del Juez de Instrucción. Irrecurribilidad de las resoluciones del fiscal. Valor de las diligencias del fiscal. Es superior a las practicadas por la Policía Judicial en el atestado, aunque no alcanzan el de las practicadas por el Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial. Deber de notificar la resolución a perjudicados y ofendidos, hayan sido o no denunciantes. Una vez judicializadas las investigaciones y personadas en forma, podrán intervenir en las diligencias y será preceptivo el ofrecimiento de acciones (art. 776 LECrim). Si, por el contrario, el Fiscal acuerda el archivo, podrán reproducir su denuncia ante el Juez de Instrucción. Posibilidad de adoptar medidas en protección de víctimas y testigos en el curso de sus diligencias de investigación. Cuestiones de competencia.*

## INSTRUCCIONES

## INSTRUCCIÓN 1/2013, DE 23 DE JULIO DE 2013, DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO CONCURSAL

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aspectos funcionales. II.1 Ideas generales. II.2 Formación de la sección sexta. II.3 Contenido del dictamen del Fiscal. II.4 Los motivos de culpabilidad. II.5 Procedimiento. II.6 Sentencia. II.7 Otros efectos de la calificación concursal: la cobertura del déficit concursal. II.8 Deducción de testimonio. II.9 Especialidades en casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad. II.10 Medidas cautelares.–III. Aspectos orgánicos.–IV. Conclusiones.

*Pautas de intervención del MF en el procedimiento concursal. Facultades en relación con la pieza de calificación del concurso y formación de la sección (6.ª) de calificación. Absoluta autonomía entre la jurisdicción civil y la penal a la hora de calificar jurídicamente el concurso. Emisión del dictamen y requisitos mínimos: plazo, contenido, razonamiento y documentación sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Especificidades en el dictamen cuando el concurso sea calificado como culpable. Sentencia y efectos de la calificación del concurso. Deducción de testimonio si al estudiar las actuaciones se considera que los hechos pueden tener trascendencia penal y actuaciones específicas del MF en el ámbito del proceso penal para con los acreedores. Medidas cautelares. Aspectos orgánicos y competenciales. Como regla general, se atribuye el despacho del dictamen en estas piezas a los Fiscales asignados a las Secciones de lo Civil, debiendo actuar en coordinación con los Fiscales de las Secciones de Delitos Económicos. Excepcionalmente, a las Secciones de Delitos Económicos, poniéndolo en conocimiento de la Fiscalía General del Estado. El Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del TS como Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General coordinará la intervención de los Fiscales en los procedimientos concursales, incluso cuando se asignen estas funciones a las Secciones de Delitos Económicos.*

## INSTRUCCIÓN 2/2013, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A ASOCIACIONES PROMOTORAS DEL CONSUMO DE CANNABIS

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión con referencia al marco normativo del derecho de asociación.–II. Posición del Fiscal en el expediente administrativo de inscripción de asociaciones entre cuyas finalidades figure el cultivo de cannabis.–III. El régimen de fiscalización sobre el cultivo de cannabis y la relevancia penal o administrativa de esta actividad.–IV. Los límites del derecho de asociación. Análisis de la entidad jurídico-penal de la actividad declarada en los Estatutos de las asociaciones y averiguación de la efectivamente realizada.–V. Asociación y organización criminal.–IV. Conclusiones.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN CON REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo LODA), estableciendo un régimen general de este derecho compatible con la normativa especial de las modalidades asociativas específicas con relevancia constitucional –partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos (arts. 7 y 28 CE), confesiones religiosas (art. 16 CE), asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE) y organizaciones profesionales (art. 52).

El ámbito de la LODA está limitado a las asociaciones sin fin de lucro, quedando al margen de la misma las sociedades, corporaciones, comunidades, cooperativas o mutualidades, cuyas naturalezas no responden a esta esencia asociativa, sin perjuicio de que les sea de aplicación en aspectos tangenciales en que estas entidades contemplen derechos asociativos que no tengan carácter patrimonial.

El derecho de asociación se desarrolla en la LODA bajo los principios de libertad en la constitución de asociaciones y voluntariedad en la pertenencia a las mismas, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente. Se otorga a las asociaciones personalidad jurídica con plena capacidad de obrar, destacando en este aspecto la posibilidad de establecer su propia organización a través de sus estatutos, así como su inscripción registral.

En desarrollo de este último aspecto, mediante RD 1497/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones (en lo sucesivo RRNA), en el que se establece que el Registro Nacional de Asociaciones estará bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior, radicará en Madrid y tendrá carácter unitario para todo el territorio del Estado (art. 29 RRNA).

En el ámbito competencial de las respectivas Comunidades Autónomas también existen registros autonómicos de asociaciones, estableciéndose en el artículo 50 RRNA la obligación de éstos de comunicar al Registro Nacional de Asociaciones los asientos de inscripción y disolución de las asociaciones de su territorio.

La inscripción registral de las asociaciones tiene carácter meramente declarativo (art. 10.2 LODA), toda vez que para su constitución se requiere únicamente un acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, formalizado mediante un acta fundacional, en documento público o privado. Sin embargo, se establecen ciertos efectos de la inscripción sobre el régimen de responsabilidad de las asociaciones. La falta de inscripción de las asociaciones tiene como consecuencia la atribución personal y solidaria a sus promotores de la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros (art. 10 LODA).

Al amparo del expresado marco normativo se están constituyendo numerosas asociaciones cuya finalidad u objeto declarado en los Estatutos es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 RRNA, estas asociaciones vienen presentando sus Estatutos y demás documentación precisa para su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones o en los registros creados en las Comunidades Autónomas que han aprobado leyes reguladoras del derecho de asociación en sus territorios.

Los órganos administrativos encargados de la gestión de los diferentes registros que reciben solicitudes de inscripción de asociaciones han de dar traslado al Ministe-

rio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente de la documentación presentada al efecto, en los supuestos en que aprecien indicios de ilicitud penal en la constitución (párrafo 1.º) o en la propia actividad (párrafo 2.º) de la asociación, toda vez que el apartado cuarto del artículo 30 LODA, establece que cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada.

La presente instrucción pretende unificar el criterio de los órganos del Ministerio Fiscal ante la recepción de estos traslados o comunicaciones, establecer las actuaciones que deben realizarse para concretar la entidad jurídico-penal de la actividad de estas asociaciones promotoras del cultivo y consumo del cannabis, así como las pautas interpretativas sobre la procedencia del ejercicio de las acciones penales y demás funciones encomendadas en los apartados 4 y 5 del artículo 3 EOMF y artículo 105 LECrim.

## II. POSICIÓN DEL FISCAL EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE INSCRIPCIÓN DE ASOCIACIONES ENTRE CUYAS FINALIDADES FIGURE EL CULTIVO DE CANNABIS

Los Estatutos deben describir de forma precisa los fines y actividades de la asociación (art. 7.1.d LODA).

En virtud de lo dispuesto en el expresado apartado cuarto del artículo 30 LODA, cuando los Estatutos declaran que la finalidad u objeto de la asociación es la promoción del consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios, el Registro Nacional de Asociaciones así como, en su caso, los Registros Autonómicos de Asociaciones suelen apreciar indicios racionales de ilicitud penal y trasladar las solicitudes de inscripción de las asociaciones a la Fiscalía General del Estado o al órgano del Ministerio Fiscal correspondiente al respectivo territorio.

Esta comunicación del Registro en cumplimiento de la transcrita disposición constituye formalmente una denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECrim).

En su virtud, los Sres. Fiscales, una vez recibida la documentación expresada en el artículo 30.4 LODA, deberán, mediante la incoación de las diligencias de investigación penal que autoriza el artículo 5 EOMF, constatar la entidad jurídico penal de la actividad efectivamente realizada por la asociación solicitante.

La posición del Fiscal en el expediente administrativo es muy limitada. No evacua informe previo sobre legalidad o ilegalidad, ni tampoco ha de informar sobre la procedencia o improcedencia de la inscripción por defectos formales o por otras causas. Los Sres. Fiscales se deberán ceñirse simplemente a acusar recibo del expediente con indicación de los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas al efecto.

### III. EL RÉGIMEN DE FISCALIZACIÓN SOBRE EL CULTIVO DE CANNABIS Y LA RELEVANCIA PENAL O ADMINISTRATIVA DE ESTA ACTIVIDAD

Con los términos de cannabis o marihuana, entre otros muchos, se conoce a la planta que contiene diversas sustancias psicoactivas denominadas cannabinoides (principalmente THC o tetrahidrocannabinol).

El cannabis es una sustancia estupefaciente sometida a fiscalización internacional, estando incluidas tanto la planta, como su resina, extractos y tinturas en la lista I de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, en cuyo artículo primero se establece que se entiende por «cannabis» las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

La Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, adaptándolas a lo establecido en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas, atribuye al Estado el almacenamiento y distribución de los productos estupefacientes para los laboratorios, oficinas de farmacia, hospitales y centros distribuidores autorizados para la fabricación de medicamentos o fórmulas magistrales.

La fiscalización de estas sustancias supone que ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción (...), ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización (art. 8.1 Ley 17/1967).

El artículo 22 de la expresada Ley 17/1967, dispone que no se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados. Dicha Ley establece un régimen de sanciones administrativas respecto del incumplimiento de sus normas, sin perjuicio de que la infracción pueda ser constitutiva de delito.

En definitiva, en todo caso se requiere autorización administrativa para el cultivo de cannabis, cuya competencia el artículo 5 de la Ley 17/1967 la atribuía al Servicio de Control de Estupefacientes, así como para la intervención, vigilancia y control de cosechas, almacenamiento, depósito, producción y fabricación de productos o sustancias estupefacientes y sus primeras materias. En la actualidad, el apartado 27 del artículo 7 del Estatuto de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, aprobado por Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, establece entre las competencias de este organismo la de desarrollar las funciones y responsabilidades estatales de inspección y control en materia de tráfico y uso lícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por tanto, en ningún caso es lícito el cultivo de cannabis sin autorización administrativa, aunque sea para uso privado. Por el contrario, dicha actividad será constitutiva de delito contra la salud pública o, en su defecto, de infracción administrativa (arts. 32 y 33 Ley 17/1967).

Tampoco es lícita la tenencia de cannabis aunque no esté preordenada a la transmisión a terceros, toda vez el artículo 25 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, sanciona tal conducta como infracción grave, estableciéndose en el artículo 29 la procedencia de su incautación inmediata.

En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de actividades de cultivo de dicha planta, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Dichas actividades de cultivo de la sustancia estupefaciente podrán tener relevancia penal cuando estén pre-ordenadas a su distribución entre terceras personas, incluyendo en este concepto la difusión entre los integrantes de la asociación investigada.

Sin embargo, la cuestión sobre la relevancia penal de la posesión de drogas presenta un amplio ámbito de interpretación, toda vez que los términos en los que aparece redactado el tipo básico del delito de tráfico de drogas en el artículo 368 de Código Penal, como delito de peligro abstracto, castigando a los que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, determina que los límites de la ilicitud penal en estos casos sean muy sutiles.

Desde una perspectiva basada en la interpretación literal de la norma (art. 368) cualquier conducta (de otro modo) tendente a favorecer el consumo de drogas por terceros incurriría en el tipo penal. Sin embargo, el fenómeno de las drogas tiene numerosas implicaciones, afectando a diversos ámbitos sociales y sanitarios, entre otros.

Por ello el propio Tribunal Supremo ha adoptado fórmulas interpretativas en las que ha tenido en cuenta estas circunstancias, delimitando el rigor del tipo penal y estableciendo como supuestos de atipicidad: el consumo compartido entre toxicómanos (o autoconsumo plural en terminología de la STS núm. 1102/2003, de 23 de julio, también STSS núm. 1105/2003, de 24 de julio; 1254/2006, de 12 de diciembre; 1081/2009, de 3 de abril; 357/2009, de 3 de abril; 171/2010, de 10 de marzo), la entrega gratuita de mínimas cantidades de droga a individuos toxicómanos por personas allegadas (SSTS núm. 527/1998, de 15 de abril; 905/1998, de 20 de Julio; 789/1999, de 14 de mayo; 1653/2001, de 16 Julio; 887/2003, de 13 de junio), el tráfico con pequeñas cantidades (Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 y de 3 de febrero de 2005), de manera que si la droga objeto de tráfico no supera las cantidades establecidas como dosis psicoactiva, no se rellena el contenido de la tipicidad (STS núm. 1913/2009, de 18 de marzo, FJ 1.º en otras muchas).

En relación con el autoconsumo compartido de drogas, las pautas sentadas por la jurisprudencia (*vid.* SSTS núm. 888/2012, de 22 de noviembre, 669/2012 de 25 de julio, 171/2010, de 10 de marzo entre otras) exigen para la falta de relevancia penal de esta conducta los siguientes requisitos: a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, interpretándose «adicto» también como consumidor de fin de semana. b) El consumo de drogas ha de realizarse en lugar cerrado. c) La cantidad de droga ha de ser insignificante como correspondiente a un normal y esporádico consumo. d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. e) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas.

Las conductas de producción o cultivo de cannabis para su ulterior distribución entre los miembros de la asociación puede no encajar dentro de estos límites tan estrechos y entrar en el ámbito de las que se tipifican en los artículos 368 y siguientes. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de promover las correspondientes acciones penales.

#### IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. ANÁLISIS DE LA ENTIDAD JURÍDICO-PENAL DE LA ACTIVIDAD DECLARADA EN LOS ESTATUTOS Y AVERIGUACIÓN DE LA EFECTIVAMENTE REALIZADA

No ofrece ninguna duda que el límite infranqueable de protección del derecho de asociación lo constituye la ilicitud penal de sus objetivos o finalidades.

En este sentido podría plantearse si la actividad de los promotores que pretenden la inscripción de una asociación entre cuyas finalidades figure el cultivo y consumo compartido entre los socios, pudiera incurrir en la conducta tipificada en el artículo 515.1 CP, que define como asociaciones ilícitas las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión (...).

Interpretando este precepto, la jurisprudencia ha considerado que no se consuma cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino que desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (STS núm. 290/2010, de 31 de marzo). La última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución se encuentra en que la actuación sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal (SSTS núm. 765/2009, de 9 de julio; 1086/2001, de 8 de junio).

La simple actividad realizada por los promotores en las fases iniciales de constitución de la asociación, consistente en plasmar en los Estatutos presentados para inscripción registral su objetivo de cultivar cannabis, no colma el tipo de delito de asociación ilícita, que precisaría de otros actos externos relacionados con la finalidad delictiva, como la captación de nuevos miembros, la preparación o ejecución de acciones concretas.

No obstante, conviene precisar que, como se ha indicado *ut supra*, la publicidad constituye el principal efecto jurídico de la solicitud de inscripción de una asociación. Su constitución tiene que haberse producido previamente, por lo que es posible que antes de dicha solicitud de inscripción ya se hayan materializado sus actividades.

Por ello, los Sres. Fiscales en el ámbito de las diligencias de investigación incoadas al efecto deberán practicar las actuaciones necesarias para constatar si la proclamación estatutaria de cultivo de cannabis se ha materializado mediante la actividad efectivamente realizada por las asociaciones que, a través del trámite indicado, pretenden su inscripción en alguno de los registros de asociaciones.

Obviamente cabe decretar directamente el archivo de dichas diligencias cuando los fines o actividades expresadas en los Estatutos se refieran a iniciativas para modificar la legislación vigente en aras de la denominada «legalización» o «despenalización» del tráfico de drogas, así como aquellas relacionadas con la divulgación científica como son los estudios sobre el cannabis o similares, las cuales suponen manifestaciones de la libertad de expresión o del derecho de asociación constitucionalmente protegidos.

Cuando del contenido de los Estatutos se deduzca un objeto o finalidad que pueda tener relevancia penal, los Sres. Fiscales deberán practicar las actuaciones que estimen necesarias, directamente o a través de la policía judicial, dirigidas a la concreción de la actividad realizada por la asociación y a su valoración jurídico penal.

Aunque se presenten diversas solicitudes a la vez, dichas diligencias de investigación penal se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

En los supuestos en los que la asociación efectivamente haya realizado alguna actividad relativa al cultivo de cannabis, se deberá valorar si los hechos y demás circunstancias concurrentes son irrelevantes penalmente o si constituyen alguno de los supuestos tipificados como delitos de tráfico de drogas.

Si del resultado de las diligencias de investigación no deducen elementos acreditativos de que los miembros de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución realizando actividades relativa al cultivo o distribución del cannabis, se deberá estimar que por desistimiento voluntario (art. 16.2 CP) u otras circunstancias, no se

han superado las barreras de protección que establece el Derecho punitivo. Por tanto, procederá el archivo de las diligencias de investigación incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

En los supuestos en que del resultado de la diligencias de investigación o de las realizadas por los órganos jurisdiccionales se evidencien actividades de cultivo de cannabis, pero en atención a las circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales no aprecien entidad penal en tales conductas, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la Subdelegación del Gobierno de la provincia, a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Los decretos que concluyan las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal deberán notificarse al organismo denunciante y a la asociación investigada.

En todo caso, los Sres. Fiscales procurarán que estas diligencias se practiquen con la mayor celeridad, toda vez que hasta que no se produzca resolución judicial firme se encuentra en suspenso la solicitud de inscripción registral.

## V. ASOCIACIÓN Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL

Hay que tener en cuenta que detrás de la apariencia jurídica de algunas asociaciones se pueden ocultar auténticas organizaciones o grupos dedicados a la distribución de drogas, utilizando la cuota social como contraprestación de la sustancia que se recibe de la asociación o realizando cualquier otra conducta de similar entidad.

Cuando se acredite que dicho revestimiento jurídico es utilizado para disimular la efectiva realización de delitos de tráfico de drogas podrá ser de aplicación la tipicidad de organización o grupo criminal, definidas en los artículos 570 bis y ter CP, a cuyo tenor, la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, ha de ser considerado como organización criminal (art. 570 bis CP) o grupo criminal en el caso de que dicha agrupación no reúna alguna o alguna de las características de la organización criminal (art. 570 ter CP).

Los supuestos concursales que se produzcan deberán ser resueltos conforme al principio de alternatividad establecido en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 570 quáter y artículo 8.4.<sup>ª</sup> CP. Las Circulares de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales y núm. 3/2011, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores, se refieren a diversas cuestiones jurídicas derivadas de estos supuestos.

## IV. CONCLUSIONES

Primera. El traslado de la documentación al Ministerio Fiscal establecido en el apartado cuarto del artículo 30 LODA, tiene el carácter legal de denuncia, a la que deberá darse el curso procesal correspondiente (art. 269 LECRIM).

Segunda. Recibida la documentación a la que se refiere la conclusión anterior, los Sres. Fiscales incoarán diligencias de investigación penal (art. 5 EOMF), dirigidas a concretar la efectiva actividad de la asociación solicitante de inscripción registral. Estas diligencias se incoarán individualizadamente, una por cada asociación.

Tercera. La actuación del Ministerio Fiscal en el expediente administrativo de inscripción registral de asociaciones se ciñe a acusar recibo de la denuncia haciendo constar los datos de identificación de las diligencias de investigación incoadas.

Cuarta. Si la asociación estuviera realizando actividades de cultivo de cannabis y distribución entre sus socios deberán realizarse las actuaciones complementarias que se estimen procedentes conducentes a la presentación de denuncia o querrela ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que se sobrepasen los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la atipicidad del autoconsumo compartido de drogas.

Quinta. En los supuestos en que la asociación no haya desplegado actividad alguna en relación con el cultivo o distribución del cannabis, si no concurren otros elementos de los que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado de la mera ideación a la ejecución, se deberá estimar que no se han superado las barreras de protección que establece el Derecho penal. Por tanto, los Sres. Fiscales procederán a decretar el archivo de las diligencias incoadas al efecto, haciendo constar expresamente en el correspondiente decreto que tal resolución está referida exclusivamente a las actuaciones realizadas en relación con la solicitud de inscripción registral de la asociación y que cualquier actividad ulterior de cultivo o distribución de cannabis podrá dar lugar a nuevas actuaciones de carácter penal.

Dicho decreto se notificará a la representación de la asociación investigada y al Registro correspondiente.

Sexta. En todo caso, el cultivo de cannabis, así como la posesión de esta planta o de sus derivados, aunque sean para uso privado, constituyen actividades ilícitas, salvo que se cuente con las correspondientes autorizaciones administrativas. En su virtud, cuando los Sres. Fiscales no aprecien relevancia penal en el ámbito de sus propias diligencias o en el de las realizadas por los órganos jurisdiccionales respecto de dichas actividades, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonio para su remisión a la correspondiente Subdelegación del Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

En razón de lo expuesto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones se atenderán en lo sucesivo al cumplimiento de las prescripciones contenidas en la presente Instrucción.



# BIBLIOGRAFÍA

## Revista de Libros

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago: *La prisión abierta. Nuevo régimen jurídico*. Edisofer. Madrid, 2013, 530 páginas

### I

El régimen abierto de cumplimiento penitenciario es tema ciertamente relevante y, en este sentido, destacadas obras de importantes penitenciaristas, como Neuman (1962) o Steffen (1971), en la literatura extranjera, escribieron con sumo acierto al respecto. Pero faltaba, aunque existe un trato más que aceptable de manual o articulista, la obra monográfica definitiva en España, si bien no puede olvidarse la anticipación que supuso el serio trabajo de la prof<sup>a</sup>. Asúa Batarrita (1992). Este vacío es precisamente el que ha venido a rellenar con el presente libro Santiago Leganés, funcionario del Cuerpo Técnico de IIPP, especialidad de jurista, y prestigioso premio Victoria Kent de la Dirección General del ramo, en su primera edición del año 2004 con una gran monografía titulada «La evolución de la clasificación penitenciaria» (Ministerio del Interior, 2005).

Leganés, doctor en Derecho, es un estudioso nato del sistema penitenciario al que ha dedicado su vida profesional. Es de esos funcionarios que no entienden finalice su jornada con la asistencia, dentro de sus competencias, a los reclusos, sino que la prolonga con la investigación científica dando así unos frutos cuantiosos y meritorios, que prestigian a la Institución a la que, con dedicación, sirve. Es aquí donde se inscribe la actual obra que entiendo prácticamente exhaustiva, de redondo contenido e impecables formas.

Dividida en cinco extensos capítulos, poco deja de lado respecto a la regulación actual de la institución de la prisión abierta, si acaso la vertiente histórica como de seguido indicaré. Ello no es obstáculo para entender el trabajo como ejemplar y su cometido, el dar a conocer con profundidad este concreto sistema de cumplimiento de la pena privativa de libertad, modélico.

Pienso que una introducción acerca de la historia de la institución no hubiera estado de más. Todo lo regulado penitenciarmente hoy, tiene sus antecedentes en nuestras benefactoras normativas decimonónicas y en nuestra excelente doctrina del ramo de la época y de entrado el siglo xx. Desde los acortamientos de condena de la gran norma de presidios de 1834 hasta la libertad condicional pensada por Cadalso, pasando por aquella lejana y mag-

nífica libertad intermedia de Montesinos, todo se conjugaba para anticipar excarcelaciones y procurar un retorno más pronto a la vida comunitaria. El régimen abierto es la culminación de un largo proceso de entendimiento del encierro carcelario como un tránsito obligado y necesario hacia la vida que fue. Y todo esto, francamente digno de permanente recuerdo y estudio, se echa de menos en la presente gran obra.

La prisión abierta y su correspondiente régimen, objeto de la investigación, se define por Santiago Leganés, con toda corrección, como «un tipo de vida penitenciaria que se desarrolla en semilibertad en el que se aplican diversos controles a los penados capacitados para vivir en la misma», mencionando de seguido sus evidentes ventajas: garantiza la recuperación social, favorece la salud psíquica y mental del condenado, mejora la disciplina, facilita las relaciones familiares, es menos onerosa para el Estado y posibilita la búsqueda de trabajo, siendo incomparablemente más humana que el resto de las otras modalidades de encierro (p. 492).

Para introducirnos en el conocimiento de la institución, el autor parte de la novedad que efectivamente supuso la vigente Ley General penitenciaria de 1979, legislación expresamente valorada, desde un principio, por Leganés y así, nos dice: «La aprobación de esta ley, supuso un paso definitivo en la incorporación de la legislación española al movimiento internacional de reforma penitenciaria» (pág. 34) y concluyendo, reitera: «Hay que resaltar la importancia de la LOGP que al ser una ley moderna y flexible le ha permitido permanecer vigente durante más de tres décadas», lo que la ha convertido, junto con la Constitución, en «una de las leyes más estables e intocables» hasta las contrarreformas de 2003 (pág. 494).

Al situar el régimen abierto entre los tres que propugna la norma, Santiago Leganés centra su inicial análisis en el sistema progresivo de cumplimiento de condenas en paralelo al de individualización científica señalado en la disposición orgánica (pp. 67 y ss.). La rigidez de antaño desaparece hoy. Por eso, los dos no son contrapuestos. Ya he manifestado por escrito, hace algún tiempo, el por qué de la terminología adoptada en el artículo 72, que refunde nominativamente ambos por su imponente carga histórica, y esta explicación permanece inmutable en el tiempo. De ahí, que pueda entenderse el actual como un sistema mixto de ambos componentes (progresivo e individualización), único en el Derecho comparado, como bien resume el autor, al significar, por un lado, que los países europeos, aunque no concretan el tratamiento, se inclinan por la progresión hacia una mayor libertad, predominando en cambio en los latinoamericanos el sistema progresivo tradicional y, en determinados casos, perfeccionado por el de individualización científica (pág. 508).

Si el planteamiento previo de la regulación legal del tratamiento le parece satisfactorio, el autor rechaza, *ab initio*, la involución que supuso la Ley 7/2003 (pp. 72 y 73), que modifica sustancialmente el ejemplar precepto anteriormente citado, que permitía el acceso al tercer grado con mucha tolerancia, restringiendo ahora su obtención con obstáculos importantes, tales como la entidad del delito cometido, el tener satisfechas las responsabilida-

des civiles dimanantes de del hecho criminal, etc. Otra cosa es cómo, empleando su generosidad histórica, Instituciones Penitenciarias ha salvado algunos de estos inconvenientes que parecían insalvables. Tampoco gusta Leganés del introducido entonces periodo de seguridad (pp. 121 y ss.) que, de nuevo, trastoca el ascenso al tercer grado estableciendo límites temporales antes inexistentes.

De igual forma pero al revés, es decir expresando su gusto por instituciones creadas reglamentariamente, que allanan el camino de los reclusos hacia su libertad, defiende Santiago Leganés el reglamentario principio de flexibilidad (pp. 80 y ss.), que estudia acompañándolo de cuanta jurisprudencia concordante procede, postulado de tanta utilidad actual, que puede ser considerado como verdadero paso, auténticamente intermedio, hacia el régimen abierto, siéndolo ya de manera efectiva en determinados aspectos.

## II

La clasificación en tercer grado es, como no cabe duda, consecuencia del tratamiento. Por eso el autor diferencia, siguiendo la Ley penitenciaria, entre la previa del art. 16 (pág. 62) y la que se regula en el Título III de la disposición. En efecto, la primera es mera distribución que se lleva a cabo al ingreso en el centro. Se trata de una separación elemental, que tiene sus lejanos orígenes en las reformas propugnadas por Howard, y que representa la modernidad carcelaria aplicada con propiedad a los internos preventivos, cuando la cárcel lo era esencialmente de custodia. Pero esta clasificación inicial no es tratamiento. Por el contrario, sí lo es cuanto representa estudio de la personalidad del condenado sin tener nada predeterminado por las condiciones referidas al sexo, edad, primariedad delictiva, etc. del recluso.

Leganés, partidario de la prisión abierta, como nos expresa al proclamar: «no cabe duda de las bondades del régimen abierto como forma alternativa de cumplimiento de la pena privativa de libertad frente a la prisión cerrada y ordinaria» (p. 506), nos ofrece de principio una estadística de internos en tercer grado que comienza en el año 1999 y finaliza en el 2010 (pp. 99 y 100). La escala es positiva, desde el más del 13% hasta los superiores al 15/16% de los postreros años, que es cifra contundente. Como es notorio, después del segundo grado, es el que más se aplica, a infinita distancia del escasísimo porcentaje de condenados situados en primer grado, como se recoge en un cuadro posterior, donde se demuestra solo alcanza en la actualidad el 1,5% no habiéndose superado nunca el 3,6% de hace doce años (p. 401). Ignoro si los números señalados, referidos el régimen abierto, es el conveniente. Únicamente pienso que cuanto más aumente la cantidad de penados en los CIS, dentro de las posibilidades legales, mejor se cumplirán los designios constitucionales y penitenciarios de reinserción social.

Existen dos instituciones que le preocupan al autor y que trata a continuación, en ocasiones sin presidirle el claro acierto de otras ocasiones. Me

parece correcta su inquietud por el aumento a los cuarenta años de cumplimiento efectivo en los supuestos de acumulación jurídica, que enlaza con su certera crítica a la idea de la denominada prisión perpetua revisable, término contradictorio donde los haya, penalidad desconocida materialmente en nuestro acontecer histórico. También es acertada su incursión en el asunto de la clasificación en los casos de terrorismo y delincuencia organizada, sin perjuicio de entenderse que la limitación del acceso al tercer grado de estos delincuentes puede ser razonable.

Pero con lo que no estoy de acuerdo es en considerar que nos encontremos ante un derecho penal o penitenciario del enemigo, en el mismo momento en que la actividad legislativa estatal se endurece, ante unos criminales extremos que ponen en grave peligro el sistema. Personalmente, este concepto no entra en mis planes por todo lo que tiene de peyorativo y de inversión de la carga de la prueba en contra del legislador cuando éste nada tiene que demostrar salvo defender a la sociedad y ajustar sus leyes y reglamentos a los principios democráticos, cosa que se logra cuando nunca se ha impugnado ante el órgano judicial competente ni, en consecuencia, ha obtenido vicio de constitucionalidad, el tratamiento que se aplica a los mencionados delincuentes por muy severo que ello sea. Igual acontece cuando se utiliza machaconamente la terminología de «control», como algo malo o negativo, cuando de la ejecución penitenciaria se trata, siendo precisamente aquél lo que ha de pretenderse con el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Otra cosa es que, como acontece en nuestro penitenciarismo, precisamente por la flexibilidad del mismo, puedan alcanzarse permisos de salida o situaciones de prelibertad, pero eso acontece porque ha existido el denotado «control» previo, que pierde así su carácter eminente represivo como es exclusivamente considerado por esa doctrina.

Las siguientes grandes partes del libro de Santiago Leganés (Caps. III y sigs.) se ocupan de las especialidades del tercer grado, del procedimiento clasificatorio y de las formas legales de aquél. Los supuestos que denomina excepcionales (pp. 263 y ss.) son la edad mayor de los setenta años, la enfermedad grave del condenado o su condición de extranjero, perfectamente estudiados por el autor, así como lo relativo al proceso de concesión (pp. 333 y ss.), dando cuenta de cuanta temática se puede presentar en esta materia, tal como la clasificación inicial, las progresiones o regresiones de grado y los recursos procedentes. El apartado dedicado a las formas de cumplimiento en medio abierto (pp. 399 y ss.) es, en verdad, muy completo. Tanto los CIS, las secciones abiertas o las unidades dependientes, cuanto las extrapenitenciarias, conforman un panorama amplio de posibilidades de elección de llevar a la práctica el sistema abierto de cumplimiento. A ellos se añaden ahora los medios telemáticos (pp. 438 y ss.) que inciden en otra moderna solución frente a la prisión cerrada.

Finaliza el importante texto de Leganés con un repertorio bibliográfico muy extenso (pp. 511 y ss.), que recoge las publicaciones más importantes del tema. Si acaso, una pega. No todos los libros y artículos recopilados se encuentran citados en el correspondiente pié de página. Si efectivamente han

sido leídos, lo cual no debe dudarse por la propia seriedad académica del autor, deberían haber sido incorporados como soporte del texto. Al no haberlo hecho, la relación postrera es más completa que las innumerables notas.

Cualquiera que vea el panorama legal y reglamentario prisional trazado, adornada su investigación con una orientación no sectaria y con buena fe, convendrá en la bondad de un sistema penitenciario, cual es el español desde la Ley General penitenciaria, ciertamente modélico en atención a la más correcta naturaleza de la pena privativa de libertad, que no es otra que la prevención especial resocializadora, y que ya no se trata de un mero objetivo escrito en la norma. En mi criterio, es una realidad alcanzada y de manera superior a cuantas naciones contemporáneas ahora lo efectúan, pues el interés y las realizaciones al respecto de éstas no es mínimamente comparable con la nuestra en aspectos determinantes como la inversión en establecimientos, el garantismo de su aplicación y la benignidad de muchas de sus características.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel: *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*. Universidad de Jaén/Dykinson. Madrid, 2013, 485 páginas

## I

El presente es un libro sobre la evolución de nuestro Derecho penitenciario sencillamente excelente. Puedo decirlo porque la mayor parte de mi vida científica a ello se ha dedicado y porque sé detectar en las páginas de una obra el trabajo limpio y serio. Mis discípulos han escrito al respecto investigaciones inolvidables, en especial las de Enrique Sanz Delgado, y a las mismas se suma ahora este trabajo del que no tengo empacho alguno en colocar a su lado. Es cierto que la perspectiva es más de Historia del Derecho, especialidad de la autora, es decir contextual y de análisis bibliográfico (pp. 22 y 23), que de estricto Derecho penitenciario, de centrarse en la exégesis de la legislación del ramo, pero la calidad de su contenido es inmejorable y perfectamente aprovechable para la ciencia penal.

La prof<sup>a</sup> Ramos Vázquez es doctora en Derecho y en Historia y Titular de la asignatura de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Jaén. Su obra, sin conocer a la persona, ya había despertado mi sincero interés intelectual. En efecto, fui jurado cuando obtuvo brillantemente el Premio Victoria Kent, en la convocatoria de 2007, alcanzado con su libro «Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles» (Ministerio del Interior, 2008) y me congratuló en exceso su artículo «La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho» (AHDE, 2012, pp. 471 y ss.). Pude advertir enseguida que nos encontrábamos ante una investigadora penitenciaria de fuste, rigurosa y técnica, que no atendía a los cantos de sirena, ignorantes y sesgados, de la crítica por la mera crítica; que, por el contrario, conocía el permanente esfuerzo nacional por hacer mejores nuestros lugares de encierro y que sabía exponerlo con meridiana claridad.

Y es que de esto último trata precisamente esta importante obra cuyo enunciado ya nos anticipa su esencia: el estudio de la reforma penitencia, una constante en cuantas iniciativas se abordaron en la época analizada, transformación progresiva y entusiasta de un sistema que, a diferencia de otros contemporáneos, no nació excesivamente lastrado por el ejemplo norteamericano.

No puedo ocultar que este trabajo ha colmado mis expectativas científicas como atento lector. Yo, que ya he dicho que prefiero releer, dada la poca calidad y el sectarismo de muchas de las publicaciones actuales acerca del tema penitenciario español, he recorrido con deleite esta obra y, patrimonio de las grandes indagaciones, he tomado nota de la misma y aprendido de ella.

## II

Dividida en nueve capítulos, creo que la monografía a su vez podría diferenciarse en dos grandes partes: la que trata de la transformación humanista del Derecho penal y la presencia de los modelos importados (Capítulos I-III) y la que se refiere a la reforma auténticamente carcelaria del siglo XIX, prolongándose al primer tercio del XX (a partir del Capítulo IV). La autora extiende su investigación hasta el periodo republicano y la figura de Victoria Kent. Mis publicaciones y las por mí dirigidas, profusamente manejadas en este texto, cortan antes. El Decreto de 5 de mayo de 1913 es el límite temporal fijado en mi metodología por entender que aquí finaliza el asentamiento del nuestro Derecho penitenciario, tomando como base el sistema progresivo, así definitivamente consagrado. Un año después, con la libertad condicional, la carta que se guardaba en la manga, podríamos coloquialmente decir, el gran Cadalso, se culmina la tarea. Pero todo es discutible y en nada distorsiona la ampliación que propone la autora en la obra presente. El franquismo y la transición democrática con la Ley General penitenciaria, que retoma el ritmo de las reformas emprendidas secularmente en este concreto campo (pág. 459) no es materia del estudio de la prof.<sup>a</sup> Ramos Vázquez, aunque es muy capaz de presentarnos en un futuro, con la misma corrección, este postrero aspecto del asentamiento del profundo cambio penitenciario operado.

Ya he dicho que la profesora de Jaén conoce perfectamente, por profesión y dedicación, la historia. Por eso trata en primer lugar de la evolución que experimenta el Derecho punitivo con la irrupción del Iluminismo en el siglo XVIII. De la obra de Beccaria todo parte, pero Isabel Ramos centra su mirada en Lardizábal que es lo que a nuestro país importa (pp. 126 y ss.) y lo hace con excelente puntería. Con anterioridad, ha recogido las formas de penalidad propias del periodo y todo ello cuando no existía un sistema propiamente carcelario. El utilitarismo (pp. 28 y ss.) prima sobre cualquier otra consideración: galeras, minas o arsenales ocupan el centro del castigo. Aquí la descriptiva frase del gran Salillas tiene su acomodo: el preso ha sido así, escribió el maestro, remero, minero y bombero. Después vendrán los establecimientos propiamente de encierro como los presidios de hombres y mujeres. Y como destacada especialista, cuando tiene que diseccionar el movimiento reformador, lo hace deteniéndose en los Códigos penales del momento: los del 1822 y 1848, en sendas e ilustrativas páginas, encuadrados en la época en la que extienden su vigencia (pp. 150 y ss. y 261 y ss.).

Cuando la autora tiene que adentrarse en la etapa decimonónica ha de hacerlo necesariamente, además de citar valiosos antecedentes militares, comenzando por la gran Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 que, como se nos recuerda con pleno acierto, «haciendo gala de su importancia» (p. 167) dio lugar a la primera colección legislativa de presidios y casas de corrección. No escatima valores la prof.<sup>a</sup> Ramos Vázquez a este monumento legal de prolongada vigencia de casi un siglo. Nadie que haya estudiado nuestra historia puede marginar el antecedente y no otorgarle su

incuestionablemente mérito. Al igual que dejar de apreciar la Ley de 1849 (pp. 274 y ss.) breve texto, en el fondo, más administrativo que penitenciario, pero que viene a separar para siempre las prisiones civiles de las militares. Finaliza este trascendental apartado con la mención de la creación del cuerpo de empleados de establecimientos penales, en 1881, obra del ministro Venancio González, que cierra el círculo de la adscripción de la competencia organizativa de las prisiones y la presencia en los establecimientos de funcionarios especializados (pp. 363 y ss.).

Al profundizar en el siglo xx se estudia en la presente obra, con suma corrección, la normativa correspondiente, es decir los Decretos de 1901, 1903 y 1913 (pp. 395 y ss.), así como la traslación de los presidios africanos (pp. 404 y ss.). Nada indica más la controversia entre cadalsianos, es decir partidarios de Cadalso y salillistas, seguidores de Salillas, que este devenir legislativo. De nuevo, Enrique Sanz toma aquí la palabra, como lo acaba de hacer Jorge Alberto Núñez en su tesis doctoral vallisoletana, en prensa, dedicada al reformador madrileño.

La primera de las disposiciones mencionadas establece el sistema progresivo, consagrado en la posterior y capital disposición del 13. Cadalso ha impuesto de esta forma su autoridad, que la ejerció desde que, prácticamente, tuvo mando efectivo en los establecimientos o, desde luego, en el centro directivo y no únicamente hasta su jubilación, en 1927 (p. 422), pues todavía recuerdo directamente, en mi etapa de Director General de Instituciones Penitenciarias, como era seguido y aún venerado su pensamiento por muy buenos funcionarios de los que la reforma penitenciaria en ciernes se sirvió.

Más modestamente, como él era, y en contraposición a la precedente, la idea individualizadora de Salillas se cuele, he dicho en otra ocasión, en la norma de 1903. Dura poco, pero setenta y seis años después la Ley General Penitenciaria, en su art. 72, le hará justicia uniendo legislativamente («sistema de individualización científica, separado en grados») lo que separó en vida a los dos grandes penitenciaristas hispanos. En cuanto a los presidios africanos, serán desafectados definitivamente. La conferencia de Algeciras, de 1906, pacta el reparto español y francés del Protectorado marroquí y, a su vez, sienta la conveniencia de la supresión de nuestros centros detentivos lo que se consuma un año después. El destino de estos presidiarios a El Dueso vuelve a provocar el enfrentamiento entre Salillas y Cadalso. La nueva prisión de Ocaña se llevará el triunfo final.

Existe una regla de oro cuando se habla del penitenciarismo que, lógicamente, no olvida Isabel Ramos: reconocer a los destacados reformadores que, con su impulso, modifican el sistema. Como no podía ser menos, la profesora de Jaén, ha profundizado en la tarea carcelaria de Montesinos (pp. 250 y ss.) y en las obras de Concepción Arenal (pp. 310 y ss.), Fernando Cadalso o Rafael Salillas (pp. 328 y ss.), entre otros menos relevantes, concediendo a todos su correspondiente importancia. En efecto, sin estos nombres magníficos poco se hubiera podido avanzar. El régimen progresivo de cumplimiento de las penas privativas de libertad, acortando las condenas, del comandante de Valencia; el pietismo, comprensivo con las desesperanzas, de

la segunda; la inspiración de los Decretos de 1901 y 1913 o la libertad condicional del tercero y el principio de individualización del tratamiento del citado en último lugar, conforman lo mejor de nuestra historia carcelaria moderna. La narración que de sus méritos se lleva a cabo en la presente monografía es escueta pero precisa, con el reconocimiento propio de la persona que sabe lo que dice y escribe, con el respeto de la buena científica hacia los próceres del penitenciarismo español.

Como apunte postrero, la prof.<sup>a</sup> Ramos Vázquez estudia la legislación primorriverista y, con mayor interés, la reforma republicana, fundamentalmente de la mano de Victoria Kent (pp. 427 y ss.). Bien recogida la breve pero intensa tarea de la Directora General, siempre queda la duda de por qué no se abordó *ex novo* un nuevo Reglamento penitenciario y, en cambio, se optó por adecuar al momento histórico el que se encontró, por el socorrido procedimiento de la Órdenes Circulares, manteniéndose así la vigencia de los de 1928 y 1930. Nunca entendí esta dejación. Quizás el pronto cese en sus funciones de la mencionada Directora propició el abandono de la idea si es que la hubo. Lo cierto es que la II República promulga una nueva Constitución y un nuevo Código penal y, en cambio, permanece muda ante el mundo penitenciario. Su impronta reformadora debería haber figurado en las bibliotecas como un ordenamiento completo y no como una colección de disposiciones deslavazadas.

Las abundantes y atinadas notas a pié de página y el ejemplar catálogo de fuentes y bibliografía (pp. 461 y ss.) ponen punto a final a este trabajo de Isabel Ramo Vázquez meritorio por demás. Su interpretación y exposición de la historia penitenciaria española y de su constante reforma se asemeja a la que, efectivamente, personalmente practico y en la que, lógicamente, creo. Sin atender los argumentos de quienes nada saben ni valoran de nuestro acontecer. Tal vez por eso mismo, en la bibliografía citada pocas obras y trabajos de esta pretendida corriente se recopilan en comparación con la amplia relación de la relativa a quienes propugnamos un estudio riguroso del pasado y del presente. En esta línea se integra el gran libro de la prof.<sup>a</sup> de Jaén llamado a ser referencia inexcusable de cuantas nuevas investigaciones a partir de ahora se aborden.

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.