

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: 91 111 42 60  
tienda@boe.es

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

**TOMO LXVII  
MMXIV**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2015

<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): 007-15-106-6  
NIPO (M. de Justicia): 051-15-011-7  
ISSN: 0210-3001  
Depósito legal: M-126/1958

---

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

# NECROLÓGICA

## Winfried Hassemer

ELENA LARRAURI

Catedrática de Criminología y Derecho Penal  
Universidad Pompeu Fabra

El Profesor Winfried Hassemer murió el 9 de enero de 2014 a la edad de 73 años. Sus datos biográficos más relevantes son conocidos: catedrático de la Universidad de Frankfurt desde 1973, en 1991 fue nombrado *Datenschutzer* (Comisionado de la Agencia de Protección de Datos de Hessen) y posteriormente en 1996 magistrado del Tribunal Constitucional alemán del cual sería su vicepresidente desde 2002 hasta 2008 (1). Su impacto en Latinoamérica, Europa, y China es visible por los múltiples títulos doctor *honoris causa* que recibe y otros reconocimientos del más alto prestigio (2).

Cuando el profesor Enrique Gimbernat me pidió unas líneas tuve unos instantes de duda antes de aceptar, ya que hablar de la importancia del profesor Hassemer en España no es sencillo, pues son numerosos quienes lo han conocido, conversado con él, invitado a seminarios, publicado sus trabajos y gozado de su amistad. Lo que sigue será en consecuencia mi percepción.

---

(1) Para leer su impacto en algunas sentencias como Magistrado del Tribunal Constitucional <http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/saladeprensa/155-obituario-winfried.html>

(2) Doctor Honoris Causa por la Universidad de Thessaloniki (1981), der Bundesuniversität Rio de Janeiro (2001), Lusíadade Lisboa (2004) Pablo de Olavide de Sevilla (2005), y profesor honorario de la Universidad Renminde China (2005) y del Instituto Nacional de Ciencias Penales en México (2008). En el 2008 recibió la Große Verdienstkreuz mit Stern und Schulterband der Bundesrepublik Deutschland y la die Wilhelm-Leuschner-Medaille, el mayor reconocimiento otorgado por Hessen. Traducción personal de <https://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-001.html>

Más información disponible en inglés en <http://www.hammpartner.de/en/lawyers/prof-dr-dr-h-c-mult-winfried-hassemer.html>

El libro del profesor Hassemer (*Fundamentos del Derecho Penal*, 1984, traducido por los profesores Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo) era un ejemplo de cómo el derecho penal podía no ser «dogmático». En una generación que había padecido el franquismo el hecho de que el derecho penal se tuviera que limitar a la interpretación estricta de las normas jurídicas era profundamente insatisfactorio. El profesor Hassemer nos ayudó en esa tarea con su «derecho penal orientado a las consecuencias» [«Con ello se ha querido expresar que legislación y jurisprudencia están interesadas en las consecuencias fácticas de su actuación y que justifican (legitiman) sus comportamientos en la producción de los resultados deseados y en la evitación de aquellos que se rechazan», p. 34-35], al tiempo que reafirmaba que los principios jurídicos liberales ponían un límite a esas consecuencias.

Fue un defensor del «derecho penal mínimo» («*Kernsstrafrecht*»), y se manifestó en contra de la expansión del derecho penal a aquellos ámbitos alejados de la protección de los bienes jurídicos indispensables para la convivencia social. Popularizó la expresión «la función simbólica del derecho penal» (*Pena y Estado*, 1991) para criticar el recurso electoral al derecho penal, advirtiendo que usar el derecho penal como un instrumento que podía contribuir a resolver lo que eran problemas sociales contribuía a su deslegitimación. Sus ideas tuvieron un protagonismo destacado en las jornadas de *Poder y Control* (1986) organizadas por los profesores Roberto Bergalli y Juan Bustos en Barcelona.

En esta época en España no solo se pretendía mantener a ultranza la separación entre política y derecho, sino también la separación del derecho con otras ciencias sociales, entre ellas la criminología (la cual con sus estudios sobre la realidad del funcionamiento del sistema penal no podía por menos que aportar una mirada más crítica). Eran pocos los penalistas que abrían sus publicaciones jurídicas a estudios de carácter criminológico (entre las excepciones a agradecer, la revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* nunca rechazó un trabajo por ser de criminología) y algunos catedráticos negaban valor a cualquier estudio que no siguiera esos cánones estrictos. En ese contexto la presencia de Hassemer abogando por un derecho penal abierto a las ciencias sociales era un alivio. A Hassemer le interesaba todo. Su libro *Fundamentos del Derecho Penal* es un buen ejemplo. Además a Hassemer se le entendía. Ni sus teorías ni sus palabras eran pomposas, sino claras.

En la época en la que yo fui a Frankfurt (1989-1991) cayó el muro de Berlín y Hassemer estaba fascinado. También era la época de cierto

auge de las ideas abolicionistas, y es conocida la posición de Hassemer señalando que el derecho penal (que representa idealmente la formalización de cualquier castigo) es necesario por las garantías que también obliga a respetar antes de imponer una medida coercitiva. Hassemer participaba cada semana en el seminario que se hacía en la Universidad de Frankfurt (la «*Frankfurter Schule*» del derecho penal). Este seminario semanal al cual acudían todos los catedráticos era un ejemplo de compromiso académico. También era muy importante, me decía, para que la gente joven entendiese que se podía discrepar de cualquier opinión respetuosamente (y seguir siendo amigos). Incluso me acuerdo como anécdota cuan sonriente y orgulloso se mostraba Hassemer y el resto de profesores cuando algún joven criticaba sus opiniones.

Hassemer dirigía además el *Doktoranden Seminar* cada jueves en el que cada doctorando o joven profesor invitado exponía. Recuerdo mi asombro al ver que después siempre iba a tomar una cerveza y a cenar con ellos. Iba quien iba, faltaba quien faltaba. Sin exigencias. Era su forma de socializar con los jóvenes.

Es probable que todos rememoremos además de su tolerancia con todas nuestras opiniones (especialmente las distintas a las suyas, porque sino no tiene mérito), su generosidad. En mi caso ello le llevó a firmar cartas para pedir becas, apoyarme, animarme y realizar una publicación conjunta (*Justificación Material y Justificación Procedimental en el Derecho Penal*, 1997). No creo haber sido la única en beneficiarme de su generosidad, pues recuerdo cómo todos los profesores que pasaban por Frankfurt eran bien acogidos por él.

En el obituario escrito por el profesor Juan Velásquez (3) se recoge la anécdota de un estudiante que recuerda su buen humor. Creo que además de eso le agradecemos su visión positiva de las personas. Generoso con su tiempo y generoso con sus comentarios. Vivió acompañado de su esposa Kristiane Weber-Hassemer, compañera honesta, divertida e inteligente.

Miro para atrás y pienso cuan afortunada he sido de trabajar con estos dos profesores tan semejantes en sus teorías y actitud académica (4). Ambos un ejemplo, que nos esforzamos en seguir.

---

(3) [http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/F/fallece\\_un\\_gran\\_teorico\\_del\\_derecho\\_penal/fallece\\_un\\_gran\\_teorico\\_del\\_derecho\\_penal.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/F/fallece_un_gran_teorico_del_derecho_penal/fallece_un_gran_teorico_del_derecho_penal.asp)

(4) Me refiero al Profesor Juan Bustos, director de mi tesis doctoral.



## SECCIÓN DOCTRINAL

### Autosemblanza (Selbstdarsellung)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal  
Universidad Complutense de Madrid

#### RESUMEN

*El autor realiza una exposición sobre su trayectoria académica y personal, enmarcada en la propia evolución de la universidad española.*

Palabras clave: *Enrique Gimbernat, semblanza, Universidad Española, teoría del derecho penal.*

#### ABSTRACT

*The author elaborates a presentation on his academic career and personal trajectory, framed in the evolution of the Spanish University.*

Keywords: *Enrique Gimbernat, semblance, Spanish University, theory of criminal law.*

#### A. HISTORIA DE UNA AUTOSEMBLANZA

##### I

En 2010, editado por Eric Hilgendorf, se publicó el libro «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen» («La ciencia del Derecho penal de habla alemana en autosemblanzas») (1), libro en el que figuran contribuciones de los siguientes penalistas:

---

(1) WALTER DE GRUYTER, Berlín-Nueva York 2010, XIV + 702 pp.

Günther Arzt, Manfred Burgstaller, Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Hans-Heinrich Jescheck, Günther Kaiser, Diethelm Kienapfel, Karl Lackner, Ernst-Joachim Lampe, Klaus Lüddersen, Werner Maihofer, Wolfgang Naucke, Claus Roxin, Hans-Ludwig Schreiber, Friedrich-Christian Schroeder, Günter Spindel, Günter Stratenwerth, Klaus Tiedemann y Ulrich Weber. Hilgendorf afirma, en la «Introducción» del libro (2), que «no se trata sólo del desarrollo personal y científico de los autores aquí representados; la historia del desarrollo personal está incrustada, más bien, en la historia de la ciencia del Derecho penal en su totalidad, formando parte, con ello, de la historia contemporánea. A la inversa, los acontecimientos de la historia contemporánea influyen en el devenir personal y científico y, de esta manera, encuentran acceso a las autosemblanzas». Compré el libro al poco de aparecer y leí las autobiografías de los profesores que más me interesaban.

Hilgendorf efectuó la selección de los penalistas de habla alemana llamados a escribir sus autosemblanzas entre aquéllos que, al comienzo del proyecto, «habían alcanzado ya los 70 años», concediéndose a los «autores una gran libertad en la conformación y en la extensión de sus textos. La heterogeneidad de los textos refleja la heterogeneidad de las personalidades y de sus estilos y así fue aceptada» (3).

Las autobiografías contenidas en el libro tienen un gran interés, tanto en lo que dicen como en lo que callan, por lo que la obra ha encontrado una buena acogida, no en último lugar porque se le permite al lector especialista asomarse a la vida y a la obra de ilustres profesores de Derecho penal –contadas por ellos mismos (4)–, que hasta ahora sólo eran conocidos por sus aportaciones científicas.

## II

Thomas Fischer es presidente de la Segunda Sala de lo Penal del Bundesgerichtshof (BGH, Tribunal Supremo alemán) y catedrático honorífico de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad de Würzburg. Se trata de un penalista heterodoxo, iconoclasta e inclasificable. Antes de empezar a estudiar Derecho a una edad relati-

---

(2) P. VII.

(3) *Op. cit.*, p. XIII.

(4) La única excepción la constituye Theodor Lenckner: como había fallecido en 2006, su autosemblanza ha sido sustituida por una biografía escrita por su discípulo Edward Schramm.

vamente tardía, incluso para Alemania (a los 27 años), había sido carpintero, músico pop, conductor de camiones y repartidor de paquetería, habiendo iniciado, antes de decidirse por el Derecho, la carrera de germanística, ya que quería ser escritor. En los medios de comunicación, que se ocupan de él frecuentemente, y en los que escribe regularmente, tuvo una gran repercusión la polémica que se desató cuando el presidente del BGH le vetó para la presidencia de la Segunda Sala, por considerar que no era «idóneo» para ocuparla, alegando, entre otras razones, que tres magistrados de dicha Segunda Sala se habían trasladado a otra «porque no podían imaginarse un trabajo conjunto con Fischer». Fischer recurrió a la jurisdicción contencioso-administrativa y, finalmente, fue designado para esa presidencia que actualmente ocupa. Entre los penalistas alemanes el prestigio de Fischer se asienta fundamentalmente en que es el autor del más conocido –y mejor– «comentario breve» (5) del StGB, comentario que cada año es objeto de una nueva edición (6).

### III

1. Todo esto viene a cuento porque en 2011, en el libro homenaje a la que había sido anteriormente también presidente de la Segunda Sala de lo Penal del BGH, Ruth Rissing-van Saan (7), Fischer, con el título «Spuren der Strafrechtswissenschaft. Eine Leseempfehlung» («Huellas de la ciencia del Derecho penal. Recomendación de una lectura») (8), había escrito un artículo dedicado exclusivamente a comentar precisamente el libro editado por Hilgendorf, de quien le hubiera gustado que hubiera indicado por qué eligió precisamente a esos penalistas –y no a otros más (9)– para participar en la obra y por qué no menciona si y, en ese caso, quien o

(5) Aunque tiene, en su última edición, una extensión de nada menos que 2.727 páginas. Pero es «breve», ciertamente, en comparación con los grandes comentarios del StGB como el *Schönke/Schröder*, el *Leipziger Kommentar* o el *Münchener Kommentar*.

(6) FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck'sche Kurz-Kommentare, tomo 10, 58 ed., 2015. Este comentario fue fundado por SCHWARZ, continuado por DREHER y, posteriormente, por TRÖNDLE. Actualmente su autor único es FISCHER.

(7) *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan* (BERNSMANN Y FISCHER eds.), WALTER DE GRUYTER, Berlín-Nueva York 2011.

(8) RUTH RISSING-VAN SAAN-FS, pp. 143-179.

(9) En la p. 146 n. 14 FISCHER relaciona a otros profesores de Derecho penal que también tenían méritos suficientes para haber sido incluidos en el libro de auto-semblanzas.

quiénes fueron invitados a colaborar en el proyecto, pero se negaron a hacerlo (10).

Este artículo de Fischer no siempre es precisamente amable con los penalistas alemanes que han escrito sus autosemblanzas, aunque con algunos (Arzt, Roxin, Spindel y Stratenwerth, por ejemplo) es más benévolo, e incluso laudatorio, que con otros (por ejemplo, con Hirsch) (11). En su artículo Fischer reprocha que muchos de los autores pasen como sobre ascuas por el nacionalsocialismo (12), que, cuando hablan de sus maestros, se refieran a ellos como «“respetados”, “altamente respetados”, “agradecidamente respetados” o “admirados”», sin que, por lo general, se detengan a explicar de dónde viene ese «respeto» o esa «admiración» (13), afirmando que existen indicios de que, en muchos casos –y ello no puede extrañar para quien conozca la Universidad alemana (también la española), de los años 50, 60 y 70 del pasado siglo, aunque resquicios siempre quedan–, esa relación maestro-discípulo se habría canalizado por la «subordinación», la «prestación de servicios» (¿un eufemismo para la «explotación»?) y el «sometimiento» (14).

Fischer critica que en las autosemblanzas domine (15) el «tono medio» y el «miedo al exceso» en la descripción de las propias vidas (16): «ahora murió mi padre; ahora escribí un libro; ahora me casé; ahora accedí a “Privatdozent”» (17), así como una exposición autobiográfica casi idílica de las propias vidas (18), en la que no se mencionan «experiencias de derrotas, motivos de miedo, vivencias de fracaso», ya que «quien trata de exponer su vida como si no hubiera sido una permanente búsqueda de orientación y de nadar contra los propios defectos e inseguridades, con ello, como la vida enseña, pocas veces podrá convencer a sus propios hijos ni, mucho menos aún, al resto del mundo» (19).

La mayoría de los autores describe su plan de vida por el objetivo: «yo también quiero ser catedrático» (20), pero Fischer echa de menos que expliquen por qué precisamente de Derecho penal, una materia

(10) Cfr. *op. cit.* p. 146.

(11) Cfr. *op. cit.*, pp. 152 n. 31, 160 y 166 n. 75.

(12) V. *op. cit.*, pp. 149/150, 151 ss.

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

(14) *Op. cit.*, p. 160.

(15) De ello excluye expresamente a Arzt y a Roxin (cfr. p. 149).

(16) *Op. cit.*, p. 148.

(17) *Op. cit.*, p. 149.

(18) Cfr., por ejemplo, *op. cit. loc. cit.*

(19) *Op. cit.* p. 155.

(20) *Op. cit.*, p. 157.

que se ocupa de asuntos tan dramáticos como del crimen y del castigo (21).

2. En las pp. 166 ss. de su artículo Fischer se ocupa de la relación de los penalistas alemanes cuyas autosemblanzas se recogen en el libro con la revolución estudiantil de 1968, afirmando que, «en retrospectiva, el gratuito desprecio de algunos autores por las demandas de los del 68 tal vez podría haberse atenuado algo» (22).

En Alemania la revolución estudiantil había precedido en el tiempo a las de California y París. Ya en 1967 se registraban en las ciudades alemanas importantes manifestaciones de estudiantes en las calles, produciéndose en una de ellas, en la celebrada en Berlín el 2 de junio de 1967, con motivo de la visita a Alemania del Sha de Persia, la muerte a tiros del estudiante Benno Ohnesorg a manos del policía Karl-Heinz Kurras (probablemente, se trató de un asesinato, ya que, como ha podido comprobarse muchos años más tarde, después de la caída del muro y de la incautación de los archivos de la Stasi, Kurras era un agente de los servicios secretos de la DDR, por lo que no parece descabellado pensar que, al matar a Ohnesorg, cumplía órdenes de aquéllos con la finalidad de incrementar los disturbios antisistema de los estudiantes de la República Federal). La muerte de Ohnesorg, como el atentado contra el carismático líder estudiantil Rudi Dutschke, también en Berlín, el 11 de abril de 1968, quien años más tarde, el 24 de diciembre de 1979, moriría por las secuelas que le habían dejado las balas que dispararon contra su cabeza, contribuyeron a arrojar más leña al fuego de las protestas estudiantiles.

Ciertamente que, como en EE UU y Francia, también en Alemania el movimiento estudiantil tenía, como ejes centrales de la protesta, entre otros, la oposición a la agresión norteamericana en Vietnam y la lucha por la liberación sexual, y que, entre sus ideólogos figuraban, igualmente, Wilhelm Reich, Erich Fromm y Herbert Marcuse (a este último se acudía con tanta frecuencia, como argumento de autoridad, que, en España, cuando esa frecuencia se convertía en monotemática, siempre había alguien que introducía el contraargumento: «¡De Marcuse no se abuse!»).

Pero en Alemania la protesta tenía también su origen en dos motivos adicionales de, por así decirlo, carácter regional: en primer lugar, era el reflejo del conflicto de los hijos con los padres que –salvo heroicas excepciones– habían vivido como adultos la dictadura nacionalsocialista, colaborando esos padres con ella activa o pasivamente y que, en el entorno familiar, habían cubierto con un manto de silencio qué

---

(21) Cfr. *op. cit.*, pp. 157/158.

(22) *Op. cit.*, p. 169.

es lo que habían hecho o dejado de hacer durante los negros años del régimen hitleriano; y, en segundo lugar, en Alemania las protestas estudiantiles tuvieron también, como uno de sus objetivos principales de combate, la estructura férreamente jerarquizada de la Universidad de los Ordinarien, objetivo este último genuinamente alemán de la revuelta de los estudiantes, y en el que figura la fecha del 9 de noviembre de 1967 como la que marca un antes y un después, a partir de la cual la Universidad alemana ya nunca volvió a ser la misma.

El 9 de noviembre de 1967, en el Audimax de la Universidad de Hamburgo, tenía lugar el relevo del antiguo rector Karl-Heinz Schäfer por el nuevo, Werner Ehrlicher, vistiendo ambos las espectaculares galas de las vestiduras académicas alemanas, mucho más ostentosas que las españolas, que consisten simplemente en colgarse al cuello, sobre la toga con puñetas y la muceta de doctor, la medalla de catedrático o de profesor titular, cubriéndose la cabeza con el birrete reglamentario. Encabezaban la procesión universitaria el rector saliente y el entrante, y delante de ellos se colocaron dos estudiantes que desplegaron una pancarta de tela negra con una frase escrita en letras blancas. Lo cómico de la situación residía en que el público asistente sí que podía leer la frase escrita en la parte anterior de la pancarta, mientras que Schäfer y Ehrlicher, de espaldas a dicha pancarta, no podían ver el texto que les precedía, por lo que siguieron avanzando presidiendo la comitiva. Aquella frase, que ha hecho historia, rezaba: «Unter den Talaren Muff von 1000 Jahren» («Debajo de las togas hedor a moho de 1000 años») (23). A partir de entonces, y durante muchos años, desaparecieron las ceremonias solemnes de las universidades alemanas, por el temor de los catedráticos a que sus galas sirvieran de pretexto para ridiculizarles. (Con motivo de mi nombramiento como doctor honoris causa por la Universidad de Munich, en 1999, a Bernd Schünemann, que fue quien me invistió con el título honorífico, en una sala adyacente, y antes de iniciarse la comitiva hasta la Grosse Aula de la Universidad, que es donde iba a celebrarse la ceremonia, le costó Dios y ayuda, y una eternidad, revestirse con los complicadísimos atributos y ornamentos de decano de la Facultad de Derecho, confesándome que los había sacado del baúl de los recuerdos donde reposaban desde hacía muchos años sin ser utilizados. En cualquier caso, y a pesar de los «Talaren», y posiblemente porque ya había pasado mucho tiempo desde aquel 16 de noviembre de 1967 en la Universidad de Hamburgo, en la ceremonia no se registró ningún incidente).

---

(23) Quien desee ver alguna imagen de aquella esperpéntica situación no tiene más que teclear en Google esa frase alemana.

Pero a lo que iba: coincido con Fischer en que la revolución estudiantil del 68 no sólo –pero sobre todo, en Alemania: ¡quién la ha visto y quién la ve!– ha supuesto, para bien, una transformación de la sociedad y de sus valores como pocas otras revoluciones del siglo xx. Pero me parece demasiado pedir una actitud comprensiva para ella por parte de quienes fueron precisamente una de sus principales víctimas: los catedráticos alemanes (24); especialmente, los de Derecho penal, ya que para aquellos revolucionarios ese Derecho era la máxima expresión de la represión y de la estigmatización y lo único que había que hacer con él era «abolirlo» (25).

3. Fischer, que encabeza su artículo con una cita de Kafka, se sorprende de que, a pesar de que la mayoría de los penalistas incluidos en el libro confiesa su devoción por la literatura, ninguno de ellos menciona para nada a este escritor (26), a pesar de que algunas de las obras del doctor en Derecho Franz Kafka están enmarcadas dentro de una atmósfera jurídica y, precisamente, juridicopenal. No albergo ninguna duda de que la obra de Kafka, como afirman los expertos –entre ellos, mi admirado crítico literario Marcel Reich-Ranicki–, es una de las cumbres, no sólo de la literatura en lengua alemana, sino, en general, de la literatura universal. Pero tal vez a mis colegas alemanes les haya sucedido lo mismo que a mí: que, a pesar de que en muchas ocasiones he iniciado la lectura de los escritos de Kafka –cuyas obras completas se encuentran en una de las estanterías de mi biblioteca–, el aburrimiento que se iba apoderando de mí me ha impedido siempre leerlos hasta el final.

4. Las críticas de Fischer a los catedráticos alemanes que han escrito sus autosemblanzas hay que tomarlas, sin embargo, *cum grano salis*, porque a veces me asaltan dudas sobre su imparcialidad.

Independientemente de que las vidas de esos catedráticos han discurrido sin sobresaltos, al menos en apariencia, por una senda tan abu-

---

(24) No se libraron de sus furibundos ataques ni siquiera profesores tan intachables como el liberal ROXIN o el izquierdista ADORNO: cfr. GIMBERNAT, ADPCP 2011, p. 7.

(25) En el verano de 1969, durante una estancia de estudios en el Instituto Max Planck de Friburgo, fui testigo de los ataques personales y de las pintadas que tuvo que soportar JESCHECK, un profesor ciertamente conservador, pero también un demócrata por encima de cualquier sospecha. Precisamente en aquel verano, e influido por –y compartiendo en una gran medida– los principios de la revolución de 1968, escribí mi artículo: «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en el que trataba de hacer compatibles dichos principios con una fundamentación racional del Derecho penal –del que, como acabo de indicar, los ideólogos más extremos del 68, irrealistamente, proponían su abolición– y de la dogmática que le interpreta.

(26) Cfr. *op. cit.*, p. 158 n. 51.

rrida, previsible y reglamentada como es la de la carrera académica en Alemania, en contraste con la mucho más aventurera e interesante de Fischer (cfr. supra 2), lo que no sé si ha generado en éste una sensación de superioridad sobre aquéllos, o de envidia, o de ambas cosas a la vez, independientemente de todo ello, a lo largo del artículo se hace referencia en varias ocasiones a la tensa relación que existe en Alemania –y que no tiene correspondencia en España– entre magistrados (27) y profesores universitarios (28), dedicando Fischer un apartado especial a la relación entre «jueces y científicos» (29). Los jueces son los que crean «herstellen») el Derecho (30), mientras que los dogmáticos carecen de ese «poder» (31), son «impotentes en la práctica» (32), lo que supone para estos últimos una «herida narcisista» (33), «herida narcisista» que también sufren los jueces, a su vez, cuando en los comentarios críticos de los académicos a sus sentencias les sugieren que no alcanzan «el nivel de discusión de la dogmática juridicopenal elaborada por la teoría del Derecho penal» (34).

5. En una entrevista publicada en el Bonner Rechtsjournal (35), a la pregunta de si, con su artículo, ha provocado el enfado de algunos catedráticos, Fischer responde que, «sorprendentemente, algunos de los aludidos directamente han reaccionado sintiéndose ofendidos, mientras que otros lo han hecho de una manera muy positiva. He recibido muchas cartas sobre este artículo. Es evidente que quien se siente directamente afectado reacciona de una manera distinta porque tiene una visión mucho menos objetiva de la quien no se siente afectado», insistiendo en que «hay que plantearse la pregunta de por qué los representantes de esta ciencia nos tienen que contar que se les daba muy bien el latín o que casi nunca han cometido un error», concluyendo la entrevista con esta frase: « Me ha parecido muy interesante

(27) Ciertamente que también FISCHER es catedrático honorífico («Honorar-professor») de la Universidad de Würzburg; pero esta categoría de catedráticos no-funcionarios de la Universidad ha sido creada, por lo general, para personas que –sin haber recorrido las diferentes etapas que exige la Universidad alemana para alcanzar una cátedra– desempeñan su profesión principal en la praxis y que imparten la docencia –muchas veces sin retribución alguna– como una actividad secundaria.

(28) «... una vida de catedrático en la ciencia del Derecho penal... es posible sin haber visto nunca una prisión por dentro o un delincuente real de cerca» (FISCHER, *op. cit.*, pp. 174/175).

(29) Cfr. *op. cit.*, pp. 176-179.

(30) *Op. cit.*, p. 176.

(31) *Op. cit.*, p. 178 n. 106.

(32) *Op. cit.*, p. 178.

(33) *Op. cit.* loc. cit.

(34) *Op. cit.* loc. cit.

(35) BRJ 1/2012, pp. 14/15.

la discusión [sobre mi artículo]. De las muchas cartas recibidas y del intercambio de correspondencia se podría volver a hacer un pequeño libro que sería muy instructivo. Pero ciertamente que no lo voy a hacer».

#### IV

Creo que fue en otoño de 2011, dentro del marco de unas Jornadas en memoria de Hans-Heinrich Jescheck, organizadas por el Instituto Max Planck de Friburgo, cuando, en uno de los actos programados con ese motivo, compartí mesa, en el transcurso de una cena, con Eric Hilgendorf, quien me indicó que, a la vista de la buena acogida que había tenido el libro de autosemblanzas de los catedráticos de lengua alemana, estaba preparando, también como editor, uno semejante en el que se recogerían las autobiografías de profesores extranjeros (de habla no alemana) de Derecho penal que hubieran tenido relación con la ciencia germana, invitándome a participar en el proyecto, invitación que agradecí y que acepté. Esa invitación se formalizó mediante un correo electrónico que Hilgendorf me dirigió en abril de 2012.

En cuanto me fue posible sacar algo de tiempo libre, me puse manos a la obra, leí las autosemblanzas de los profesores alemanes que me había saltado cuando compré el libro, releí las que ya conocía y, una vez concluida esa tarea, leí también por primera vez el artículo de Fischer.

Como expongo en la autosemblanza que figura a continuación, si es que alguien tiene el tiempo y la curiosidad de leerla, pertenezco a una generación de catedráticos españoles que inició, encontrando continuidad en sus discípulos y en los discípulos de sus discípulos, la transformación de la ciencia penal patria hasta conducirla al rango de excelencia de la que hoy goza, indiscutida e indiscutiblemente, a nivel universal. El acceso a la Universidad con la categoría de funcionarios de esa generación se inicia en el siglo pasado con las oposiciones a cátedra de 1963, en las que obtiene plaza Juan Córdoba y Marino Barbero, y termina con las oposiciones (esta vez a profesor agregado) de 1970 que ganamos Antonio Beristain y yo, habiendo ingresado como profesores numerarios el resto de esa generación en las oposiciones intermedias de 1965, 1967 y 1969: no son todos lo que están, pero sí están todos los que son. De las circulares dirigidas por Hilgendorf a los autores españoles que iban a participar en el libro –los destinatarios no figuraban ocultos– deduje, tal vez erróneamente, que yo era el único miembro de esa generación, a la que antes me he referido, que iba a escribir una autosemblanza: algunos de esos miembros, des-

graciadamente, habían fallecido ya y los restantes, posiblemente, bien no disponían de tiempo para hacerlo, bien pensaron que el proyecto no era lo suficientemente atractivo, bien simplemente no tenían ganas de contar su vida.

Como Hilgendorf sugería que en las contribuciones se tratara la «propia biografía personal y científica» y, además, «las conexiones con la historia contemporánea», decidí que mi autosemblanza debería levantar acta, antes de que falleciera el último miembro de mi generación, de cómo era la España que nos tocó vivir y de cómo era la Universidad española –tan distinta de la actual– en la que se desarrolló nuestra carrera académica. Aunque nací en 1938, en plena Guerra Civil, además de lo que aprendí en los libros tenía muchos testimonios directos –muchas veces transmitidos por catedráticos españoles de Derecho penal mayores, o mucho más mayores, que yo– de lo que había sido la monarquía de Alfonso XIII, la II República y aquella terrible contienda bélica entre hermanos; y del franquismo, en toda su interminable extensión en el tiempo, y porque lo tuve que sufrir en mis propias carnes, no tenía que recurrir a testimonio alguno para establecer esa conexión entre la historia contemporánea de España y mi biografía personal y científica, porque me bastaba yo solo para describir las circunstancias que marcaron a esa generación de penalistas españoles, a la que pertenezco, y que revolucionó la ciencia penal española.

Enfrascado en la redacción de mi autosemblanza –y teniendo en cuenta, aunque, como ya he indicado, sólo *cum grano salis*, las críticas de Fischer a las autobiografías de los profesores de lengua alemana– me olvidé –o me quise olvidar– de que aquella, según las instrucciones recibidas, no podía exceder de 15 páginas escritas a espacio y medio con una dimensión de letra de 12, por lo que, al final, mi contribución alcanzó una extensión de, nada menos, 87 páginas. Como, de acuerdo también con las instrucciones, las contribuciones se podían escribir en la lengua materna, encargándose el editor de la traducción, escribí la autosemblanza en español, reproduciendo en alemán aquellos textos que originariamente se habían escrito en este idioma (y que, en la autosemblanza que se publica a continuación, manteniendo el idioma original, he traducido al español).

En agosto de 2013 envié a Hilgendorf mi autosemblanza, quien, muy amable y cordialmente, después de elogiar mi texto, me indicó que, en esa extensión, no podía incorporarse al libro programado, ya que, de las contribuciones recibidas, la de mayor extensión alcanzaba 25 páginas, por lo que, si se publicaba también la mía, se «destruiría la arquitectura del volumen», preguntándome si podría elegir –de lo que

se alegraría mucho— unas 25 páginas del texto para que esta nueva versión pudiera ser publicada.

Lamentándolo mucho no me fue posible atender la petición de Hilgendorf, porque, teniendo en cuenta la estructura que había dado a mi autosemblanza, fueran las que fueran las 25 páginas que eligiera, están serían difícilmente inteligibles sin tener en cuenta las 62 restantes. La única solución que se me alcanzaba para que mi contribución pudiera incorporarse al libro (36), habría sido la de escribir otra autosemblanza completamente distinta y ni me encontré con fuerzas para hacerlo, ni tampoco me pareció posible, después de haber escrito la primera, condensar en otra nueva el contenido de aquélla.

A continuación publico mi autosemblanza tal como acabé de redactarla el 28 de agosto de 2013, habiendo añadido únicamente —porque la he podido encontrar con posterioridad— la carta que dirigí a Welzel en julio de 1966 (infra B XVII), poniendo al día mis contribuciones publicadas en alemán que figuran al final de este artículo.

## B. AUTOSEMBLANZA

### I

Mi padre, José Gimbernat Serviá, nacido en 1896, a quien no se le daban muy bien los estudios, había abandonado su ciudad natal, Gerona, con 15 o 16 años, trasladándose a Barcelona con la intención de convertirse en un comerciante. En esta ciudad, y como aprendiz, durmió al principio en el mostrador de una tienda de telas hasta que llegó a convertirse en un viajante que representaba productos textiles catalanes. Se vanagloriaba de que con 24 años (en 1920) poseía ya un automóvil, obviamente un instrumento de trabajo para él con el que recorría toda España vendiendo productos de la industria textil catalana, precisamente la industria que había convertido a Cataluña en la región más rica de España. Presumía también ante sus hijos y ante su mujer, muchos años después, cuando la compra de un automóvil empezó a convertirse en un fenómeno de masas, y ya que poseía uno de los permisos de conducción más antiguos de España, y probable-

---

(36) Que actualmente se encuentra en preparación y que aparecerá en marzo de 2016: *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts* («La ciencia extranjera del Derecho penal en autosemblanzas. La recepción internacional del Derecho penal alemán») (Hilgendorf ed.).

mente con razón, de ser un gran conductor, cualidad que ciertamente no he heredado de él, aunque compenso mis pobres habilidades extremando la precaución cuando estoy al volante de un coche. A principios de los años 30 del pasado siglo mi padre consiguió una representación fija en Madrid de una empresa textil catalana, así como de otra que fabricaba pieles para guantes, lo que hizo posible que abandonara la agotadora y nómada vida de un viajante de comercio para instalarse definitivamente en la capital de España. Según me contó mi madre, Ana Ordeig Salas, nacida en 1903, a quien ahogaba la vida provinciana y beata de su también ciudad natal Gerona, a finales de 1934 o principios de 1935 vino a Madrid –tal vez era la primera vez que salía de Cataluña–, acompañada de su amiga Carmen Gimbernat, hermana de mi padre, instalándose ambas durante unos diez días en el piso de mi padre en Madrid, dedicándose éste durante aquellos pocos días a mostrar a su hermana y a mi madre la capital de España. Una vez finalizada la visita, mi padre acompañó a las dos mujeres a la estación de ferrocarril para que tomaran el tren de regreso con destino a Gerona, despidiéndose de ellas. A los pocos minutos de abandonar el tren la estación de Madrid, mi madre se quedó atónita al encontrarse con que mi padre –que supuestamente se había quedado en Madrid– viajaba en el mismo tren, comprendiendo mi madre inmediatamente que la única razón que podía explicar la presencia de aquel inesperado compañero de viaje era la de que quería pedirla en matrimonio, un flechazo que posiblemente ya había adivinado mi madre durante su estancia en Madrid. No me extraña para nada el impacto que mi madre provocó en mi padre y que explica el fulminante amor a primera vista que éste experimentó: a pesar de que mi madre tuvo que abandonar el colegio cuando sólo era una niña, a causa de la temprana muerte de mi abuela materna, que falleció cuando aquélla sólo tenía 12 años, con lo que tuvo que dedicar su tiempo a aprender lo necesario para convertirse en una excelente ama de casa y en una fantástica cocinera, a fin de atender a sus dos hermanos pequeños y a mi abuelo, no obstante esa falta de estudios, mi madre era una mujer de una personalidad arrebatadora, poseedora de una gran inteligencia crítica, de una extraordinaria simpatía y con una conversación tan amena que uno podía pasarse horas escuchando las cosas que contaba y que se le ocurrían. Aunque los dos habían nacido en Gerona, mis padres no se habían conocido en esa ciudad, que mi padre –siete años mayor que mi madre– había abandonado tan pronto, pero esos diez días que estuvieron juntos en Madrid bastaron para que mi padre cayera rendido a sus pies.

Se casaron en septiembre de 1935 y el 25 de julio de 1936 –exactamente una semana después del estallido de la Guerra Civil española– venía al mundo, en Madrid, mi único hermano, José Antonio.

## II

Los países democráticos, arrastrados por la appeasement policy del Reino Unido, que querían evitar a toda costa una guerra contra la Alemania nazi, llegaron a un Acuerdo de No-Intervención en la Guerra Civil española. Pero mientras que esos países democráticos (fundamentalmente Reino Unido, Francia y EE. UU.) dejaron desamparado al Gobierno también democrático de la República, respetando escrupulosamente el Acuerdo, no sucedió lo mismo con las potencias fascistas, con Italia, Portugal y, especialmente, con Alemania (Legión Cóndor, Guernica), las cuales ayudaron tanto con efectivos humanos como materiales a los golpistas españoles, ayuda que contribuyó decisivamente a la victoria militar final de Franco. La República, abandonada de esta manera por los Estados democráticos, tuvo que buscar auxilio en el único país dispuesto a hacerlo, en la Unión Soviética, con lo cual el Partido Comunista español –que hasta entonces había sido un partido electoralmente insignificante– alcanzó una importancia determinante dentro del bando republicano.

La atención que el mundo dedicó a la Guerra Civil española sólo puede compararse –si hay que buscar un paralelo– con la que décadas más tarde se prestó a la de Vietnam, desencadenando movimientos universales de apoyo a la causa republicana. Una oleada de idealismo solidario recorrió el universo entero, y ciudadanos antifascistas de todo el mundo se alistaron –en un movimiento en gran parte espontáneo– en las «Brigadas Internacionales», integradas por jóvenes mayoritariamente sin experiencia militar que acudieron a España a defender a la República, pagando muchos de ellos con su vida el idealismo que había encaminado sus pasos hacia mi país. La contienda provocó también manifiestos de los más destacados intelectuales (Einstein, Chaplin) a favor de la República y en España estuvieron, como testigos del horrible enfrentamiento civil, personalidades que posteriormente se convirtieron en destacados políticos de sus respectivos países, como Willy Brandt, Palmiro Togliatti o Tito. Por su parte, la élite de los escritores de la época, como Hemingway, dos Passos, Arthur Koestler, Orwell o Malraux, vinieron a España atraídos por la batalla que se libraba entre las ideologías –la democrática, la comunista y la fascista– que fueron las determinantes en el siglo xx, legando importantes obras literarias que tuvieron como escenario la Guerra Civil española, tales

como «For Whom the Bell Tolls» (1940), de Hemingway, o «L'Espoir» (1937), de Malraux, y, dentro del campo de la poesía, el libro de poemas de Pablo Neruda «España en el Corazón».

Ciertamente, por tanto, que la heroica lucha de los republicanos españoles dividió a la opinión pública internacional entre los defensores de la democracia y de los totalitarismos fascistas; pero también es cierto que la represión y las purgas que se llevaron a cabo en el bando republicano por los todopoderosos comisarios soviéticos, que habían venido a España desde la URSS, mostró también al mundo el verdadero rostro del comunismo estalinista (hasta entonces casi oculto dentro de las en gran parte impenetrables fronteras de la Unión Soviética), lo que tuvo como consecuencia que eminentes escritores, que hasta entonces habían militado en o simpatizado con el Partido Comunista, durante o después de su paso por la Guerra Civil Española alumbraran importantes obras literarias, denunciando –lo que tuvo un gran impacto en la opinión pública mundial– al totalitarismo soviético, tal como hicieron, por ejemplo, Arthur Koestler con «Darkness at Noon» (1941), o George Orwell, con «Homage to Catalonia» (1938) y «Animal Farm» (1945).

Es un hecho histórico que en las retaguardias de ambos bandos se asesinaron a muchos españoles que, con el estallido de la guerra, se habían visto sorprendidos en la zona equivocada, pero mientras que en el territorio republicano los autores de esas criminales represalias las llevaron a cabo al margen de las directrices y del asentimiento del débil Gobierno civil republicano –como la mayoría de los mandos militares se habían adherido al golpe de Estado, en la zona republicana se tuvo que armar al pueblo para poder combatir, en lo posible, al disciplinado ejército nacional–, el Ejecutivo franquista gobernaba férreamente su territorio, por lo que tales asesinatos de simpatizantes republicanos en la retaguardia de la zona nacional se ejecutaron con el beneplácito –cuando no siguiendo la órdenes– del Gobierno militar.

A pesar de que en el segundo semestre de 1938 la guerra ya estaba perdida para los republicanos, el Jefe de Gobierno de la República, Juan Negrín, un catedrático de fisiología de la Universidad de Madrid (hoy Complutense), que se había formado en Alemania, en las Universidades de Kiel y de Leipzig, y a la vista de lo que parecía una guerra inminente entre el Reino Unido y Francia por una parte, y Alemania, por otra, a causa de la política expansionista nazi, trató desesperadamente de prolongar la Guerra Civil, confiando en que, con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, el conflicto civil español se internacionalizara, incorporándose entonces la República española al bando de los Aliados. Pero el Pacto de Munich de 30 de septiembre de 1938, con el

sometimiento de Chamberlain y de Daladier a la voluntad de Hitler, acabó con las últimas esperanzas de los antifascistas españoles de alcanzar una victoria militar, y cuando finalmente estalló la Segunda Guerra Mundial hacía ya varios meses que la contienda civil española había terminado con la victoria de Franco.

### III

Ya en julio de 1936 las tropas nacionales se dirigieron a Madrid con la intención de conquistarla, pero la legendaria defensa por los republicanos de una capital de España cercada consiguió que ésta resistiera durante casi tres años («No pasarán!») hasta su definitiva caída en marzo de 1939. Esa larga batalla de Madrid hizo que pronto escasearan los alimentos a la vez que la convirtieron en una ciudad muy peligrosa como consecuencia de los bombardeos a los que era sometida por la aviación franquista. Esta situación fue, sin duda, la que impulsaron a mis padres a tomar la decisión de que mi madre —que ya estaba embarazada de mí— y mi hermano José Antonio se trasladaran a una ciudad menos peligrosa y con menos problemas de abastecimiento, como lo era Sevilla, situada en la zona nacional, ciudad que fue la elegida porque allí se había ido a vivir con su marido la ya mencionada hermana de mi padre, y amiga de mi madre de Gerona, Carmen Gimbernat, con lo que quedaban solucionados también los problemas de alojamiento. A finales de 1937 mi madre logró salir de Madrid junto a mi hermano José Antonio. Como no era fácil pasar de una zona a otra, los hermanos de mi madre, José María y Enrique, que llevaban varios años establecidos en Londres, reclamaron a mi madre para que, supuestamente, se trasladara a Inglaterra a vivir con ellos hasta que finalizara la contienda civil. De esta manera, mi madre obtuvo un salvoconducto para abandonar Madrid con destino al Reino Unido; pero una vez en Francia, y tal como estaba previsto, se desplazó por vía marítima desde Francia a Sevilla, ciudad en la que permaneció hasta el final de la Guerra. Mi padre, en cambio, optó por quedarse en Madrid, ya que, con su optimismo incorregible que hemos heredado tanto mi hermano José Antonio como yo, era de la opinión de que la separación familiar iba a durar muy pocas semanas —muy pocos meses, como mucho—, puesto que, según mi padre, era inminente la terminación del conflicto bélico; pero ese pronóstico no se cumplió y dicha separación se prolongó durante casi un año y medio, razón por la que, en ausencia de mi padre, vine al mundo en Sevilla el 7 de mayo de 1938. En abril de 1939, a los pocos días de concluir la Guerra, mi madre con sus hijos pudo reunirse finalmente en Madrid

con mi padre, quien sólo entonces pudo conocer a su hijo Enrique que contaba ya con casi un año de edad. Desde entonces, y hasta la fecha, mi existencia ha transcurrido en Madrid: la única y maravillosa ciudad del mundo en la que he querido vivir y en la que quiero morir.

#### IV

El fascismo de Franco coincidía con el de Hitler y el de Mussolini en constituir una dictadura de derechas implacable con los discrepantes, donde no existía libertad de prensa ni de expresión ni de asociación, y donde estaban prohibidos todos los partidos políticos menos el Partido Único (la Falange); este Partido había sido fundado por José Antonio Primo de Rivera –fusilado al comienzo de la Guerra Civil–, un joven abogado que copió miméticamente, tanto en las formas como en el fondo, las ideas y la estructura de los partidos nacionalsocialista alemán y fascista italiano. Pero, a diferencia de las Dictaduras alemana y italiana, el Régimen franquista se caracterizó, además, por un elemento ulterior, a saber: por que, en materia moral, cedió todas las competencias a una Iglesia católica ultramontana que impuso en toda España un insostenible control de las costumbres: una Iglesia católica que había apoyado entusiásticamente el levantamiento militar, calificando a la Guerra Civil de «Cruzada» contra las fuerzas (republicanas) del mal, de tal manera que los españoles nos vimos asfixiados por una doble dictadura: la política, de Franco, y la religiosa, de la jerarquía católica, razón por la cual esa dictadura ha sido calificada, con un término muy preciso, como «nacionalcatólica» y su ideario, como el del «nacionalcatolicismo».

#### V

Además de los centenares de miles de muertos causados en ambos bandos durante la Guerra Civil, y además de los múltiples asesinatos ejecutados en la retaguardia de la zona nacional predominantemente por los pistoleros falangistas, ya durante la contienda y en los primeros años del dominio del franquismo en toda España (y hasta 1945) la represión contra los derrotados –y ello constituye probablemente el mayor abuso que nunca se ha producido en la historia del Derecho penal (37)– fue llevada a cabo por tribunales penales militares. En vir-

---

(37) Ciertamente que el número de muertes atribuibles al nazismo es muy superior al que provocó la dictadura española; pero los millones de asesinatos cometidos por el Régimen de Hitler se produjeron al margen de la legalidad en los campos

tud de unos procedimientos que se llamaron redundantemente «sumarísimos de urgencia» –y en los que sin las mínimas garantías se imponían todos los días centenares de gravísimas condenas– la mitad de España (la España republicana) fue criminalizada, ya que, retroactivamente, fue considerado delito haber combatido con el Ejército de la República, así como la pertenencia o la mera simpatía con los hasta entonces legales partidos republicanos. En virtud de un argumento jurídico disparatado y perverso, se consideró incursos en un delito de rebelión militar del Código de Justicia Militar de la República a todos aquellos ciudadanos «leales» que habían defendido con las armas al legítimo Gobierno de la República frente a los auténticos «rebeldes» que, a las órdenes de Franco, se habían sublevado militarmente contra el Estado de Derecho en el que estaba constituida la República española. Para fundamentar esta ficción que convertía en «rebeldes», en el sentido del Código de Justicia Militar republicano, a los «leales» a la República, se acudió, como fundamentación jurídica, al Derecho natural y a la vieja teoría escolástica del «tiranicidio» (la República habría sido la «tirana», por lo que estaba justificado su derrocamiento), de tal manera que en las sentencias militares condenatorias de la época pueden leerse frases como la siguiente: «... desde el momento en que el Ejército se alzó en armas el 17 de julio último [de 1936], adquirió de hecho y derecho el poder legítimo, lo mismo en su origen que en su ejercicio y, por consiguiente, convierte en rebeldes a todos los que a dicho movimiento se oponen...». Es difícil de determinar cuántas personas fueron ejecutadas en virtud de sentencias militares por rebelión, pero en cualquier caso se trata de decenas de miles –Guy Hermet las fija en más de 192.000 fusilados–, y de centenares de miles de españoles los que fueron condenados a larguísimas penas privativas de libertad, cumpliéndose muchas de ellas, a la vista del tan elevado número de reclusos, además de en las prisiones, también en campos de concentración.

---

de exterminio, mientras que las sentencias de los tribunales alemanes de aquella época, imponiendo penas de muerte (se calcula que unas 16.000, 15.000 a partir de 1941) o de prisión no alcanzan en número, ni de lejos, a las decretadas por los tribunales militares franquistas. De ahí que la brutal represión contra los discrepantes políticos que se practicó en España, *mediante la perversa cobertura del Derecho penal*, constituya, por su número, un caso único en la historia que, por lo que alcanzo a ver, no tiene precedentes ni en la dictadura nacionalsocialista ni en ninguna otra dictadura. Por lo demás, las numerosas penas de muerte impuestas por los Consejos de Guerra alemanes durante el conflicto bélico pertenecen a otro capítulo, ya que la mayoría de ellas obedecieron al delito de desertión, un delito sancionado también por aquellas fechas con pena de muerte en los Códigos Penales Militares de los países democráticos y no democráticos, cuando se cometía en tiempo de guerra.

Una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, eminentes juristas alemanes, como Radbruch, creyeron que una de las razones por las que los tribunales alemanes habían impuesto penas de muerte, sin que apenas opusieran resistencia los magistrados que las dictaron, residía en que éstos habían sido educados en las Universidades en la doctrina del positivismo jurídico, según la cual era Derecho –por muy injusto que fuera su contenido– cualquier norma dictada por el legislador dentro de sus competencias. De esta manera, llegó a hablarse en Alemania, en los primeros años de la postguerra, de un «renacimiento del Derecho natural» –«renacimiento» que fue acogido con gran entusiasmo por los iusnaturalistas nacionalcatólicos oficiales españoles («¡ya lo había dicho Santo Tomás de Aquino!»)–, en la creencia de que, si en las Universidades alemanas se hubiera formado a sus estudiantes de Derecho –y futuros jueces– en la doctrina del Derecho natural, éstos, al comprobar que el Derecho positivo estaba en contradicción con el natural, habrían negado a aquél el carácter de «Derecho» y, en consecuencia, se habrían opuesto a aplicar las injustas leyes nacionalsocialistas.

Pero esta atribución al «positivismo jurídico» de la obediencia de los magistrados alemanes a las injustas leyes al tiempo vigentes es errónea, porque, primero, ha sido refutada por la historia, y porque, segundo, parte de un mundo axiológico incompleto en el que parece que las únicas normas existentes son las jurídicas.

Está refutada por la historia porque, como acabo de señalar, en España, para aplicar un Derecho injusto, se acudió a un procedimiento inverso al seguido por los magistrados alemanes: sobre la base de la teoría iusnaturalista del tiranicidio (la República española habría sido la «tirana»), los tribunales españoles se apartaron de una interpretación «positivista» del Código de Justicia Militar republicano, interpretación según la cual nunca habrían podido ser considerados «rebeldes» quienes precisamente habían permanecido leales a la República, para acoger una tesis, fundada pretendidamente en el Derecho natural, que, según la sentencia antes citada, «convierte en rebeldes a todos los que a dicho movimiento [de los militares insurrectos] se oponen». El Derecho positivo, por muy injusto que sea, no deja de ser «Derecho» (aunque ciertamente injusto), ya que es el realmente existente y, consiguientemente, vigente; y si eso no era Derecho, que se lo vayan a contar a las decenas de miles de personas que fueron ejecutadas en virtud de sentencias (también injustas, pero que no por ello dejaron de ser sentencias), dictadas por los tribunales militares españoles en los primeros años del franquismo.

Ciertamente, por tanto, que la aplicación de un Derecho injusto por los jueces se puede explicar tanto con el positivismo jurídico como con el iusnaturalismo –durante el franquismo una muy importante y obligatoria asignatura de la licenciatura de Derecho era el Derecho natural, lo que no obstaba para que todos los catedráticos españoles de esa disciplina estimaran concorde con aquel Derecho las antidemocráticas leyes franquistas–, pero es que no se ve el motivo por el cuál –y aquí reside mi segundo argumento– el problema de la existencia de leyes injustas en un determinado país pueda encontrar solución precisamente dentro de ese complejo normativo que es el Derecho: el Derecho tiene como elemento esencial el de que sus normas se pueden imponer mediante la coerción, y esa coerción, que es monopolio del Estado (sea éste o no democrático), rige en todo caso, independientemente de la justicia o no de las leyes vigentes y, consiguientemente, aplicables.

Pero es que el mundo no empieza y termina con el Derecho. Si los jueces alemanes y españoles fueron capaces de aplicar Derechos injustos, la razón de ello no hay que buscarla en si –sobre la base de la formación jurídica recibida– creían o no que aquéllos eran auténticos «Derechos» (que sí que lo eran), sino en si eran unos fanáticos identificados con la ideología totalitaria de sus Estados o en si, sin serlo, no tuvieron el «coraje moral» suficiente –ese «coraje moral» que, según Stefan Zweig, es «der einzige Heroismus auf Erden, der keinen fremden Opfer fordert» [«el único heroísmo sobre la Tierra que no exige víctimas ajenas»]– para afrontar los gravísimos riesgos que encerraba la no aplicación del Derecho realmente existente: el conflicto que se les planteó a estos últimos jueces no fue, por consiguiente, uno intra-jurídico, sino otro de distinta naturaleza entre normas jurídicas vigentes que estaban en contradicción con los principios éticos en los que creían (38). Por lo demás, este conflicto podía surgir no sólo entre los magistrados encargados de aplicar el Derecho, sino también entre los

---

(38) Me abstengo de emitir juicio moral alguno sobre estos jueces alemanes de carrera, integrantes de tribunales civiles, que tuvieron la mala suerte de vivir en esa época y que no fueron capaces de jugarse la hacienda y, tal vez, también la vida, haciendo prevalecer sus principios éticos sobre el Derecho que jurídicamente estaban obligados a aplicar, pues probablemente tenía razón RUDOLF AUGSTEIN, el fundador y editor de «Der Spiegel», que hizo la guerra como soldado de la Wehrmacht, donde llegó a alcanzar el grado de teniente, de que «mit Leuten, die das Leben im Dritten Reich nicht erfahren haben, über das Leben im Dritten Reich zu diskutieren, ist sinnlos» [«no tiene sentido hablar de la vida en el Tercer Reich con gente que no ha experimentado la vida en el Tercer Reich»]. Algo parecido, aunque en referencia a una situación completamente distinta, expresó ARTHUR MILLER cuando, a la salida de la sala donde se había negado a testificar ante el House Committee on Un-American Activities, declaró: «No me siento tan inocente como para maldecir a otros que no han sabido ser fuertes».

juristas a quienes correspondía interpretarlo, conflicto que en 1970, y en clara alusión al Derecho franquista (la dictadura española terminó con la muerte del «Generalísimo» el 20 de noviembre de 1975), yo proponía afrontar de la siguiente manera (39):

«Die Dogmatik aber ist eine neutrale Wissenschaft in dem Sinne, dass sie ebenso fortschrittliche wie reaktionäre Gesetze auslegt. Daraus entstehen nicht zu verkennende Gefahren, wenn der Strafrechtler willig ist, alles, was ihm sozusagen hingeworfen wird, auszulegen: Mit einem zugespitzten Beispiel ausgedrückt: Wenn der Strafrechtler sich bei einem Gesetz, das Diebstähle von Tätern unter sechs Jahren mit der Todesstrafe ahndet, lediglich um die Frage kümmert, wann im Sinne des auszulegenden Gesetzes das sechste Lebensjahr vollendet wird. Dass so eine verabsolutierte Dogmatik, die von allem, was nicht die richtige «Gesetzesauslegung» ist, absieht, den Fortschrittsfeinden Hilfe leistet, liegt auf der Hand. Aber dies gilt nicht nur für die Rechtsdogmatik, sondern für jede verabsolutierte Wissenschaft. Wie jeder andere Intellektueller soll sich der Strafrechtsdogmatiker nicht nur mit «partiellen Wahrheiten», sondern mit der «Wahrheit als Ganzem» beschäftigen. Daher meine ich –um ein Beispiel zu geben–, dass in einem Land mit einer faschistischen Staatsverfassung, in einem Land, dessen Strafrecht jene von Welzel so zutreffend beschriebenen Merkmale aufweist (40), der Rechtsdogmatiker die Staatsschutzvorschriften nur dann auslegen soll, wenn er dabei zu einer Lösung kommt, welche die in der Rechtsprechung herrschende einschränkt, und dass er sich weigern muss, jede Arbeit zu veröffentlichen –mag seine Ansicht «dogmatisch» richtig sein–, in der er eine der herrschenden Praxis gegenüber ausdehnende Auslegung vertritt».

[«Pero la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo

---

(39) *Gimbernat*, Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 1970, p. 410. La versión española de este artículo, con el título: «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», se ha publicado en: *Problemas Actuales del Derecho Penal y Procesal*, Salamanca 1971, pp. 87-109; y en: *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho*. En Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, pp. 495-523. Por lo demás, este trabajo, que tal vez sea la obra más conocida de entre las que he publicado, ha aparecido también como libro en Latinoamérica: v. GIMBERNAT, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, Editorial Temis, Bogotá 1983; 2.ª ed., Ara Editores, Lima (Perú) 2009.

(40) En este lugar de mi artículo citaba a WELZEL, *Strafrecht*, 1967, pp. 458/459: «Nun gibt es keinen Staat an sich, sondern nur konkrete Staaten mit bestimmter Verfassung und bestimmten politischen Verhältnissen. Daraus aber entsteht die Gefahr, dass das jeweilig bestehende Regime das Strafrecht benutzt, um seine Herrschaft zu sichern. In solchen Fällen wird das Strafrecht zum Mittel des politischen Kampfes missbraucht und der politische Gegner zum kriminellen Verbrecher gemacht. Jede Verfassung, die der Opposition nicht die Möglichkeit gibt, legal zur Herrschaft zu gelangen, macht den politischen Gegner zum «Illegalen» und missbraucht das Strafrecht zum politischen Kampf».

sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen; expresándolo con un ejemplo extremo: si el penalista ante un legislador que castiga con la pena de muerte el hurto cometido por niños mayores de seis años, sólo se muestra preocupado por determinar cuando se puede decir realmente que el autor ha cumplido, en el sentido de la ley interpretada, los seis años. Que la dogmática, al absolutizarse de esta manera, al prescindir de todo lo que no sea la interpretación “correcta” de la ley, puede convertirse en cómplice de los enemigos del progreso es evidente; pero lo mismo rige para cualquier otra ciencia absolutizada. Como cualquier otro intelectual, también el penalista ha de ocuparse, no de “verdades parciales”, sino sólo de la “verdad como totalidad”. Por ello, y para dar un ejemplo, pienso que en un país con una Constitución estatal fascista, en un país cuyo Derecho penal político presenta aquellas características que tan acertadamente ha descrito Welzel (41), el dogmático penal sólo puede interpretar las disposiciones sobre seguridad del Estado en tanto en cuanto llegue a una solución restrictiva frente a la dominante en la jurisprudencia y negarse a publicar cualquier trabajo en el que –aunque la interpretación sea “dogmáticamente” correcta– amplíe el alcance de tales disposiciones en relación a la doctrina dominante en la praxis»].

## VI

En los primeros años de la Dictadura apenas existió –si prescindimos de algunos admirables héroes aislados– resistencia contra el Régimen franquista. El pueblo español estaba aterrorizado, y tenía todo el motivo para estarlo: a la Guerra Civil, que había provocado centenares de miles de muertos, siguió la brutal represión ejercida por los tribunales militares –a la que ya he hecho referencia– contra toda persona que mostrara o hubiera mostrado simpatías republicanas e incluso contra aquellos que se mostraran tibios en su adhesión a la causa nacionalcatólica. Por otra parte, y para evitar su condena a muerte o a largas penas de prisión, aproximadamente un millón de españoles durante la Guerra, o en las últimas semanas de la contienda, partió para el exilio, bien atravesando entre grandes penalidades, muchas veces a pie, la frontera con Francia, bien, en mucha menor

---

(41) En este lugar de mi artículo citaba a WELZEL, *Strafrecht*, 1967, pp. 458-459: «Pero no existe ningún Estado en sí, sino sólo Estados concretos con una determinada Constitución y con determinadas circunstancias políticas. Y de ahí surge el peligro de que el correspondiente régimen existente utilice al Derecho penal para asegurar su dominio. En tales casos se abusa del Derecho como medio de lucha política y se convierte al enemigo político en criminal. Toda Constitución que no conceda a la oposición la posibilidad de llegar legalmente al poder convierte al enemigo político en «ilegal» y abusa del Derecho penal para la lucha política».

medida, por vía marítima desde los puertos españoles. La mayoría buscó acogida directamente, y en una primera oleada, en Latinoamérica, donde la comunidad del idioma hacía más fácil integrarse en la vida laboral; y otros muchos, y en una segunda oleada, también en Latinoamérica, cuando los numerosos refugiados españoles que se encontraban en Francia, después del triunfo de la invasión alemana, comprobaron que tampoco se encontraban seguros en este país, tal como tuvieron la desgracia de experimentar en sus propias carnes, el ex presidente de la Generalidad de Cataluña, Lluís Companys, o el destacado político socialista Julián Zugazagoitia, quienes –reclamados por Franco– fueron entregados por la Gestapo desde Francia a España, donde fueron fusilados.

El triunfo de Franco en la Guerra Civil supuso una catástrofe para la ciencia y la cultura españolas de la que todavía no nos hemos recuperado. Para acabar con el aislamiento científico en el que vivían los investigadores españoles, se crea en 1907, bajo la presidencia del catedrático de histología y anatomía patológica de la Universidad de Madrid y Premio Nobel de Medicina Santiago Ramón y Cajal, la Junta de Ampliación de Estudios, gracias a cuyas becas muchos científicos españoles, tanto de las ciencias de la naturaleza como de las del espíritu, pueden «ampliar sus estudios» con los mejores profesores y en los mejores laboratorios del extranjero, fundamentalmente en Alemania, el país que durante la primera mitad del siglo xx fue indiscutiblemente, y en todas las ramas de la ciencia, el más avanzado de todos. Con el derrocamiento del rey Alfonso XIII y el advenimiento de la República el 14 de abril de 1931, la ciencia española había alcanzado un desarrollo sin precedentes en nuestra historia, porque los becados de la Junta, al regresar a su país, aplicaron aquí los métodos de investigación y de enseñanza que habían aprendido en el extranjero, formado escuelas de investigadores que tenían ya entonces un importante presente del que se adivinaba que iba a desembocar en un esplendoroso futuro.

Pero tras la derrota republicana España se convierte, por dar tres ejemplos de ilustres compatriotas pertenecientes al mundo del arte, y como se ha dicho gráficamente, en un país en el que Picasso no pinta, el violonchelista Pau Casals no da conciertos y Buñuel no puede rodar sus películas. Nuestros mejores científicos y artistas son encarcelados o ejecutados o tienen que partir hacia un interminable exilio que se prolonga durante 40 años. De los pocos profesores de Universidad simpatizantes con la República que voluntaria o forzosamente se quedan en España, unos son depurados –cuando no fusilados o condenados a penas de prisión– y pierden su cátedras o permanecen aislados

en su propio país en lo que se ha dado en llamar el «exilio interior» y otros, finalmente, se convierten repentinamente en franquistas. Las cátedras vacantes son ocupadas entonces, con alguna excepción, por profesores cuyo único mérito consiste en su fidelidad a la Dictadura.

México, Argentina y Chile son los principales países latinoamericanos en los que se exilian nuestros refugiados republicanos. El más generoso de ellos fue probablemente México, cuyo presidente al tiempo de la Guerra Civil española, el gran Lázaro Cárdenas, y venciendo la resistencia de muchos ciudadanos mexicanos partidarios de Franco, abrió de par en par las puertas de su país a los españoles perdedores de aquella Guerra. Y a México, en dos de sus Universidades, he tenido la oportunidad de expresarle públicamente mi gratitud.

La primera se produjo con ocasión de mi investidura, el 16 de noviembre de 2000 –junto con Claus Roxin–, como Doctor *honoris causa* por la Universidad Autónoma de Tabasco, donde, en mi discurso de aceptación del grado honorífico, pronuncié las siguientes palabras:

«Pero ese amor y esa debilidad [más] por México provienen también de la generosidad con la que, bajo el mandato presidencial del gran mexicano Lázaro Cárdenas, este país acogió a los exiliados republicanos, representantes de la España democrática con la que me he identificado desde mi más temprana juventud, y de los que quiero mencionar, entre cuatro ejemplos elegidos casi al azar, al gran poeta León Felipe, al genial Luis Buñuel, al filósofo y discípulo de Ortega y Gasset José Gaos, y, finalmente, al penalista –discípulo de Jiménez de Asúa– Mariano Jiménez Huerta: aunque lo habían perdido todo en la Guerra Civil española, aquí se trajeron, arrebatándosela a Franco, y como escribió León Felipe, la canción:

«Franco, tuya es la hacienda,  
la casa,  
el caballo  
y la pistola.  
Mía es la voz antigua de la tierra.  
Tú te quedas con todo y me dejas desnudo y errante  
por el mundo...  
Mas yo te dejo mudo... ¡mudo!  
y ¿cómo vas a recoger el trigo y a alimentar el fuego  
si yo me llevo la canción?».

Que 60 años después el español que les habla sea premiado con un tan alto honor por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, me permite, al ser objeto también de la generosidad de México, establecer un ulterior punto de contacto y de identificación con otros españoles a quie-

nes siempre consideré mis héroes y que pagaron con el destierro, cuando no con la vida o con la cárcel, su lucha y su amor por la libertad».

Y la segunda ocasión, cuando fui también investido *doctor honoris causa*, el 27 de octubre de 2006 –junto con el penalista argentino Raúl Zaffaroni–, por la Universidad Autónoma de Michoacán, con sede en la capital de ese Estado mexicano, Morelia, donde, asimismo en mi discurso de aceptación, me expresé como sigue a continuación:

«Esta investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo despierta en mí un sentimiento de gratitud que va más allá del que uno experimenta en actos como éste tan solemnes y honrosos. Porque Morelia y su Universidad están vinculados como pocas ciudades y como pocas instituciones en el mundo a los exiliados republicanos, es decir: a aquellas personas que sirvieron a este profesor que les habla, nacido en 1938, a aprender que el país en el que estaba haciéndose un hombre era algo más que el erial intelectual y científico que le rodeaba, y que al otro lado del océano seguía vivo el ejemplo de tantos españoles eminentes que habían luchado por la libertad porque habían creído en ella.

A esta ciudad en la que hoy les dirijo la palabra, gracias a la generosidad del ofrecimiento que le hizo el presidente Lázaro Cárdenas al entonces jefe de Gobierno de la República Juan Negrín, arribó en 1937 –de entre los 25.000 exiliados antifascistas acogidos por este país– un importante número de desamparados niños españoles, que pronto serían conocidos como los “niños de Morelia”, para recibir una educación progresista en el “Internado España-México”, y en esta Universidad Michoacana pronunciaron conferencias, dictaron cursos o pertenecieron a su claustro de profesores, compatriotas míos, cuya relación, aunque sea fragmentaria, produce el escalofrío que uno siente cuando se refiere a eximios cultivadores de las letras y de las ciencias de cuyas enseñanzas nos privó la dictadura franquista: María Zambrano y el antiguo Rector de mi Universidad José Gaos, García Bacca y Fernando de Buen, León Felipe y Juan Xirau, Bergamín y Fernando de los Ríos, Giral y Recasens Siches, relación en la que también quiero incluir a un Doctor honoris causa por esta Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, a Pablo Neruda, porque, aunque nacido en Chile, llevaba, como titula uno de sus mejores libros de poemas, a “España en el corazón”.

Esta dignidad que hoy generosamente se me confiere tiene todavía para mí un ulterior significado, porque el 3 de octubre de 2005 se le otorgó a Amalia Solórzano, a la [casi centenaria] viuda de Lázaro Cárdenas, la medalla de oro de la Universidad Complutense, y qué mayor satisfacción puede recibir un profesor de precisamente ese centro de estudios madrileño que el de ser distinguido –en ese cruce de honores– por la Universidad del Estado del que fue cuatro veces gobernador el michoacano [Lázaro Cárdenas] –junto a Morelos y Ocampo– más ilustre de la historia y el mejor amigo que España haya tenido nunca en México».

## VII

Leyendo las autobiografías de los penalistas alemanes, recogidas en «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen» (42), compruebo que todos ellos hacen referencia a la época en que les tocó vivir su infancia y/o su primera juventud, es decir: al Tercer Reich, a la Segunda Guerra Mundial y a la terrible postguerra alemana. Pero, como estos acontecimientos sucedidos en Alemania constituyen los más relevantes de la historia mundial del siglo xx, y prescindiendo de que tales autobiografías se dirigen predominantemente a lectores alemanes, por ello los profesores germanos no precisan dedicar demasiado espacio a exponer cómo fueron aquellos acontecimientos de sobra conocidos por cualquier persona medianamente informada.

Por mi parte, en cambio, y con esta amplia referencia que acabo de hacer a la Guerra Civil y a la Dictadura que surgió de ella, como consecuencia de la victoria militar de las tropas fascistas, he tratado de situar al lector en cómo era la sociedad española en la que transcurrió mi infancia, mi adolescencia y gran parte de mi juventud (hasta mis 37 años, ya que, sólo tras la muerte de Franco en 1975, la democracia inicia en España una marcha triunfal e imparable), referencia que me ha parecido imprescindible, en primer lugar, porque el conocimiento de la realidad española de aquellos largos años está mucho menos generalizado que los acontecimientos que se desarrollaron en Alemania entre la toma del poder por Hitler y los primeros años de su postguerra, y, en segundo lugar, porque esta autobiografía está concebida predominantemente para lectores de habla alemana que no tienen por qué disponer de una información detallada de la historia del siglo xx de mi país.

## VIII

Como cualquiera que haya aguantado hasta aquí la lectura de estas páginas habrá ya podido adivinar, desde muy joven decidí apartarme intelectualmente tanto de la doctrina política como religiosa del nacionalcatolicismo, circunstancia que hay que reconducir a diversos factores.

Por una parte, al ambiente liberal que se respiraba en mi familia, ya que, aunque mi padre era tan franquista como buena persona (43),

---

(42) *Supra* n. 1.

(43) Uno tiene ya los suficientes años como para haber podido comprobar, a lo largo de su vida, que la calidad y la bondad de las personas no tienen nada que ver ni

mientras que mi madre rechazaba al régimen de Franco, lo que fue motivo de frecuentes discusiones entre los dos, ambos respetaron siempre mis opiniones y me dieron una libertad en mi vida privada muy superior a la que disfrutaban muchos de mis amigos.

Un ulterior factor fue el de que tuve la fortuna, desde mi primera adolescencia, de entablar amistad con varias personas, todas ellas mayores que yo, de mentalidad democrática, que me recomendaron lecturas de autores prohibidos o casi prohibidos por la Dictadura, libros que leí con avidez y que influyeron decisivamente en mi formación intelectual antifranquista. Entre esos autores quiero destacar, por una parte, a la llamada Generación del 98, siendo de entre todos ellos los que ejercieron sobre mí una mayor influencia el novelista Pío Baroja y los filósofos Miguel de Unamuno y José Ortega y Gasset. Y, por otra parte, y entre los autores extranjeros, fueron mis preferidos Freud, Erich Fromm, Sartre, Camus, el dramaturgo americano O'Neill, el filósofo francés Ernest Renan –autor de «La vie de Jésus», y a quien Pío XI calificó de «blasfemo europeo»– y Bertrand Russell, el filósofo inglés al que más tarde me referiré más detalladamente. Ciertamente que en la España de los años 50 no era fácil acceder a las obras de estos autores, algunos de los cuales figuraban incluso en el Index Liber Prohibitorum. Pero existieron tres circunstancias que a mí, como a otros españoles de mi generación, nos permitieron, no obstante todas esas dificultades, leer esos libros calificados por el Régimen de «subversivos». En primer lugar, a que muchos de ellos se encontraban en bibliotecas públicas, como la de Buenavista, que estaba a un minuto andando de mi casa, o la del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (la institución franquista que había expoliado todos los libros pertenecientes a la Junta de Ampliación de Estudios), bibliotecas que, ignoro por qué –tal vez porque sólo una minoría de españoles conocía su existencia–, no habían sometido sus fondos anteriores a la Guerra Civil a ninguna clase de depuración, ni política ni religiosa. En segundo lugar, a que los amigos a los que antes me he referido tenían en su poder muchos de los libros que me recomendaban y que no tuvieron ningún inconveniente en prestármelos. Y, finalmente, y por lo que se refiere a la literatura posterior a la Guerra Civil (como la de los escritores Sartre y Camus), porque algunas librerías progresistas de Madrid vendían a personas de confianza, en sus trastiendas y tomando toda clase de precauciones, obras importadas de esos autores traducidas al castellano en editoriales argentinas, edito-

---

con sus posiciones políticas ni con sus creencias o no-creencias religiosas: he conocido socialistas malvados y franquistas generosos y miembros del Opus Dei admirables y ateos despreciables. Y, naturalmente, también viceversa.

riales de entre las que destacaba, por su admirable labor a favor de la cultura, la Editorial Losada de Buenos Aires (la «editorial de los exiliados»), fundada en 1938 por el republicano español Gonzalo Losada.

El último y decisivo factor que contribuyó a mi formación antifranquista y antirreligiosa fue el de mi tío José María Ordeig, hermano de mi madre, que desde los años 30 del pasado siglo vivía en Londres junto con su hermano Enrique, y que no regresó a España hasta 1960 (mi tío Enrique lo había hecho ya en 1950). Como mi padre trabajaba a comisión, y nunca tuvo un sueldo fijo, la economía familiar estaba sometida a grandes fluctuaciones. En épocas de bonanza económica nacional mi padre conseguía vender las telas y las pieles para fabricación de guantes suficientes como para que en mi familia se disfrutara de una cierta prosperidad; en cambio, cuando España pasaba por una crisis económica –que fue lo que sucedió en España entre 1959 y 1963 (año de la muerte de mis padres), como consecuencia del llamado «plan de estabilización»– venía el tiempo de las penurias. Pero gracias a que entre 1950 y 1958 mi padre pasaba por una época de vacas gordas, y a la facilidad de tener un pariente tan próximo que vivía en Londres, mi familia pudo enviarme a Inglaterra en los veranos de 1954 (a un pequeño pueblo inglés llamado Ludlow, donde viví en la casa de un profesor de Instituto) y de 1956 (a Cambridge, donde me alojé en la casa de un catedrático de filología griega de aquella Universidad). Por aquella época, y debido a la dificultad de obtener divisas, cuyo cambio en relación con la peseta era además muy desfavorable, los obstáculos que se le presentaban a un español para visitar el extranjero eran casi insuperables; pero mis padres, decididos a que aprendiera inglés, se gastaron en mí los pocos ahorros de los que disponían, solucionándose los problemas del cambio de divisas por el procedimiento de que José María pagaba directamente a mis anfitriones los gastos de alojamiento y comida y a mí los gastos de bolsillo necesarios, cantidades que, posteriormente, cuando mi tío José María nos visitaba en España, le eran reembolsadas por mi padre en pesetas.

En 1954, el año de mi primera visita a Inglaterra, España era un país autárquico, aislado del mundo, en el que todavía no se había iniciado el turismo masivo que años más tarde nos llegó fundamentalmente de Europa, y en el que cuando a uno, casualmente, se le ofrecía la rara oportunidad de hablar con un extranjero tenía la sensación de que lo estaba haciendo con un ser superior que tal vez provenía del planeta Marte. Un día del verano de 1954 subí en Madrid al avión de Iberia con destino a Londres, que, como todos los aviones comerciales de la época, tenía unos motores propulsados por hélices, y en el que creo recordar que no había ni primera clase ni clase ejecutiva, sino una

clase única, que nunca iba llena, con todo el espacio entre las filas más que suficiente para estirar las piernas, un ejército de azafatas para atender a los viajeros y un almuerzo en el que a uno le ofrecían, como segundo plato, pollo asado, un raro manjar en aquellos lejanos tiempos en que todas esas aves eran de corral. Mi tío vino a recogerme al aeropuerto y, en el camino hacia su casa, fuimos recorriendo Londres. No podía dar crédito a mis ojos: ante mi vista se desplegaban la Cámara de los Comunes, el Big Ben, el Puente y la Torre de Londres, y el Palacio de Buckingham, unos edificios y unos monumentos que, hasta entonces, había creído que sólo existían en las películas que proyectaban en los cines españoles, y que ahora, al verlos al natural, despertaban en mi una sensación de estupefacción mezclada con la de que todo aquello que se ofrecía a mi vista era irreal. Tanto en 1954 como en 1956, y además de mis estancias en Ludlow y en Cambridge, bien al inicio de mi llegada a Inglaterra, bien cuando ya me disponía a regresar a España, disfrutaba de una semana en Londres invitado en la casa de mi tío José María. Con mi tío, que era licenciado en Derecho y una persona muy culta, mantenía largas conversaciones, a veces hasta muy entrada la madrugada, charlando de política, de religión o de literatura, y sobre todo, y comparándolas, de las enormes diferencias existentes entre el maravilloso sistema democrático por el que se regía el Reino Unido y la siniestra Dictadura española. A José María fue a la primera persona a quien oí hablar de Bertrand Russell, un filósofo que me abrió de par en par las hasta entonces sólo semiabiertas puertas del socialismo democrático, de una moral sexual que en nada se parecía a la que predicaba el cristianismo, del pacifismo y del ateísmo. (Si, como consecuencia de mi ateísmo, cuando me llegue la hora me envían al infierno, pediré hablar con Pedro Botero para decirle, que si no me saca de las llamas, estoy dispuesto a llegar hasta al Tribunal de Estrasburgo para hacer valer mi derecho humano a «[no] ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»). De Bertrand Russell leí entre otros, algunos de esos libros comprados de segunda mano, «Marriage and Morals», «Education and the Social Order», «Why I am Not a Christian and other essays on religion» y «A History of Western Philosophy»; posteriormente, a partir de 1959, cuando me fui a vivir a Hamburgo, me suscribí a la revista «New Statesman and Nation», en la que Russell solía escribir sus artículos de prensa. Siendo todavía un joven de 19 años tuve el atrevimiento de dirigirme a Bertrand Russell en una larga carta en la que le expresaba mi agradecimiento por cómo su obra –y también su ejemplar vida, tan coherente con su obra– habían influido en mi formación intelectual; y el entonces ya anciano filósofo tuvo el gesto de

contestarme con una carta, fechada el 27 de diciembre de 1957 –y que, enmarcada, figura en un lugar destacado de mi despacho–, en la que me escribía que era un consuelo saber que sus libros podían «help to prevent the feeling of powerlessness which is apt to beset sane men in the present state of the world». En Inglaterra, por tanto, me convertí definitivamente en un librepensador y, last but not least, tuve mis primeras aventuras eróticas, imposibles de emprender en España, donde las chicas con las que trataba estudiaban o habían estudiado en colegios de monjas, y no sólo no estaban dispuestas a cometer, no ya un pecado mortal, sino ni siquiera uno venial: una amiga mía española que consultó a un sacerdote si podía dar un beso en la boca a su novio recibió como indignada respuesta: «¡Ya tendréis tiempo de besaros cuando os caséis!». Cuando regresaba a España desde Inglaterra y, posteriormente, desde Alemania, nada más pisar la frontera me daba de frente con los tricornios de los guardias civiles, y a uno –como a tantos otros españoles de mi generación– se le caía el alma a los pies, porque de repente adquiría plena conciencia de que abandonaba la fantástica libertad de la que había disfrutado durante un cierto tiempo para ingresar, otra vez, en la mazmorra del nacionalcatolicismo.

## IX

En junio de 1955 terminé el bachillerato y se me presentó, como cuestión inmediata, la de decidir cuál iba a ser mi futuro. Siguiendo una tradición catalana, según la cual las representaciones comerciales pasaban de padres a hijos, mi padre –y, con menos intensidad, también mi madre– me insistían en que me dedicara a esta actividad mercantil, enviándome mi padre, en el verano de aquel año, 15 días a Barcelona, a la oficina comercial de la empresa textil cuya representación en Madrid ostentaba, para que fuera introduciéndome en la que habría de ser mi futura profesión, una profesión que aún detestaba más después de mi corta estancia en la ciudad condal. Se me helaba la sangre cuando, aquel verano, oía que mi padre les decía a su clientes madrileños: «En octubre de este año Enrique vendrá ya a repartir facturas», al tiempo que, para dorarme la píldora, me aseguraba: «Si te quedas conmigo nunca te faltarán mil pesetas en el bolsillo». Pero no era ese, ni mucho menos, el destino que yo había pensado para mí: sentía el más profundo de los rechazos a cualquier clase de actividad práctica (a mí lo que me gustaba, y me sigue gustando, es la teoría), quería ser una persona independiente que no tuviera que depender ni de fabricantes, ni de clientes ni de nadie, como afortunadamente –y lo considero uno de los factores que mayor felicidad me ha procurado en

la vida— lo he llegado a ser y, finalmente, y como se puede deducir de las personas que egosintómicamente había tomado como modelo, yo me imaginaba en un futuro como un intelectual y, si ello era posible, y como Bertrand Russell, como un intelectual comprometido. Por primera vez en mi vida les dije a mis bondadosos padres, a pesar de que para ellos iba a suponer una importante decepción: «no». Por lo demás, si hubiera hecho caso a mis padres habría sido un desastroso representante comercial, no sólo porque no soy especialmente social, sino también porque, para acabarlo de arreglar y aunque mis padres nunca quisieron darle a ello mayor importancia, soy daltónico, con lo que es fácil de imaginar que el fabricante catalán me habría despedido en el momento en el que alguno de sus clientes madrileños se hubiera quejado de que su nuevo representante en la capital de España, cuando le pedían una tela azul, les mostraba una verde, y una verde cuando estaban interesados en una de color azul. No sólo por todos estos factores mi negativa a elegir esa profesión fue un acierto, sino, además, porque tampoco se habría cumplido la profecía de mi padre de que nunca me habrían faltado mil pesetas en el bolsillo, ya que —aunque en aquel momento era imprevisible, por supuesto, la globalización que se nos venía encima— prácticamente todas las empresas catalanas de fabricación de productos textiles y de pieles para guantes están actualmente quebradas ante la imposibilidad de competir con la industria china.

Durante los últimos cursos de bachillerato me había planteado la posibilidad de estudiar una de estas tres carreras: medicina, filosofía o Derecho, habiéndome decidido, finalmente, por esta última. En medicina mi vocación se dirigía a la psiquiatría (una especialidad por la que siempre se sienten inclinadas las personas que no acabamos de estar muy bien de la cabeza); pero el obstáculo insalvable que me hizo descartar desde un principio esta opción profesional residía en que, para estudiar medicina, hay que estar dispuesto a acostumbrarse a la visión de la sangre, algo que no soporto y sigo sin soportar, hasta el punto de que, cuando se proyecta en el cine cualquier escena violenta, inmediatamente tengo que retirar la vista de la pantalla. Si hubiera estudiado filosofía, me habría inclinado por la rama de la filosofía pura; pero a esta orientación profesional se oponían, en primer lugar, los pocos rendimientos económicos que se podían obtener de la misma y, en segundo lugar, que, ciertamente me gusta la teoría, pero tampoco tanto como para dedicar toda mi vida al pensamiento especulativo, sin que —tal como sucede con la filosofía— de ahí pueda extraerse resultado práctico de ninguna clase.

Así como de la medicina lo único que me habría interesado habría sido la psiquiatría, yo estudié Derecho sólo porque ello era imprescindible para poder dedicarme a lo único que de verdad me interesaba de esa carrera: al Derecho penal: yo no estudié Derecho para ser un jurista, sino para convertirme –todavía no sabía muy bien si como abogado, juez, fiscal o profesor universitario– en un penalista. A esta específica vocación había contribuido, todavía de una manera un poco difusa, que pensaba que el Derecho penal, al tratar del comportamiento desviado, y al tener como objeto de estudio al delincuente –aún no distinguía muy bien entre el Derecho penal y la criminología–, podría acercarme más al alma humana con lo que se cubría la curiosidad que sentía por la psiquiatría y por la psicología. Además, como la ciencia del Derecho es una ciencia del espíritu, de esta manera podría dedicar mi vida también al pensamiento especulativo, pero con la diferencia frente a, por ejemplo, la lógica filosófica, de que, mientras que ésta carece de efectos en la vida real, la resolución de un problema penal mediante la aplicación de los previos conocimientos jurídico-teóricos, tiene, en cambio, como consecuencia práctica, la absolución o condena de un acusado o, en este último caso, la subsunción del comportamiento en un determinado precepto penal, y, con ello, la aplicación de una pena más o menos grave. Finalmente, y ya desde muy pequeño, he sido –y lo sigo siendo– un gran aficionado al cine, y uno de mis géneros favoritos era –ahora ya no lo es tanto– el de las películas, generalmente americanas, en las que se narraban procesos penales, especialmente cuando trataban de abogados defensores –creo que un cierto quijotismo es uno de los rasgos de mi carácter– que lograban salvar a un inocente de la pena de muerte.

La carrera de Derecho se estudiaba entonces en España en cinco cursos, que comenzaban en octubre y concluían en junio del año siguiente –ahora, y después del plan Bolonia, se estudia en cuatro–, constando cada curso de un promedio de cinco asignaturas, que hay que ir aprobando año por año, mediante exámenes finales que tienen lugar en junio y, si se suspende alguno o algunos de ellos, con la posibilidad de repetir la prueba en septiembre. Al acabar la carrera, y a pesar de que ello habilitaba ya para el ejercicio de la profesión de abogado, el licenciado sólo sabe un poco más de Derecho que cuando terminó el bachillerato. Ello obedece a dos factores. El primero, a que se le da tanta importancia a la filosofía del Derecho, al Derecho romano, al Derecho canónico o a la historia del Derecho como al Derecho civil o al Derecho administrativo; o a la economía, a la Hacienda pública o al Derecho internacional público o privado como al Derecho penal o al Derecho constitucional, con la consecuencia de

que, como naturalmente es imposible aprender en tan poco tiempo tantas ramas del Derecho –muchas de ellas absolutamente prescindibles o que sólo tendría sentido aprender en una eventual especialización post-licenciatura para quien tuviera interés en esas ramas del Derecho– los estudiantes terminan la carrera sin conocer mínimamente ninguna de ellas. El segundo factor reside en que las enseñanzas jurídicas en España tienen un carácter casi exclusivamente teórico, ignorándose, con ello, que, así como en la medicina lo que se exige del facultativo es su capacidad de subsumir las dolencias de una persona determinada en el concepto abstracto de una enfermedad, para así poder tratarla terapéuticamente, así también a lo que el jurista va a dedicar toda su vida es a examinar los casos concretos que se le someten para determinar en que norma deben ser subsumidos y, de esta manera, poder determinar cuál es la consecuencia jurídica que debe vincularse al supuesto de hecho. En la enseñanza del Derecho en España no se explica para nada el mecanismo de la subsunción, sino únicamente conocimientos de carácter teórico, consistiendo la materia de examen en, por ejemplo, la asignatura de Derecho penal, en preguntar, en abstracto, qué es la legítima defensa o la estafa, y no, en cambio, lo que obligaría a tener que aplicar la técnica de la subsunción, si un determinado supuesto de hecho está o no amparado por una legítima defensa o es constitutivo de un delito de estafa.

## X

En segundo o tercer curso de carrera ya había decidido que lo que quería ser era catedrático de Derecho penal y sabía también que si pretendía ser un buen especialista de esa materia tendría que ampliar mis estudios en Alemania, que había sido, era y sigue siendo La Meca de la ciencia jurídica para aquellos ordenamientos que, como el español, no pertenecen al ámbito de la Common Law. Entretanto me había hecho novio de una estudiante alemana de Hamburgo, a quien había conocido en Madrid, quien más tarde se convertiría en mi primera mujer. Decidí entonces acabar la carrera cuanto antes, estudiando cuarto y quinto curso de la licenciatura en uno solo, teniendo que aprobar en 1959 nada menos que 11 asignaturas, para lo cual tuve que encerrarme en mi casa para estudiar horas y horas, y dejar de acudir a la Facultad, en la que, a lo largo de mi carrera, sólo había tenido dos o tres profesores de los que valiera la pena asistir a sus clases. Por lo que se refiere al Derecho penal, que se estudiaba en segundo (Parte General) y tercer curso (Parte Especial), mi vocación se vio sometida a una dura prueba, ya que el catedrático de la asignatura era Isaías Sánchez-

Tejerina, un ignorante profesor, que al encontrarse enfermo, era sustituido en las clases que recibíamos por su hijo, Juan Antonio, que era aún más ignorante que su padre. Isaías Sánchez-Tejerina, cuyos deplorables manuales de Parte General y de Parte Especial teníamos que estudiar obligatoriamente, ya que constituían toda la materia de los respectivos exámenes, era, además de un incompetente penalista, un falangista partidario de las penas corporales, que había formado parte, a partir de 1939, de la comisión de depuración del profesorado universitario «no adicto al Régimen», y en cuya lección inaugural del curso 1940-1941, pronunciada en la Universidad de Salamanca, había defendido que el golpe de Estado de Franco estaba justificado por tratarse de una «legítima defensa colectiva» contra la República, con lo que creía haber encontrado un ulterior argumento para apoyar la tesis de que los españoles leales a la República habrían sido los auténticos rebeldes. Pero mi vocación por el Derecho penal estaba ya tan arraigada que ni siquiera Isaías Sánchez-Tejerina y su hijo pudieron conmoverla, es más: la afianzaron, ya que no creo que existan dos libros, como los manuales de Sánchez-Tejerina, en los que haya escrito nunca tantos comentarios críticos marginales.

## XI

En verano de 1959 me traslado a Hamburgo para especializarme en Derecho penal. Pero ahora ya no viajo hasta allí en uno de esos aviones en los que ofrecían pollo para comer durante el trayecto. Mi padre, al despedirse de mí por primera vez en la madrileña Estación del Norte, me dice, con un semblante de tristeza y de pesar que nunca olvidaré, que la situación económica por la que está atravesando es muy mala, que esta vez apenas va a poder ayudarme y que en Alemania tendré que ganarme la vida con mis propios medios, una pésima situación económica que no sólo afectaba a mi familia, sino a España entera, teniendo que emigrar en aquellos años –finales de los 50 y casi toda la década de los 60– millones de españoles al extranjero, principalmente a Francia y a Alemania («Gastarbeiter»), ya que en nuestro país se había hecho imposible para ellos encontrar un puesto de trabajo. Tanto ese primer viaje a Hamburgo como los posteriores, los realizo en las clases más baratas de los trenes, cargado de maletas llenas de libros, en unos trayectos interminables, ya que había que cambiar de tren dos veces: en la frontera franco-española, y en París, no sólo de tren, sino también de estación (Gare d'Austerlitz-Gare du Nord, a la ida, y du Nord-Austerlitz, a la vuelta).

Como en Hamburgo tengo que financiarme yo mismo la estancia, me gano la vida trabajando, generalmente en tareas de carga y descarga, ya que mis todavía escasos conocimientos del alemán no me permiten desempeñar otra clase de trabajo que no sean los de carácter físico. Las horas que tengo libres las dedico a estudiar el idioma y como, por causa de Sánchez-Tejerina, prácticamente no sé nada de Derecho penal, me compro la Parte General de Reinhart Maurach. Ciertamente que Maurach no era un penalista de una gran originalidad –prácticamente su única aportación a la ciencia del Derecho penal había sido su poco convincente y poco seguida teoría de la «responsabilidad por el hecho» («Tatverantwortung»)–, pero en aquel momento era el mejor manual que existía de Parte General –en realidad, era excelente– por su claridad y, sobre todo, porque reflejaba con una gran fidelidad y neutralidad cuál era la situación real de la dogmática penal alemana y cuál había sido su evolución anterior. Leí y releí el libro de Maurach tantas veces que, cuando recuerdo como lo hacía, casi me parece verme como un alumno musulmán recitando el Corán en una madraza. Todavía conservo en mi biblioteca aquel libro (segunda edición de 1958), con las páginas negras de tanto haberlo subrayado con lápiz: gracias a él no sólo aprendí Parte General, sino también alemán y multitud de sus términos jurídicopenales cuyo significado en español iba anotando en los márgenes.

Mi idea era establecer contacto con algunos de los profesores de Derecho penal de la Universidad de Hamburgo para transmitirles mi deseo de estudiar con ellos. Pero antes de hacerlo tenía que cumplir dos requisitos. El primero, haber aprendido el suficiente alemán como para poder dirigirme a esos profesores y para poder leer sin muchas dificultades los textos jurídicopenales escritos en ese idioma. El segundo requisito era poder atender a mi subsistencia sin tener que ganarme la vida trabajando –al menos, no con esa intensidad–, ya que, si quería cumplir el propósito que me había llevado a Alemania, necesitaba la mayoría de las horas del día –y de la noche– para dedicarme prioritariamente al Derecho penal. Este segundo requisito no era nada fácil de cumplir, porque en aquel entonces apenas existían becas para españoles en el extranjero: ni para Alemania ni para ningún otro país. Pero un día mi padre me escribe diciéndome que se acababa de convocar en España una única beca de intercambio, de un año de duración, con precisamente la Universidad de Hamburgo. Envié toda la documentación requerida a mi padre para que la presentara en el Ministerio español de Asuntos Exteriores y, poco tiempo después, recibí la inmensa alegría –me es imposible de describir el grado de su intensidad– de que la beca me había sido concedida.

En el verano de 1960 solicito una entrevista con Rudolf Sieverts, uno de los dos catedráticos ordinarios de Derecho penal de Hamburgo, para exponerle cuál era la razón de mi presencia en Alemania. Sieverts me pregunta si quiero especializarme en criminología o en dogmática penal, y, como entretanto ya había aprendido a diferenciar entre una y otra, le contesto, sin dudarlo, que en esta última. A pesar de que Sieverts se había habilitado con una importante monografía de carácter dogmático [«Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen» («Contribución a la teoría de los elementos subjetivos de lo injusto»), 1934], me explica que su verdadera especialidad es la criminología y el Derecho penal de menores, por lo que me pone en contacto con el otro catedrático de Derecho penal de Hamburgo, Heinrich Henkel, que es quien cultivaba en esa Universidad la dogmática penal.

Mi primera entrevista con Henkel fue decisiva para lo que ha sido el resto de mi vida profesional. En primer lugar, lo que me propone Henkel es que, para especializarme, lo que tengo que hacer es redactar una tesis doctoral bajo su dirección. En segundo lugar, Henkel, en la misma entrevista, me propone ya como tema de tesis el de la teoría de la causalidad adecuada, a la que él había dedicado cuatro años antes un breve comentario jurisprudencial (44). Y, finalmente, me indica que, para las cuestiones de detalle, me ponga en contacto con un asistente y discípulo suyo: ese asistente y discípulo suyo era nada menos que un muchacho de 29 años llamado Claus Roxin, quien ya había publicado su tesis doctoral «Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale», y que en aquel momento estaba elaborando su escrito de habilitación, también nada menos que «Täterschaft und Tatherrschaft». Ambos, Henkel y Roxin, fueron revisando el texto de mi tesis –también en sus aspectos gramatical y estilístico– a medida que iba elaborando sus distintos capítulos.

De aquella entrevista salí en estado de «shock». A Henkel le había dicho que estaba dispuesto a doctorarme, porque realmente no me había dejado otra opción; pero, por una parte, mi estancia en Hamburgo estaba limitada en el tiempo ya que, de momento, sólo tenía asegurado el colchón económico de un año que me aseguraba mi beca de la Universidad de Hamburgo, y, por otra, delante de mí tenía la enorme tarea de acabar de aprender alemán y de poner en pie una tesis sobre un tema que, si no hubiera sido por mi casi memorización de la Parte General de Maurach, me habría sonado a chino: la causalidad adecuada. No obstante todas estas dificultades que se presentaban como casi insuperables, llevado por mi optimismo habitual pensé que

---

(44) Cfr. HENKEL, Nota a una sentencia del OLG de Stuttgart de 17.2.1956, NJW 1956, pp. 1451-1452.

yo sí las vencería, optimismo habitual que es el que explica que, a pesar de que por fuera a veces aparezca como una persona algo insegura, en el núcleo de mi personalidad tengo una gran confianza en mí mismo, autoconfianza que, a lo largo de mi vida, me ha llevado en muchas ocasiones a arrojarme a la piscina sin saber previamente si estaba llena o vacía, lo que, cuando estaba llena, constituye la explicación de algunos de mis logros, pero también, cuando estaba vacía, de estrepitosos fracasos que a punto estuvieron de dejarme espiritualmente tetrapléjico para siempre (mi mujer, Nieves, dice que mi tendencia a meter la pata sólo puede compararse con mi habilidad para volver a sacarla). En cualquier caso, Henkel me había mostrado el único camino posible para mi propósito un tanto inconcreto de la especialización: ésta no se podía conseguir leyendo dispersamente obras de penalistas y sentencias inconexas, sino redactando una obra monográfica que, además de permitirme conocer exhaustivamente una parcela del Derecho penal –una parcela que, tal como acabé planteando la tesis, era una muy extensa–, me serviría también para aprender el método de investigación jurídica.

A ese método de investigación, que ha marcado toda mi ulterior obra científica, me referí el 9 de mayo de 2008, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en las palabras de agradecimiento que pronuncié en la entrega, con motivo de mi 70 cumpleaños, de los «Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat» (45), palabras que reproduzco a continuación:

«Pero, prescindiendo de los resultados –mejores o peores– que haya podido alcanzar con mis investigaciones, sí quiero hacer una referencia a cómo ha sido mi método de trabajo. Lo que ha marcado para siempre mi trayectoria investigadora ha sido la circunstancia de que mi primera obra científica, dirigida por el profesor Heinrich Henkel –mi tesis doctoral entregada en la Universidad de Hamburgo en 1962–, la escribo en alemán y que tiene que cumplir los requisitos que se requieren en una institución alemana con un alto nivel de exigencia. Ese nivel de exigencia consiste, por una parte, en que, a diferencia de cómo en aquella época se estilaba en España, las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales sobre las que se construía la tesis tenían que aspirar a la exhaustividad, y las citas que en la obra se hacían tenían que responder a una realidad: eran de libros, de artículos o de sentencias efectivamente leídos y cuando, muy excepcionalmente, se citaba de segunda mano, porque se trataba de una obra a la que había sido imposible acceder, así se tenía que hacer constar; y, por

---

(45) Carlos GARCÍA VALDÉS, Antonio CUERDA, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, Rafael ALCÁ CER y Margarita VALLE (coordinadores), 2 tomos, XXXV + 2462 pp. Madrid 2008. Esas palabras de agradecimiento se reproducen en el prólogo a mi libro «Cursos causales irregulares e imputación objetiva», Montevideo-Buenos Aires 2011.

otra, en que, también a diferencia de lo que sucedía en España por aquel entonces, se podía –y se debía– discrepar de cualquier autor, por muy eminente que fuera, y de cualquier sentencia, por muy alto que fuera el tribunal del que había emanado, si el doctorando creía que no eran convincentes: en la ciencia no existía el argumento de autoridad, sino únicamente el de la razón. Así sucede –tanto por lo que se refiere a la riqueza del material que se maneja como a la libertad de criticar todo lo que al autor, aunque sólo sea un principiante, le parezca criticable– con numerosos artículos y monografías de Derecho penal –muchos de ellos de una calidad insuperable– que se publican hoy en día en España, pero creo que mis obras, una vez que empezaron a aparecer en español, alguna influencia han tenido en ese radical cambio que ha experimentado la investigación del Derecho penal en nuestro país.

Para mí, la investigación es una lucha. Cada vez que me decido a abordar un tema parto de la creencia de que cualquier problema juridicopenal, por difícil que sea, se puede resolver, y además, y confieso mi inmodestia, que lo puedo resolver yo; si no lo puedo resolver, entonces lo dejo aparcado, aunque no me doy fácilmente por vencido. Y parto también de la creencia de que el planteamiento de ese problema y su solución –una vez que ésta ha sido alcanzada– se pueden exponer de una manera relativamente sencilla y fácil de ser entendida por el lector.

Thomas Mann decía que un escritor –y todos los que nos dedicamos a la investigación jurídica somos también escritores– es una persona a la que el escribir le resulta más difícil que a todas las demás personas. Al menos por lo que a mí se refiere, le doy la razón a Mann. Muchos de mis escritos, antes de darlos a la imprenta, han sufrido 10, 20, tal vez 30 versiones, aunque nunca he pretendido establecer competencia alguna con nadie, sino sólo conmigo mismo. Como John Irving, yo también soy un “reescriptor incansable”, porque suscribo la siguiente frase del novelista norteamericano: “Llevas a cabo una pequeña cosa una y otra vez hasta que al resto del mundo le parece que no requiere más esfuerzo y que es completamente natural. Pero no es en absoluto sencillo aparentar naturalidad; nada realmente bueno en el ámbito de las actuaciones creativas se consigue de forma natural”».

La causalidad adecuada era una teoría causal más, por lo que mi tesis se podría haber limitado a exponer, primero, su origen y desarrollo, después, cuál era su contenido actual, y, finalmente, si era o no la teoría correcta de la causalidad, para lo cual era preciso estudiar y exponer también el resto de las teorías causales, especialmente la ya entonces –y ahora– dominante teoría de la condición. Pero me pareció que, teniendo en cuenta la situación de la teoría jurídica del delito a finales de los 50 y principios de los 60 del pasado siglo, en mi obra debía abordar también las teorías causal, final y social de la acción, cuya discusión se encontraba en aquel momento en plena ebullición, así como, aunque sólo fuera marginalmente, otros problemas tales como la tentativa, el dolo, la participación delictiva o los comporta-

mientos alternativos conforme a Derecho, con lo que, al final, mi tesis se convirtió en una extraordinariamente formativa, en la que no sólo me había ocupado de una concreta teoría causal, sino de bastantes otras cuestiones de las consideradas nucleares de la Parte General del Derecho penal (46).

## XII

Como en aquellos años España era todavía un país en vías de desarrollo, y al igual que me había sucedido pocos años antes con Inglaterra, quedé conmocionado por muchos de los avances materiales que se habían alcanzado en Alemania. Cuando venían a visitarme a Hamburgo algunos de mis amigos españoles –entre ellos, mi íntimo amigo Jorge de Esteban (47)–, yo disfrutaba provocando su asombro: ponían los ojos como platos cuando les llevaba a Karstadt o a Kaufhof para que pudieran subir, por primera vez en su vida, por una escalera mecánica, cuando les hacía notar que en el tranvía en el que viajábamos había de todo... ¡hasta calefacción!, cuando en la Mensa les instaba a que metieran una paja de plástico, rompiendo un pequeño agujero, por un extraño tetraedro elaborado con un material igualmente extraño del que, cuando se sorbía, manaba leche (¡era el Tetra Brik!), o cuando les invitaba a introducir algunos marcos en unas sorprendentes máquinas (algunas, manuales, otras, incluso, eléctricas), que, accionando el correspondiente mecanismo, administraban toda clase de artículos, desde productos alimenticios hasta paquetes de cigarrillos. Naturalmente que, con el transcurso del tiempo todas esas comodidades y todos esos aparatos –y muchos otros entonces, también en Alemania, todavía inimaginables– se fueron introduciendo paulatinamente en

---

(46) Mi tesis doctoral: «Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht», Hamburg 1962, se recoge ahora en mi libro, de recopilación de algunas de mis obras publicadas en Alemania, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Kausalität, Handlung und Unterlassung*, Lit Verlag, 2013, pp. 1-142.

(47) Amigo del colegio desde los siete años. Posteriormente estudiamos ambos la carrera de Derecho en la Complutense, acabando ambos nuestra carrera académica en la misma Universidad, él, como catedrático de Derecho constitucional, y yo, de Derecho penal. Sobre la base en gran parte de las cartas que desde Alemania (primero, desde Hamburgo, y, posteriormente, en ulteriores estancias, desde Friburgo) escribía a DE ESTEBAN, éste, muchos años más tarde, publicó una larga semblanza mía: cfr. DE ESTEBAN, *Testigo de una vocación*. Enrique GIMBERNAT visto por un constitucionalista, en: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, 2008, pp. 3-71.

España, hoy un avanzado Estado industrial. Pero el español que llegaba a Alemania en aquellos años no salía de su asombro cuando se encontraba, de golpe, con todos ellos juntos y ya en funcionamiento.

Como gran aficionado al cine, en Alemania pude disfrutar por primera vez de muchas películas míticas antiguas que, por motivos políticos o religiosos, estaban prohibidas en España, como «El Acorazado Potemkin» y «Octubre», de Eisenstein, «Der blaue Engel», de von Sternberg, «El Gran Dictador», de Chaplin, o «Citizen Kane», de Orson Welles, así como de otras modernas, que se estrenaban por aquellos años y que no se pudieron ver en España hasta después de la muerte de Franco, como «Viridiana», de Buñuel –aunque, lamentablemente, no en su versión original española, sino en la doblada al alemán–, «La Dolce Vita», de Fellini, y las creaciones de la Nouvelle Vague –aunque el cine francés no ha sido nunca una de mis debilidades, más bien: todo lo contrario–; y, last but not least, las películas, prohibidas en España indiscriminadamente y en su totalidad, de quien era en aquel momento el sex symbol por el que yo bebía los vientos: Brigitte Bardot.

Al principio de mi estancia en Alemania, cuando aún no conocía muy bien el alemán, fui a un cine a ver un documental que me habían recomendado sobre la dictadura nazi, pero sin que se me informara con más precisión sobre su contenido. En la oscuridad de la sala de proyección, y aunque no entendía nada de lo que decía la voz en off del narrador, aparecieron ante mis ojos unas imágenes terribles, sobrecogedoras, espantosas, pero que desconocía cuándo y dónde se habían grabado, y que mostraban montones de cadáveres humanos desnudos, que no eran más que huesos recubiertos de pellejos y que eran empujados por máquinas-pala dentro de unas fosas comunes, donde, inanimados, se desplomaban con unos movimientos incontrolados como si fueran peleles. A través de este documental francés, el famoso «Nacht und Nebel» («Nuit et brouillard»), en el que se muestran las imágenes del campo de exterminio de Auschwitz-Birkenau inmediatamente después de su liberación, tuve noticia por primera vez del genocidio nazi, genocidio que, mediante una implacable censura de cualquier medio de comunicación, había sido eficazmente ocultado a los españoles por el franquismo, que tenía muchas razones para esa ocultación: porque los rebeldes habían derrotado a la República en la Guerra Civil gracias, en una importante parte, a la ayuda de la Alemania nazi, con el envío a España, entre otros refuerzos militares, de la «Legión Cóndor», porque Franco había cooperado con Hitler durante la campaña rusa con la incorporación a ésta de una división entera (la «División Azul», la «Blaue Division»), porque el Partido Único de la Falange estaba inspirado, en gran medida, en el Partido Nacionalso-

cialista Obrero Alemán (NSDAP), y porque, finalmente, la mayoría de los políticos españoles franquistas y muchos de los medios de comunicación que se publicaban en España por aquel entonces eran abiertamente germanófilos (mejor dicho: «filonazis»), una actitud que se habría revelado como insostenible –¿qué digo?: como repugnante– si se hubiera conocido la verdadera dimensión del genocidio cometido durante el Tercer Reich. Sólo en los años finales del franquismo y, sobre todo, a partir de la llegada de la democracia a España el pueblo español pudo ser informado con toda amplitud de aquel exterminio (48).

Naturalmente que también aproveché mi estancia en un país democrático para ejercer yo mismo la libertad de expresión y para disfrutar del uso que otros hacían de ella. En el primer aspecto, trataba de transmitir a mis interlocutores alemanes y de otras nacionalidades la opresiva realidad de la dictadura franquista, un tema que siempre despertaba un gran interés, a juzgar por la atención que se me prestaba y por las numerosas preguntas que se me formulaban sobre la situación política española. Estas charlas se desarrollaban en el Europa Kolleg, un colegio mayor de Hamburgo, en el que convivían alemanes y extranjeros de todas las nacionalidades, en el que residí durante muchos meses y del que guardo un maravilloso recuerdo, y, otras veces, en alguna reunión organizada por la asociación estudiantil SDS.

Por lo que se refiere a actos políticos en los que se ejercía la libertad de expresión, sólo voy a mencionar tres de ellos.

El primero, un mitin –el primero al que asistía en mi vida– multitudinario celebrado en Hamburgo por el SPD. Por supuesto que los oradores dedicaban sus discursos a criticar al Gobierno de Adenauer, entonces en el Poder (en España, si alguien hubiera criticado en un marco así al Gobierno de Franco, la policía habría entrado a palos en el recinto, deteniendo a todo bicho viviente que se hubiera puesto a su alcance, quienes, posteriormente, habrían sido condenados a largas penas de prisión), que es lo que sucede en todos los países democráticos, especialmente en períodos electorales, y que me mostró de la manera más diáfana que la confrontación entre distintas opciones pertenece a la esencia de la democracia, que era todo lo contrario de lo que sucedía en España, donde no existía opción, y donde todo aquel que osara criticar al Gobierno era degradado a la categoría de delin-

---

(48) A ello contribuí yo también, modestamente, y tempranamente, con mi traducción al castellano del libro de Eugen KOGON, «Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager», 1.ª ed. española, Taurus, Madrid 1965; 2.ª ed., Alba Editorial, Barcelona 2005.

cuenta. En aquel mitin uno de los políticos que intervino fue Willy Brandt, quien me fascinó con la oratoria llena de convicción, electrizante, de la que hizo gala, con un discurso que me mostró por primera vez lo que los alemanes llaman hablar «druckfertig» («listo para la imprenta»).

El segundo acto político del que guardo recuerdo fue una concentración en la Rathausmarkt, con motivo de una reunión que se celebraba en Hamburgo de la Internacional Socialista; los más importantes líderes socialistas europeos fueron vitoreados por la multitud cuando se asomaron al balcón principal del Ayuntamiento, encontrándose entre ellos el laborista Clement Atlee, que había sido Premier británico entre 1945 y 1951, y una de las «bestias negras» del franquismo, porque había venido a España durante la Guerra Civil, arengando a las «Brigadas Internacionales», y porque, durante su mandato, no había dejado pasar ninguna oportunidad para atacar a la dictadura española, al contrario lo que hizo su antecesor (y sucesor) en la jefatura de Gobierno, Winston Churchill, más bien complaciente con Franco, por el temor de que, si éste era derrocado, y tal como había sucedido en Francia y en Italia, en España el comunismo podría alcanzar también una importante influencia política.

Pero fue el tercer acto político en el que estuve presente el que me causó una mayor impresión. Se había anunciado un coloquio, que se iba a celebrar en un aula del Hauptgebäude («Edificio Principal») de la Universidad de Hamburgo, entre un miembro del Bundestag cristianodemócrata y otro socialdemócrata, sobre si España debía ser admitida o no en la OTAN. En el coloquio, al que no asistían demasiadas personas, el primero sostuvo que, dado que la OTAN era una alianza militar anticomunista contra el Pacto de Varsovia, no veía inconveniente alguno en que España, situada en un lugar estratégico de Europa, se incorporara a dicha Alianza. Del diputado socialdemócrata me había llamado la atención su pobladísima cabellera, de la que era evidente que se sentía muy orgulloso y que continuamente se atusaba, de un color negro tan azabache que le confería un aspecto poco alemán; pero cuando empezó a hablar me olvidé de su pelo: argumentó que España no era un país democrático, que la OTAN era una Alianza para defender la libertad, y que, consiguientemente, mientras España no se convirtiera en un Estado de Derecho, no podía ser admitida en ese bloque militar. Cada respuesta del parlamentario cristianodemócrata era contestada por el socialdemócrata con una catarata de argumentos, de una contundencia implacable, y expresados con una formulación tan demoledora, que aquél fue haciéndose cada vez más pequeño hasta quedar prácticamente mudo. Nunca había presenciado,

y nunca he vuelto a presenciar, una capacidad dialéctica y de expresión como la que desplegó el hombre de pelo negro como el azabache en aquel acto. Cuando hubo finalizado, leí en el cartel que anunciaba el coloquio los nombres de los dos participantes: el demócratacristiano se llamaba Gerd Bucerius y el socialdemócrata, Helmut Schmidt, y, en relación con este último, pregunté a las personas que me habían acompañado al acto: «¿Quién es ese tío?», sin que supieran darme otra contestación que la de que era un simple parlamentario del Bundestag. Pocos meses después, en diciembre de 1961, Schmidt era nombrado senador de Interior («Innensenator») del Gobierno de Hamburgo, sin que sea necesario, por conocida, describir cuál ha sido su ulterior trayectoria política hasta convertirse actualmente, con 95 años, y con la misma lucidez que tenía cuando le escuché en aquel verano de 1961 en Hamburgo, en el político más respetado de Alemania, en una auténtica leyenda viva. Desde aquella primera gran impresión que me causó Schmidt, he seguido intermitentemente sus pasos, bien a través de las entrevistas a las que se sometía y de las crónicas publicadas en «Der Spiegel» –revista que empecé a leer en 1961 y de la que sigo siendo suscriptor en la actualidad–, bien con la lectura de algunos de sus libros, últimamente de «Auf eine Zigarette mit Helmut Schmidt» y «Außer Dienst».

### XIII

Después de mi entrevista con *Henkel*, inmediatamente me puse a elaborar mi tesis doctoral al tiempo que continuaba profundizando en el idioma alemán. Nunca había trabajado tanto en mi vida y durante tanto tiempo seguido, y nunca he vuelto a hacerlo. Durante dos años, mis jornadas fueron de 12 y 14 horas diarias, incluyendo sábados y domingos, jornadas que seguía manteniendo durante mis únicas vacaciones de unos diez días que dos veces al año pasaba en España junto a mis padres, trasladándome a Madrid con las maletas llenas de libros ya que no me podía permitir perder ni un solo minuto. Recuerdo que una de aquellas vacaciones la dediqué íntegramente –tomando las correspondientes notas– a leer la monografía de Armin Kaufmann «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte». El libro era fascinante y en él Kaufmann ponía de manifiesto su extraordinaria inteligencia, extrayendo del principio que, según él, regía para los delitos de omisión –del «Umkehrschluß» (del «argumento de la inversión») frente al delito de acción–, con una admirable coherencia, toda una serie de conclusiones para los delitos omisivos que solucionaban prácticamente todos los problemas que éstos presentaban. La construcción de

Armin Kaufmann de los delitos de omisión no sólo era un monumento intelectual a la lógica, sino que, además, no se podía negar que emanaba de ella una cierta belleza. Pero la construcción de Kaufmann era falsa porque toda ella se edificaba sobre un principio equivocado: el de que el delito de omisión es el reverso del anverso que constituye el delito de acción, y «wer das erste Knopfloch verfehlt, kommt mit dem Zuknöpfen nicht zu Rande» («el que se equivoca con el primer ojal, ya no puede acertar con el abotonado»). Años más tarde tuve la oportunidad de coincidir en distintas ocasiones con el noble ser humano que era Armin Kaufmann. Recuerdo una vez que asistiendo ambos a un Congreso en México, en 1977, cuyos organizadores me habían comprado el billete de ida y vuelta Madrid-México DF-Madrid, me vi en la necesidad de adelantar el vuelo de regreso, por urgentes e inaplazables motivos personales, con lo que, como no era posible el cambio de día por tratarse de un billete cerrado, tenía que pagarme de mi bolsillo dicho vuelo, sin que dispusiera en México del dinero en efectivo que se necesitaba para abonarlo. En aquella época en España apenas se conocían las tarjetas de crédito, por lo que el alemán Armin Kaufmann, que sí poseía una de ellas, se ofreció inmediatamente a adelantarme el precio del regreso, abonando el importe con su tarjeta. Finalmente, el problema pudo resolverse sin tener que acudir a la generosidad –y a la confianza– de Kaufmann; pero han transcurrido muchos años y sigo recordando, agradecido, el gesto de Armin Kaufmann, cuya temprana muerte supuso una pérdida para la ciencia penal, que se quedó demasiado pronto sin las siempre agudas e inteligentes aportaciones de un verdaderamente grande.

Pero volvamos a Hamburgo y a mi doctorado. En el verano de 1961 había concluido mi beca de la Universidad de Hamburgo, pero, con la concesión de una nueva beca, esta vez española, de la recién creada Fundación Juan March –la noticia de que me había sido otorgada supuso otra alegría de una intensidad que me es difícil describir (recuerdo que envié a mis padres un telegrama con el siguiente texto: «Beca Juan March obtenida»)–, quedaban cubiertos económicamente 12 meses más para mi dedicación exclusiva y excluyente a mi proyecto de investigación. Mi tesis marchaba a buen ritmo y la «Materialsammlung» (la «recopilación de material») se hallaba ya muy avanzada, no obstante lo cual tenía mis dudas –era mi primer trabajo de investigación y, por consiguiente, carecía de cualquier experiencia previa sobre cuánto tiempo necesitaba todavía para concluirlo– de si esos 12 meses serían suficientes para culminar mi doctorado en Hamburgo, teniendo en cuenta, además, que éste exigía no sólo la presentación de una tesis, sino también la redacción de una exégesis de

Derecho romano y la superación del examen «rigorosum», en el cual tres catedráticos de Hamburgo me iban a preguntar sobre los Derechos civil, penal y público alemanes.

Como no fue hasta junio de 1962 –justo cuando se terminaba mi beca March– que presenté mi tesis doctoral, calculé que todavía necesitaba seis meses adicionales para poder preparar y superar los dos trámites –exégesis y rigorosum– que aún me restaban para concluir el doctorado. Pedí entonces a la DAAD una ulterior beca para ese medio año, beca que me fue concedida por un procedimiento de urgencia y sin ninguna dificultad, ya que a mi solicitud acompañé la ya completamente redactada tesis doctoral que acababa de depositar en la Universidad.

Me dediqué entonces a estudiar el ya casi olvidado Derecho romano del que me había examinado seis años antes en la Universidad de Madrid y a consultar algunas exégesis que habían presentado otros ya doctores, entre ellas, la de mi amigo del Europa Kolleg Rudolf Gärtner, quien pocos años después obtendría una cátedra de Derecho privado en la Freie Universität Berlin, a quien le manifesté que no tenía ni idea de cómo abordar esa prueba y que estaba francamente asustado. Gärtner –un hombre muy inteligente y con mucho sentido del humor– trató de tranquilizarme, contestándome –hay que tener en cuenta que Gärtner era iusprivatista–, cuando le pregunté si la exégesis le había resultado muy difícil: «Hat Spaß gemacht!» («Ha sido divertido»), lo que no respondía a mi pregunta, porque yo me daba por satisfecho con realizar un trabajo aceptable sin que tuviera ninguna aspiración a que, además, me resultara divertido. El día señalado acudí a la Facultad de Hamburgo, donde se me entregó como «Aufgabe» («Tarea»), la siguiente: «C [Corpus Iuris Civilis]. 4.58.3 debe ser traducido y comentado». Se trataba de un rescripto imperial sobre un supuesto de hecho de la compraventa de un esclavo que había huido, planteándose el problema de si era el comprador o el vendedor quien debía asumir el perjuicio causado con la huída. Finalmente, la exégesis no me resultó tan difícil: me di cuenta entonces de que, al redactar la tesis doctoral, y entre las muchas cosas que había aprendido, figuraba también el método de investigación jurídica, que podía aplicarse a cualquier rama del Derecho. Consulté 37 fuentes bibliográficas y recuerdo que, incluso, creí haber descubierto dos o tres interpolaciones en el texto del Codex. En cualquier caso, el gran romanista Max Kaser, que fue quien me corrigió la exégesis, quien me examinó de Derecho privado en el rigorosum y quien –junto al entonces Rector, mi querido Rudolf Sieverts– firmó, como Decano de la Facultad, mi título de Doctor, me dijo, al concluir el rigorosum, que había escrito

una excelente exégesis y que esperaba que, con todo lo conseguido ya en Hamburgo, un día llegaría a ser catedrático de Derecho penal en España.

Debió ser en julio cuando empecé a preparar el rigorosum. De las tres materias de que me iban a examinar, el Derecho penal, naturalmente, no tuve ni que prepararlo, estudiando para el Derecho público los aspectos más esenciales de la Ley Fundamental de Bonn. Mi mayor preocupación residía en el Derecho civil, en el que las preguntas solían versar sobre la Parte General y el Derecho de obligaciones, para lo cual me puse a estudiar, casi con la misma intensidad con que lo había hecho en su día con el Maurach, los dos tomos de «Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts», de Ennecerus/Nipperdey, y los también dos tomos del «Lehrbuch des Schuldrechts», de Karl Larenz, lo que me permitió descubrir el apabullante edificio conceptual que había construido la dogmática alemana del Derecho civil, ante el que quedé deslumbrado.

El 15 de enero de 1963 rendí mi examen rigorosum concluyendo así mi doctorado en Hamburgo. Muchas veces, a lo largo de aquellos dos años y medio de trabajo extenuante había dudado de que pudiera alcanzar aquella meta con la que había soñado tanto tiempo. Pero, si la alcanzaba, no tenía la menor duda que ese día sería uno de los más felices de mi vida, porque aquello significaría que había ganado la primera apuesta importante que había hecho a favor de mi mismo. Pero, para mi desgracia, las cosas no sucedieron como había imaginado, porque, ante la aparición de tremendas e inesperadas preocupaciones, la satisfacción que podría haberme proporcionado mi doctorado había quedado relegada a un segundo plano.

#### XIV

En aquellos tiempos, e independientemente de que eran disparatadamente caras, las conferencias telefónicas con el extranjero eran muy complicadas, porque no se podían hacer directamente, tal como se hace ahora marcando el correspondiente prefijo del país con el que se quiere hablar, sino sólo a través de operadora y siempre con una demora difícil de calcular previamente. En los más de tres años que estuve en Hamburgo nunca hablé con mis padres por teléfono. Pero la comunicación con ellos era permanente a través del correo postal, escribiéndonos, al menos, una vez por semana, largas cartas. Debido al ingente trabajo que tenía que desarrollar en 1962, éste fue el primer año de mi estancia en Alemania en el que no pasé unos días en Madrid con mis padres durante el verano. Mi última visita había tenido lugar

en Semana Santa, y todavía recuerdo cómo, desde la escalerilla del avión –fue la primera y única vez que utilicé ese medio de transporte para desplazarme entre los dos países–, agitaba mi mano despidiéndome de mis padres, quienes respondían a mi saludo desde una distancia muy cercana –todavía no se habían inventado los finger, y las despedidas en los aeropuertos no se diferenciaban mucho de las que se producían en las estaciones de ferrocarril– y, aunque ni he creído ni creo para nada en las premoniciones, viendo la tristeza por mi partida en el rostro de mis padres, se apoderó de mí la sensación de que –sin saber muy bien por qué– las cosas ya no volverían a ser nunca iguales.

Desde agosto de 1962 la correspondencia con mis padres se había ido espaciando. Pero estaba tan enfrascado con la preparación del *rigorosum* que esa circunstancia no despertó en mí ninguna señal de alarma. A finales de noviembre de ese año recibí una carta de mi hermano José Antonio: me decía –pero no en tono muy alarmista– que a mi padre se le había descubierto un tumor en el pulmón cuya naturaleza se desconocía y que iba a ser intervenido, al parecer por un cirujano muy competente, en la segunda quincena de diciembre, y que mi regreso a Madrid se hacía muy urgente. Me quedé muy preocupado, pero, como para combatir su angustia uno tiene sus mecanismos de defensa, «negué» que hubiera alguna posibilidad de que el tumor fuera canceroso así como que la intervención quirúrgica pudiera fracasar. Como mi hermano, después del día señalado para la intervención, tampoco se puso en contacto conmigo, interpreté ese silencio, en mi negación de la gravedad de la situación, como una confirmación de que –como yo mismo me había acabado de creer– las cosas habían salido bien. La verdad no se me reveló hasta el 27 de diciembre de 1962: ese día recibí una carta de José Antonio en la que me escribía que el tumor era maligno y que el cirujano ni siquiera había operado, porque, al abrir, se había encontrado con que el cáncer había metastizado en el hígado, un cáncer que en ese órgano en aquellos tiempos equivalía a una sentencia de muerte, ya que no era susceptible de ser tratado con las dos únicas terapias descubiertas hasta entonces para tratar de combatir la enfermedad: la cirugía y la radiación.

Un sentimiento que hasta entonces no había conocido de temor y temblor se apoderó de mí, y salí a la calle, anonadado, sin rumbo fijo. Mis padres no habían tenido hasta entonces ninguna enfermedad seria y, aunque para aquellos tiempos, mi padre tenía ya una considerable edad (66 años), la idea de que pudiera morir hasta entonces ni se me había pasado por la cabeza.

Creo que fue al día siguiente (el 16 de enero de 1963) de haber rendido el *rigorosum* cuando abandoné definitivamente Hamburgo

para reunirme con mis padres. A mi llegada a la estación de Madrid vinieron a recibirme mi madre y mi hermano, quienes me advirtieron de que mi padre estaba muy desmejorado. Pero ese aviso no me sirvió para nada ante el panorama con el que después me encontré. Al entrar en mi casa de Madrid y ver a mi padre, que me saludó con un «Hola, Enrique», no sé ni cómo pude mantenerme de pie. Mi padre, que durante toda su vida había sido más bien grueso, había adelgazado hasta tal punto que se había convertido en una persona irreconocible que tenía ya en su rostro el sello de la muerte (todavía tenía en mi memoria su aspecto de siempre cuando me despidió, hacía sólo unos meses, en el aeropuerto de Madrid) y su voz estaba tan apagada que ya no tenía nada que ver con el timbre potente con el que le había escuchado desde mi infancia.

Al poco de llegar a Madrid, por la noche, en el salón de nuestra casa, mi madre me dice que en el verano de 1962 le habían extirpado una mama, me enseña la cicatriz, pero me tranquiliza enseguida, mostrándome un informe de anatomía patológica en el que se hace constar que el tumor no es maligno.

Pocos días después, mi padre, aprovechando que mi madre no está en casa, me llama a la alcoba y me comunica que a mi madre le han operado del pecho, entregándome a continuación una llave que él guarda para que abra un armario, cerrado a cal y canto, de donde extraigo un ulterior informe anatomopatológico en el que se hace constar que el tumor de mi madre es maligno. Mi padre empieza a llorar, me dice que él saldrá pronto de su enfermedad, pero que el pronóstico de mi madre es pesimista y que, según los médicos, y como mucho, le quedan cinco años de vida, y en ese momento a mi padre el llanto apenas le permite hablar: seguía tan enamorado de mi madre como en aquel lejano día de 1935, en el que se subió al tren en el que mi madre regresaba desde Madrid para declararse a ella y pedirle en matrimonio.

En aquel entonces el cáncer era una enfermedad de la que se ocultaba casi todo y sobre la que las personas legas en medicina apenas teníamos información. Salí del dormitorio sin saber muy bien si había que creer a mi padre o a mi madre sobre la enfermedad de ésta, por lo que, angustiado, me dirigí a José Antonio para que me contara toda la verdad. Y sólo entonces fue cuando mi hermano decidió revelarme todo el drama que se había vivido en mi casa en los últimos meses. En el verano de 1962 se le había descubierto a mi madre un tumor, siendo sometida a una mastectomía. Una vez realizada la biopsia, se comprobó que el tumor ya se había extendido a los ganglios, por lo que el pronóstico no daba lugar a ninguna esperanza, si bien, posteriormente,

a mi madre se le administraron algunas sesiones de radioterapia con la única finalidad de poder prolongarle la vida algún tiempo. Mi padre y mi hermano decidieron entonces ocultar la enfermedad a mi madre y, para ello, acudieron al procedimiento, entonces bastante habitual, de pedir a los médicos un informe anatomopatológico falso del tumor extraído, para así encubrir el engaño ante mi madre con una apariencia de verosimilitud. Por consiguiente, y desgraciadamente, el informe auténtico era el que me había enseñado mi padre. A las pocas semanas de la operación de mi madre, los médicos diagnosticaron a mi padre –que estaba adelgazando alarmantemente– un tumor en el pulmón. Se decidió operarle, pero, como ya he indicado anteriormente, y a la vista de que el tumor había metastizado en el hígado, los cirujanos se limitaron a «abrir y cerrar», ya que, en aquellos años, el hígado era «inoperable». El acuerdo que entonces se estableció entre mi madre y mi hermano fue el de ocultarle a mi padre la enfermedad, asegurándole que había sido sometido a la operación prevista, que el tumor supuestamente intervenido no era maligno y que la operación había resultado todo un éxito.

A su vez, mi padre y mi hermano por una parte, y éste y mi madre, por otra, resolvieron ocultarme todo. Yo ya había entregado mi tesis doctoral en Hamburgo, pero mi familia sabía que necesitaba la máxima concentración –y tranquilidad– para poder preparar y llevar a cabo las difíciles pruebas que aún me quedaban para alcanzar el doctorado.

Esta fue la última, conmovedora y sacrificada manifestación del infinito amor –esta vez, del amor en tiempos difíciles– que siempre habían profesado mis padres por su hijo Enrique. Ni pude estar con ellos cuando ingresaban en los quirófanos para ser sometidos a graves e inciertas intervenciones quirúrgicas –de la operación de mi madre sólo tuve noticia meses después de que fuera practicada–, ni les pude acompañar en sus visitas a los médicos en las que sólo escucharon malas, terribles noticias. Renunciaron a mi compañía y a mi apoyo precisamente cuando más los necesitaban, porque lo más importante para ellos era mi futuro, y éste, en aquel momento, se estaba decidiendo en la lejana Alemania, donde estaba a punto de recoger los frutos del enorme esfuerzo que había realizado durante casi tres años con la consecución de unos saberes y de un título que han marcado toda mi futura vida científica. Y ese ocultamiento fue también una manifestación del gran amor de José Antonio por mí, pues tuvo que cargar sobre sus hombros el peso de aquellos terribles meses en los que iba con mi madre al oncólogo para hablar de la enfermedad de mi padre, y a veces, y en el mismo día, otra vez al médico, acompañando

a mi padre para informarse de la evolución de la enfermedad de mi madre.

Desgraciadamente, en los pocos meses que transcurrieron hasta el fallecimiento de mis padres, y viviendo ya en Madrid, tampoco pude prestarles toda la ayuda que necesitaban y que tanto merecían. Yo había formado ya una familia, con una hija que había nacido en agosto de 1962, y tenía que enfrentarme a las difícilísimas tareas de ganarme la vida en un país en el que prácticamente carecía de conexiones, de encontrar un piso donde vivir y de resolver mil problemas cuya solución me superaba: con 24 años era una persona muy formada intelectualmente, pero que hasta entonces había vivido en la torre de marfil de los libros (jurídicos y no jurídicos), y con una considerable inmadurez para afrontar los escollos que la vida práctica me presentaba todos los días.

Ni José Antonio ni yo nos arrepentimos nunca de haber engañado a cada uno de nuestros padres sobre la verdadera naturaleza de sus enfermedades –lo que conllevaba la a veces insoportable tensión psicológica que generaba en nosotros hablar con cada uno de ellos de la enfermedad del otro y haciendo toda clase de esfuerzos para que ninguna palabra ni ningún gesto delatara que aquel a quien nos dirigíamos también padecía la misma dolencia–, engaño que, por lo demás, era lo habitual en aquel tiempo, al menos en España, a diferencia de lo que sucede ahora, en donde el conocimiento de la enfermedad por parte del paciente es muchas veces el presupuesto imprescindible para que pueda someterse a los a veces muy penosos remedios terapéuticos que hoy existen para combatir y curar el cáncer, mientras que en los años 60 del pasado siglo, al no haberse descubierto aún tales remedios, el anuncio a una persona de que tenía un tumor maligno, equivalía, casi siempre, a hacerle saber que su vida estaba llegando irremediablemente a su fin. En cualquier caso, y a la vista de que cada uno de mis padres estaba ocultando la enfermedad al otro, ni mi hermano ni yo dudamos que, al mentirles a ellos, estábamos actuando también tal como ellos habrían deseado.

Años más tarde, leyendo la biografía de Freud de Ernest Jones, supe que, cuando a Sigmund Freud se le descubre en 1922 un cáncer de boca que, 17 años más tarde, en 1939, le llevó a la muerte, tuvo lugar una reunión de sus discípulos en la que deliberaron si deberían o no comunicar la enfermedad al maestro, decidiendo finalmente hacerlo. Cuando años más tarde Jones puso en conocimiento de Freud aquella deliberación, éste se limitó a preguntarle: «Mit welchem Recht?» («¿Con qué derecho?»).

Mi padre falleció en abril de 1963 y, seis meses más tarde, en octubre del mismo año, moría mi madre, recién cumplidos los 60 años.

He empezado a escribir esta parte de mi biografía referente a la enfermedad y muerte de mis padres y, a medida que lo iba haciendo, iba tomando conciencia no sólo de por qué lo hacía, sino también de por qué lo hacía con una cierta extensión, siendo así que podía haber prescindido de relatar ese episodio de mi vida, ya que el editor de este libro nos ha dado a los invitados a participar en él la más completa libertad para configurar como queramos esta exposición de nosotros mismos. No tengo la menor duda de que si he escrito lo que he escrito, ello obedece a que es la primera y última oportunidad que se me presenta de aliviar en parte –aunque ellos ya no puedan leer mis palabras– el enorme sentimiento de culpa que arrastro desde entonces por no haber podido –ni sabido– acompañar a mis padres, como hubiera deseado, en la horrible tragedia que se abatió sobre ellos en los últimos meses de su vida, sentimiento de culpa aún más profundo porque mis padres –que tenían una infinita capacidad de amar– me habían querido con todas sus fuerzas, algo que, creo yo, explica las calidades humanas, si es que las tengo, que tal vez puedan encontrarse en mi personalidad. José Antonio, en cambio, sí que puede leer estas páginas, que me sirven para mostrarle mi infinito agradecimiento por la pesada carga que durante demasiado tiempo tuvo que soportar él solo sin que su hermano estuviera a su lado.

## XV

Quien tenga algún conocimiento de cómo funciona nuestra Universidad se preguntará cómo es posible que exista alguien tan despistado como yo, que se va a Alemania por las buenas, con la intención de conseguir en el futuro una cátedra de Universidad, sin haber seguido el camino preestablecido consistente en, *primero*, encontrar un profesor español que le admita como discípulo para, *después*, y en su caso, cursar estudios en el extranjero y, una vez finalizados éstos, regresar a España para seguir la carrera académica junto al catedrático nacional que previamente le había admitido. Como en tantas ocasiones en mi vida, yo había empezado a construir la casa por el tejado, de tal manera que fue desde Alemania, con la tesis ya terminada, cuando por primera vez me puse en contacto con un catedrático español de cuya mano pudiera ingresar, como investigador, en la Universidad de mi país.

Sería en julio de 1962 cuando leí en un periódico español –mis padres me enviaban cada semana una remesa con todos los periódicos

que se habían publicado en esos siete días que, aunque leía con retraso, me permitían no perder el contacto con mi patria— que Antonio Quintano Ripollés, un magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, acababa de obtener una cátedra en la Universidad de Madrid (hoy: Complutense de Madrid), en aquellos tiempos la única existente en la capital de España. Averigüé el domicilio de Quintano en Madrid y le escribí una carta, a la que adjuntaba mi tesis alemana, preguntándole si me podía admitir en su recién estrenada cátedra. Quintano, a quien mi tesis alemana le pareció una más que suficiente tarjeta de presentación, me respondió con una cariñosísima carta, diciéndome que, por supuesto, contara con él y que me ayudaría en todo lo posible, al tiempo que me solicitaba un artículo para la revista de la que él era el entonces secretario de redacción —el «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»—. Ese artículo, con el título de «La causalidad en Derecho penal», se publicó en el fascículo III de 1962 de la revista y todavía pude mostrárselo a mi padre semanas antes de su fallecimiento. No sé si a todo el mundo lo sucede lo mismo con su primera publicación; pero, por lo que a mí se refiere, no hacía más que mirar y remirar mi trabajo, fijándome especialmente en el encabezamiento de las páginas impares, en las que aparecía, nada menos que en letra impresa, mi nombre «Enrique Gimbernat Ordeig».

En muchos sentidos, Quintano era un personaje muy singular, que a veces vestía de una manera un tanto extravagante, con su capa española, su corbata de pajarita y una pipa que nunca se le caía de los dientes: no tengo la menor duda de que una de las razones por las que yo también he acabado fumando en pipa —a pesar de que es un actividad cuyo aprendizaje lleva un cierto tiempo (en España se dice: «Es más difícil que fumar en pipa»)— tiene que ver con un mecanismo de identificación con mi admirado maestro. Quintano, sin ser catedrático había ganado su plaza de la capital de España en competencia con un catedrático de provincias, Rodríguez Devesa, en una oposición de carácter nacional, cuando ya había cumplido los 59 años.

Cuando le escribí a Quintano desde Hamburgo yo sólo le conocía por sus libros y por sus artículos, a través de los cuales no era difícil adivinar que su ideología era liberal —él se autocalificaba de anarquista—, una circunstancia que para mí fue decisiva en la elección de mi maestro español y que encontraba una ulterior confirmación por la íntima amistad que Quintano mantenía con el catedrático republicano español, exiliado en Argentina, Luis Jiménez de Asúa, a quien ya me he referido anteriormente y todavía me volveré a referir.

Aunque ahora ya no es posible, en aquellos años era compatible ejercer simultáneamente de catedrático y de magistrado, cargo este

último que Quintano aprovechaba, desde el Tribunal Supremo, para, en cuanto encontraba el menor resquicio, absolver o, al menos, rebajar la pena de los delincuentes políticos que venían condenados por el tribunal de instancia, lo que, en alguna ocasión, obligó al legislador franquista a modificar el Código Penal para tapan ese resquicio de impunidad que Quintano había descubierto. Me consta que la dictadura sopesó alguna vez la posibilidad de encontrar algún procedimiento para remover a Quintano de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, donde no le estaba causando más que problemas, pero nunca se decidió a dar el paso ante el temor de provocar un escándalo fuera de nuestras fronteras, ya que Quintano, un asistente habitual a Congresos internacionales, tenía muy buenas relaciones con los más eminentes penalistas extranjeros de la época, por su sabiduría, por su simpatía y por su don de gentes, todo ello potenciado por su extenso conocimiento de idiomas, ya que se manejaba con soltura en alemán –su mujer era austríaca, por lo que decía que, si bien el alemán no era su «Muttersprache» (su «lengua materna»), si que era su «Schwiegermuttersprache» (su «lengua materno-política»)–, francés, inglés, e incluso ruso. Con Quintano daba gusto hablar. No sólo por su modestia, por su inmensa cultura –especialmente en literatura y en artes plásticas–, sino también por su sentido del humor. Quintano, que muchas veces, al terminar sus clases, me llevaba desde la Facultad hasta su otro lugar de trabajo, el Tribunal Supremo, para acercarme a la estación de metro desde la cual yo regresaba a mi casa, era un pésimo conductor, de tal manera que esos trayectos se caracterizaban por los continuos frenazos y acelerones que daba, así como por cómo rechinaba insoportablemente el motor cuando cambiaba de marcha. Consciente de que lo suyo no era la conducción, cuando viajaba a su ciudad natal, Burgos, quien se ponía al volante –en España apenas existían mujeres que supieran conducir– era su esposa, Johanna Heilpern, si bien, pocos kilómetros antes de llegar a su destino, era él quien pasaba a conducir el vehículo con el argumento de que, si veían que era Johanna la conductora, «en el pueblo van a pesar que soy marica». Quintano y yo nos entendimos siempre maravillosamente bien, carecía de la vanidad que caracterizaba a los catedráticos de entonces –de los que todavía, en la actualidad, sobrevive alguna especie–, le profesé un enorme cariño –creo que correspondido–, cariño que, hasta la muerte de ésta, también sentí por su viuda, y que sigo manteniendo actualmente con su hijo, Juan Antonio, y siempre me he sentido orgulloso de haber sido discípulo suyo, en realidad: su único discípulo, circunstancia que encuentra su explicación en su tardío acceso a la cátedra y en su prematura muerte.

## XVI

Por lo que se refiere a mis circunstancias económicas, mis primeros años en España fueron muy angustiosos, teniendo en cuenta, además, que mi familia había aumentado con el nacimiento, en octubre de 1965, de mi segundo hijo. El único puesto vacante en la cátedra de Quintano era el de profesor ayudante con una retribución mensual, creo recordar, de unas 200 pesetas al mes (algo menos de dos euros), a las que había que sumar una beca mensual que me había sido concedida por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de aproximadamente 900 pesetas (algo más de cinco euros). Disponía, por consiguiente, de unos nueve euros mensuales que podrían equivaler, tal vez, a un valor actual de 100 euros. Eso era lo único seguro, pero el hecho es que, con mayores o menores dificultades, con épocas mejores o peores, siempre supe apañármelas para vivir modestamente, pero sin privaciones, y siempre con la esperanza de que, en el término de unos años, podría obtener una cátedra que resolvería para siempre mis problemas económicos. Mis ingresos adicionales provenían, por una parte, de las traducciones del alemán. Y así traduje para la editorial Ariel, la «Methodenlehre der Rechtswissenschaft», de Karl Larenz (49), para Tecnos, la «Einführung in die Rechtsphilosophie», de mi maestro alemán Heinrich Henkel (50), y para la Editorial Reus, «Sexualität und Verbrechen» (51). Pero, en materia de traducciones, para mí la persona clave fue Jesús Aguirre (en aquellos tiempos, el «cura Aguirre») y, posteriormente, y en virtud de su matrimonio con Cayetana Fitz-James Stuart, el Duque de Alba («Chus Alba»), que a principios de los años 60 del siglo xx, y después de haber estudiado teología en Munich con una beca Humboldt, se había hecho cargo, con un espectacular éxito comercial, de la dirección de la Editorial Taurus, para la que traduje el ya mencionado libro de Kogon, «Der SS-Staat» (52). Estábamos a principio de los 60 del pasado siglo y en pleno Concilio Vaticano II, que dio origen dentro de la hasta entonces ultraconservadora Iglesia española a un movimiento de renovación progresista entre determinados sectores del catolicismo patrio, movimiento que, en los años siguientes, proporcionó al franquismo considerables quebraderos de cabeza. El éxito de Aguirre consistió en que empezó a publicar en su editorial libros de teólogos progresistas, la

---

(49) Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona 1966, 383 pp.

(50) Introducción a la filosofía del Derecho, Madrid 1968, 757 pp.

(51) Sexualidad y crimen (editado por BAUER, BÜRGER-PRINZ, GIESE y JÄGER), Madrid 1969, 439 pp.

(52) Indicaciones *supra* nota 48.

mayoría de ellos alemanes y que estaban teniendo una gran influencia como asesores de algunos de los cardenales que asistían a aquel acontecimiento religioso. De Karl Rahner Jesús Aguirre publicó prácticamente sus obras completas, que en España se convirtieron en un best seller. A pesar de mi ateísmo, tengo que confesar que la Iglesia Católica fue para mí «providencial», ya que el cura Aguirre, de vez en cuando, me encargaba también la traducción de algún libro de esos teólogos, de los cuales el único que conservo es mi traducción del libro de Oscar Cullmann, «Der Staat im Neuen Testament» (53).

En 1965 conseguí una beca de un año de la Fundación Juan March –esta vez, para «Estudios en España», la anterior de 1961, que me había permitido financiar una año de mi estancia en Hamburgo, era para «Estudios en el Extranjero»–, que me fue concedida para desarrollar una investigación sobre la participación delictiva, beca que me permitió concluir mi monografía «Autor y cómplice en Derecho penal» (54) y cubrir relativamente bien mis necesidades económicas durante aquel año de 1965.

A finales de 1965 solicité para el año 1966 (de enero a septiembre) una beca de la Alexander von Humboldt-Stiftung para investigar en el Institut für ausländisches und internationale Strafrecht de Friburgo (en junio de 1966 el Instituto fue admitido en la Max-Planck-Gesellschaft, lo que tuvo lugar en una ceremonia a la que asistí, en medio de la euforia de Jescheck y de todos los integrantes de la institución). Al despedirme de Roxin en Hamburgo en enero de 1963 –Roxin ya estaba preparando su traslado a Göttigen, donde acababa de ser nombrado catedrático–, recuerdo la frase con la que aquél me despidió: «Wir bleiben in Verbindung» («Seguimos en contacto»), un contacto que se ha extendido durante más de medio siglo –con frecuentes encuentros en España, Alemania y Latinoamérica, con ocasión de Congresos o de otros acontecimientos (55)– y que se ha transformado en una gran amistad que considero uno de los más valiosos regalos que me ha aportado mi vida académica. Roxin –junto con Henkel y Quintano Ripollés– fueron los tres catedráticos que avalaron mi solicitud ante la Fundación Humboldt y, con esas referencias, no tuve problema

(53) El Estado en el Nuevo Testamento, 1966, 143 pp.

(54) Enrique GIMBERNAT, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid 1966, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 349 pp. [Segunda edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires 2006, XXVI + 334 pp., con un anexo «Concurso de leyes, error y participación en el delito»].

(55) El 16 de noviembre de 2000, y en una ceremonia conjunta, Roxin y yo fuimos investidos doctores «honoris causa» por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México) y el 24 de septiembre de 2007, y también en una ceremonia conjunta, por la Universidad Santa María, Caracas (Venezuela).

alguno para que se me concediera la beca solicitada por un período que se extendió de enero a septiembre de 1966.

## XVII

El Instituto de Friburgo era todavía una institución bastante familiar, con un viejo y único edificio en la Güntertalstrasse, hasta el punto de que, gracias a la generosidad de Jescheck, que me facilitó una llave de entrada a su sede, acostumbraba a pasar la noche entera trabajando en sus locales en medio de la más absoluta y concentradora soledad.

En 1966 apareció en la NJW mi artículo «Finalität und Vorsatz. Zugleich eine Besprechung von Welzel: Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft» («Finalidad y dolo. Al mismo tiempo una reseña de Welzel: De lo permanente y de lo pasajero en la ciencia del Derecho penal») (56), artículo que coincide, en lo fundamental, con el texto que escribí en castellano, como «Excurso: la polémica Roxin-Welzel», en mi monografía «Delitos cualificados por el resultado y causalidad» (57), en el que me mostraba muy crítico con la teoría de la acción finalista de Welzel. Cuál no sería mi sorpresa (58) cuando, poco tiempo mas tarde, Welzel me dirigió a mi entonces domicilio particular de Madrid, en la calle Virgen del Coro 1 –que no sé cómo había averiguado– una carta de varios folios, y que desde allí me fue reenviada a Friburgo, donde, como ya he indicado, me encontraba disfrutando de una beca Humboldt, carta extraordinariamente crítica conmigo y en la que afirmaba que, si había podido escribir ese artículo, era porque desconocía completamente su obra científica.

Cuando escribí mi autosemblanza para el libro editado por Hilgen-dorf no pude encontrar rastro alguno de aquel intercambio de correspondencia con Welzel, que se remonta a casi medio siglo atrás. La carta de Welzel, que originó mi respuesta, sigo sin poderla hallar, posiblemente porque la quise guardar, casi como una reliquia, en algún lugar muy especial, en vez de entre la correspondencia de 1966.

(56) NJW 1966, pp. 533-534 (= GIMBERNAT, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, 2013, pp. 143-148)

(57) Y que se contiene en las pp. 111-115 de la 1.ª ed. (Madrid 1966) del libro, y en las pp. 119-122 de la 3.ª ed. (Montevideo-Buenos Aires 2007).

(58) Sorpresa que, en realidad, no estaba justificada, pues, según me indicó Thomas WÜRTEMBERGER, WELZEL era un celoso guardián de su doctrina, contestando (o increpando) en publicaciones o en cartas personales a todo aquel (desde el más eminente catedrático hasta el más modesto ayudante) que de alguna manera ponía en cuestión sus tesis.

En cambio, y repasando las amarillentas hojas de la correspondencia de aquel lejano año, he podido dar con mi contestación, que había copiado con el papel carbón que se utilizaba entonces, contestación que reproduzco a continuación y de la que puede deducirse, porque entrecomillo varias frases de la carta de Welzel, cuál era el contenido de ésta.

Freiburg i. Br., 16.7.1966

Sehr verehrter Herr Professor Welzel!

Ich danke Ihnen sehr für Ihren Brief vom 17.5 –den ich nun erst vor kurzem lesen konnte– und für die Aufmerksamkeit, die Sie meinen NJW-Aufsatz geschenkt haben. Schon seit Jahren empfinde ich für Sie und für Ihr Werk eine tiefe Bewunderung; umso grösser daher meine Freude, als ich Ihren Brief empfang.

Aber –und vor allem in der Wissenschaft– man kann jemanden bewundern, ohne alle seine Ansichten zu teilen. Weil ich Ihre Ansichten hinsichtlich des Handlungsbegriffs nicht teile, habe ich den NJW-Beitrag geschrieben; und ich würde ihn wieder schreiben, denn Ihr Brief hat mich nicht zu überzeugen vermocht.

«Sie sind offenbar der Ansicht», schreiben Sie in Ihrem Brief, «ich hätte in meiner Auseinandersetzung mit Roxin meine Ansicht geändert, indem ich früher Tatbestandsvorsatz mit finalem Handlungswillen identifiziert hätte, «nunmehr» aber zwischen beiden unterschiede. Wenn Sie der Meinung sind, dass hierin eine Änderung läge, so ist sie jedenfalls viel älter als Sie meinen». Um diese Behauptung zu beweisen, zitieren Sie dann eine Stelle der 3. Aufl. (1954) Ihres Lehrbuches.

Damit beweisen Sie nichts, von dem ich nicht überzeugt wäre. Denn ich habe nirgends gesagt, sie hätten erst bei der Auseinandersetzung mit Roxin Ihre Meinung geändert: Ihre Schrift, das ist, was ich geschrieben habe, «zeigt wie keine andere, worin die Schwächen der finalistischen Theorie liegen» (S. 533); aber diese Schwächen sind früheren Ursprungs; sie tauchten auf, wie ich in der S. 534 ausführe, als Sie die Lehre der potentiellen Finalität aufgaben; und das taten Sie nach der Veröffentlichung des Buches von Niese «Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit», also: im Jahre 1951.

Ich fasse zusammen: Um darzulegen, dass Sie Ihre Meinung nicht in 1964 geändert haben, zitieren Sie aus einem Buch aus 1954, in dem Ausführungen enthalten sind, die mir Ihrer jetzigen Ansicht übereinstimmen; da ich aber nur gesagt habe, Sie wären zu dem Unterschied zwischen Finalität und Vorsatz schon im Jahre 1951 gekommen, brauchten Sie, um das Gegenteil zu beweisen, Stellen aus Veröffentlichungen von Ihnen, die vor 1951 erschienen sind, vorzubringen. Das ist auch, was ich im folgenden tun werde.

Roxin, führen Sie in Ihrem Brief weiter aus, habe Ihnen unterstellt: «Die finale Handlungslehre behaupte, ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes gäbe keine finale Handlung! Auch Sie wollen mir diesen Unsinn

ernsthaft imputieren». Und Sie meinen weiter: «Für die von Ihnen behauptete These, die finale Handlungslehre habe irgendwann einmal die Meinung vertreten, nur der Tatbestandsvorsatzes sei ein finaler Handlungswille und ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes gäbe es keine finale Handlung, besteht nicht einmal der Schatten eines Beweises».

Dazu ist folgendes zu sagen:

Erstens: Sie haben doch behauptet, nur der Tatbestandsvorsatz sei ein finaler Handlungswille.

Zweitens: Dogmatisch-geschichtlich betrachtet war diese Behauptung kein «Unsinn».

Drittens: Es gibt viel mehr als der Schatten eines Beweises, dass Sie so was behauptet haben.

Ich möchte mich zunächst mit den 1. und 3. Punkten (die finale Handlungslehre hat finalen Handlungswillen mit Tatbestandsvorsatz identifiziert) befassen. Auf den 2. Punkt (innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Strafrechtsdogmatik war dies kein Unsinn, sondern ein Fortschritt der kausalen Handlungslehre gegenüber) werde ich später zurückkommen.

Dass die finale Handlungslehre behauptet hat, ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes gäbe es keine Handlung lässt sich auf Grund folgender Argumente beweisen.

1. Schönke, Mezger, Maihofer und Baumann, um nur wenige Strafrechtler zu nennen, haben wiederholt gegen die finale Handlungslehre eingewandt, sie könne das Vorliegen einer Handlung bei dem fahrlässigen Delikt nicht erklären, denn bei diesem strebe der Wille den tatbestandlichen Erfolg nicht an. Offenbar ist dies Ihrer Theorie vorgeworfen worden, weil jene Autoren gedacht haben, die finale Handlungslehre identifiziert Finalität und Vorsatz und daher waren die nichtvorsätzliche auch nichtfinale Taten. Sie aber meinen: Alle diejenigen, die solchen Einwand vorgebracht haben, haben mich missverstanden. Das ist natürlich eine sehr komplizierte Erklärung. Können so viele qualifizierte Leute etwas so leichtes nicht schaffen, wie den Sinn, von dem was sie lesen (Ihre Schriften) zu verstehen? Liegt nicht näher zu meinen, jene Strafrechtler haben gut verstanden was Sie früher sagten (Finalität ist gleich Vorsatz) als Ihre Erklärung zu akzeptieren: ich habe Finalität nie mit Vorsatz identifiziert und bin missverstanden worden? Um so näher liegt die erste Erklärung (Sie sind gut verstanden worden) anzunehmen, wenn man in Betracht sieht, dass Sie jetzt gute Gründe haben, um sich auf ein Missverständnis zu berufen, denn: Ihre Ansicht ist nun die, dass die Gleichsetzung von Vorsatz und Finalität ein «Unsinn» ist.

2. Zwei Finalisten: zu Dohna (vgl. Der Aufbau der Verbrechenlehre, 3. Aufl., 1947, S. 14/15) und Niese (a.a. O., S. 65) haben ganz eindeutig und ausdrücklich den fahrlässigen Delikten den Handlungscharakter abgesprochen; eben deswegen, weil sie die Lehre der potentiellen Finalität ablehnten und, da sie Vorsatz mit Finalität identifizierten, diese

bei der Fahrlässigkeit nirgends finden konnten. Auch ein Missverständnis? Diesmal von den Finalisten selbst?

3. Aber durchschlagener als alle diese Argumente sind, sehr verehrter Herr Professor Welzel, ihre eigenen Ausführungen.

a) «Dass Handlungselement besteht daher hier (sc. bei den fahrlässigen Delikten) nicht in einer wirklichen, sondern nur in einer möglichen finalen Beziehung» [ZStW 58 (1939), S. 559]. Wieso in einer möglichen finalen Beziehung? Was hinderte Sie damals in der wirklichen Finalität das Handlungselement der Fahrlässigkeit zu erblicken? Wohl nur Ihre Gleichsetzung von Finalität und Vorsatz!

b) Heute sagen Sie, dass die fahrlässigen Handlungen ebenso Handlungen sind wie die vorsätzlichen. Früher –in 1944 [Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl. (1944), S. 32]– sahen für Sie die Sachen ganz anders aus: Die fahrlässigen Taten «sind ... zwar blosse Verursachungen»; nicht dadurch, dass sie wirklich final seien, sondern «dass sie durch den möglichen Einsatz der Zwecktätigkeit vermeidbar waren, sind in den Umkreis menschlichen Handelns erhoben». Ja: Sie nannten die fahrlässigen Verhalten nicht einmal Handlungen, sondern nur: «Handlungen im weiteren Sinne» [ZStW 58 (1939), S. 516]. Wieso nur Handlungen im weiteren Sinne, wenn sie so final sind wie die vorsätzlichen Handlungen? Wieso ist die Vermeidbarkeit des Erfolges durch den möglichen Einsatz der Zwecktätigkeit und nicht die aktuelle Finalität das, was die Fahrlässigkeit in den Umkreis menschlichen Handelns erhebt? Warum musste Sie überall suchen, um das Handlungselement der Fahrlässigkeit zu begründen, nur in einer Stelle nicht, nämlich: wo dieses Element tatsächlich liegt: in der wirklichen, ausseratbestandlichen Finalität des fahrlässigen Verhaltens? Weil Sie Finalität mit Vorsatz identifizierten und nicht sagen konnten, dass die Fahrlässigkeit final (also: vorsätzlich!) wäre.

c) Wenn Mezger und Schönke sich mit dem Bedenken meldeten, für die finale Handlungslehre seien die fahrlässigen Delikte keine Handlungen, warum antworteten Sie nicht –wie Sie es heute tun würden–, dass auch der fahrlässige Täter final (aktuell) handelte? Warum verteidigten Sie sich vielmehr mit der Behauptung: «Die fahrlässige Handlung ist eine völlige eigenständige Handlungsform (!) neben der vorsätzlichen Handlung» [Der allgemeine Teil, 3. Aufl. (1944), S. 33]? Nicht die aktuelle Finalität mache aus dem fahrlässigen Verhalten eine Handlung, antworteten Sie damals (a.a.O.) auf die Einwände von Mezger und Schönke, sondern was ganz anders: «Was beide (sc. die fahrlässige und die vorsätzliche Tat) unter den Oberbegriff der Handlung stellt, ist das Moment der Finalität, das aber bei der vorsätzlichen Handlung als wirkliche Zwecktätigkeit real-gestaltender Faktor (aktuelle Finalität), bei der fahrlässigen Handlung als mögliche Zwecktätigkeit nur Bezugsmoment ist (potentielle Finalität)». Wie kann man sich erklären, dass Sie auf das Moment der potentiellen Finalität greifen mussten, um die Fahrlässigkeit unter den Oberbegriff der Handlung zu stellen? Wohl nur so: weil Sie damals unter Finalität Vorsätzlichkeit verstanden und konnten daher

nicht sagen, dass die fahrlässige Handlung final (was bedeutet hätte: vorsätzlich) war.

d) Ich könnte weiter aus Ihren vor 1951 verfassten Schriften zitieren, denn die Stellen auf welchen meine These sich stützen kann, sind sehr zahlreich. Aber irgendwann muss man zum Schluss kommen und ich möchte nicht langweilig werden. Daher nur noch eine –die letzte– Zitierung. Auf der Seite 17 Ihrer Schrift: «Um die finale Handlungslehre» (1949) schrieben Sie: «Gerade die finale Handlungslehre wird nicht müde zu betonen, dass die fahrlässige Handlung nicht zielgerichtet, nicht aktuell final ist, sondern dass sie nur ein Verursachungsvorgang ist, der sich dadurch vom blossen Naturgeschehen unterscheidet, dass er durch den potentiellen Einsatz der Finalität zweckmäßig vermeidbar war». Offenbar sind Sie nun müde geworden diese Ansicht zu vertreten: denn für Sie ist jetzt die fahrlässige Handlung zielgerichtet und aktuell final, und was sie vom blossen Naturgeschehen unterscheidet ist nicht –wie damals– die Vermeidbarkeit durch potentiellen Einsatz der Finalität, sondern –das ist, was Sie heute meinen– eben ihre aktuelle Finalität.

In Ihrem Brief fragen Sie mich, warum können Sie nicht sagen, dass die fahrlässige Handlung nur eine «vermeidbare Verursachung» sei, und schreiben: «Warum denn nicht? In Bezug auf den verursachten Erfolg ist das fahrlässige Delikt gewiss nicht final! D. h. der verursachte Erfolg steht beim fahrlässigen Delikt nicht nur ausserhalb des Tatbestandsvorsatzes, sondern ausserhalb jeden finalen Handlungswillens!». Mit diesen aus Ihrem Brief entnommenen Ausführungen widerlegen Sie nicht meinen Einwand: Sie gehen einfach an ihm vorbei! Jawohl: Im Bezug auf den verursachten Erfolg ist das fahrlässige Delikt nicht final. Aber in allen Stellen Ihrer Schriften, die ich zitiert habe, erwähnten Sie diese Binsenwahrheit (die Fahrlässigkeit ist nicht vorsätzlich) innerhalb eines ganz merkwürdigen Zusammenhanges: Sie wollten darlegen, worin das Handlungselement der Fahrlässigkeit vorliege, was ist das, was die Fahrlässigkeit in den Umkreis menschlichen Handelns erhebt, was vorsätzliche und fahrlässige Tat unter den Oberbegriff Handlung stellt. Und dann sagten Sie: Was aus der Fahrlässigkeit eine Handlung mache, sei nicht ihre aktuelle, sondern ihre potentielle Finalität. Was hinderte Sie in der aktuellen Finalität der Fahrlässigkeit ihren Handlungscharakter zu erblicken, wenn nicht Ihre Vermengung von Finalität und Vorsatz?

Und nun komme ich zu meiner These zurück, dass diese Identifizierung von Finalität und Vorsatz damals kein Unsinn war. Ebenso wie es kein Unsinn war, dass in der Strafrechtswissenschaft jahrzehntelang die Ansicht vertreten wurde, dass die inadäquaten Handlungen, deren Kausalität für den Erfolg heute wohl ausser Frage steht, solchen Erfolg nicht verursacht hatten. Vor 30 Jahren hatte man die Verursachungs– von der Unrechtsfrage nicht genügend differenziert und darum war man gezwungen, Kausalitätstheorien aufzustellen, die mit der Kausalität nichts zu tun hatten. Aber die ganze Auseinandersetzung war nicht umsonst; denn im Ergebnis (die objektive Voraussehbarkeit gehört zum Tatbestand) war die Adäquanztheorie richtig und hat sich auch, wenn gleich mit einer überzeugenderer Begründung, durchgesetzt.

Ich meine nun, dass eine ähnliche Rolle die Handlungstheorien gespielt haben. Die Dogmatik hatte den Eindruck, dass die Rechtswidrigkeit sich nicht in einer blossen Rechtsgutsverletzung erschöpfte, aber sie wusste (noch) nicht, wie die Zugehörigkeit des Handlungsunwertes zum Tatbestand zu begründen war. Deswegen griff die Wissenschaft nach Handlungstheorien, die gar keine Handlungstheorien waren.

Es ist an der Zeit, so meine ich, den wahren Sachverhalt zu erkennen. Die Handlungstheorien (genauer: die finale und die soziale Handlungslehre) haben mit einer falschen Begründung zum Eindringen der normativen Seite in das Unrecht geholfen. Nun sind wir in der Lage, die Unrechtsprobleme mittels normativer Erwägungen –und nicht etwa mittels (ontologischer) Kausalitäts– oder Handlungslehren– zu bewältigen. Es wäre schade, wenn Ihre seinerzeit für die Entwicklung der Unrechtslehre förderliche finale Handlungstheorie nun ein Hindernis würde.

Mit herzlichen Grüßen und –ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten– mit meiner aufrichtigen Bewunderung, bin ich

Ihr sehr ergebener

Gez. Enrique Gimbernat Ordeig

Traducción española:

Friburgo, 16.7.1966

Muy respetado profesor Welzel:

Le agradezco mucho su carta del 17.5. –que no he podido leer hasta hace poco– y la atención que ha prestado a mi artículo de la NJW. Ya desde hace años siento por usted y por su obra una profunda admiración; de ahí que haya sido aún mayor mi alegría cuando recibí su carta.

Pero, y sobre todo en la ciencia, se puede admirar a alguien sin compartir todas sus opiniones. Y porque no comparto sus opiniones en relación con el concepto de acción, por eso he escrito mi contribución a la NJW; y la volvería a escribir porque su carta no ha conseguido convencerme.

«Evidentemente, usted es de la opinión», escribe usted en su carta, «de que, en la polémica con Roxin, he cambiado mi opinión, en cuanto que anteriormente había identificado dolo típico con voluntad final de acción, mientras que <ahora> distingo entre ambos. Si usted es de la opinión de que aquí reside una modificación, en cualquier caso es muy anterior a lo que usted piensa». Para demostrar esta afirmación, cita usted entonces un pasaje de la 3ª ed. (1954) de su manual.

Con ello no demuestra usted nada de lo que ya no estuviera convencido. Porque yo no he dicho en ninguna parte que usted hubiera modificado su opinión por primera vez en la polémica con Roxin. Su escrito, eso es lo que escribo, «pone de manifiesto, como ningún otro, dónde residen los puntos débiles de la teoría finalista» (p. 533); pero estos puntos débiles tienen un origen anterior; surgieron, tal como expongo en la p. 534, cuando usted abandonó la teoría de la finalidad potencial; y eso lo hizo

usted después de la publicación del libro de Niese «Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit» [«Finalidad, dolo e imprudencia»], por consiguiente: en el año 1951.

Resumo: Para exponer que usted no ha cambiado su opinión en 1964, cita usted de un libro suyo de 1954 en el que se contienen exposiciones que coinciden con su actual opinión; pero como yo sólo he dicho que usted llegó a la distinción entre finalidad y dolo ya en el año 1951, necesitaría usted, para demostrar lo contrario, aportar pasajes de publicaciones suyas aparecidas antes de 1951. Eso es lo que yo voy a hacer a continuación.

Roxin, sigue exponiendo usted en su carta, me ha atribuido erróneamente que «[l]a teoría final de la acción afirma que, fuera del dolo típico, no existiría ninguna acción final. También usted quiere imputarme en serio este absurdo». Y sigue usted opinando: «Pero para la tesis que usted mantiene de que la teoría final de la acción haya defendido alguna vez la opinión de que sólo el dolo típico sea una voluntad final de acción y de que, fuera del dolo típico, no habría ninguna acción final, no existe siquiera la sobra de una prueba».

Sobre ello hay que decir lo siguiente:

Primero: Usted sí que ha afirmado que sólo el dolo típico sería una voluntad final de acción.

Segundo: Contemplado desde un punto de vista histórico-dogmático, esta afirmación no era ningún «absurdo».

Tercero: Existe mucho más que la sombra de una prueba de que usted ha afirmado algo así.

Quiero ocuparme, para empezar, de los puntos Primero y Tercero (la teoría final de la acción ha identificado voluntad final de acción con dolo típico). Posteriormente, volveré al punto Segundo (dentro del desarrollo histórico de la dogmática juridicopenal ésto no era un absurdo, sino un progreso frente a la teoría causal de la acción).

Que la teoría final de la acción ha afirmado que, fuera del dolo típico, no existiría acción alguna, puede demostrarse sobre la base de los siguientes argumentos.

1. Schönke, Mezger, Maihofer y Baumann, por sólo citar a unos pocos penalistas, han objetado reiteradamente contra la teoría final de la acción que ésta no podía explicar la existencia de una acción en el delito imprudente, ya que en éste la voluntad no persigue el resultado típico. Evidentemente, esto se le ha reprochado a su teoría porque esos autores han pensado que la teoría final de la acción identifica finalidad y dolo y que, por consiguiente, los hechos no-dolosos eran también no-finales. Pero usted opina: todos aquéllos que han alegado tal objeción me han malentendido. Pero, naturalmente, ésta es una explicación muy complicada. ¿Es posible que tantas personas cualificadas no puedan conseguir algo tan sencillo como entender el sentido de lo que leen (los escritos de usted)? ¿No es más plausible pensar que esos penalistas han entendido bien lo que usted decía antes (finalidad es lo mismo que dolo) que acep-

tar su explicación: nunca he identificado finalidad con dolo y he sido malentendido? Y esa primera explicación (usted ha sido bien entendido) es aún más plausible si se tiene en cuenta que usted tiene ahora buenos motivos para apelar a un malentendido, porque: su opinión es ahora la de que la equiparación de dolo y finalidad es un «absurdo».

2. Dos finalistas: zu Dohna (cfr. *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3ª ed., 1947, pp. 14/15) y Niese (*op. cit.*, p. 65) han negado de una manera completamente inequívoca y expresa el carácter de acción a los delitos imprudentes; y precisamente porque rechazaban la teoría de la finalidad potencial y –como identificaban dolo con finalidad–, esta última no la podían encontrar por ninguna parte en la imprudencia. ¿También un malentendido? ¿Esta vez por parte de los propios finalistas?

3. Pero más contundentes que todos estos argumentos son, muy respetado profesor Welzel, sus propias expresiones.

a) «Por consiguiente, el elemento de acción no consiste aquí (sc. en los delitos imprudentes) en una relación final real, sino sólo en una posible» [ZStW 58 (1939), p. 559]. ¿Cómo que en una relación final posible? ¿Qué le impedía a usted en aquel entonces contemplar en la finalidad real el elemento de acción de la imprudencia? Únicamente su equiparación de dolo y de finalidad.

b) Hoy dice usted que las acciones imprudentes son tan acciones como las dolosas. Anteriormente –en 1944 [Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3ª ed. (1944), p. 32]– veía usted las cosas de manera muy distinta: Los hechos imprudentes «son... ciertamente meras causaciones»; no porque fueran realmente finales, «sino porque eran evitables mediante la posible aplicación de la finalidad ascienden al ámbito del actuar humano». Es más: usted ni siquiera llamaba acciones a los comportamientos imprudentes, sino sólo: «acciones en sentido amplio» [ZStW 58 (1939), p. 516] ¿Cómo que sólo acciones en sentido amplio si son tan finales como las acciones dolosas? ¿Cómo que es la evitabilidad del resultado mediante la posible aplicación de la finalidad, y no la finalidad actual, aquello que asciende a la imprudencia al ámbito del actuar humano? ¿Por qué tenía usted que buscar por todas partes para fundamentar el elemento de acción de la imprudencia, y no en el lugar, a saber: en el lugar donde este elemento reside realmente: en la finalidad real, extratípica, del comportamiento imprudente? Porque usted identificaba finalidad con dolo y no podía decir que la imprudencia era final –es decir: ¡dolosa!–.

c) Cuando Mezger y Schönke presentaban la objeción de que para la teoría final de la acción los delitos imprudentes no serían acciones, ¿por qué no respondió usted –tal como lo haría ahora– que el autor imprudente también actuaba (actualmente) final? ¿Por qué se defendió usted, antes bien, con la afirmación: «La acción imprudente es una forma de acción completamente independiente (!) junto a la acción dolosa» [Der allgemeine Teil, 3ª ed. (1944), p. 33]? En aquél entonces (*op. cit.*) respondió usted a las objeciones de Mezger y Schönke que no era la finalidad actual lo que hacía una acción del comportamiento imprudente, sino una cosa completamente distinta: «Lo que a ambos (sc. al hecho

imprudente y al doloso) los sitúa bajo el supraconcepto de acción es el elemento de la finalidad; pero que en la acción dolosa es, como finalidad real, factor real-conformador (finalidad actual), en la acción imprudente, como finalidad posible, es sólo elemento de referencia (finalidad potencial)». ¿Cómo se puede explicar que tuviera que acudir usted al elemento de la finalidad potencial para situar a la imprudencia bajo el supraconcepto de acción? Sólo de la siguiente manera: porque en aquél entonces usted entendía por finalidad dolo y, por ello, no podía decir que la acción imprudente fuera final (lo que habría significado: dolosa).

d) Podría seguir citando de los escritos suyos redactados antes de 1951, porque los pasajes sobre los que se puede apoyar mi tesis son muy numerosos. Pero en algún momento hay que concluir y no desearía ser aburrido. Por ello, sólo una cita –la última–. En la página 17 de su obra «Um die finale Handlungslehre» (1949) escribía usted: «Precisamente la teoría final de la acción nunca se cansará de insistir en que la acción imprudente no está dirigida a un fin, de que no es final actual, sino que es sólo un acontecimiento de causación que se diferencia del mero acontecimiento de la naturaleza en que mediante la aplicación potencial de la finalidad era finalmente evitable». Evidentemente, ahora se ha cansado usted de defender esta opinión: porque para usted, ahora, la acción imprudente está dirigida a un fin y es final actual, y lo que la distingue del mero acontecimiento de la naturaleza ya no es –como entonces– la evitabilidad mediante la aplicación potencial de la finalidad, sino precisamente –eso es lo que usted opina hoy– su finalidad actual.

En su carta me pregunta por qué no puede decir usted que la acción imprudente es sólo una «causación evitable», y escribe: «Y, ¿por qué no? ¡En relación con el resultado causado el delito imprudente ciertamente que no es final! Es decir: ¡en el delito imprudente el resultado causado figura, no sólo al margen del dolo típico, sino al margen de cualquier voluntad final de acción!». Con estas expresiones que figuran en su carta usted no rebate mi objeción: simplemente la elude. Ciertamente, en relación al resultado causado el delito imprudente no es final. Pero en todos los pasajes que he citado de sus escritos usted mencionaba esta verdad de Perogrullo (la imprudencia no es dolosa) dentro de una conexión muy singular: usted quería exponer dónde residía el elemento de acción de la imprudencia, qué es lo que asciende a la imprudencia al ámbito del actuar humano, lo que sitúa al hecho doloso e imprudente bajo el supraconcepto de acción. Y entonces decía usted: lo que hace una acción de la imprudencia no era su finalidad actual, sino potencial. ¿Qué le impedía a usted ver en la finalidad actual de la imprudencia su carácter de acción, sino su confusión entre finalidad y dolo?

Y ahora vuelvo a mi tesis de que, en aquél entonces, esta identificación de finalidad y dolo no era un absurdo. De la misma manera que no era ningún absurdo que durante décadas se defendiera en la ciencia del Derecho penal que las acciones inadecuadas, cuya causalidad para el resultado hoy en día parece estar fuera de discusión, no habían causado tal resultado. Hace 30 años no se había diferenciado suficientemente la cuestión de la causalidad de la de lo injusto y hubo que establecer teorías

de la causalidad que nada tenían que ver con la causalidad. Pero toda esa polémica no fue en vano porque, en sus resultados (la previsibilidad objetiva pertenece al tipo), la teoría de la adecuación era correcta y, en esos resultados, también se ha impuesto, si bien con una fundamentación más convincente.

Pues bien: opino que las teorías de la acción han desempeñado un papel similar. La dogmática tenía la impresión de que la antijuridicidad no se agotaba en una mera lesión del bien jurídico, pero no sabía (todavía) cómo fundamentar la pertenencia al tipo del desvalor de la acción. Por ello, la ciencia recurrió a teorías de la acción que no eran para nada teorías de la acción.

Opino que ha llegado el momento de reconocer el verdadero estado de cosas. Las teorías de la acción (más precisamente: las teorías final y social de la acción) han ayudado con una falsa fundamentación a la penetración en lo injusto del aspecto normativo. Ahora estamos en situación de solucionar los problemas de lo injusto mediante consideraciones normativas –y no, por ejemplo, mediante teorías (ontológicas) de la causalidad o de la acción–. Sería una lástima que su teoría de la acción final –en su día tan provechosa para el desarrollo de la teoría de lo injusto– se convirtiera ahora en un obstáculo.

Con cordiales saludos y –prescindiendo de todas las divergencias de opinión– con mi sincera admiración, quedo

su seguro servidor

Fdo. Enrique Gimbernat Ordeig

## XVIII

Gran parte de mis meses de estancia en Friburgo los dediqué a preparar las primeras oposiciones a cátedra que había firmado para las plazas de Oviedo y La Laguna. Las oposiciones tenían entonces carácter nacional y, aunque sin duda era muy importante contar con un tribunal favorable («lo primero y principal es tener el tribunal»), como se celebraban siempre en Madrid con una gran asistencia de público, y, como dichas oposiciones consistían en la exposición oral por parte del candidato de seis ejercicios, los méritos científicos del opositor también podían ser decisivos para la obtención de la cátedra. Teniendo en cuenta todo ello, mis esperanzas de obtener alguna de esas dos plazas de catedrático estaban más que justificadas, pues, por una parte, Quintano formaba parte del tribunal y, por otra, mi obra científica –modestia aparte– era bastante estimable, pues, además de otras contribuciones menores, aportaba a la oposición dos monografías: «Deli-

tos cualificados por el resultado y causalidad» (59) y «Autor y cómplice en Derecho penal» (60), esperanzas que se veían alimentadas también por las cartas de ánimo que, desde Madrid, me dirigía Quintano. En septiembre de 1966, a mi regreso a Madrid, recibo la tremenda noticia de que Quintano ha caído gravemente enfermo. En el verano de ese año se le había descubierto un cáncer de pulmón y recuerdo que, cuando después de mi vuelta a España, voy a visitarle por primera vez al chalet de la colonia de El Viso en donde vivía, para aparentar ante mí que la enfermedad no revestía tanta gravedad, trata de subir con agilidad la escalera que conduce a su despacho en el primer piso, pero, al llegar al tercer escalón, se detiene bruscamente porque le falta la respiración, y dirigiéndose a mí con los ojos vidriosos, me dice: «¡Qué cabronada, Gimbernat!».

Quintano falleció a principios de enero de 1967 cuando aún no había cumplido los 62 años y, en su velatorio, yo no pude contener un llanto tan desconsolado que algunas personas que no me conocían me preguntaron si era su hijo, llanto que sólo pude controlar al cabo de unos interminables minutos. Con la muerte de Quintano, éste fue sustituido por un catedrático suplente, quedando constituido el tribunal por cinco catedráticos con quienes no tenía ninguna clase de vinculación, por lo que mis posibilidades de ganar la oposición se convirtieron en prácticamente nulas. En el primer ejercicio de la oposición, que, si no recuerdo mal, se celebró en junio de 1967, y que consistía en que los aspirantes expusieran su curriculum (el denominado «autobombo»), éstos citaron a los penalistas más destacados del momento (Welzel, Mezger, Bettiol, Delitala) y a los grandes clásicos (Binding, v. Liszt, Carrara, Pessina), mientras que yo no me cansaba de hacer referencia a la obra del entonces joven catedrático Roxin —en 1967 sólo contaba con 36 años—, de quien me inclino a pensar que, tanto para los miembros del tribunal, como para los restantes opositores, era la primera vez que oían su nombre. En cualquier caso, al terminar mi ejercicio, un jurista no-penalista que había asistido desde el público a mi exposición preguntó a uno de mis coopositores quién era ese Roxin a quien Gimbernat había hecho tan frecuentes referencias; y el coopositor, como no supo qué contestar, ya que también él pertenecía al grupo de aquellos que por primera vez oía ese nombre, se limitó a responder: «Un amigo de Enrique».

---

(59) 1.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid 1966, con prólogo de QUINTANO RIPOLLÉS, 235 pp.; 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, 231 pp.; 3.<sup>a</sup> ed., con presentación de Gonzalo D. FERNÁNDEZ, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires 2007, 272 pp.

(60) Cfr. *supra* n. 54.

No obtuve plaza ni en esas oposiciones de 1967 ni en otras posteriores celebradas en 1969, pero sí, al tercer intento, en las que tuvieron lugar en marzo de 1970. El día en el que públicamente, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, los cinco catedráticos que componían el tribunal fueron diciendo, uno a uno: «Voto al Doctor Gimbernat», ha sido uno de los más felices de mi vida. Mientras que el público asistente que abarrotaba el Salón de Grados estalló en una larga y atronadora ovación –ovación que, todo hay que decirlo, en gran parte provenía de muchos profesores y estudiantes antifranquistas asistentes que, aunque ignoraban si yo era un buen o un mal penalista, lo que sí sabían es que estaban aplaudiendo a uno de los suyos–, yo pensaba, rebo-sante de felicidad, que, al obtener una plaza de por vida en la universidad, con ello quedaba asegurado que, hasta el final de mis días, iba a poder dedicarme a lo que, desde que, en el verano de 1959, partí hacia Hamburgo desde la Estación Norte de Madrid, siempre había ambicionado, sin saber si algún día lo conseguiría: a enseñar y a investigar Derecho penal y a publicar los resultados de mis investigaciones. En aquellos tiempos ganar una cátedra era pasar de la nada al todo. No había término medio: o se era un PNN (un Profesor No Numerario), es decir: una persona vinculada a la universidad por un mero e inseguro contrato laboral, con una retribución que no cubría las necesidades más elementales, que había que complementar con otros ingresos siempre inciertos: clases privadas, becas, traducciones, o se era un catedrático vitalicio, con una retribución digna y, con ello, con el futuro asegurado.

A pesar de que en cada oposición se solían presentar más de diez aspirantes, y a pesar de que todos nosotros éramos rivales en una dura lucha por la vida, casi nunca surgieron enemistades entre nosotros (en mi caso: ninguna), posiblemente porque, por encima del triunfo o del fracaso en la obtención de una cátedra, habíamos pasado juntos las varias semanas que duraba la oposición (no era extraño que a menudo nos ayudáramos los unos a los otros), experimentando las mismas angustias y compartiendo las mismas penalidades en la misma barca.

## XIX

A partir de 1970, y durante muchos años, me convertí en un profesor poderoso e influyente. Ayudé a muchos que hoy son catedráticos a obtener becas en Alemania (con el apoyo de las cartas de recomendación de Roxin, que yo le solicitaba a éste que escribiera a favor de los

solicitantes, no había comisión en Alemania que dudara en conceder la ayuda) o a ponerles en contacto con los más eminentes profesores germanos, o a proporcionarles trabajos míos inéditos o a conseguir que se publicaran sus obras científicas o sus traducciones (o a todo ello junto). Formé parte de muchos tribunales integrados por cinco vocales y, como yo sólo disponía de un voto, tuve que concertar pactos con otros dos miembros para conformar una mayoría, consiguiendo con ello que quienes, según mi conciencia y mi leal saber y entender, eran los mejores consiguieran plaza, si bien al precio de que también la alcanzaran quienes no se la merecían tanto. Y, aunque no formara parte del correspondiente tribunal, mi ascendencia sobre muchos de los profesores que sí lo integraban hizo posible que, en ocasiones, pudiera determinar el resultado de las oposiciones, ayudando a que obtuvieran plaza los aspirantes que a mí me parecían más cualificados. Posteriormente, algunas de las personas a las que ayudé me han dado a probar el amargo sabor de la ingratitud, pero las traiciones se han producido siempre después de que, gracias a mi apoyo, habían alcanzado sus últimos objetivos académicos: ¡ni un minuto antes! A pesar de ello, y de los muchos años que ya tengo, no me he convertido en una persona desconfiada –no va en mi naturaleza– y he seguido apoyando, sin pensar si después me lo iban a agradecer o no (tampoco lo hago por eso, sino simplemente porque creo que debo hacerlo), a todo aquel que, si yo creía que tenía méritos suficientes, me ha pedido (y aunque no me lo haya pedido) que le echara una mano académica.

## XX

La oposición de 1969 fue la última en la que quien la ganaba accedía directamente a la cátedra. Pero en la de 1970, en la que obtuve la plaza de la Universidad Complutense de Madrid, a pesar de que se trataba de la misma oposición, a pesar de que se obtenía un puesto de funcionario vitalicio, y a pesar de que el sueldo era el mismo que el de un catedrático, fue la primera vez que quien resultaba vencedor pasaba a llamarse profesor agregado y la plaza que se ocupaba ya no se designaba cátedra, sino agregaduría. El paso de la agregaduría a la cátedra se obtenía después, prácticamente de manera automática, concursando a una cátedra que hubiera quedado vacante, normalmente en una Universidad de provincias. Los profesores agregados de las distintas Facultades de España trataron de convencer al Ministerio de Educación y Ciencia de que, si habían superado la misma prueba, lo justo era que desapareciese la novedosa figura del profesor agregado con-

virtiéndolo a todos ellos directamente en catedráticos (61). Si aludo a esta circunstancia es porque ella explica el ulterior desarrollo de mi vida académica.

Como ya he indicado, mi ideal de vida no era sólo el de convertirme en un intelectual, sino también en uno comprometido que pudiera tener alguna influencia en la vida pública. La expresión profesor agregado –a pesar de que éste, dentro del marco estrictamente universitario, tenía la misma relevancia y gozaba de la misma independencia que un catedrático– socialmente era una denominación desconocida, todo lo contrario que la de catedrático (el equivalente en español a «Ordinarius» u «ordentlicher Professor»), una denominación centenaria que otorgaba a quien ostentara esa condición, sin más, un gran prestigio social, independientemente de si era o no merecedor de él. Y lo que yo quería, aparte, naturalmente, de ostentar la máxima categoría universitaria, era también que los artículos que escribía en las revistas y periódicos de carácter general o las manifiestos políticos que firmaba –durante el franquismo firmé todos los que me pusieron por delante con tal de que contuvieran un ataque a la dictadura– tuvieran la fuerza adicional de que detrás de lo que escribía o firmaba estaba un catedrático. En gran medida, y como tantas otras cosas, ser catedrático ya no es lo mismo que era antes, entre otras razones porque, mientras que en los años 70 del pasado siglo, el número de catedráticos de Derecho penal en toda España no alcanzaba a los 20, actualmente, y con la creación de nuevas universidades y la cifra creciente de estudiantes, probablemente supera los 150. Pero yo, por lo menos, todavía alcancé a disfrutar durante algunos años el prestigio social que otorgaba ejercer esa profesión. Mi amigo Ángel Latorre, catedrático de Derecho romano y, posteriormente, magistrado del Tribunal Constitucional, algunos años mayor que yo, una vez me contó que, cuando obtuvo su plaza, su maestro le dijo: «Ahora ya eres catedrático y, por lo tanto, cuando te presenten a un ministro o a un embajador o a un artista o a un empresario destacados, ten siempre en cuenta que tú no eres más, pero tampoco menos que ellos».

Por todas estas razones –y con harto dolor de mi corazón– decidí abandonar mi querida Universidad Complutense para convertirme en un catedrático de provincias. La primera Universidad en la que se abría esa posibilidad era la Autónoma de Barcelona, en donde ya enseñaba mi viejo amigo y eminente administrativista Alejandro

---

(61) Hasta 1983 no se atendió a esta justa reivindicación: en virtud de la Ley de Reforma Universitaria de ese año todos los profesores agregados –cuya figura desapareció– se convirtieron automáticamente en catedráticos de las Universidades donde prestaban sus servicios.

Nieto, ya que –como acababa de ser creada– era necesario que se dotara una cátedra de Derecho penal. Aunque incluso llegué a dar clase en Barcelona durante unos cuantos meses en 1973, el intento fracasó, porque, según me hizo saber Nieto, que estaba realizando gestiones para la dotación de la cátedra, un poderoso Rector falangista de la Universidad de Murcia, Batlle, y un director general del Ministerio perteneciente al Opus Dei, y cuyo nombre no recuerdo, habían decidido congelar que saliera a concurso cualquier cátedra de Derecho penal de España –vacantes o de eventual nueva creación– para impedir que yo alcanzara la categoría de catedrático. Finalmente, se produjo un cambio en el Ministerio de Educación, siendo sustituido el hasta entonces titular del mismo, Julio Martínez, un político vinculado al sector más ultraderechista del franquismo –a Fuerza Nueva–, por otro, Cruz Martínez Esteruelas, que llegó al Departamento prometiendo –dentro de un orden– una política más aperturista. De esta manera quedaron desbloqueados los concursos de acceso a la cátedra para los profesores agregados vetados –yo no era el único: también estaban congelados los concursos para las cátedras de Derecho político, para impedir que alguna de ellas fuera ocupada por el profesor agregado y destacado dirigente de la oposición Raúl Morodo–, siendo la primera que quedó libre para mí la de la venerable Universidad de Salamanca, que había quedado vacante por la muerte de su titular –que se había suicidado disparándose un tiro en la cabeza–. A comienzos de 1976 tomé posesión de mi plaza de catedrático.

En Salamanca permanecí dos cursos académicos (1976-1977 y 1977-1978) dando clases en la época lectiva de lunes a miércoles y viviendo en mi casa de Madrid el resto de la semana. Fueron dos cursos fantásticos en una Facultad con un elenco de profesores sobresalientes –muchos de ellos viejos amigos míos– y en una maravillosa ciudad cuya vida giraba alrededor de la Universidad. En el curso 1978-1979 gané la cátedra de la recién creada Universidad de Alcalá de Henares, una ciudad situada a 20 kilómetros de Madrid –lo que me permitió seguir viviendo en la capital de España–, regresando definitivamente a la Complutense de Madrid de mis sueños en 1987, donde aún sigo dando un curso de Master todos los años, después de haber sido nombrado, en 2008, catedrático emérito.

## XXI

En la década de los 60 y 70 del pasado siglo la oposición al régimen franquista se ejerció preponderantemente –con una intensidad creciente– en las fábricas con mayor número de trabajadores y en las

universidades, fundamentalmente porque se trataba de grandes recintos con importantes aglomeraciones de personas donde los militantes de los partidos políticos de la oposición –todos ellos delincuentes, según el Código Penal entonces vigente, por asociación ilícita (todos los partidos políticos que no fueran el Partido Único de Falange estaban prohibidos)– podían dirigir discursos en asambleas de obreros o estudiantes, o repartir propaganda antifranquista –conductas también delictivas, por constituir propaganda ilegal–, convocando huelgas o manifestaciones en la vía pública, lo que daba origen, en muchas ocasiones, a la irrupción de la fuerza pública en las factorías y en los espacios universitarios para disolver asambleas y efectuar detenciones. Un importante grupo de profesores demócratas, entre los que me encontraba, participamos también en estas movilizaciones universitarias, si bien, por lo que a mí se refiere, experimentando una cierta moderación desde 1968 hasta que gané mi oposición en 1970. En 1968 habían sido expedientados académicamente, prohibiéndoles seguir su carrera universitaria, el delegado y el subdelegado de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Román Oria y José María Mohedano, respectivamente, por sus destacadas actividades a las que entonces se denominaba «subversivas». Junto a otros muchos intelectuales y profesores, firmé un manifiesto solicitando el levantamiento de las sanciones a ambos estudiantes. A la muerte de Quintano le había sucedido en la cátedra José María Rodríguez Devesa, un militar fascista que había formado parte de los Consejos de Guerra contra los republicanos al final de la Guerra Civil, y que había servido, integrado en la División Azul, en el ejército nazi en la campaña de Rusia. Rodríguez Devesa me increpó delante de un grupo de personas en el Decanato de la Facultad de Derecho, amenazándome con que, si volvía a ver mi firma en algún manifiesto crítico con la dictadura, me expulsaría de su cátedra.

Independientemente de esas actividades, pero ya dentro del marco de mi especialidad, me propuse llegar a un público más amplio, en publicaciones de carácter general, tarea que inicié ya durante el franquismo.

Y es que ya en los últimos años del franquismo, ese propósito se vio favorecido por la promulgación, en 1966, de la Ley de Prensa e Imprenta, cuyo autor intelectual fue el ministro de Información y Turismo Manuel Fraga. Como España había solicitado, o pensaba solicitar, su ingreso en el Mercado Común Europeo y en la OTAN –para lo cual parecía imprescindible presentar una cierta apariencia democrática–, la mencionada Ley suprimió la hasta entonces vigente censura previa que habían de pasar todas las publicaciones antes de su difusión,

si bien se mantuvo la potestad administrativa de secuestrar cualquier número de un periódico o revista en el que, según el criterio del Gobierno, se hubieran publicado noticias u opiniones políticamente peligrosas o atentatorias contra la moral y las buenas costumbres (de acuerdo con los cánones de la Iglesia Católica (62)). Esta nueva legislación de prensa propició la aparición de nuevas revistas de tendencia democrática en las que se ejercía –dentro de unos límites– la libertad de expresión, destacando, entre ellas, «Cuadernos para el Diálogo» y «Triunfo» (63). En cualquier caso, los directores de esas publicaciones se encontraban en cada número ante un difícil dilema: por una parte, trataban de acoger en sus páginas las noticias y opiniones que más pudieran erosionar a la Dictadura, pero la posibilidad del secuestro –y, en los casos más extremos, de la clausura gubernativa por unos meses o definitiva de la publicación– les obligaba a ser prudentes, porque la repetición de secuestros llevaba necesariamente a la ruina económica y, con ello, al cierre de la publicación.

Tanto en «Cuadernos para el Diálogo» –de cuyo Consejo Editorial yo era miembro– como en «Triunfo» publiqué diversos artículos como los que, entre otros, menciono a continuación: una necrológica de Luis Jiménez de Asúa, catedrático exiliado de la Universidad de Madrid, fallecido en Buenos Aires, y al tiempo de su muerte presidente de la República Española en el exilio, en un número de «Cuadernos para el Diálogo» (64) que fue secuestrado por la autoridad gubernativa; y otros artículos contra la pena de muerte (65), o criticando una ley administrativa sancionadora destinada a reprimir a los opositores políticos (66), o defendiendo una reforma del Derecho penal sexual español inspirándome en las propuestas de los *Alternativ-Professoren* alemanes (67), o criticando, con ocasión de una reforma del Código Penal, el endurecimiento de los delitos políticos y proponiendo una regulación del aborto en el sentido de la «solución del plazo», la legalización de las drogas, así como la descriminalización de las actividades sindicales ejercidas al margen del sindicato

---

(62) Según el Principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 1958: «La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

(63) «Triunfo» no era una revista de nueva creación, pero gracias a un cambio en la propiedad de la publicación se incorporó también a esta tendencia democrática.

(64) Diciembre de 1970.

(65) «Triunfo» 23 de enero de 1971.

(66) «Cuadernos para el Diálogo», mayo de 1971.

(67) «Cuadernos para el Diálogo», diciembre de 1971 (número extraordinario).

único franquista (68). Por lo demás, a partir de entonces y hasta la fecha he seguido publicando centenares de artículos en revistas y periódicos de ámbito nacional, sobre los más diversos temas jurídicos, que me han convertido en España, como me dijo un día mi hija Eva, cuando todavía era una niña pequeña, en una persona «un poco famosa» (69).

## XXII

Para finalizar este recorrido por mis actividades conectadas con el Derecho, pero no estrictamente universitarias, voy a mencionar dos misiones más desarrolladas en el extranjero.

En 1979 el disidente alemán Robert Havemann, que iba a ser sometido a juicio en la DDR por un supuesto delito contra el control de cambios por infracción de la Zoll- y Devisengesetz, y a la vista de que su anterior abogado, el Dr. Götz Berger, había sido expulsado del Colegio de Abogados de la DDR, decidió designar a un abogado que, por no pertenecer a ese Colegio, no pudiera ser objeto de una represalia semejante. Los Partidos Comunistas español e italiano que, junto con el francés, habían adoptado –para distanciarse del comunismo soviético– la doctrina del llamado «eurocomunismo», que propugnaba un sistema democrático multipartidista, resolvieron ayudar al profesor Havemann, formando un equipo de cinco abogados de distintas orientaciones políticas. Finalmente, y por mi conocimiento del Derecho y del idioma alemanes, Havemann me designó a mí para defenderle en el juicio que iba a desarrollarse contra él en el Kreisgericht Furstenwalde. El 13 de junio de 1979 volé de Madrid a Berlín vía Frankfurt a. M., siendo recogido en el aeropuerto de Berlín por Wolf Biermann y Jürgen Fuchs. Por la tarde de ese mismo día viajé en el S-Bahn de Berlín hasta la estación de Ekner, tomando allí un taxi e indicando al conductor que me llevara a Frankfurt (Oder), pernoctando aquella noche en el domicilio de Havemann. Antes de irme a dormir, mantuve una larga conversación con Havemann y con su esposa, Katja, preparando nuestra actuación del día siguiente, conversación de la que pude concluir que Havemann estaba convencido de que la disidencia interior podía incidir determinantemente en el régimen de la DDR para alcanzar una cierta democratización de éste.

(68) «Cuadernos para el Diálogo», diciembre de 1971.

(69) Con un cierto intervalo de tiempo recopilé la mayoría de estos artículos en libros autónomos, de los que hasta ahora he publicado tres: *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., 1990; *Ensayos Penales*, 1999; *Estado de Derecho y Ley Penal*, 2009.

El 14 de junio comparecí con Havemann en Fürstenwalde (70), siendo abordado inmediatamente por un agente de la policía que me exigió mi documentación, haciéndome saber que mi presencia allí era ilegal, ya que sólo estaba autorizado para permanecer dentro de los límites de Berlín oriental, por lo que quedaba sancionado con una multa. Al contestarle que no pensaba pagarla me amenazó con arrestarme, a lo que le dije que podía hacerlo tranquilamente porque no iba a oponer ninguna resistencia. En realidad, tanto Havemann como sus amigos, como yo mismo, sabíamos desde un principio que no se me iba a permitir actuar como su abogado; lo único que perseguíamos era provocar un escándalo internacional que estaba siendo seguido en directo por los numerosos periodistas occidentales de medios de comunicación audiovisuales y escritos que estaban asistiendo en directo a los acontecimientos que se desarrollaban a las puertas del tribunal de Fürstenwalde. Como el objetivo ya se había alcanzado, Havemann y sus amigos me indicaron que ya podía regresar a Berlín, lo que hice en el coche de uno de ellos, sin que, por supuesto, abonara multa alguna (71).

(70) Sobre los incidentes del 14 de junio de 1979 en Fürstenwalde –así como de las circunstancias que les precedieron y de las subsiguientes– informa, muy documentadamente, VOLLNHALS, *Der Fall Havemann. Ein Lehrstück politischer Justiz*, 2ª ed., 2000, pp. 100 ss.

(71) A continuación reproduzco algunos párrafos de cartas que, con posterioridad al 14 de junio de 1979, me dirigieron HAVEMANN y FUCHS, en las que también se hace mención de un abogado de la DDR que se ha convertido en un importante político alemán [se trata de Gregor Gysi, actualmente portavoz parlamentario del partido Die Linke en el Bundestag alemán, y de quien hasta ahora no se ha podido esclarecer si, en realidad, era un agente de la Stasi, ni si fue precisamente en esa condición, y para informar a los servicios secretos alemanes, que asumió la defensa de HAVEMANN].

Carta de Robert HAVEMANN de 5 de septiembre de 1979:

«Dass unter den hier herrschenden Umständen rein juristisch kaum etwas zu erreichen war, wird niemandem wundern, der die DDR kennt. Aber durch die Demonstration internationaler Solidarität, die Sie erwiesen haben, ist eine starke politische Wirkung hervorgerufen worden, die weit über den gegebenen Anlass hinausreicht. Ich glaube, dass man hier jetzt wenig Neigung verspüren wird, ähnliche Verfahren gegen andere Schriftsteller und Publizisten durchzuführen.

Auch den zweiten Termin in Fürstenwalde –Ihnen wurde diesmal sogar die Einreise nach Ost-Berlin verweigert–, habe ich ohne einen Verteidiger überstanden. Das Verfahren war eine reine Farce. Für den Antrag auf Berufung habe ich dann doch einen DDR-Anwalt, Dr. Gregor Gysi, in Anspruch genommen. Er ist der Sohn des früheren Kultusministers und späteren Botschafters der DDR in Rom Klaus Gysi. Nach Meinung sachverständiger Freunde hat er den Berufungsantrag sehr gut begründet, natürlich nur rein juristisch. Wie wir es erwarteten, wurde aber auch dieser Antrag mit fadenscheinigen und unsachlichen Argumenten abgelehnt.

Posteriormente, y siempre con motivo de mi relación con Robert Havemann, traté de entrar dos veces más en la DDR. En la primera de ellas ni siquiera se me permitió el acceso al Berlín Oriental. La segunda vez lo fue con ocasión del fallecimiento de Havemann el 9 de abril de 1982, pero cuando me desplazaba desde Berlín Oriental en el coche de unos amigos del profesor para asistir a su entierro en el cementerio de Grünheide, pocos kilómetros antes de llegar a nuestro destino fuimos interceptados por la policía de la DDR que nos obligó a regresar a Berlín.

---

Die Welt geht in den letzten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts durch eine äußerst kritische, wenn nicht lebensgefährliche Phase ihrer Entwicklung. Es wird entscheidend sein, ob es uns gelingt, die Volksmassen davon zu überzeugen, dass Sozialismus nicht Unfreiheit, sondern Freiheit für alle bedeutet«.

[«Nadie que conozca la DDR puede sorprenderse de que, teniendo en cuenta las circunstancias aquí imperantes, apenas se podía haber hecho algo desde un punto de vista estrictamente jurídico. Pero mediante la demostración de solidaridad internacional que usted ha llevado a cabo se ha generado un fuerte efecto político que excede de esta concreta ocasión. Creo que ahora aquí se va a sentir poca inclinación para llevar a cabo procesos similares contra escritores y publicistas.

También el segundo señalamiento en Fürstenwalde –a usted esta vez incluso se le impidió la entrada en el Berlín Oriental– lo he soportado sin ningún defensor. El proceso fue una pura farsa. Para el recurso de apelación, sin embargo, he requerido los servicios del Dr. Gregor Gysi, un abogado de la DDR. Es el hijo del anterior ministro de Educación, y posteriormente embajador de la DDR en Roma, Klaus Gysi. En opinión de amigos expertos ha fundamentado muy bien el recurso de apelación, por supuesto desde una perspectiva estrictamente jurídica. Tal como esperábamos, ese recurso fue rechazado con argumentos inconsistentes e insustanciales.

.....

En las últimas décadas de este siglo el mundo atraviesa una fase de su desarrollo extremadamente crítica por no decir mortalmente peligrosa. Lo decisivo será si seremos capaces de convencer a las masas populares de que el socialismo no significa ausencia de libertad, sino libertad para todos»].

Carta de Jürgen FUCHS de 27 de septiembre de 1979:

«Der DDR-Anwalt Gysi (Du weißt von seinem überraschenden Erscheinen in Grünheide, als Du nicht einreisen durftest) hat eine Begründung erarbeitet, die auch einige «Formfehler» aufwirft. Es gab also keine neue Verhandlung mit Erscheinen vor Gericht, Zuschauerkulisse und unerwünschten, höchst seltenen öffentlichen Solidaritätsbekundungen der DDR-Bevölkerung vor den Augen und Kameras ausländischer Journalisten. Dies war zu erwarten –wie auch das «Ausschalten» spanischen Prozessbeobachter zur Hauptverhandlung«.

[«El abogado de la DDR Gysi (tú ya conoces su sorprendente aparición en Grünheide cuando a ti no se te permitió entrar en la DDR) ha elaborado una fundamentación que plantea algunos «defectos formales». Por consiguiente, ya no hubo un nuevo juicio oral ante el tribunal, ni observadores entre bastidores, ni las tan poco frecuentes como indeseadas manifestaciones de solidaridad de la población de la DDR ante los ojos y las cámaras de periodistas extranjeros. Todo ello era de esperar, así como la «eliminación» de observadores españoles del proceso en el juicio oral»].

Mi segunda misión fuera de España la llevé a cabo en otoño de 1980 por encargo de la Internacional Socialista. El entonces septuagenario presidente del Partido Socialista uruguayo, José Pedro Cardozo, había sido encarcelado por la dictadura militar y se encontraba gravemente enfermo. Para obtener su liberación me trasladé a Montevideo, pudiendo establecer contacto con él en el hospital donde, vigilado por la policía, se hallaba internado. A diferencia de lo sucedido el año anterior en la DDR, donde nunca tuve la sensación de correr peligro alguno, porque el asunto estaba siendo seguido directamente por la prensa internacional, y la DDR no se podía permitir un escándalo más además del que ya estaba provocando con el enjuiciamiento de Havemann, por lo que estaba muy tranquilo cuando me comporté provocadoramente –e incluso insolentemente– con las autoridades de la DDR, en la seguridad de que –como efectivamente sucedió– a mí no me iba a ocurrir nada, mi encargo en Uruguay se desarrolló sin publicidad alguna por lo que, si hubiera sufrido una medida represiva más o menos seria, los militares uruguayos siempre podían haber dicho que los autores habían sido personas incontroladas. Por ello, tomé algunas precauciones, apenas salí durante días de la habitación de mi hotel pendiente del teléfono y a la espera de poder entrevistarme con alguna autoridad de la dictadura –de todas maneras, y como me aburría soberanamente, me permití hacer una excursión de un día a Punta del Este–, y solía trasladarme en Montevideo con el coche que la embajada española había puesto a mi disposición. Gracias a las gestiones del embajador de España en Uruguay, Román Oyarzun, y del secretario de Embajada, Jorge Dezcallar, finalmente se me pudo concertar una entrevista con el ministro de Justicia, cuyo nombre no recuerdo, que era catedrático de Derecho penal en la Universidad de Montevideo y que me conocía por mis publicaciones. El ministro me prometió que haría lo que estuviera en su mano y, efectivamente, tres días después de mi regreso a Madrid, Cardozo fue liberado. Como el ministro me pidió –y yo se la di– mi palabra de honor de que esas negociaciones permanecerían en secreto, nunca hablé públicamente –ni siquiera después de la caída de la dictadura uruguaya– de mi intervención a favor de la liberación de Cardozo. Pero, 27 años más tarde, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Montevideo, y miembro del Partido Socialista uruguayo, Gonzalo D. Fernández, en el prólogo que escribió a la tercera edición de mi libro «Delitos cualificados por el resultado y causalidad» (72), sacó a

---

(72) Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. XVIII.

la luz aquellos acontecimientos, por lo que ahora no creo romper ninguna promesa si hago aquí una referencia a ellos.

### XXIII

A lo largo de esta biografía a menudo ha salido a relucir la estrecha relación existente entre las ciencias penales alemana y española, en mi caso hasta tal punto estrecha que mi primer contacto que merezca el nombre de científico con el Derecho penal no se establece en España, sino precisamente en Hamburgo de la mano de Heinrich Henkel y Claus Roxin.

En otro lugar, en el prólogo del libro de mi discípula alemana Mirja Feldmann (73), he escrito sobre esa relación lo siguiente

La influencia de la ciencia penal alemana en la española se inicia con Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), catedrático de Derecho penal de la Universidad Central de Madrid (hoy: Complutense de Madrid), quien, antes del comienzo de la I Guerra Mundial, recibe en Berlín las enseñanzas de su maestro Franz von Liszt. Hasta entonces, las lecturas extranjeras de nuestros penalistas se reducían, prácticamente, a la de los autores franceses e italianos, fundamentalmente por la mayor facilidad de los españoles para aprender idiomas que tienen en común su raíz latina.

La situación cambia radicalmente cuando Jiménez de Asúa regresa a Madrid de su estancia en Berlín y empieza a formar una escuela en la que, junto a la dogmática italiana, la alemana empieza a adquirir una importancia cada vez mayor. De entre sus discípulos con una formación germano-italiana destacan José Antón Oneca, Juan del Rosal y José Arturo Rodríguez Muñoz. El papel de este último en la recepción de la ciencia penal alemana en España es decisivo, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque traduce al castellano, en 1935, el *Lehrbuch* de Mezger, y la jurisprudencia y la doctrina españolas quedan impresionadas y deslumbradas ante la coherencia sistemática y la precisión conceptual que había alcanzado la teoría jurídica del delito en la dogmática alemana y que es expuesta magistralmente y con una extraordinaria claridad en la obra de Mezger; y, en segundo lugar, porque Rodríguez Muñoz vierte por primera vez al castellano –lo que facilita que los españoles puedan manejarlos desde entonces con un contenido de contornos precisos– conceptos básicos de la teoría del delito, acuñando Rodríguez Muñoz, por ejemplo, y entre otros, los términos de «tipicidad» («Tatbestandsmäßigkeit»),

---

(73) FELDMANN, *Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid. Ein Vergleich der Rechtslage in Deutschland und Spanien unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung in beiden Ländern mit rechtspolitischer Ausrichtung*, 2009, pp. XLI ss.

«antijuricidad» («Rechtswidrikeit»), «injusto» («Unrecht») o «inexigibilidad» («Unzumutbarkeit») (74).

Este «período negro» de la ciencia penal española [el que se inicia con la victoria de Franco en 1939] se extiende hasta finales de los años 50 y principios de los 60 del pasado siglo. Es entonces cuando algunos jóvenes penalistas españoles –no partiendo de cero, sino retomando el camino que había marcado antes de la Guerra Civil Jiménez de Asúa– deciden formarse en Alemania en estancias que duran varios años, aprovechando las posibilidades de financiación que empiezan a ofrecer instituciones alemanas como la Fundación Alexander von Humboldt o la DAAD, o la española Fundación Juan March. A esa generación, recientemente jubilada, pertenecen, entre otros, Marino Barbero Santos, José Cerezo Mir, Juan Córdoba Roda, Rodrigo Fabio Suárez Montes, Gonzalo Rodríguez Mourullo y el autor de este «Prólogo». El régimen franquista a finales de los 60 y principios de los 70 del siglo pasado entra en decadencia: empieza a mostrar una cierta liberalización, la ideología política deja de desempeñar un papel tan determinante y, con más o menos dificultades, todos esos penalistas acaban convirtiéndose en catedráticos de Universidad y, con ello, a decidir, a su vez, cuáles debían de ser los requisitos para que la siguiente generación obtuviera un puesto de profesor-funcionario de por vida. Esa siguiente generación, y asimismo la que sucede a ésta, a iniciativa y con el apoyo de sus maestros, también amplía sus estudios pre o postdoctorales en Alemania, de tal manera que en la actualidad un requisito necesario –aunque no suficiente– para obtener una cátedra de Derecho penal en España es el conocimiento de la dogmática alemana, conocimiento que no sólo se demuestra traduciendo los más importantes textos alemanes de la especialidad, sino también elaborando una dogmática propia crítica y creadora utilizando el método y el aparato conceptual aprendido fuera de nuestras fronteras.

A su vez, y por la comunidad del idioma, los libros y los artículos de los penalistas españoles se difunden continuamente en Latinoamérica, con el resultado de que, desde México a Argentina, pasando por Colombia o Chile, muchos de los penalistas de las antiguas colonias amplían sus estudios en España, o bien directamente en Alemania, una vez que, a través de traducciones del alemán o de las propias obras de nuestros autores, han aprendido a valorar y a apreciar el impar vigor intelectual de la dogmática juridicopenal alemana, de tal manera que el sistema y los conceptos elaborados por ésta son hoy patrimonio común de la ciencia penal que se cultiva –y también de la jurisprudencia que se dicta– en España y

(74) Ciertamente que estos términos son utilizados, por primera vez, en 1931, por JIMÉNEZ DE ASÚA, en su fundamental libro «La teoría jurídica del delito», lección con la que aquél inauguró el curso académico 1931/1932 en la Universidad de Madrid. Pero, según me dijo en más de una ocasión José ANTÓN ONECA, discípulo de JIMÉNEZ DE ASÚA y amigo y condiscípulo de RODRÍGUEZ MUÑOZ, esos términos habían sido acuñados por este último, con su insuperable conocimiento del alemán, tal como puso de manifiesto en la mencionada traducción del Tratado de MEZGER.

en los países hermanos de América donde viven, en total, más de 400 millones de hispanohablantes.

Entrando en detalles he conocido, y en muchas ocasiones entablado amistad, con los más destacados penalistas alemanes contemporáneos a mí, coincidiendo con ellos en congresos, coloquios, ciclos de conferencias o investiduras de doctorados honoris causa que se han celebrado en, entre otros países, Alemania, España, Argentina, Chile, México o Venezuela, habiendo participado, como se refleja en la bibliografía que figura como «Apéndice» a la presente contribución, en muchos homenajes a mis colegas alemanes (75). Por otra parte, muchos de ellos (en concreto: Ambos, Frisch, Hassemer, Hefendehl, Hirsch, Jakobs, Kuhlen, Lüderssen, Roxin y Schünemann) tuvieron la generosidad de contribuir al Libro-Homenaje que se me dedicó con motivo de mi 70 cumpleaños (76). Lo que nunca pude pensar –ni soñar– es que el 28 de julio de 1999 la Universidad de Munich me distinguiera con el abrumador e inmerecido honor de su doctorado honoris causa –aunque digo lo de Woody Allen cuando, en 2002, recibió el premio Príncipe de Asturias de las Artes: «pero es que soy diabético y eso tampoco me lo he merecido»–.

Renuncio a hablar de mi vida privada porque ha sido muy complicada y porque ello requeriría entrar en la intimidad de otras personas. He estado casado tres veces –aunque el segundo matrimonio, como dice el poeta y cantante Joaquín Sabina, «duró lo que duran dos peces de hielo en un whisky on the rocks»–. Desde hace 33 años estoy casado con Nieves, la mujer, el amor de mi vida, y tengo cuatro hijos: dos de mi primer matrimonio: Marta, abogada en Berlín y Antonio, magistrado en el OLG Kassel, y dos del tercero: Eva, abogada penalista en Madrid, y Helena, médico-uróloga en Getafe/Madrid.

Y aquí se acaba la historia.

---

(75) También en el Libro-Homenaje a WELZEL, ya que, aunque, como ya he relatado anteriormente, nuestra relación no empezó de la mejor manera, posteriormente (nos conocimos personalmente en un congreso internacional celebrado en Buenos Aires en octubre de 1971) aquella se convirtió en otra muy distinta que incluso me atrevería a calificar de cariñosa. Al Libro-Homenaje a HIRSCH envié un artículo que, por su extensión, no pudo publicarse en el mismo, pero que apareció dedicado a él en ZStW 111 (1999), pp. 307-334. También he participado en el que se le dedicó a mi amigo Eberhard STRUENSEE –con el permiso de Klaus TIEDEMANN, el penalista alemán que mejor habla el castellano–: cfr. GIMBERNAT, Evolución del concepto de dolo eventual en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, en: Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro en Homenaje a Eberhard Struensee, editorial Ad Hoc, Buenos Aires 2011, pp. 241-252.

(76) Cfr. *supra* n. 45.

## APÉNDICE

**Libros publicados en alemán**

- Enrique GIMBERNAT, Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht, Hamburgo 1962, XXI + 174 pp. (reprografiado)
- Das spanische Strafrecht, en: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, tomo VI, Duncker & Humblot, Berlín 1982, 123 pp.
- Enrique GIMBERNAT/Bernd SCHÜNEMANN/Jürgen WOLTER (edit.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, C. F. Müller, Heidelberg 1995, VII + 115 pp.
- Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Handlung, Kausalität, Unterlassen, con prólogo de Claus Roxin, LIT Verlag, Berlín 2013, X + 250 pp.

**Artículos publicados en alemán**

- Enrique GIMBERNAT, Finalität und Vorsatz, Neue Juristische Wochenschrift 1966, pp. 533-534.
- Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1968, pp. 915-943.
  - Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1970, pp. 379-410.
  - Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York 1974, pp. 150-169.
  - Reformversuche in Spanien, Strafrecht und Strafrechtsreform, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1974, pp. 63-66.
  - Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York 1974, pp. 485-497.
  - Das Sanktionensystem in der spanischen Strafrechtsreform, Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986, pp. 107-119.
  - Handlung, Unterlassung und Verhalten, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1989, pp. 159-179.
  - Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht, en: Rechtfertigung und Entschuldigung, tomo III, Publicaciones del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. 1991, pp. 71-78.
  - Das unechte Unterlassungsdelikt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999), fascículo II, pp. 307-334.

- Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Editorial Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York 2001, pp. 651-663.
- Sind die bisherigen dogmatischen Grunderfordernisse eines Allgemeinen Teils geeignet, dem heutigen Stand der Kriminalität, der Strafzumessung und des Sanktionensystems zu genügen?, Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften, Tagungsbeiträge eines Symposiums der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn-Bad Godesberg, veranstaltet von 1. bis 5. Oktober 2000 in Bamberg, editado por Hans Joachim Hirsch, Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrecht, tomo 129, Berlín 2001, pp. 151-165.
- Begegnungen eines Strafrechtswissenschaftlers der westlichen Hemisphäre mit Claus Roxin, Claus Roxin: Person – Werk – Epoche, editado por Bernd Schünemann, Reihe Rechtswissenschaft, tomo 196, Centaurus Verlag, Herbolzheim 2003, pp. 21-25
- Eine dritte Form der Tatbestandsverwirklichung: die Unterbrechung von rettenden Kausalverläufen, Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, Colonia-Berlín-Munich 2005, pp. 163-190.
- Rechtsgüter und Gefühle, Goldammer's Archiv für Strafrecht 5/2011 (Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag), pp. 284-294.
- Atypische Kausalverläufe und objektive Zurechnung, Festschrift für Imme Roxin, Freiburg i. Br. 2012, pp. 137-148.
- Der Pockenarztfall, en: Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlín 2013, pp. 291-297.
- Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag, 2013, pp. 389-402.
- Die omissio libera in causa, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag, Berlín-Boston 2014, pp. 351-362.

### Selección de libros traducidos del alemán al castellano

- Eugen KOGON, Sociología de los campos de concentración, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Taurus, Madrid 1965, 537 pp. [Eugen Kogon, Der SS-Staat. Das System der deutschen Konzentrationslager, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt a. M. 1946]. Esta traducción, ahora con el título castellano «El Estado de la SS. El sistema de los campos de concentración alemanes», ha sido reimpressa en 2005, con el prólogo de KOGON a la edición de 1977, por Alba Editorial, Barcelona].
- Karl LARENZ, Metodología de la ciencia del Derecho, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Ediciones Ariel, Barcelona 1966, 383 pp. [Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York].

Heinrich HENKEL, *Introducción a la filosofía del Derecho*, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Taurus Ediciones, Madrid 1968, 757 pp. [Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Beck, Munich].  
*Sexualidad y Crimen*, traducida al español por Enrique GIMBERNAT, Reus, 1969, 439 pp. [Sexualität und Verbrechen, editado por BAUER, BÜRGER-PRINZ, GIESE y JÄGER, Fischer, Frankfurt a. M.].



# La influencia de Welzel en la dogmática penal de lengua española \*

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Trabajo sobre la influencia del pensamiento de Welzel en la evolución de la ciencia penal en lengua española.*

Palabras clave: *Bases teóricas del Derecho Penal, teoría de la acción, imprudencia.*

## ABSTRACT

*Paper on Welzel's influence in the evolution of criminal science in spanish language.*

Key words: *Theoretical basis of criminal law, action theory, negligence.*

## I. ALGUNOS DATOS RELEVANTES

En una jurisprudencia como la española, en la que no es habitual citar autores, se pueden seguir encontrando en la actualidad por

---

\* Versión española de la contribución al libro sobre la Welzel-Tagung celebrada en Friburgo de Brisgovia del 10 al 12 de abril de 2014, de próxima publicación en la editorial MohrSiebeck (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen).

parte de órganos judiciales de diversos niveles (1) referencias específicas a Welzel o a la escuela finalista en ámbitos dogmáticos tan variados como la estructura del delito imprudente, la teoría del dominio del hecho, la tentativa, el tratamiento del error o las posibles soluciones a problemas concursales. Ello es sólo una pequeña muestra de la relevancia que adquirió la doctrina final de la acción en la segunda mitad del siglo xx en los países de lengua española, de tal manera que sin las contribuciones de Hans Welzel no es posible entender la evolución dogmática de los últimos 50 años. Sigue tratándose de una pieza imprescindible para entender los problemas dogmáticos esenciales de la actualidad, aunque otros autores alemanes como Roxin o Jakobs le hayan arrebatado el protagonismo en el escenario.

Si bien a principios del siglo xx en España ya eran discutidas posiciones dogmáticas provenientes de la dogmática alemana como la teoría del tipo de Beling, y ya habían sido traducidos los Tratados de Merkel por Pedro Dorado Montero y (parcialmente) de v. Liszt por Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa, se suele mencionar como hito decisivo para la evolución de la dogmática española y la influencia germana en dicha evolución el discurso inaugural del curso 1931-32 en la Universidad de Madrid por parte de don Luis Jiménez de Asúa –discípulo de v. Liszt– con el título *La teoría jurídica del delito*. En este discurso se anima a aprovechar el nivel dogmático alcanzado en Alemania. Al calor de esta arenga sólo tres años después aparece la traducción de la segunda edición del Tratado de Mezger por José Arturo Rodríguez Muñoz, discípulo de Jiménez de Asúa, que alcanzó una gran repercusión en la doctrina española. También se traduce el tratado de Max Ernst Mayer, si bien no llega a alcanzar la misma repercusión (2).

---

(1) Por sólo citar algunas sentencias recientes: del Tribunal Supremo, 1219/2004, de 10 de diciembre; 1426/2004, de 13 de diciembre; 163/2005, de 10 de febrero; 698/2006, de 26 de junio; de la Sala de lo Penal (Sección 3.ª) de la Audiencia Nacional, 26/2005 de 6 de junio; de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.ª), 250/2006, de 15 de junio; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª), 341/2011, de 23 de junio; del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), 5/2011, de 14 de septiembre.

(2) CEREZO MIR, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft aus spanischer Sicht*, ESER/HASSEMER/BURKHARDT, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Múnich, 2000, pp. 255 ss. Con anterioridad, como destaca el propio CEREZO en este resumen de la influencia de la ciencia penal alemana en la española, es destacable la influencia político-criminal a finales del siglo xix de la filosofía de KRAUSE y de la teoría correccionalista de su discípulo RÖDER, teniendo el krausismo como corriente filosófica una relevancia mayor en España que en Alemania. En ese contexto llegaron a mezclarse las

Es precisamente José Arturo Rodríguez Muñoz, que había traducido el manual de uno de los mayores oponentes del finalismo, el que elaboró los primeros trabajos –de un impresionante rigor dogmático– sobre el finalismo en España y dio a conocer la doctrina final de la acción. Después de publicar un artículo titulado *Die finale Handlung im Strafrecht* en 1944, en los años 50 publicó una serie de trabajos de gran relevancia sobre la doctrina final de la acción (3) que desembocaron en una monografía publicada en 1953 titulada *La doctrina de la acción finalista*. Su Discurso de apertura del Curso 1953-54 de la Universidad de Valencia también versó sobre este tema y fue publicado. Son las contribuciones de este Catedrático de la Universidad de Valencia las que inician una intensa polémica de gran repercusión en los años cincuenta y sesenta, discusión que, gracias a este autor, ya discurre prácticamente en paralelo a la que se estaba desarrollando en Alemania.

Rodríguez Muñoz expuso la doctrina final de la acción y sus consecuencias de forma completa, incluyendo las críticas que estaba recibiendo por parte de autores como Engisch, Bockelmann, Mezger o Maihofer.

La defensa del pensamiento de Welzel fue asumida poco después por su discípulo directo José Cerezo Mir (4). Este no sólo se dedicó a

---

teorías de RÖDER (que sólo merecen un breve tratamiento crítico a pie de página como teoría ético-religiosa en la obra de NAGLER *Die Strafe*, Leipzig, 1918, pp. 418 ss.) con una política criminal orientada a la prevención especial claramente influenciada por la escuela sociológica de v. LISZT, que dio lugar a una recuperación de la idea de la *poena medicinalis*. Para una profundización en esta influencia que aquí sólo puede quedar mencionada, PAUL, *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht*, HASSEMER (edit.) *Strafrechtspolitik*, Fráncfort del Meno, 1987, pp. 255 ss. y WIRMER-DONOS, *Die Strafrechtstheorie Karl Christian Friedrich Krauses als theoretische Grundlage des spanischen Korrektionalismus*, Fráncfort del Meno, 2001.

(3) Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1953, pp. 207 ss.

(4) Suyas son obras pioneras de orientación finalista en España: *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1959, pp. 561 ss. (= *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems –Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel*, *Auslandsrundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 44 ss.); *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1961, pp. 72 ss.; *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1961, pp. 66 ss. Destacar también su trabajo *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* núm. 12 (2003), pp. 45 ss., que se corresponde con una conferencia pronunciada en Nápoles en octubre de 2002 sobre el sig-

una defensa de la obra de su maestro –no exenta de inteligentes matizaciones–, sino que fundó una importante escuela finalista de habla española, tanto en España como en Sudamérica, representando su antigua cátedra de Zaragoza en la actualidad un centro universitario de primer nivel para la defensa del pensamiento de Welzel (5). Lo más destacable es que en estos momentos el finalismo tiene, en mi opinión, una mayor presencia en España y Latinoamérica que en su país de origen.

Tuvo también sin duda gran relevancia que las obras más importantes de Welzel fueran traducidas al español (6). Asimismo, para la introducción de la dogmática finalista tuvo gran importancia la traducción de la 2.<sup>a</sup> edición de *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch* de Maurach (7). Las traducciones de discípulos directos o en segunda generación de Welzel se han sucedido hasta la actualidad. Se han traducido al español diversos artículos y diversas ediciones del manual de Stratenwerth, la tesis y el escrito de habilitación así como varios artículos de Armin Kaufmann, la tesis de Zielinski o diversos artículos de autores como Hirsch o Struensee. Las obras fundamentales para entender el finalismo y su evolución se encuentran en español.

---

nificado e influencia del finalismo (= *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der Fünfziger Jahre*, en *Menschengerechtes Strafrecht*, Albin Eser-FS, Múnich, 2005, pp. 111 ss.) y *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009, pp. 200 ss. (= *Der Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberoamerikanischen Ländern*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009, pp. 212 ss.).

(5) Baste citar como ejemplo la obra *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona, 2006 del Prof. LUIS GRACIA MARTÍN, actual titular de la cátedra de su maestro en esta ciudad.

(6) El manual ha tenido dos traducciones en lengua española publicadas en Sudamérica: *Derecho penal. Parte General* (traducción Fontán Balestra), Buenos Aires, 1956; *Derecho penal alemán* (traducción Juan Bustos y Sergio Yáñez), de la que existen dos ediciones, la última de la 11.<sup>a</sup> alemana, Santiago de Chile, 1970. El Prof. CEREZO MIR tradujo la última edición de *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre (El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, trad. con notas del propio traductor). Tradujo también la conferencia que pronunció WELZEL en la Universidad de Madrid en 1968 (*La doctrina de la acción finalista, hoy*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1968, pp. 221 ss), que reproduce parcialmente el artículo *Ein unausrottbares Missverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1968, pp. 425 ss.

(7) *Tratado de Derecho Penal* (traducción y notas de CÓRDOBA RODA), 2 vols., Barcelona, 1962. Este autor había publicado previamente una traducción de GALLAS titulada *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1959.

En la doctrina española no sólo han ido apareciendo artículos y monografías de clara inspiración finalista, sino también manuales importantes como los del propio Cerezo Mir (8) o Cuello Contre-ras (9), aunque este último prefiera denominar su sistema dogmático como lógico-funcional, buscando una vía intermedia entre ontologismo y normativismo. La designación una por una de obras dogmáticas españolas de relevancia en las que se puede detectar la influencia welzeliana darían para dar por finalizado el presente artículo con un largo listado. Sin embargo, no creo que me hayan invitado para la lectura de un listado de obras y creo que los datos aportados dan idea de la importancia que ha tenido el finalismo y del importante debate que suscitaron las propuestas de Hans Welzel en España y Sudamérica desde la época de postguerra y a lo largo de la segunda mitad del siglo xx (10). Procedo a continuación a una valoración totalmente personal.

## II. VALORACIÓN DE LA INFLUENCIA DEL FINALISMO

Lo que personalmente me resulta más llamativo, con la perspectiva que ofrecen los setenta años transcurridos desde la publicación del primer artículo de Rodríguez Muñoz, es que en los años cincuenta y sesenta aparecieron obras básicas para la evolución de la dogmática española que partieron del horizonte intelectual abierto por el finalismo, y ello con independencia de que los puntos de partida de la doctrina final de la acción fueran tratados más bien en sentido crítico (11).

(8) Además de las sucesivas versiones de su manual, que ocupó gran parte de sus esfuerzos, en el año 2013 ha aparecido un nuevo manual elaborado por 13 discípulos del Prof. CEREZO de clara impronta finalista: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho penal. Parte General*, Granada, 2013.

(9) *El Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 2002 (tomo II, 2009).

(10) Los trabajos publicados previamente por dos grandes protagonistas de la dogmática en lengua española de estos años como CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 84 (1972), pp. 1033 ss. y (ZIS 5/2009, Fn. 4), pp. 200 ss., 212 ss. desde la perspectiva del finalismo y GIMBERNAT ORDEIG, *Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*, Henkel-FS, Berlín, 1974, pp. 151 ss., desde la perspectiva de los críticos, hacen innecesaria una mayor profundización.

(11) Básicos CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963; SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la*

Un sector doctrinal muy activo compartió las críticas esenciales de Welzel contra la concepción tradicional del delito hasta los años treinta como la de Mezger. El apoyo al nuevo sistema provenía, en un principio, de que sólo el finalismo se ofrecía como una teoría global que abanderara el cambio de perspectiva. Se trataba más bien de un apoyo a un concepto personal de injusto y a una concepción normativa de la culpabilidad que en puridad una asunción de la doctrina final de la acción en todos sus extremos.

En un ámbito doctrinal en el que la obra de Mezger había tenido una gran influencia, convirtiéndose en una obra de cabecera, los años sesenta y setenta estuvieron marcados en gran medida por el debate de si el dolo configuraba el tipo subjetivo o era un elemento de la culpabilidad, discusión que se extendió a la relevancia de los elementos subjetivos para justificar la conducta típica (elementos subjetivos de las causas de justificación). Los argumentos relativos a la existencia de elementos subjetivos del injusto y de tipos penales con verbos de significado más final que causal que ya había utilizado v. Weber y el argumento de la tentativa resultaron tan decisivos para el cambio de sistema como en la doctrina alemana.

Desde mi punto de vista, la principal influencia de Welzel es que se cambia completamente la forma de enfrentarse a los problemas del injusto, surgiendo un «desvalor de acción» determinado por una perspectiva *ex ante*, previo al «desvalor del resultado» determinado por una perspectiva *ex post*, y el primero acaba ocupando el papel protagonista en el ámbito del injusto. Este cambio trastoca toda la estructura de la teoría jurídica del delito y da lugar a discusiones como las existentes entre la teoría del dolo y de la culpabilidad, que alcanzaron gran intensidad en la doctrina en lengua española.

Las concepciones del injusto previas, que sólo comprendieron la acción en términos causales carentes de sentido, no permitían dar el paso que dio Welzel de forma decisiva. Aunque ya hubiera precursores en el mismo sentido anteriores a sus trabajos de los años 30, nadie había podido canalizar ciertas necesidades dogmáticas a través de una teoría completa de sólidas bases metadogmáticas. El éxito que alcanzó en España y Latinoamérica la idea de construir el injusto alrededor del «desvalor de acción» no derivó, sin embargo, de una asunción de los postulados del finalismo que quedaron sentados en las publicaciones de Welzel de los años treinta. Tal éxito provino básicamente de que el nuevo sistema permitía soluciones más razonables en aspectos dog-

---

*doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963, con una exposición resumida en *Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?*, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín y Nueva York, 1974, pp. 379 ss.

máticos concretos como las teorías del error, de la tentativa, de los elementos subjetivos del injusto, de la autoría y la participación o del delito imprudente. Por esa razón un grupo importante de jóvenes profesores asumieron a partir de los años sesenta las consecuencias dogmáticas de la teoría personal del injusto, aunque no aceptaran en todos sus extremos los postulados o presupuestos metodológicos de la doctrina final de la acción.

Si tenemos en cuenta que a día de hoy la doctrina dominante en lengua española defiende una teoría jurídica del delito que parte de una distinción entre injusto y culpabilidad, formando parte del primero el dolo y la infracción del deber de cuidado y de la segunda la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad, sin duda el cambio más trascendente que ha experimentado la doctrina penalista en lengua española desde el discurso de don Luis Jiménez de Asúa en 1931 ha sido el traslado del dolo al ámbito del tipo y el tratamiento del error de prohibición o mandato en el ámbito de la culpabilidad (12). Tal estructura de la teoría jurídica del delito ha resultado asumible para múltiples propuestas metodológicas que han ido apareciendo con posterioridad en la doctrina española. Creo que no descubro nada excesivamente novedoso, en la medida en la que creo que se puede decir lo mismo de la doctrina en lengua alemana, en la que sólo Jakobs y sus discípulos, especialmente Pawlik, han puesto tal sistema totalmente en cuestión en los últimos años. Sin embargo, esta revolucionaria propuesta ha tenido escaso eco por el momento en la doctrina española, más allá de su mera exposición.

### III. EL DECLIVE DE LA INFLUENCIA DEL FINALISMO

La doctrina final de la acción nunca tuvo, a pesar de disponer de importantes defensores, un lugar dominante en la ciencia penal española. Las críticas se centraron en las modalidades más normativas

---

(12) El Código Penal español no regula el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, al igual que el alemán. El Tribunal Supremo, por influencia de BACIGALUPO, viene optando en la mayoría de las sentencias por una teoría pura de la culpabilidad (SSTS 601/2005, de 10 de mayo; 737/2007, de 13 de septiembre, con amplias referencias a muchas otras resoluciones) tal como fue formulada por WELZEL (aunque en Derecho Penal español la atenuación es obligatoria en casos de error vencible), a pesar de la amplia controversia que existe en la doctrina española al respecto. Sobre esta cuestión CEREZO (nota 2), p. 258, que considera que, en parte, la posición del Tribunal Supremo deriva de «*la influencia de la escuela finalista española*».

como la omisión o la imprudencia (13) y la doctrina dominante en España siempre desvinculó el concepto ontológico de acción del estrictamente jurídico-penal, que se debería configurar de acuerdo a criterios puramente normativos (14).

El panorama doctrinal cambió decisivamente en los años setenta, en los que surgieron propuestas más acabadas que permitían vincular la teoría jurídica del delito a las funciones del Derecho Penal. Son básicos en esta evolución los trabajos de Roxin (15) y de Gimbernat, especialmente el artículo *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico*

---

(13) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Barcelona, 1989, pp. 215, 263; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, pp. 68 ss., con ulteriores referencias; GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1962, pp. 283 ss.; el mismo, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, pp. 78 ss., 105 ss.; el mismo, *Handlung, Unterlassung und Verhalten*, Armin Kaufmann-GS, Köln, 1989, p. 179, nota 66 (=Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung, Berlín, 2013, p. 170); MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 9.ª ed., Barcelona, 2011, 8/9 s.; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 4.ª ed., Buenos Aires, 1963, p. 380, siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, p. 220; RODRÍGUEZ MUÑOZ (nota 3), pp. 210 ss.; el mismo, *La doctrina de la acción finalista*, 2.ª ed., Universidad de Valencia, 1978, pp. 124 ss., aunque considerando que «la construcción finalista, en lo que concierne a los delitos dolosos, se encuentra en mejores condiciones que la tradicional para comprender los diferentes problemas propios de esta clase de hechos punibles»; SUÁREZ MONTES (nota 11), pp. 59 ss.; el mismo (Welzel-FS, nota 11), pp. 389 ss.

(14) CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Maurach*, p. 211; el mismo (nota 11), pp. 63 ss., 85 ss., muy influenciado por MAURACH; GIMBERNAT ORDEIG (Causalidad, nota 13), pp. 105 ss., considerando que no existían diferencias entre el concepto final y causal de acción; el mismo (nota 10), pp. 151 ss. en el mismo sentido; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 13), p. 219.

GIMBERNAT recoge en su obra *La causalidad en Derecho Penal* ( nota 13), pp. 111 ss. la polémica entre ROXIN y WELZEL a raíz del artículo del primero en ZStW 74 (1962), pp. 515 ss., con la respuesta del segundo en *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964. En esta monografía de GIMBERNAT, de gran influencia en la doctrina española, y que tiene su origen en una Tesis doctoral defendida en Hamburgo en 1962 y dirigida por HEINRICH HENKEL sobre *Problematik der inadäquaten Handlungen*, es evidente el apoyo a la nueva dirección dogmática que impulsa ROXIN con este decisivo artículo y del concepto de acción como «un producto jurídico-normativo por excelencia» (ROXIN, ZStW 74, p. 527). En alemán este apartado de su monografía fue publicado como *Finalität und Vorsatz. Zugleich eine Besprechung von: Welzel, «Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft»*, NJW 1966, pp. 533 s. En la actualidad, tanto su tesis hamburguesa (*Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*) como el artículo de NJW están recogidos en GIMBERNAT ORDEIG, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung*, Berlín, 2013.

(15) La traducción realizada por el Prof. Muñoz Conde de la 1.ª ed. alemana de 1970 de *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* fue publicada en 1972.

*penal?* publicado en 1970 (16). Ciertamente con estas contribuciones se abrió un nuevo futuro dogmático sin el cual es imposible entender las decisivas contribuciones de una nueva hornada de penalistas como Mir Puig, Luzon Peña o Silva Sánchez. Desde los años setenta es dominante la idea de la protección subsidiaria de bienes jurídicos como función básica del Derecho Penal. En la actualidad, por la influencia de un grupo de penalistas formados en Bonn junto al Prof. Jakobs, se discute si la función básica no debe ser la estabilización de normas esenciales o, al menos, si no es más apropiado hablar de una función específica del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos mediante estabilización de normas.

El hecho de que sean estos los términos actuales de la discusión, que se centran en la función social del Derecho Penal y si es más asumible una prevención general intimidatoria o estabilizadora, demuestra que, aunque la teoría del delito dominante en España sea tributaria de la estructura otorgada por Welzel, los presupuestos metodológicos y principios filosóficos que se han acabado imponiendo son radicalmente opuestos a los del finalismo. La mejor prueba de ello es que estos nuevos sistemas teóricos ya no parten de la libre autodeterminación según sentido (17), sino de tesis radicalmente deterministas como en el caso de Gimbernat (18) o, al menos, de cierto agnosticismo

---

(16) Estudios de Derecho Penal, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990 [=Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 82 (1970), pp. 379 ss.], exponiendo en una nota inicial los lugares donde apareció inicialmente el trabajo. WELZEL fue muy elogiado con este trabajo (*Zur Dogmatik im Strafrecht*, Maurach-FS, Karlsruhe, 1972, p. 5).

(17) CEREZO MIR (*RDPC* 2003, nota 4), pp. 58 ss. El estudio más profundo y detallado sobre el concepto material de culpabilidad de WELZEL en lengua española es de un discípulo de CEREZO MIR, MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002, pp. 303 ss., 345 ss. y *passim*.

(18) (Nota 10), pp. 153 s. (nota 16), pp. 384 ss. Una clara referencia de su posición, como se puede constatar en este último trabajo, se encuentra en las conocidas observaciones críticas de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1970, pp. 23 ss., 57 ss. Desde el finalismo español se criticó precisamente que ciertas conclusiones de GIMBERNAT relativas a la diferencia de pena entre delitos dolosos e imprudentes, el tratamiento del error vencible de prohibición o la exclusión de pena para inimputables se pudieran sostener al margen de un Derecho Penal de la culpabilidad que no parta de la libre autodeterminación de los seres humanos. Cfr. CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1980, pp. 349 ss.; el mismo, *El delito como acción culpable*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1996, pp. 21 ss.; el mismo, *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito*, 2, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2002, pp. 28 ss. GRACIA MARTÍN, *Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española*, Actualidad Penal 93, pp. 552 ss.

al respecto (19), que se ha acrecentado en los últimos tiempos con el reto planteado por los avances neurocientíficos al fundamento material de la culpabilidad (20).

No sólo las bases para la construcción del sistema dogmático han cambiado radicalmente desde los años setenta. La doctrina final de la acción también ha ido perdiendo batallas puntuales en lo que parecían sus bastiones más fuertes. En la actualidad la doctrina dominante tampoco asume en el ámbito del delito doloso que sea el dolo o finalidad del autor el que determine por sí solo la existencia de un injusto. Es decir, las nuevas propuestas dogmáticas teleológicas o funcionales ni siquiera han dejado intacto el reducto en el que el finalismo se sentía más seguro y firme (21). En el debate con los finalistas han triunfado los argumentos de autores como Frisch, Gimbernat Ordeig, Jakobs o Roxin (22).

La teoría de la imputación objetiva no sólo ha triunfado a nivel doctrinal –manteniéndose en un sector importante de la doctrina española una distinción entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado de claras reminiscencias welzelianas–, sino también a nivel jurisprudencial. Hoy forman parte de la doctrina asentada del Tribunal Supremo español instituciones dogmáticas como la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima (23) o las «acciones neutrales» o la prohibición de regreso en sentido moderno (Jakobs) (24).

El debate doctrinal alrededor de estas instituciones dogmáticas se centra en lo que podemos denominar el problema de los «conocimientos especiales», que se concreta en temas como la relevancia de los conocimientos superiores sobre el riesgo del tercero en los casos de

(19) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., Múnich, 2006, 19/36 ss.

(20) FEIJOO SANCHEZ, *Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat*, Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechts systems, Wolfgang Frisch-FS, Berlín, 2013, pp. 555 ss. (= *La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2012, pp. 99 ss.).

(21) En sentido contrario, CEREZO MIR (*RDPC* 2003, nota 5), pp. 57 s.

(22) FEIJOO SÁNCHEZ (nota 13), pp. 182 ss., con referencias; FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, *InDret Penal* 3/2014.

(23) STS 1256/1999, de 17 de septiembre; 301/2011, de 31 de marzo sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima como criterio normativo que restringe el tipo penal.

(24) Sin ánimo de exhaustividad, existen una serie de ponencias en las que fue ponente BACIGALUPO ZAPATER: SSTS 797/2006, de 20 de julio; 928/2006, de 5 de octubre; 34/2007, de 1 de febrero, y 189/2007, de 6 de marzo de 2007. De otros ponentes: SSTS 154/2008, de 8 de abril; 1300/2009, de 23 de diciembre. En órganos inferiores: SSAP Madrid (Sección 15.<sup>a</sup>) 95/2002, de 19 de abril, y 45/2004, de 2 de febrero; Barcelona (Sección 2.<sup>a</sup>), 728/2002, de 25 de julio.

autolesión o autopuesta en peligro o si la separación de ámbitos de competencia o delimitación de ámbitos de responsabilidad sólo rige mientras no exista un dolo directo de participar en un hecho delictivo o un conocimiento seguro o altamente probable de la resolución delictiva del autor. Este es uno de los puntos de discusión significativo entre los que otorgan al Derecho Penal una función básica de protección de bienes jurídicos o de estabilización de normas esenciales. Los primeros no están dispuestos a renunciar totalmente a la intervención del Derecho Penal por razones estrictamente subjetivas en determinados casos en pro de la protección de bienes jurídicos. El finalismo, que ha protagonizado los grandes debates dogmáticos de la segunda mitad del siglo XX, se encuentra en estos momentos bastante desplazado del centro de la discusión, a pesar de que ésta se centre en la relevancia normativa de lo subjetivo. No resultan satisfactorias perspectivas extremadamente subjetivistas, al estilo de que los fines del sujeto convierten siempre la conducta permitida en no permitida y de que es el autor el que con su dolo/finalidad determina el injusto del hecho. El debate en la actualidad es más bien sobre el grado de normativización de las categorías dogmáticas y, en el ámbito de la tipicidad, la relevancia que el sistema jurídico otorga a las representaciones de los individuos.

#### IV. UN EJEMPLO SIGNIFICATIVO: LA DOCTRINA DEL DELITO IMPRUDENTE

Creo que la dogmática del delito imprudente representa un ejemplo significativo de la valoración personal expuesta sobre la influencia del finalismo en la doctrina en lengua española. Como expuse en mi tesis sobre la imprudencia (25), no cabe duda de que la influencia de Welzel fue decisiva en la doctrina española para asumir una estructura del delito imprudente que se ha convertido en dominante: infracción del deber objetivo de cuidado (que tiene como referente el cuidado necesario en el tráfico) como elemento del tipo de injusto e infracción del deber subjetivo de cuidado como elemento de la culpabilidad (26). Es de sobra conocido que el precursor de esta idea fue Engisch (27),

---

(25) FEIJOO SÁNCHEZ (nota 13), pp. 68 ss.

(26) En estos momentos es difícil poder afirmar con seguridad si una teoría no estandarizada del deber de cuidado, que no sólo tenga en cuenta los conocimientos, sino también las capacidades individuales, y que no parta de tal «concepto complejo de imprudencia» se ha convertido en la doctrina dominante en España.

(27) WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, pp. 315, 325, 330; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 136.

pero sus trabajos dogmáticos sobre la materia no fueron traducidos al español y su influencia fue menor. Esta idea se asentó en la doctrina del Tribunal Supremo español a partir de 1964 y no se puede dudar de la influencia de Welzel para este importante avance (28). A pesar de las intensas críticas que recibió el finalismo desde los trabajos de Rodríguez Muñoz con respecto al delito imprudente, especialmente en relación a su incapacidad para explicar la esencia del tipo de injusto imprudente, sus contribuciones fueron básicas para rechazar una concepción del injusto como pura causación del resultado mediante un acto voluntario y potenciar la relevancia de la forma de ejecución de la conducta en relación a las exigencias del tráfico jurídico.

Sin embargo, si bien se asumieron en la doctrina española las consecuencias del nuevo sistema, en el fondo se hizo con otros puntos de partida. El mejor ejemplo de ello es que la doctrina dominante no asumió la imposibilidad de participación en una conducta principal no dolosa, y siempre ha partido de un concepto restrictivo de autor para el delito imprudente así como de la posibilidad de establecer diferentes modalidades de participación en el delito imprudente (29). Esta asunción como postulado básico de la posibilidad de distinguir entre diversas modalidades de participación y de que en el delito imprudente quepa un concepto restrictivo ha sido criticada básicamente por los partidarios de la teoría del dominio del hecho, que defienden en esencia que toda participación imprudente relevante ha de ser tratada como autoría accesoria (30). Sin embargo, tal conclusión no viene

(28) SSTS de 11 y 16 de junio, 13 y 30 de octubre y 25 de noviembre de 1964.

(29) Por muchos, ya que una cita exhaustiva daría lugar a una nota monstruosa: FEIJOO SANCHEZ, *Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Derecho Penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?*, La Ley, 2000, pp. 1609 ss.; el mismo, *La participación imprudente y la participación en delito imprudente en el Derecho Penal español: Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997*, El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñoz, Pamplona, 2001, pp. 229 ss.; LUZON PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 79 ss., 89 ss.; el mismo, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1996, pp. 376 ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Barcelona, 2009, pp. 235 ss.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999; ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2002, pp. 223 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2005, pp. 463 ss.

(30) BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 380; CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 169 ss., 173 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1984,

obligada por el Derecho positivo, en la medida en que la regulación de la autoría y la participación en el Código Penal español admite modelos variados permitiendo una mayor desvinculación de la teoría del dominio del hecho que el Código Penal alemán (31). El debate en España con el nuevo Código Penal de 1995 se ha centrado en si las modalidades de participación imprudente y de participación en hecho principal imprudente son típicas y están castigadas por el Derecho positivo, tema que ha generado una de las discusiones dogmáticas más atractivas de los últimos quince años. Discusión que, desde luego, tiene como incontrovertido punto de partida la idea de que la accesoriedad de la participación también es irrenunciable en los delitos imprudentes (32).

En todo caso, y en lo que interesa aquí, la doctrina española ha utilizado las consecuencias de la teoría del dominio final del hecho en el delito imprudente como un argumento decisivo para criticar esta teoría sobre el fundamento material de la autoría. Las críticas se han centrado en que para poder defender un concepto restrictivo-final de autor en el ámbito del delito doloso, la teoría se ve abocada a un concepto extensivo-causal de autor cuando no existe dolo (en la medida en la que los finalistas han identificado finalidad con dolo excluyendo que alcance a la imprudencia consciente, a diferencia de otros autores alemanes ajenos al finalismo como Jescheck o Roxin), y ello impide diferenciar niveles de participación en el delito y aplicar las reglas de la autoría mediata. Estas conclusiones se entienden como insatisfactorias. La doctrina española no ha asumido el punto de partida de la teoría del dominio final del hecho de que *«un concepto único de autor para los tipos dolosos e imprudentes es completamente imposible desde un punto de vista dogmático. Se excluyen como el dominio del hecho y su contrario: la ausencia de dominio del hecho»* (33) y, por

---

pp. 120 ss., 123 ss., en contra de la posición de autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, LUZON PEÑA, MIR PUIG, RODRÍGUEZ MOURULLO y RODRÍGUEZ MUÑOZ.

Más discutido ha sido el tratamiento de la participación dolosa en hecho principal imprudente como autoría mediata o bien como participación.

(31) ENGISCH, *Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?*, ZStW 66 (1954), p. 389, alertaba sobre una asunción de la teoría del dominio del hecho por el Derecho positivo (*«Mi opinión es más bien que el legislador debería, en la medida de lo posible, mantenerse alejado de discusiones teóricas, dándole tanto una oportunidad a toda teoría aún presente en la discusión como no interponiéndose en el camino de futuras ideas nuevas»*).

(32) JIMÉNEZ DE ASÚA (nota 13), pp. 364 ss., siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ; MIR PUIG (nota 13), 14/33 ss.

(33) WELZEL (Abhandlungen, nota 27), p. 161. En contra, ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrausch-FS, Berlín, 1944, pp. 175 ss.

tanto, que *«la autoría imprudente es una autoría de una clase completamente particular y no tiene nada que ver con la autoría final situada en el punto central de la dogmática. Sólo para esta última tiene la teoría de la participación un sentido fundamentado materialmente»* (34). Ello ha dado lugar a teorías genuinamente españolas como las de la «pertenencia del hecho» (Mir Puig) o del «dominio objetivo y positivo del suceso típico» (Luzon Peña y su discípulo Díaz y García Conlledo) que, entre otras razones, han perseguido evitar que en el ámbito del doloso se mantenga un concepto restrictivo de autor mientras en el ámbito del delito imprudente haya que conformarse con un concepto unitario o extensivo-causal que prescindiera de la accesoriedad. Este tipo de propuestas han tenido una amplia acogida. Lo más relevante es que, según la doctrina española dominante —con independencia de que se subdivida en multitud de teorías—, la accesoriedad no depende del dolo o de la finalidad de autores y partícipes.

Ello no es más que una prueba concreta de lo que ha caracterizado la influencia de Welzel en la doctrina en lengua española: rechazo de los puntos de partida de la doctrina final de la acción y aceptación de sus principales consecuencias sistemáticas por su mayor capacidad de rendimiento frente a las teorías jurídicas del delito que le precedieron. Lo paradójico es que a medida que el sistema diseñado por Welzel se ha ido asentando, la relevancia del finalismo para resolver los problemas dogmáticos esenciales de la actualidad se ha ido diluyendo aunque, como ya he dicho, su obra esté hoy en día más viva en español que en su idioma de origen.

Para terminar me gustaría citar una frase con la que definió Luis Jiménez de Asúa la contribución del finalismo hace más de cincuenta años en su Tratado, la obra sobre Derecho Penal en español de mayor difusión en España y América: *«no cabe duda de que ha removido el tranquilo estanque de la dogmática, y para aquietar sus aguas ha sido preciso conceder algo de lo que Welzel propugna»* (35). Esta frase de un crítico del finalismo, más proclive a las tesis de Mezger, no sólo explica por qué estamos hoy aquí reunidos en esta Welzel-Tagung penalistas de muy diversas procedencias geográficas, sino que creo que refleja lo que supuso Hans Welzel para la dogmática jurídico-penal en lengua española.

---

(34) *Ib.*, p. 160.

(35) (Nota 13), p. 378.

# La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista» (1)

ALICIA GIL GIL  
Catedrática Acreditada  
UNED

## RESUMEN

*Recientemente se ha publicado la Sentencia de la Audiencia Nacional que condena a diversas personas encargadas de la gestión de las llamadas «Herriko Tabernas» por el delito de pertenencia a organización terrorista, a la vez que se califica como tal a la coalición política HB y sus sucesoras. La sentencia en realidad sigue una jurisprudencia que desde finales de los años 90 ha reinterpretado el concepto de organización terrorista y ha ampliado los delitos de pertenencia y de colaboración con la misma, variando notablemente el tratamiento dado a algunas asociaciones en relación con la jurisprudencia anterior. Esta práctica vulnera los principios de legalidad, proporcionalidad y responsabilidad por el hecho propio y expande la aplicación de toda una serie de medidas propias del Derecho penal del enemigo.*

Palabras clave: *Derecho penal del enemigo, terrorismo, organización terrorista, organizaciones satélite, pertenencia, colaboración, ETA, MNLV, HB, Herriko Tabernas.*

## ABSTRACT

*The Spanish «Audiencia Nacional» has recently delivered its decision in the case «Herriko Tabernas». The court finds the defendants guilty of the crime of participation in a terrorist organization. In the same decision the Court declares that the political party Herri Batasuna is a terrorist organization. The legal reasoning follows a*

---

(1) El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto DER2013-43760-R, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*judicial doctrine developed since the end of the 90's, which has deeply expanded the notion of terrorist organization, thereby changing the judicial qualification of some organizations in comparison to the previous doctrine. The article aims at proving that this tendency violates the principles of legality, responsibility for one's own actions and proportionality. At the same time this requalification implies the application of a set of «Criminal Law for the enemy» measures.*

Key words: *criminal law for the enemy, terrorism, terrorist organization, satellite organization, participation, collaboration, ETA, MNLV, HB, Herriko Tabernas.*

## 1. INTRODUCCIÓN. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TERRORISMO EN ESPAÑA

Desde la reinstauración de la democracia en España puede decirse que el terrorismo ha sido un azote constante en este país, protagonizado por diversas organizaciones terroristas de muy diverso signo político (2). Pero sin duda la organización terrorista más violenta en España ha sido Euskadi Ta Askatasuna (ETA) (traducible del euskera como País Vasco y Libertad), durante sus más de 50 años de existencia (3) ha perpetrado más de 900 asesinatos (4).

(2) Por ejemplo los diversos grupos de extrema derecha que operaron durante los primeros años de la transición –véase Pedro Carlos GONZÁLEZ CUEVAS, «Política de los sublimes y teología de la violencia en la derecha española», en SANTOS JULIÁ (Dir.), *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, Taurus, 2000, p. 142 ss., diversas organizaciones independentistas como la catalana Terra LLiure, que existió desde 1979 hasta 1995, la canaria Movimiento por la Autodeterminación e Independencia del Archipiélago Canario (MPAIAC), que renunció a la lucha armada en 1979, las gallegas Exército Guerrilheiro do Povo Galego Ceive (EGPGC) y Resistência Galega, todavía activa, organizaciones de extrema izquierda como los Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO) (1975-2007), o el terrorismo de Estado de los Grupos antiterroristas de liberación (GAL) que operaron hasta 1987, y el reciente terrorismo yihadista, cuyo atentado más sangriento causó 192 muertos, y 1858 heridos el 11 de marzo de 2004.

(3) Sobre el nacimiento e ideología de esta organización véase Florencio DOMÍNGUEZ IRIBARREN, «La violencia nacionalista de ETA», en SANTOS JULIÁ (Dir.), *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, Taurus, 2000, p. 327 ss.

(4) La Audiencia Nacional se refiere a ETA como una organización terrorista que «se autodefine como “organización política que practica la lucha armada”, que pretende la independencia de una parte del territorio español y del francés, y su unificación en un solo Estado independiente, socialista y unido por el euskera; para la consecución de dicho objetivo se vale de la violencia, mediante graves alteraciones de la paz pública, con el fin de subvertir el orden constitucional, sirviéndose de grupos armados, que conforman su frente militar, predominante entre otras estructuras que se ponen, crea, o toma a su servicio», véase SAN 16/2014, de 24 de junio de 2014 (caso Herriko Tabernas). La organización terrorista ETA ha operado en España durante cerca de 50 años, causando 917 víctimas mortales, véase (<http://www.interior.ejgv.euskadi.net/011aWar/victimasJSP/011aResultadoVictimas2>).

A pesar de esta lacra, lo cierto es que el legislador español ha abandonado la común tendencia a elaborar una legislación antiterrorista excepcional o de urgencia, hallándose hoy la materia regulada en el Código penal común (5). Ello no ha impedido, sin embargo, la inclusión de medidas excepcionales, que, precisamente por estar incorporadas al código penal, ofrecen el peligro de ir extendiéndose a otro tipo de infracciones (6). Por ello, en opinión de muchos autores, la legislación española en materia de terrorismo se ha caracterizado por una evolución hacia el Derecho penal del enemigo (7). Utilizare-

---

jsp?MODO=resultado&pageId=-590132772&ID\_NAVEGACION=0 (página visitada el 28.05.2014) y un gran número de lesionados y desplazados a los que hay que añadir las personas que sufrieron secuestro, amenazas, coacciones o extorsión (véase José Luis de la Cuesta, Gema Varona, Virginia Mayordomo y César San Juan, «Estudio exploratorio sobre la Propuesta de un diseño de un programa público de reparación que facilite el retorno de los familiares de personas asesinadas y heridas por la organización terrorista ETA, así como de las personas secuestradas, agredidas, coaccionadas, amenazadas y/o que hayan sufrido daños causados por dicha organización, que manifiesten la voluntad de regresar a Euskadi. Informe final», 2011, accesible en [http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-victimas/es/contenidos/informacion/informacion\\_documentos\\_interes/es\\_document/adjuntos/Retorno%20Informe%20final%206%20JLC.pdf](http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-victimas/es/contenidos/informacion/informacion_documentos_interes/es_document/adjuntos/Retorno%20Informe%20final%206%20JLC.pdf) (página visitada el 28 de mayo de 2014). La banda anunció cese definitivo de la lucha armada el 20 de octubre de 2011. Puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=owroo-ZWR1A>. Sin embargo no se ha disuelto como organización ni ha entregado las armas. A 31 de diciembre de 2013 el número de presos pertenecientes a ETA en las cárceles españolas ascendía a 396 y 116 en prisiones francesas <http://www.europapress.es/nacional/noticia-eta-finaliza-ano-512-presos-carceles-espana-francia-30-menos-hace-cuatro-anos-20131229121644.html>.

(5) En la etapa democrática tuvimos todavía la experiencia de una ley antiterrorista especial, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, derogada en 1988. Véase Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985, p. 196.

(6) Desgraciadamente, y como era previsible, estas notas se van expandiendo paulatinamente a otros ámbitos de la delincuencia. En España se produce una constante expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal en la que además, medidas que parecen introducirse como excepcionales para determinados delitos, pronto saltan a otros diferentes. Por ello resulta ilusorio pretender la convivencia de un derecho penal del ciudadano con un derecho penal del enemigo. Así Juan TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 33, Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Ed. Reus, 2010, p. 74, Patricia FARALDO CABANA, «Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas», en Patricia FARALDO CABANA (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 301 ss.

(7) Manuel CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, pp. 373 ss., Adela ASÚA BATARRITA, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal», en Manuel CANCIO y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.),

mos este término (8) en el presente artículo, siguiendo a Manuel Cancio Meliá (9), como un concepto que sirve para evaluar un sector del ordenamiento, en este caso el Derecho penal antiterrorista (tanto en su regulación como en su aplicación jurisprudencial). Dicho concepto se caracteriza por englobar los siguientes rasgos definitorios: un amplio adelantamiento de la punibilidad, un aumento desproporcionado de las penas (en particular, la anticipación de la intervención penal no conlleva una consecuente disminución de la pena), la relativización o incluso supresión de determinados derechos y garantías (10), y la asunción de una función de identificación (mediante exclusión) de una categoría de sujetos como enemigos (11).

---

*Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, pp. 239 ss., Patricia FARALDO CABANA, *Un Derecho penal de enemigos...*, *ob. cit.*, p. 299 ss. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 19.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 838, afirma que la legislación española sobre terrorismo no llega a ser un «Derecho penal del enemigo» pero sí contiene determinados preceptos o particularidades «difícilmente compatibles con algunos principios característicos del Derecho penal de un Estado de Derecho».

(8) Como es sabido este concepto se debe a Günther Jakobs, que lo elaboró hace más de veinte años y lo ha ido desarrollando paulatinamente. Véase Günther JAKOBS, «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 20, 1999, pp. 119 ss., Günther JAKOBS, «¿Terroristas como personas en Derecho?», en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, pp. 77 ss., y el mismo autor, «¿Derecho penal del enemigo?: Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en el mismo volumen, pp. 93 ss.

(9) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 24 ss., el mismo, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, pp. 341 ss.

(10) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 25.

(11) En opinión de Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 37; ídem, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?» *ob. cit.*, pp. 367 ss., el Derecho penal del enemigo no cumpliría los fines del Derecho penal, sino que los sustituiría por el mencionado en el texto. Deja claro este autor que, por ello, en su opinión el llamado «Derecho penal» del enemigo, no es verdadero derecho penal —citando en el mismo sentido la STS 829/2006 de 20 de julio de 2006, en la que el alto tribunal se refiere a la situación de los prisioneros en Guantánamo—, sino un derecho de excepción innecesario, siendo la utilización de los términos «Derecho penal» para referirse al mismo, en opinión de Cancio un «obvio fraude de etiquetas», Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, p. 43, ídem, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», pp. 365 ss.; *Idem*, «“Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la democracia*, núm. 44, 2002, p. 22.

Tal función de categorización encuentra un ámbito especialmente abonado en la legislación antiterrorista. Dado que ya de por sí el terrorismo se auto-explica y auto-justifica mediante un discurso de amigo-enemigo [endogrupo-exogrupo (12)], lo cierto es que resulta difícil para el legislador y la jurisprudencia no caer en la trampa de dicha dialéctica (13). Y así, por una parte asistimos a un uso inflacionario del término «terrorista» (14) y por otra a una demonización (15) de todo el incluido en tal término (lo que abarca a quienes los defienden, los aplauden, homenajean, comparten sus fines, no los condenan, defienden los derechos de los presos por delitos de terrorismo, etc.), con la consiguiente perpetuación en la división entre «los nuestros» y los «otros» que retroalimenta y engorda la estrategia del Derecho penal del enemigo (16).

La categoría del Derecho penal del enemigo aún en su seno, por todo ello, una combinación de Derecho penal simbólico (tipificación

---

(12) Silvia UBILLOS, Carlos MARTÍN BERISTAIN, Maite GARAIGORDOBIL, Eran HALPERIN, «Agresión, odio, conflictos intergrupales y violencia colectiva», en Darío PÁEZ ROVIRA, Carlos MARTÍN BERISTAIN, José Luis GONZÁLEZ-CASTRO, Nekane BASABE BARAÑANO, Joseph DE RIVERA (eds.), *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Madrid, Editorial Fundamentos, 2011, pp. 15 ss.

(13) Como señala Adela ASÚA BATARRITA, «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal», en Manuel CANCIO y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006, p. 249: «el terrorismo es fundamentalmente una estrategia de comunicación simbólica, en la que los crímenes y la destrucción constituyen el mensaje de su presencia como pretendido «poder fáctico», la intimidación es su finalidad directa detrás de cada atentado. En su lenguaje bélico, sus víctimas son nombradas como representantes del poder enemigo, no como personas. Resistir a la tentación de responder con el mismo lenguaje es presupuesto ineludible para deslegitimar sus discurso. Si el punto de mira se traslada al «terrorista» como sujeto que «es y será terrorista», y «aunque sea un menor de edad es un terrorista», los acentos se desplazan a la búsqueda de la conformación de una disposición subjetiva como fuente de peligro.

(14) Que a su vez será vehículo de la expansión de las medidas en principio excepcionales a otros ámbitos de la delincuencia equiparados mediante el simple uso del término. Véase Manuel CANCIO MELIÁ, *De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?*, *ob. cit.*, p. 12, nota 28.

(15) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 49.

(16) A ello se une otro fenómeno, el de la asombrosa manipulación política de la inflación y demonización que hemos apuntado contra el adversario político o incluso contra movimientos ciudadanos. Véanse como ejemplo las acusaciones de colaborar con o apoyar a ETA que, desde algunos partidos o responsables políticos y medios de comunicación se vertieron contra la Plataforma Afectados por la Hipoteca –[http://politica.elpais.com/politica/2013/03/25/actualidad/1364203963\\_208246.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/03/25/actualidad/1364203963_208246.html) o contra el partido político PODEMOS [http://politica.elpais.com/politica/2014/07/09/actualidad/1404905546\\_987693.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/07/09/actualidad/1404905546_987693.html).

penal como mecanismo de creación de identidad social), punitivismo (incremento de la pena como único instrumento de control social) (17) y Derecho penal de autor (un Derecho penal basado en la actitud interna del sujeto en lugar de orientado al hecho) (18).

Como bien ilustra el citado autor, la legislación antiterrorista española, en particular la penal, ha llegado a convertirse en un Derecho penal del enemigo a lo largo de diversas reformas [especialmente a partir del año 2000 (19)] aprobadas con un amplísimo consenso por una clase política que, con independencia de su orientación ideológica, ha visto las ventajas electorales de esta estrategia (20) y en un clima de creciente protagonismo (21) de ciertas asociaciones de víctimas (22),

(17) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., pp. 24 ss., en especial 31 ss.

(18) Manuel CANCIO MELIÁ, *De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?*, ob. cit., pp. 373 ss.

(19) Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, ob. cit., p. 250. José Ricardo de PRADA SOLAESA, «Justicia transicional ante el fin de ETA», en Miguel REQUENA (ed.) *VI Jornadas de Estudios de Seguridad*, en prensa.

(20) Sobre esta tendencia del legislador a hipertrofiar y endurecer la legislación penal véase Elena LARRAURI PIJOAN, «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, pp. 15 ss. De entre los factores explicativos y los indicadores de este populismo punitivo señalados por esta autora destacan, por la relación con el tema aquí tratado: «el aumento de un clima punitivo entre la población (la gente parece haber perdido la posibilidad de identificarse con el delincuente, al que han dejado de ver como una persona con graves dificultades sociales; el delincuente es hoy el «otro» con el que no es posible desarrollar empatía alguna); el retorno de la víctima (la víctima ha penetrado todo el sistema penal exigiendo mayor consideración y derechos, lo cual ha sido interpretado como una necesidad de limitar los derechos y recursos destinados al delincuente);...la politización y uso electoral de los temas referidos al delito y al sistema penal (el partido político que quiera ganar unas elecciones debe elegir este tema para hacer campaña, sin aparecer como benévolo)». Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 37 ss., 40 ss., ilustra el atractivo electoralista que supone para los partidos la posición a favor de las víctimas, y cómo encubre además su incapacidad para la prevención del delito.

(21) Surgen así eslóganes como «la víctimas siempre tienen razón», pronunciado por varios ministros, exministros y responsables políticos españoles: <http://ecodiario.economista.es/espana/noticias/3814663/03/12/11m-gallardon-las-victimas-siempre-tienen-razon.html#>. Kku84FcTg9nDmA9<http://www.publico.es/politica/478005/cospedal-las-victimas-siempre-tienen-razon><https://www.youtube.com/watch?v=Jy8GMZHIsvw>

(22) En España la Asociación con mayor número de afiliados, mayor presencia en los medios de comunicación y mayor influencia política es la *Asociación de Víctimas del Terrorismo* (AVT), que, como señala Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo...*, ob. cit., pp. 74 ss., se erige con frecuencia en portavoz y representante de todas las víctimas. Sin embargo, la mayoría de las víctimas no pertenecen ni a esta, ni a ninguna otra asociación. Y como señala la autora citada, «nada está más alejado de la realidad que tratar a las víctimas como una entidad homogénea que tienen las mismas necesidades y

que entran de lleno en la política antiterrorista (23), reivindicando o protestando medidas legislativas, penitenciarias y judiciales (24), lo que resulta sumamente perturbador (25). La intervención en la política criminal y penitenciaria de algunas asociaciones de víctimas constituye uno de los factores que alimentan el Derecho penal del enemigo, tanto por su contribución a la categorización por exclusión del «otro» (en una sociedad ya altamente polarizada por un fenómeno de violencia colectiva y política como es el terrorismo) como por el carácter vindicativo de sus demandas (26).

Lo más paradójico es que esta evolución parece haberse disparado desde los años 2000 y 2003, cuando la intensidad de las acciones terroristas era mucho menor que la de años anteriores (27), y que la tendencia parece continuar en el Proyecto de reforma del Código penal (28), cuando ETA ya ha comunicado el «cese definitivo de la

---

comparten los mismos intereses». De especial relevancia en el tema que nos ocupa es la también la asociación «Dignidad y Justicia» creada en 2005, en sus propias palabras «con el objetivo de realizar un trabajo en los tribunales de justicia con abogados especializados en la lucha antiterrorista y con el fin de conseguir la derrota de ETA en todos sus frentes».

(23) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., pp. 33 ss. Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo...* ob. cit., pp. 72-73.

(24) Sobre el discurso «contra la impunidad» de diversas asociaciones de víctimas y sus implicaciones en materia de legislación antiterrorista véase también Ana Isabel PÉREZ MACHÍO, «Garantismo versus impunidad?», en José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI (dir.) *Terrorismo e impunidad*, Madrid, Dilex, 2013, p. 39 ss.

(25) Véase sobre ambos factores –electoralismo y presión de las asociaciones de víctimas– como explicativos de la deriva punitivista la nota 18. También con detalle sobre la influencia de las víctimas en la elaboración de legislaciones punitivistas Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo...*, ob. cit., pp. 37 ss., 72 ss., quien advierte además de otros riesgos.

(26) Señala Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo...*, ob. cit., pp. 25 ss. como factores explicativos del protagonismo de las víctimas en la política criminal la tendencia de la sociedad a identificarse con las víctimas, el papel amplificador y distorsionador de los medios de comunicación y la función como grupo de presión que ejercen las asociaciones de víctimas. El bipartidismo y la proyección internacional colaborarían además a la efectividad de las asociaciones de víctimas como grupo de presión. En particular sobre la influencia de la AVT, pp. 73 ss.

(27) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., p. 22.

(28) El proyecto de Reforma del Código penal que prepara el actual gobierno prevé castigar el homicidio terrorista con pena de prisión permanente, que se reintroduciría en el Cp común español tras su inexistencia desde 1928, véase M.<sup>a</sup> Dolores SERRANO TÁRRAGA, «La prisión perpetua revisable», en *RJUAM*, núm. 25, 2012-I, pp. 167 ss., accesible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660085/RJ25\\_8.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660085/RJ25_8.pdf?sequence=1) y Juana DEL CARPIO DELGADO, «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal», *Diario La Ley*, núm. 8004, Sección Doctrina, 18 de enero de 2013, accesible en [http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1359102429538\\_2012-la\\_pena\\_de\\_prisixn\\_permanente\\_en\\_](http://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1359102429538_2012-la_pena_de_prisixn_permanente_en_)

lucha armada». Ello probablemente guarda relación con la presión de algunas asociaciones de víctimas que temen que el fin de la banda pase por algún tipo de medida que genere impunidad (29). Pero se tergiversa este término, confundiendo su ausencia con un supuesto derecho de la víctima al castigo más severo del delincuente y en las condiciones de ejecución más duras, pidiendo la exclusión de beneficios penitenciarios y del sistema progresivo de ejecución de la pena (30), y desconociendo con ello el mandato constitucional de orientación de la ejecución a la resocialización, lo que nada tiene que ver con evitación de la impunidad (31).

La tendencia no ha sido solo legislativa, tanto penal (32) como extrapenal (33), sino también, como trataremos de evidenciar en

---

[el\\_anteproyecto\\_de\\_reforma\\_del\\_cp-la\\_ley\\_18-01-2012-1.pdf](#) (consultado 19 de junio de 2014). Se prevén además reglas especiales para su revisión en el caso de delitos de terrorismo, se mantiene requisitos más duros para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional que se conceptúa no como el último grado de ejecución de la pena –visión tradicional en nuestro derecho–, sino como un supuesto de suspensión de la ejecución (arts. 29, 32, 92), se invierte la carga de la prueba del origen ilícito de los bienes en la regulación del comiso (art. 127 bis), se mantiene la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado de muerte, imprescriptibilidad que se extiende a los delitos conexos (art. 131) y se eleva hasta 25 años el plazo de cancelación de antecedentes penales por terrorismo (en la actualidad 5 años). El texto puede verse en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-66-1.CODI.%29#\(Página1](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-66-1.CODI.%29#(Página1) (última consulta 25 de agosto de 2014).

(29) En 2011 se crea una nueva asociación denominada *Foro contra la Impunidad en el País Vasco*, véase <http://www.forocontralaimpunidad.com/p/manifiesto-del-foro-contra-la-impunidad.html> (consultado 26 de agosto de 2014).

(30) El propio legislador cayó en la confusión denunciada cuando promulgó una ley «para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas» –LO 7/2003, de 30 de junio–, que en realidad pretendía dificultar el acceso de los terroristas a la libertad condicional, desconociendo que en esta fase de la ejecución la pena sigue cumpliéndose. Véase sobre esta ley y sobre el protagonismo que la misma da a las víctimas del terrorismo María ACALE SÁNCHEZ, «Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas» en Patricia FARALDO CABANA (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 341 ss.

(31) Sobre este problema con acierto Ana Isabel PÉREZ MACHÍO, *¿Garantismo versus impunidad?*, ob. cit., pp. 39 ss.

(32) Véase Guillermo PORTILLA CONTRERAS, «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del «enemigo» tras el atentado de 11 de septiembre de 2011», en *Mientras tanto*, núm. 83, 2002, pp. 77-78.

(33) Además de la legislación penal en materia antiterrorista hay que hacer especial referencia a la legislación electoral, por las implicaciones que su aplicación ha tenido en los procesos penales. El artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, establece que un partido político será declarado ilegal

este artículo, jurisprudencial. Y puede verse no solo en el Derecho penal sustantivo –con el aumento y ampliación de los tipos penales (34) y de la gravedad de las penas– (35), sino también en el

cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante conductas como vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas, fomentar o legitimar la violencia, complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas, etc.

Con base en este artículo se han ilegalizado en España los siguientes partidos políticos y coaliciones: *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok*, *Batasuna*, *Acción Nacionalista Vasca* y el *Partido Comunista de las Tierras Vascas*, por su vinculación con la organización terrorista ETA. También se anularon, por el mismo motivo, las candidaturas de *Herritarren Zerrenda*, *Autodeterminaziorako Bilgunea*, *Abertzale Sozialisten Batasuna*, *Aukera Guztiak*, *Demokrazia Hiru Molloi* y *Askatasuna*, y se ordenó disolver los grupos parlamentarios *Sozialista Abertzaleak* y *Nafarroako Sozialista Abertzaleak*. Véase sobre todo ello ENARA GARRO CARRERA, «Libertad de asociación y terrorismo. Análisis de casos fronterizos», en JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, IVAC-KREI, Bilbao, 2009, p. 334, también accesible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/12+-+Libertad+asociacion+terrorismo.pdf> (acceso 15 de julio de 2014) p. 342 ss.

Esta ley también se aplicó en la ilegalización del *Partido Comunista de España* (*reconstituido*), al considerar que era el brazo político de la organización terrorista GRAPO.

En abril de 2011 la Asociación Víctimas del Terrorismo «exigió» al gobierno que solicitara la ilegalización, y no solo alguna de sus listas electorales, en aplicación de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos de la coalición política Bildu (conformada por los partidos políticos Eusko Alkartasuna y Alternatiba (ambos partidos no ilegalizados) y otros candidatos independientes) a la que identifican con ETA, con el argumento de que integraba a candidatos decididos por Batasuna y respondía a una estrategia política de esta organización ilegalizada [http://noticias.lainformacion.com/politica/partidos/la-avt-exige-al-gobierno-que-impugne-la-coalicion-y-no-solo-las-listas-de-bildu\\_84167NDY19YvJDv7zsJY1/](http://noticias.lainformacion.com/politica/partidos/la-avt-exige-al-gobierno-que-impugne-la-coalicion-y-no-solo-las-listas-de-bildu_84167NDY19YvJDv7zsJY1/). El 1 de mayo de 2011 la Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo anuló (por nueve votos a seis) las candidaturas presentadas por la coalición Bildu impugnadas por la Abogacía del Estado al estimar que «la coalición electoral Bildu ... permite a Batasuna/ETA volver a la presencia institucional» -STS, Sala especial, 01/05/2011, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5955168&links=bildu&optimize=20110512&publicinterface=true>. En mayo de 2011, el Tribunal Constitucional decidió, por 6 votos contra 5, revocar el veto del Tribunal Supremo a la participación de la coalición Bildu en las elecciones, STC 062/2011, de 5 de mayo (BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2011). Puede consultarse en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6844>.

(34) Sobre las diferentes infracciones penales relacionadas con el terrorismo con detalle Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., pp. 199 ss.

(35) El Código penal de 1995 supuso un notable incremento de las penas para delitos de terrorismo y un endurecimiento de las condiciones para acceder a la liber-

Derecho penitenciario, con un progresivo endurecimiento de la ejecución (36).

Sin embargo, este artículo va a centrarse en el aspecto de la anticipación de la intervención penal a través del delito de pertenencia a organización terrorista. Y es que en el ordenamiento español, como señala el Fiscal Javier Zaragoza, «la respuesta preventiva o anticipada a este fenómeno criminal (el terrorismo) descansa esencialmente en dos instrumentos penales que han adquirido extraordinaria importancia en los últimos años... el delito de integración en organización terrorista... y el delito de colaboración con organización terrorista» (37). El primero de ellos ha sido sin duda el principal elemento de expansión de la criminalización en la reciente jurisprudencia (38).

## 2. EL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN TERRORISTA EN ESPAÑA

El concepto de terrorismo que se deduce de la regulación del Código penal español viene definido por tres elementos: la actuación a través de organizaciones o grupos (39), la utilización de medios de

---

tad condicional y el tercer grado penitenciario, que además se ha ido incrementando en las sucesivas reformas, véase María ACALE SÁNCHEZ, *Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas*, *ob. cit.*, p. 341 ss.. Véase José Ricardo DE PRADA SOLAESA, «Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995», en *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996, p. 77, el mismo, *Justicia transicional...*, *ob. cit.*, en prensa.

(36) Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 250, Cancio MELIÁ *Derecho penal del enemigo y terrorismo...*, *ob. cit.*, p. 23 ss. Ana Isabel CEREZO DOMÍNGUEZ, *El protagonismo...*, *ob. cit.*, pp. 72 ss. En particular sobre la llamada Doctrina Parot, que aplicó retroactivamente el régimen más duro para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional del artículo 78 CP y fue declarada contraria al Convenio europeo de Derechos humanos véase José NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto, Del Río Prada contra España: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 9, 2013, pp. 377 ss., con ulteriores referencias. Sobre la normativa penal penitenciaria y procesal que debería modificarse también Ana Isabel PÉREZ MACHÍFO, *Garantismo versus impunidad?*, *ob. cit.*, pp. 54 ss.

(37) Javier Alberto ZARAGOZA AGUADO, «Comentario previo a la Sección 2.<sup>a</sup> De los delitos de terrorismo», en Manuel GÓMEZ TOMILLO (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 1943.

(38) Javier MIRA BENAVENT, «El derecho penal ante el fin de ETA: la cuestión de la criminalización de su entorno político e ideológico», en *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria. Revista de pensamiento e historia*, núm. 45, 2013, p. 5 ss.

(39) Supone una excepción el artículo 577. Señalan Carmen LAMARCA PÉREZ, «Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial», en Carmen JUA-

intimidación masiva y la persecución de determinados fines colectivos: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (40). En la actualidad (41) el artículo 571 castiga la pertenencia a organizaciones terroristas y las define fundamentalmente en relación con sus fines y medios: «tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente.

---

NATEY DORADO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.), *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria*, Alicante, Universidad de Alicante, 2013, p. 209, y Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 250, que este precepto dedicado al ejercicio de violencia política no organizada, también denominado terrorismo individual, según el cual para ser calificado como terrorista no es preciso, como en los demás supuestos delictivos, pertenecer o estar integrado en una banda armada, organización o grupo terrorista, sino que basta con cometer determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, incendios, etc.) con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública surgió, y en este sentido se aplicó inicialmente, para hacer frente a los casos de la denominada violencia callejera (kale borroka), pero en la actualidad y tras la declaración jurisprudencial de que las organizaciones juveniles (Segi, Jarrai) constituyen auténticas asociaciones ilícitas, incluso terroristas, ha perdido su sentido original y sólo será de aplicación con carácter residual. En su origen se limitaba a la realización de los delitos más graves, que implicaban un alto grado de violencia, pero en el año 2000 se amplió notablemente. Véase CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 267 ss., quien señala los perniciosos efectos criminológicos que puede tener esta legislación y práctica jurisprudencial –nota 784.

(40) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 155.

(41) Hasta el año 2010 se incluían en el artículo 515.2 que castiga las asociaciones ilícitas. En opinión de la doctrina este cambio legislativo era innecesario, pues la amplia redacción de la asociación ilícita ya recogía todos los supuestos que aparentemente se quieren criminalizar con la reforma, si bien también es cierto que la jurisprudencia venía haciendo escaso uso de esta figura fuera de la delincuencia política véase Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, *ob. cit.*, p. 831, Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, nota 5, pp. 90 ss. Las nuevas figuras han generado un problema de distinción entre la asociación ilícita, la organización criminal, el grupo criminal, los actos preparatorios y la mera codelincuencia. Véase al respecto Victoria GARCÍA DEL BLANCO, «Organización y grupos criminales», texto todavía inédito, p. 10 ss. del manuscrito. También Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Y la STS 577/2014 de 12/07/2014, F. J. 7.º, para quien a partir de la regulación del «grupo criminal» la codelincuencia quedará para «los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito». En mi opinión carece de justificación aumentar en dos años la pena de los condenados cuando son tres personas las que planean cometer juntas un delito, frente a si son dos o a si lo comenten entre tres pero no lo han planeado. A favor de la reforma en cambio, por defender la protección de bienes jurídicos diferentes Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Comentario al artículo 570 bis» en Manuel Gómez Tomillo (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª edición, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 1922.

## 2.1 Lo injusto del delito de pertenencia a organización terrorista

No podemos extendernos aquí en la prolífica discusión dogmática sobre el contenido de injusto específico de los delitos de organización. Sin embargo sí merece la pena al menos resumirla para adoptar un punto de partida, ya que la doctrina ha puesto de manifiesto la especial necesidad de identificar lo injusto específico de esta figura delictiva, tanto por la evidente exigencia de legitimación que presenta semejante anticipación de la intervención penal, como por la utilidad que tal identificación supondrá para la definición de la clase de organizaciones capaces de integrar el tipo (42).

En la doctrina podemos encontrar cuatro grandes posturas al respecto de los delitos de organización (43): 1. Quienes niegan la legitimidad del delito de asociación ilícita (u organización criminal) y piden su eliminación (44); 2. quienes entienden que el delito protege el bien jurídico «recto ejercicio del derecho de asociación» (45); 3. quienes ven una excepcional anticipación de la intervención penal basada en la especial peligrosidad de ciertas organizaciones (46) y 4. quienes, por último, ven en este delito un ataque a bienes jurídicos

(42) CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 87.

(43) Sobre la discusión doctrinal con detalle y con abundantes citas bibliográficas CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 96 ss., 100 ss.

(44) Esta postura es hoy en día minoritaria, pero la mantienen ilustres juristas. Así, crítico con los delitos de asociación ilícita Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 6.ª ed. Madrid, Trotta, 2004, pp. 464 ss., 833 ss. En España, en relación con los delitos que nos ocupan, Juan TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, pp. 35, 38.

(45) Posición minoritaria en la actualidad, y que era más fácilmente sostenible antes de la reforma. Véase la doctrina citada por Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 100, nota 270, y que como con razón señala este autor y ya señaló en su día Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal español*, Barcelona, Bosh, 1978, pp. 126 ss., no explica convincentemente cuál es el contenido de injusto específico de este delito, sino más bien solo su modo de comisión. En el mismo sentido José Luis GUZMÁN DÁLBORA, «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociación ilícita», en *RDPC*, 2.ª época, núm. 2, 1998, p. 160.

(46) Hans-Joachim RUDOLPHI, «Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus», en *ZRP*, 1979, pp. 215 ss., p. 215. Según esta interpretación se trataría de meros delitos de peligro abstracto que adelantarían la protección de los bienes jurídicos, una «forma de intervención anticipada» STS de 23 de junio de 1986. En España mantiene esta postura Jesús María SILVA SÁNCHEZ, «¿“Pertenencia” o “Intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito», en Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Manuel GURDIEL SIERRA, E. CORTÉS (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2003, p. 1077. Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso... ob. cit.*, pp. 264 y s.

cos colectivos como el orden público, la paz jurídica o la seguridad interior o formulaciones similares (47).

De las posturas expuestas, aunque la primera es muy sugerente, se topa con la extendida realidad en contra en el panorama jurídico internacional. Además es posible que, como afirma Asúa Batarrita (48), las objeciones político-criminales que pueden dirigirse a los tipos generales de «asociación ilícita» no sean trasladables a la «asociación terrorista», en tanto queden definidos sus contornos de forma precisa, lo que había sucedido en la jurisprudencia española hasta épocas recientes. Sin duda más interesantes son por ello las dos últimas posturas, siempre que sirvan para concretar y limitar el ámbito típico. Sin embargo, el último grupo, aun siendo mayoritario en la doctrina española actual, ha dado lugar a una ampliación del tipo cuando el bien jurídico protegido resulta descrito de manera poco clara o excesivamente amplia, como sucede por ejemplo con las posturas que identifican la paz pública con determinadas percepciones fácticas de la sociedad, difíciles de determinar, que pueden conducir a una subjetivación incompatible con el principio del hecho, y con las que pretenden objetivar el concepto, pero acaban construyendo un bien jurídico hueco (49). Estos resultados indeseables se ven favorecidos precisamente por la amplitud de la definición de los «fines terroristas» en la legislación española, en especial por la referencia a una indefinida «paz pública».

Una interesante excepción la suponen, sin embargo, posturas intermedias (50) y aquellas que intentan concretar ese bien jurídico

---

(47) En España mantiene una postura en esta línea Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, p. 142 ss. Se le critica la falta de concreción José Luis GUZMÁN DÁLBORA, *Objeto jurídico...*, *ob. cit.*, pp. 161 ss., Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 266.

(48) Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 261.

(49) Así lo denuncia Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 115 ss.

(50) Una posición particular, intermedia entre las dos últimas, es la defendida por Jakobs, para quien estaríamos ante un «injusto parcial», por quebrantar una norma flanqueante, cuya misión es proteger las condiciones de vigencia de una norma principal, o, en otras palabras, se lesiona la confianza, se afecta a la base cognitiva de la vigencia de la norma, mediante la elevación drástica del riesgo normal que estas asociaciones suponen, véase Gunter JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho Penal*, UAM-Civitas, Madrid, 1997, pp. 314 ss. En sentido similar pero orientándose en mayor medida hacia la protección de los bienes jurídicos individuales, afirma Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 265, que la referencia a la paz pública como bien jurídico-penal únicamente es aceptable como fórmula sintética que expresa la conmoción de la «seguridad cognitiva» en relación a los distintos bienes jurídicos amenazados.

colectivo o injusto autónomo del delito de pertenencia a organización terrorista. Así por ejemplo Cancio Meliá afirma que el individuo que se integra en una organización terrorista, como parte de ella, responde del injusto colectivamente realizado, a saber, el poner en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado (51). La lesividad de estas organizaciones no residiría por tanto en su peligrosidad para la lesión de bienes jurídicos individuales, sino en su ataque (ideal) al Estado (52). El injusto de los delitos de terrorismo, en tanto que delitos de organización, consiste, según este autor, en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal (53). Esta interpretación le permite recortar el tipo limitándolo, en primer lugar, a las organizaciones capaces de desafiar al Estado por su fortaleza y su estructura interna (54), y por otro lado, la conducta de pertenencia a dicha organización no puede limitarse a una integración «pasiva» (55).

Desde luego, si se opta por la defensa de un injusto autónomo del delito de pertenencia a organización terrorista, debe quedar perfectamente identificado el bien jurídico en el sentido indicado por Cancio y otros autores, lo que implica necesariamente una interpretación restrictiva de la expresión «paz pública» utilizada por el texto legal, que la haga compatible con el bien jurídico elegido –el orden democrático, los mecanismos democráticos de la toma de decisiones, el monopolio del Estado en el uso de la violencia...– y que permita distinguir esta infracción, conforme a la gravedad de injusto que

---

(51) Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985, p 450 ss., ídem, «Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 535 ss. destaca que no se criminaliza la finalidad política, sino su forma delictiva de exteriorización, pero el terrorismo es algo más que violencia política, es, en su opinión, y por su carácter institucional, una pretensión de ruptura del monopolio del uso de la coacción que tiene el Estado.

(52) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., pp. 127 ss. En sentido similar Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, ob. cit., pp. 142 y 144.

(53) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., p. 192.

(54) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., p. 133.

(55) Esta interpretación es muy atractiva, pues efectivamente una organización con la suficiente entidad, caracterizada por el uso de la violencia con fines políticos, puede afectar al monopolio de la violencia del Estado y justificar de esta manera la existencia de un injusto propio y autónomo. Por desgracia no parece que el legislador español pretenda conservar el requisito de la «suficiente entidad» ya que en 2010 ha introducido una definición de los grupos criminales según la cual basta la mera unión de tres personas sin necesidad de que la asociación tenga carácter estable o indefinido.

comporta y que tiene su reflejo en las elevadas penas que conlleva, de otro tipo de asociaciones dedicadas, por ejemplo, a los desórdenes públicos (56).

El Tribunal Supremo español (en adelante TS) ha mostrado poco interés en la identificación de lo injusto específico del delito de pertenencia a organización terrorista y las pocas veces que se refiere al tema suele combinar posturas diferentes –e incluso antitéticas– sobre el bien jurídico protegido (57). Unas veces pone de relieve el ataque contra el derecho de asociación, otras la paz pública (58) y otras destaca su carácter de acto preparatorio (59). En todo caso parece que la jurisprudencia se inclina por considerar el delito de pertenencia un delito autónomo (60), ya que entiende que el mismo se suma a los

---

(56) En este sentido restrictivo interpreta Cancio la alteración de la paz pública, frente a interpretaciones mucho más amplias que podemos encontrar en la doctrina y que la identifican con tranquilidad social o ciudadana o ausencia de alarma social, que no alcanzarían para definir lo injusto específico del delito de terrorismo Manuel Cancio Meliá, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 185 ss., con ulteriores citas y p. 190. En cambio para Adela Asúa Batarrita, *El discurso...*, *ob. cit.*, pp. 273-274 «alterar la paz pública» significa intimidar o atemorizar mediante la realización o la amenaza de los delitos base. En mi opinión, sin embargo, resulta preferible la interpretación de Carmen LAMARCA PÉREZ, *Noción de terrorismo...*, *ob. cit.*, pp. 44 ss., quien denuncia la imprecisión, contraria al principio de legalidad, del término «paz pública» y señala que la alarma debe entenderse en todo caso como un fin inmediato, pero, para ser concebida como delito de terrorismo, la actividad debe en todo caso tener un fin político último, que la distinga de los meros desórdenes públicos.

(57) Así lo recoge Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 97 ss.

(58) STS de 3 de mayo de 2001, FJ 9: «En el delito de asociación ilícita del artículo 515.1.º –asociación para delinquir– el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó».

(59) STS de 23 de junio de 1986, FJ. 2: «No obstante, los referidos vaivenes legislativos en la materia, pueden asignarse unas notas comunes a la figura de que se trata, en primer lugar y como más destacada la de que constituye un acto preparatorio especialmente castigado como favorecimiento, cuyo fundamento punitivo de excepción a la regla general de impunidad de tales actos radica, como pone de relieve la doctrina científica y el propio legislador en su motivación legiferante, en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas...».

(60) El TS se inclina por entenderlo un injusto autónomo claramente cuando afirma STS 10272/2007, de 2 de noviembre de 2007: «El sujeto activo vuelve a incorporarse al entramado de interrelación formado por individuos organizados (banda terrorista) que constituye caldo de cultivo o fuente permanente de atentados contra la

delitos concretos cometidos después como miembro de la organización (61). Sin embargo, en mi opinión, dado que estos últimos delitos tienen ya asignada una pena por lo general exasperada por encima del marco penal correspondiente al delito común (62) parece difícil no ver en esta práctica una cierta vulneración del *ne bis in idem* (63).

vida, integridad corporal, libertad, etc., que se prolonga en el tiempo gracias a la perseverancia de la militancia de sus miembros o a la incorporación de otros nuevos o reincorporación de los que un día dejaron de pertenecer a ella, constituyendo su sola existencia y continuidad un grave peligro para la sociedad, creando inseguridad o miedo colectivo e impidiendo el normal ejercicio de los derechos fundamentales, que es lo que trata de evitar la ley penal». Parece indicar que la mera existencia de la organización, resultado de los delitos de constitución y pertenencia, supone un peligro para los bienes jurídicos individuales y lesiona un bien jurídico que se refiere a la sensación de seguridad, la ausencia de miedo y la posibilidad de ejercer con normalidad los derechos fundamentales.

(61) Así por ejemplo claramente a favor del castigo por todas las infracciones en concurso real la SAN 12/2003, de 1 de abril de 2003 y la STS de 14 de octubre de 1987. Hay que decir sin embargo que la jurisprudencia no es unánime, ni clara. Lo que sucede con frecuencia es que un sujeto previamente condenado por pertenencia es enjuiciado posteriormente por los atentados concretos, cuando las investigaciones han ido descubriendo su participación en los mismos, estando el individuo ya en prisión o incluso habiendo cumplido la condena anterior por pertenencia. También la fiscalía se inclina por considerarlo un delito autónomo, y no un acto preparatorio, pues propugna aplicar los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal con independencia del castigo por el delito cometido a través de la organización o grupo. Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

(62) Lo que se justifica en un triple fundamento agravatorio: la especial peligrosidad derivada de la existencia de una organización, los medios específicos de actuación utilizados y la proyección estratégica que da lugar a la noción de terrorismo (CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., p. 203.)

(63) De la misma opinión José Ricardo DE PRADA SOLAESA, *Delitos relacionados...*, ob. cit., p. 75, Victoria GARCÍA DEL BLANCO, Organización y grupos criminales, p. 4 del manuscrito. En cualquier otro delito, el tipo agravado de organización criminal suele conllevar solo la elección de la mitad superior del marco penal. Pero además, cuando en otros delitos se aplica la agravante de organización para formar un tipo agravado específico, no se aprecia además un concurso con pertenencia a organización criminal. Véase por ej. la STS 426/2014 de 28 de mayo de 2014, referida al tipo agravado de tráfico de drogas perteneciendo a organización, del artículo 369 bis. En los de terrorismo debería operarse igual, pues los tipos de los delitos de terrorismo hacen referencia siempre a «los que perteneciendo a una organización...». Además, los mismos hechos sin pertenecer a la organización, pero con los fines terroristas –art. 570– se castigan más que el delito común –la pena en su mitad superior– pero menos que perteneciendo a organización –donde la pena se exaspera por encima del marco penal del delito común–, lo que demuestra que la pertenencia a la organización ya está penada. Incluso desde una postura que defiende la autonomía del delito de pertenencia se ha denunciado la vulneración del *ne bis in idem* que supone esta práctica de aplicarlo junto con otros delitos de terrorismo. Así por ej. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, ob. cit., pp. 204 ss.

La determinación de lo injusto específico del delito de pertenencia a organización terrorista resulta indispensable para no acabar creando un mero «injusto de adhesión», y a ello se presta mejor, en mi opinión, siguiendo a Silva Sánchez, la concepción del delito como un acto preparatorio, pues permite exigir de la organización una idoneidad para la comisión de los delitos concretos de que se trate, e imputar al sujeto individual, a partir de su aportación individual a la organización, la creación de un riesgo para los bienes jurídicos protegidos por el delito o delitos cuya comisión son el fin de la organización (64). La concepción de lo injusto propio del delito de pertenencia a organización criminal como un acto preparatorio (65) tiene además la ventaja de que

---

(64) Jesús María SILVA SÁNCHEZ, ¿«Pertenencia» o «Intervención»? *ob. cit.*, contestando a las posturas que ven en este delito un injusto autónomo, en el que la propia existencia de la organización, como injusto institucional, lesionaría la paz pública –en este sentido por ejemplo Hans– Joachim LAMPE, «Systemunrecht und Unrechtssystem», en *ZStW*, núm. 106, 1994, pp. 683 ss.

(65) No me parece un argumento suficiente contra esta postura el hecho de que se regulen en la parte especial, pues lo cierto es que muchos actos preparatorios se castigan como delitos autónomos en el libro II. El lugar donde se tipifique la conducta no prejuzga su naturaleza. Tampoco es argumento suficiente defender que para combatir la especial peligrosidad bastaría con prever una circunstancia agravante para la comisión de delitos en grupo pues no es infrecuente que el legislador reaccione a la especial peligrosidad no solo con una elevación de la pena –por entender que ha sido mayor el desvalor de la acción–, sino con una anticipación de la intervención penal, como demuestran los múltiples actos preparatorios castigados como delito en la parte especial del Código penal. Recoge esta crítica Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 112 ss., quien critica, y no le falta razón, que entonces el argumento para el adelanto de la punición no es otro que el de la prevención fáctica, que denuncia como peligroso. Sin embargo efectivamente cuando el legislador decide castigar como delito autónomo ciertos actos preparatorios y no otros, es decir, adelantar la punición del ataque al bien jurídico a la fase anterior a los actos ejecutivos, suele hacerlo porque se trata por lo general de actos claramente dirigidos a la comisión del delito que presentan una elevada peligrosidad. O, como señala Victoria GARCÍA DEL BLANCO, Organización y grupos criminales, p. 15 del manuscrito, sólo estará justificada la tipificación expresa de los actos preparatorios específicos cuando sea necesaria para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves –que lesionen la vida, la integridad física o la libertad de otros seres humanos– y sólo en casos de peligro claro y actual. Sobre la especial peligrosidad de la organización que justifica el adelanto de la intervención penal, en tanto reduce las barreras inhibitorias individuales y reduce las dificultades técnicas para la comisión del delito véase Hans– JOACHIM RUDOLPHI, *Notwendigkeit und Grenzen...*, *ob. cit.*, pp. 215 ss. Por otro lado la postura que aquí se defiende no castiga por hechos futuros, sino por el acto preparatorio especialmente peligroso. Todo acto preparatorio, igual que la tentativa inacabada, debe contener un elemento subjetivo trascendente sin el cual no es posible su definición. Sobre ello con detalle Alicia Gil Gil, «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2005, pp. 99 ss.

permite interpretar de forma restrictiva el tipo en el sentido de exigir que la conducta del sujeto castigado por pertenencia a organización terrorista sea idónea para la lesión de los bienes jurídicos protegidos por el delito-fin (aquí los delitos de terrorismo propiamente dichos, que podrían caracterizarse, en la regulación española, como pluriofensivos (66), dado que se protegen tanto los mecanismos democráticos de toma de decisiones, como los bienes jurídicos personales, como la vida, la salud y la integridad física, etc.). Ello impediría hacer responsable a un sujeto por «pertenecer a un sistema asociado» y reforzaría la idea de la responsabilidad por el hecho propio (67). Pero además, trasladada esta argumentación al problema que nos ocupa, evitaría

---

(66) De esta opinión también Carmen LAMARCA PÉREZ, «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», Azpilcueta. 20, 2008, p. 204, accesible en <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20199214.pdf>, y también el Tribunal Constitucional (en adelante TC) Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 recursos de inconstitucionalidad 285 y 292/1985, interpuestos respectivamente por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución. *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 1988: El propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático... las actividades delictivas cometidas por «bandas armadas o elementos terroristas» que crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional... Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva...» y STC 89/1993, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 1.491/1988. Promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, de 26 de mayo de 1988. *BOE* núm. 90, de 15 de abril de 1993: «“La criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990: Caso Fox, Campbell y Hartley)” y la STS 2/1997, de 29 de noviembre de 1997 (F. J. 6.º), que añade: “en un sistema democrático, la finalidad aneja a la actividad terrorista no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política, sino porque su forma delictiva de exteriorización, es decir, el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines que, casi siempre como mera excusa, se expresan, ataca, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación criminal, a la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política”. Por lo que concluye definiendo el terrorismo como «una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido».

(67) Así, Jesús SILVA SÁNCHEZ, *¿Pertenencia o intervención?*, *ob. cit.*, p. 1078.

ampliar el delito de pertenecía a sujetos cuya actividad no supusiera un favorecimiento objetivo (directo o indirecto mediante el soporte de la organización dedicada a tales actividades) a los delitos que no solo por sus fines, sino también por el especial grado de violencia empleado, se conceptúan como típicamente terroristas.

## 2.2 El concepto de organización terrorista

### 2.2.1 LA PRIMERA INTERPRETACIÓN ESTRICTA

Tanto una concepción del delito de pertenencia a organización terrorista como un delito de peligro, a modo de acto preparatorio expresamente penado en relación con los delitos de terrorismo propiamente dichos o delitos-fin (de los arts. 572 y 573), como una interpretación del mismo como injusto autónomo que lesiona o pone en peligro el bien jurídico «los mecanismos democráticos de toma de decisiones» y/o el «monopolio del Estado en el uso de la violencia, nos llevan a un concepto estricto de organización terrorista.

Siguiendo a Cancio, para la existencia de una organización terrorista, y de acuerdo con la doctrina mayoritaria (68), se exige, en primer lugar, la existencia de una verdadera asociación, es decir, los integrantes –en número relevante– deben haberse constituido en colectivo con una vinculación con vocación de permanencia en el tiempo y una concreción en torno a la aportación individual de los integrantes a la asociación que se expresa en un compromiso de los miembros con la actividad colectiva, y una estructura colectiva de tomas de decisión y de coordinación (69). En resumen, debemos contar con una estructura organizada con distribución de funciones (70). En segundo lugar que la organización utilice medios

---

(68) Es posición mayoritaria la exigencia de estos tres elementos básicos del concepto de organización terrorista: 1. estructura organizativa; 2. métodos violentos; 3. finalidad política. Así lo recoge Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Comentarios, ob. cit.*, p. 1937. También Javier Alberto ZARAGOZA AGUADO, *Comentarios, ob. cit.*, p. 1942, quien sin embargo, apuntando la jurisprudencia del TS en diversos casos desde el año 2007, entiende que esta definición «no es obstáculo para otorgar tal carácter a las estructuras de apoyo que comparten plenamente sus objetivos y que conforman el entorno de la organización terrorista».

(69) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo, ob. cit.*, pp. 159-160. También nuestro Tribunal Supremo venía exigiendo tradicionalmente como notas constitutivas de la asociación ilícita la estabilidad o duración en el tiempo, la estructura jerárquica y disciplina, la finalidad claramente establecida y compartida de cometer delitos y una estructura adecuada para llevar a cabo tal fin. Véanse las sentencias del TS de 28 de noviembre de 1997, 14 de octubre de 1987, 25 de enero de 1988, 16 de diciembre de 1992, 16 de mayo de 1995.

(70) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo, ob. cit.*, p. 202.

específicos de actuación dirigidos a la intimidación masiva y de carácter armado, pues no es concebible la calificación de terrorista si la organización no utiliza la violencia para infundir terror, para lo que necesita poseer armas o explosivos (71). Y en tercer lugar la organización terrorista se caracteriza por la persecución de determinados fines colectivos: subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, donde subvertir debe identificarse no con la mera intención de cambiar el sistema político del Estado –opción respetable como cualquier otra en un Estado democrático– sino con hacer política mediante la violencia, es decir, poner en cuestión los mecanismos democráticos de toma de decisiones, sustituyéndolos por la violencia (72), bien sea para alterar el sistema político o para perseguir otras finalidades de carácter político (73). De esta manera, se pone el énfasis en el grado de intensidad y la proyección estratégica que debe poseer la violencia para poder calificarla como típica de los delitos de terrorismo, y que no concurriría en una violencia no dirigida contra personas y de menor intensidad (74).

En el mismo sentido se había manifestado la jurisprudencia española hasta finales de los 90. Las definiciones que suelen repetirse en numerosas sentencias, tanto de la Audiencia Nacional, como del TS son fundamentalmente la que elaboró el TS para referirse al grupo GAL (75) en el caso del secuestro de Segundo Marey (76) y la Sentencia del

(71) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 167 ss.

(72) Carmen LAMARCA, *Sobre el concepto...*, *ob. cit.*, p. 546, Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 274-275. Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 182 ss. José Ricardo DE PRADA SOLAESA, *Delitos relacionados...*, *ob. cit.*, p. 74.

(73) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 185 ss., con ulteriores citas y p. 190. Carmen LAMARCA PÉREZ, *Noción de terrorismo...*, *ob. cit.*, pp. 44 s.

(74) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 175.

(75) Grupo Antiterrorista de Liberación. Se trató de un grupo parapolicial que protagonizó la guerra sucia contra ETA. Los diversos procesos abiertos a raíz de los crímenes cometidos por este grupo, que causaron más de 70 víctimas, llevaron a la cárcel, entre otros altos cargos, al ex ministro del interior.

(76) STS 2/1998, de 29 de julio de 1998. Uno de los puntos más interesantes de la discusión que conllevó este caso fue el de si una organización parapolicial podría cumplir o no con la finalidad exigida para la calificación como terrorista de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». Sobre las discrepancias al respecto entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo véase Cancio, *ob. cit.*, pp. 188 ss. A pesar de todo el TS consideró que los GAL no eran un grupo terrorista por no cumplir todos los elementos citados. La doctrina reaccionó críticamente contra estas sentencias, véase por ej. Guillermo PORTILLA CONTRERAS, «Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación», en Luis ARROYO e Ignacio BERDUGO (dirs.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. II, 2001, pp. 523 ss., LAMARCA PÉREZ, C., *Sobre el concepto...*, *ob. cit.*, la misma *Noción de terrorismo...*, *ob. cit.*, pp. 43-44.

TC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 (77). Ambas establecen un concepto estricto de organización terrorista (78)

En la primera el TS afirmó:

«...el delito de banda armada, como agravación específica del de asociación ilícita, requiere los siguientes elementos:

...Que exista realmente una **banda** es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos... basta con la unión de varios para un fin, unión que ha de tener una cierta duración en el tiempo o estabilidad.

...Que tal banda sea **armada**, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento...

...que pueda causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana a que nos referimos a continuación.

...que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el artículo 571 CP vigente.»

La STC 199/1987 (F. 4.º) afirmaba la necesidad no sólo de las notas de permanencia y estabilidad del grupo, y su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, poniendo objetivamente en peligro el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho:

«(las) “bandas armadas o elementos terroristas”... crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional. El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como «terroristas», se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de «bandas», en las que usualmente concurrirá el carácter de «armadas». Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. ... En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el artículo 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con

(77) BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988.

(78) Enara GARRO CARRERA, *Libertad de asociación y terrorismo...*, ob. cit.

armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática».

## 2.2.2 LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL HACIA UN CONCEPTO AMPLIO

Sin embargo, con el paso del tiempo empieza a plantearse la inquietud de castigar más severamente a una serie de organizaciones dedicadas a diferentes fines englobados en lo que se ha llamado el «Movimiento Nacional de Liberación Vasco» (MNLV) (79), en el que se incluyen organizaciones de apoyo a familiares de presos etarras o de defensa de los derechos de estos, organizaciones juveniles que protagonizan disturbios, y actos orquestados de vandalismo y violencia callejera (*kale borroka*), etc. Una parte de la doctrina, y sobre todo de la política, defiende que estos grupos dedicados a la propaganda, los desórdenes públicos, el acoso al contrario, u otras formas de apoyo, violento o no, formaban parte de la propia organización ETA (80), mientras que la mayoría de los penalistas que han estudiado el tema han intentado definir «los límites de la *periferia* de una organización terrorista» (81). En la jurisprudencia hemos asistido, como anunciaba, desde finales de los años 90, a una ampliación del delito de pertenencia a organización terrorista en relación a las conductas llevadas a cabo por lo que suele denominarse el «entorno» de ETA (82), con argumentaciones en las que en ocasiones parece bastar con actos que demuestren afinidad ideológica (83). Este cambio se produce a partir del Sumario 18/98 (84) incoado por el Juzgado Central de Instrucción número 5 (del que entonces era titular Baltasar Garzón), que introduce

(79) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 171.

(80) José Luis MANZANARES SAMANIEGO, «Reformas penales en materia de terrorismo», en *AP*, núm. 3, 2000, p. 1015.

(81) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 172 ss. Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, pp. 251 ss.

(82) Esta evolución tiene que ver con la asunción desde la jurisprudencia de una actitud de «lucha proactiva contra el terrorismo». Véase José Ricardo de PRADA SOLAESA, «Justicia transicional ante el fin de ETA», en *M. Requena...*, en prensa.

(83) Enara GARRO CARRERA, «Libertad de asociación y terrorismo. Análisis de casos fronterizos», accesible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/12+-+Libertad+asociacion+terrorismo.pdf> (acceso 15 de julio de 2014).

(84) El sumario se desgajó después en varios procesos, como se verá a lo largo de las notas.

una modificación del concepto de organización terrorista (85). El argumento para la condena de este amplio colectivo suele partir de la siguiente explicación, que se repite en cada sentencia (86): «para la consecución de ese fin independentista perseguido, ante la insuficiencia que suponía su actuación, en exclusiva, en el frente armado, [ETA] decidió, a partir de 1967, actuar, además de en este frente militar, en el político, el cultural y el obrero. El desarrollo de esa estrategia la llevó a efecto ETA a través de lo que se conoció como teoría del «desdoblamiento» (87), en la que, «por un lado, de la actividad armada, se encargaría su propia estructura desde la clandestinidad, mientras que, por otra parte, mediante el Movimiento de Liberación Nacional Vasco (MLNV), articuló la forma para obtener cobertura y apoyo de cara a la consecución de sus fines utilizando los cauces legales de nuestro Estado de Derecho, pero ocultando su dependencia de la banda armada». El fin último de todo este entramado sería, sin embargo, según la jurisprudencia, la manipulación y control económico e ideológico del MLNV, cuya finalidad última era desarrollar su estrategia político-militar (88). La estrategia del desdoblamiento sería

---

(85) Javier MIRA BENAVENT, «Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial», en Carmen JUANATEY DORADO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.) *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria*, p. 50 y s. Denuncia este autor que ello ha llevado a la criminalización de toda la izquierda abertzale, lo que, frente a su mera ilegalización mediante la ley de partidos, supone la extensión de muchas más consecuencias limitadoras de derechos fundamentales. Enara GARRO CARRERA, *Libertad de asociación y terrorismo...*, *ob. cit.*, pp. 334 ss.

(86) SAN 73/2007, de 19 de diciembre de 2007 (caso KAS/EKIN/XAKI), SAN 16/2014, de 24 de junio de 2014 (caso Herriko Tabernas).

(87) Tal teoría proviene del Auto de 26 de agosto de 2002, FJ. 1, del Juzgado Central de Instrucción n. 5 de la Audiencia Nacional (Baltasar Garzón), dictado en el ámbito del citado Sumario 18/98 en el que, entre otros extremos, se acordaba la suspensión de actividades de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herriarrok y Batasuna, partidos que fueron declarados ilegales en vía civil por la Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003 y que no han sido declarados organización terrorista en la vía penal hasta la SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014 (caso Herriko Tabernas). Al respecto de esta teoría del desdoblamiento, muy crítico, Javier MIRA BENAVENT, *El derecho penal ante el fin de ETA...*, *ob. cit.*, p. 5 ss.

(88) Véase SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014. Continúa la sentencia citada, en un relato que es habitual en el resto de sentencias: «ETA fijó los principios básicos de su actuación en el programa conocido desde 1976 como “Alternativa KAS”, posteriormente denominada “Alternativa Democrática de EuskalHerria”; a tal fin creó la Coordinadora Abertzale Socialista (KAS), como instrumento centralizado de manipulación y control económico e ideológico del MLNV, cuya finalidad última era desarrollar su estrategia político-militar. La Coordinadora KAS fue la estructura empleada por el aparato militar de ETA para la dirección de todas las organizaciones vinculadas

según la Audiencia Nacional (89) la siguiente: ... «1) Que “la organización armada” de ETA se encargaría de la “lucha armada” y asumiría la “vanguardia” de la dirección política. 2) Que KAS [la Coordinadora Abertzale Socialista] (90) se encargaría de la codirección política subordinada a la “organización armada” de la banda terrorista ETA, desarrollaría la lucha de masas y ejercería el control del resto de las organizaciones del MLNV. 3) Que Herri Batasuna asumiría la “lucha institucional” al servicio de la “organización armada” de ETA, pues esta estaba controlada por KAS, y KAS por el “frente armado”. 4) Que en todo este conglomerado correspondía a la “organización armada” el papel de “vanguardia”».

De esta manera los tribunales han llegado a un concepto amplio de la organización terrorista ETA, según el cual dicha organización no se limitaría a la banda armada que comete actos terroristas, sino a todo un entramado de organizaciones que, a modo de «empresa criminal conjunta», coordinadas de alguna manera, contribuyen al mismo fin delictivo o plan común (91), y aun cuando esas otras organizaciones no

---

a la banda terrorista que se integraban en el MLNV, y desde 1983 le atribuyó a KAS la condición de “Bloque Dirigente”. La Coordinadora Abertzale Socialista, su sucesora EKIN, así como la Asociación Europea XAKI, fueron declaradas asociaciones ilícitas de naturaleza terrorista, al establecer que son parte de la organización terrorista ETA, en Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 73/2007, de 19 de diciembre de 2007 ... (caso KAS/EKIN/XAKI), confirmada en este particular por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 480/2009, de 22 de mayo de 2009. Además, como organización satélite de la banda terrorista ETA, fue también incluida en la Lista Europea de Organizaciones Terroristas, aprobada por la Posición Común del Consejo de la Unión Europea 2001/931/PESC (Diario Oficial Serie L, 344, de 28 de diciembre de 2001) sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, posteriormente actualizada por otra de 2 de mayo de 2002 (2002/340/PESC)». Las citadas organizaciones recurrieron esta inclusión ante el TEDH que inadmitió la queja con el argumento de que las asociaciones y sus representantes carecían del estatus de víctimas de una violación de derechos humanos, véase *Segi and Others & Gestoras Pro-Amnistia and Others V. 15 States of the European Union*, decisión del 23 de mayo de 2002.

(89) SAN 73/2007, de 19 de diciembre de 2007, SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014.

(90) Organización disuelta en 1998 y que fue sustituida por EKIN en 1999, considerada también organización terrorista el 19 de diciembre de 2007 por la Audiencia Nacional.

(91) SAN 16/2014 de 24.06.2014, FJ I. Primero. 1.: «... y es que la organización terrorista ETA, aunque, como banda armada, se identifique con lo que es su frente militar, dedicado a la lucha armada desde la clandestinidad, en la medida que llegó a comprender que, exclusivamente, con esta actividad no sería capaz de conseguir los fines subversivos que perseguía, tuvo que idear unos mecanismos para infiltrarse en las instituciones y cubrir parte de su actividad de una apariencia de legalidad, actuando, con ello, no de manera distinta a como es habitual que se comporte cualquier organización criminal de corte mafioso.

realicen actos terroristas ni, tan siquiera, actividades que en sí mismas consideradas puedan calificarse como ilícitas (92). Sería entonces «la organización globalmente considerada la que es terrorista en cuanto se dedica a la comisión de actos de esta clase, y de la que dependen otros grupos que, formando parte de aquella, contribuyen de otras variadas formas a la consecución de sus fines, bajo su misma dirección» (93).

Además de un cambio en el concepto de organización terrorista, que confunde el ámbito ideológico o social o incluso civil con la definición del tipo penal, esta jurisprudencia pone de manifiesto, como veremos infra, un cambio notable en la consideración de algunos grupos que revela a su vez notables contradicciones como vamos a ver a continuación.

### 2.3 La conducta de pertenencia a organización terrorista

Como señala Cancio, si hemos partido de que la organización terrorista es una estructura organizada, y además tenemos en cuenta

---

Tal forma de articular su modo de actuación no deja de responder a la estrategia de lo que se conoce como empresa criminal común, en la que, de acuerdo con unos determinados fines delictivos, diversos individuos crean una estructura, o se suman a ella, y, según el reparto de papeles que cada uno asume, unos desarrollan desde la clandestinidad una actividad sin duda delictiva, mientras que otros, mediante una apariencia de legalidad, lo que tratan de encubrir es la ilicitud de su actuar, que es contrario a la norma, con el que contribuyen a los mismos fines delictivos que se propuso todo el entramado, para la consecución del plan común». Con este discurso la AN parece evocar las denostada figura anglosajona de la empresa criminal conjunta (Joint criminal Enterprise), pero no tanto en la forma de modalidad de autoría en que la han desarrollado los tribunales internacionales, especialmente el TPIY –véase María GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Joint criminal enterprise ¿una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho penal internacional?, en Alicia GIL GIL (Dir.) Elena MACULAN (coord.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional, Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 413 ss.) sino como delito autónomo similar a nuestra asociación ilícita. Sin embargo, como tratará de defenderse en este trabajo, para pertenecer a una empresa criminal, aún en un sentido amplio, es preciso al menos conocer que se colabora –o estar dispuesto a colaborar– materialmente (objetiva, causalmente) a la comisión de un delito acordado por la empresa. Y aún con ello, solo habríamos llegado a un concepto criminológico que en mi opinión no coincide con el concepto típico de organización terrorista. O en otras palabras, el hecho de formar una empresa criminal conjunta con una organización terrorista no convierte al participante en la primera en miembro de la organización terrorista si el fin de la empresa más amplia no es el propio y estricto de la organización terrorista: subvertir el orden constitucional mediante el uso de una violencia extrema (una violencia contra las personas, o al menos el tipo de violencia y de delitos recogidos en la Decisión Marco del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002 (2002/475/JAI)

(92) STS 480/2009, de 22 de junio de 2009 (KAS/EKIN/XAKI), SAN 16/2014, de 24 de junio de 2014 (Herriko Tabernas).

(93) STS 480/2009, de 22 de mayo de 2009 (KAS/EKIN/XAKI), SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014 (Herriko Tabernas).

que la pena por pertenencia a este tipo de organizaciones es superior a la del resto de asociaciones ilícitas, y a la vez hemos justificado tal elevación de la pena en la especial peligrosidad que deriva tanto del efecto multiplicador que otorga la estructura, como de los métodos especialmente violentos utilizados y el cuestionamiento de los medios democráticos en la participación política, entonces el delito de pertenencia tendrá que limitarse a quien se integra en esta concreta estructura (94). En palabras de Adela Asúa (95): la participación como miembro, delito permanente, se constituye por la sumisión estable a las directrices de la asociación, en los roles que se le asignen en la preparación o mantenimiento de la infraestructura ordenada a la comisión de los delitos-fin, o en la participación en la ejecución de éstos. Por ello, como señala García del Blanco (96), la pertenencia a una organización supone un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual de la organización, ya que la condición de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de la organización, pues se exige además elementos jerárquicos y cierta estabilidad o permanencia o la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello (97), y por otra, el partícipe no se limita a quien se ofrece para la futura autoría de los delitos, sino que incluye a quien interviene con cualquier aportación causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos, e igualmente a quien realiza las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente (98). Pero en todo caso, es imprescindible distinguir la pertenencia de la simple comunión o coincidencia con la ideología o ideario de la organización (99). El miembro de la

(94) Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 202 ss.

(95) Adela ASUA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 266.

(96) Victoria GARCÍA DEL BLANCO, p. 10 del manuscrito.

(97) En el mismo sentido la SAN de 2 de julio de 2013, sobre terrorismo yihadista, que califica al acusado como colaborador y no perteneciente a organización terrorista, corregida sin embargo posteriormente por STS 119/2007, de 16 de febrero de 2007.

(98) En mi opinión, y desarrollando esta idea, las tareas de encubrimiento solo pueden ser consideradas como propias de la cualidad de «pertenencia» o integración cuando el que las realiza se incardina en la organización mediante una estructura destinada de forma estable a proporcionar este tipo de contribución, de manera que la existencia de tal estructura dentro de la misma se convierte ya en una promesa de encubrimiento que facilita la comisión del atentado y provee a la organización permanentemente de material humano al impedir que los delincuentes sean apresados.

(99) Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso...*, *ob. cit.*, p. 267, Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Comentarios*, *ob. cit.*, p. 1939. En el mismo sentido la SAN de 2 de

organización debe realizar o estar dispuesto a realizar actos que contribuyan causalmente a la realización por parte de la organización de las acciones especialmente violentas que caracterizan al terrorismo con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional.

El TS resume de la siguiente forma los elementos del delito de pertenencia a organización terrorista (100):

a) Un sustrato primario, que exige la existencia de una banda armada u organización terrorista, compuesta por una pluralidad de personas entre las que median vínculos de coincidencia ideológica con establecimiento de relaciones de jerarquía y subordinación.

b) Un sustrato subjetivo o voluntad de pertenencia o integración del sujeto activo en dicha banda de manera permanente o por tiempo indefinido, nunca episódicamente, en que el militante accede a participar en los fines propios de la asociación ilícita.

c) Un elemento material u objetivo. Realización o posibilidad de realización o de llevar a cabo actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.

Un caso particular en el que la jurisprudencia parece haberse desviado de estos requisitos es el del terrorismo yihadista. Así, el TS en su Sentencia núm. 119/2007, de 16 de febrero de 2007, a pesar de referirse a jurisprudencia anterior en el mismo sentido que la que acabamos de mencionar (Sentencia núm. 1.127/2002, de 17 de junio; o núm. 556/2006, de 31 de mayo) (101), y a pesar de reiterar que la diferencia entre los delitos de pertenencia y de colaboración con organización terrorista no puede ser otra que el grado de integración en la organización terrorista, esto es, la permanencia, el Tribunal opta por definir la condición de integración o pertenencia a banda armada, como una «comunidad» más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda, que la mera colaboración, que sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, debiendo encontrarse en cada caso,

---

julio de 2013, sobre terrorismo yihadista, afirma que «es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias» (remitiéndose expresamente a la STS 119/2007 de 16 de febrero de 2007).

(100) STS 10272/2007 de 2 de noviembre de 2007.

(101) Definición repetida en la STS 1097/2011, de 25 de octubre de 2011, o en la SAN 16/2014, de 24 de junio de 2014.

y en atención a las concretas circunstancias, el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración.

Ello se debe a que, a pesar de que la jurisprudencia reitera que la diferencia entre la pertenencia y la colaboración radica en la integración permanente en la estructura de la organización, esto en la práctica no es siempre fácil de discernir, especialmente en el caso concreto, referido a Al Qaeda, que como es sabido es una organización sumamente compleja y descentralizada, que además ha sufrido múltiples transformaciones a lo largo del tiempo (102)). Por ello con frecuencia, como en el caso mencionado, el tribunal se limita a probar que el recurrente seguía las directrices de la organización (sigue su estrategia y trata con un miembro de relevancia de ella) (103).

En mi opinión está claro que la diferencia entre la pertenencia y la colaboración no puede depender del grado con que se «comulgue» con los fines de la organización (encontramos miembros de ETA que eran mercenarios sin una especial comunión ideológica con los fines para los que sin embargo trabajaban) (104). Tampoco es criterio distintivo que el sujeto actúe siguiendo las directrices de un miembro de la organización, pues también en los supuestos de colaboración habrá sido necesario un acuerdo de voluntades que puede partir de las instrucciones del integrante al extraño. Tampoco depende la comisión de uno u otro delito del tipo de prestación ejercida, pues las mismas con-

---

(102) Véase FERNANDO REINARES NESTARES, «Diversidad de la amenaza yihadista», en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/terrorismo+internacional/reinares-diversidad-amenaza-yihadista](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/reinares-diversidad-amenaza-yihadista)

(103) Hay que señalar que en la sentencia citada encontramos un voto particular de los magistrados José Antonio Martín Pallín y Perfecto Andrés Ibáñez, que niega el delito de pertenencia a organización terrorista, pues en opinión de estos magistrados en el relato de hechos probados no se acredita fehaciente la existencia de vínculos entre el acusado y los miembros de Al Qaeda de manera que este se integre en una organización jerárquica a la que realiza una aportación efectiva y eficaz.

(104) Si se trata la expresión «tengan por finalidad u objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública» como un elemento subjetivo trascendente (reforzando así la idea de acto preparatorio) ello no significa que el mismo deba poseer un contenido diferente al dolo (conciencia y voluntad de...) sino, simplemente que trasciende a la parte objetiva del tipo. Véase sobre ello ALICIA GIL GIL «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención» en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000, p. 103 ss. Sin embargo la jurisprudencia se ha metido en una larga y a veces contradictoria construcción de los fines que son o no necesarios tanto para la colaboración como para la pertenencia en organización terrorista, discutiendo si los mismos implican o no comunión o afinidad ideológica. Véase el resumen de esta discusión recogido en SAN 16/2014, de 24 de junio de 2014 (Herriko Tabernas).

ductas pueden ser calificadas de una u otra manera (105). Como el propio TS ha destacado, el factor que diferencia uno y otro delito es la integración del sujeto en la organización (106). Y es este concepto el que habrá que analizar en cada caso, teniendo en cuenta la forma y modelo de organización de que se trate, bastando en una ocasiones quizás con la disponibilidad permanente a las órdenes de determinados líderes ideológicos para colaborar, de forma directa o indirecta, en la realización de atentados –aunque teniendo en cuenta que una organización es siempre una estructura en la que quepa distinguir variadas funciones (107)–, mientras que en otras, en cambio, deberá exigirse la incorporación a una estructura más fuertemente jerárquica, por ser esta la forma que adopta la organización terrorista. Por otro lado, debe quedar claro que, tanto para la comisión de un delito de colaboración como para uno de pertenencia a organización terrorista, la contribución que se exige que el sujeto aporte o esté dispuesto a aportar debe ser una que favorezca sus fines delictivos. Pero recordemos que dichos fines no son los objetivos meramente políticos o ideológicos –no perseguibles penalmente (108)– sino la finalidad de alterar los mecanismos democráticos, de cuestionar el monopolio de la violencia por parte del Estado. Por ello, la intervención realizada por o asignada al sujeto deberá ser una que contribuya a realizar o mantener los actos violentos (109) que caracterizan al terrorismo (110), aunque se trate

---

(105) Sin embargo, tal y como recoge CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.* pp. 21 ss., la jurisprudencia con frecuencia ha deducido la pertenencia a partir del acto concreto, partiendo de que hay una clase de actos que son de por sí propios de los miembros de la organización. Pero ello no sería en sí suficiente, pues como se ha señalado las conductas de colaboración y de pertenencia pueden coincidir, siendo importante para distinguir las tanto la relación jerárquica como la prolongación temporal de la misma –así SAN 31.03.2006 y STS 119/2007 de 16.02.2007–.

(106) Así también Andrés Javier GUTIÉRREZ GIL, «La participación por colaboración en el delito de terrorismo», en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 2, 2001, pp. 30 ss. Como recoge este autor, en los años 80 la jurisprudencia venía exigiendo para probar la pertenencia una integración subordinada en la estructura jerárquica de la organización y la dedicación durante un tiempo prolongado a los fines antisociales y violentos de la misma o a la realización de actos directamente relacionados con la actividad terrorista.

(107) CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 202.

(108) STS 2/1997, de 29 de noviembre de 1997.

(109) En el mismo sentido Adela ASÚA BATARRITA, *El discurso... ob. cit.*, p. 268 habla de prestaciones que sean objetivamente funcionales ex ante para el mantenimiento operativo del grupo en su ordenación hacia la comisión de los delitos-fin. En el mismo sentido Enara GARRO CARRERA, *Libertad de asociación y terrorismo... ob. cit.*, pp. 335 ss.

(110) Si el Código penal castiga de forma independiente el delito de «colaboración con organización terrorista» y la doctrina exige para que se dé ese tipo que la

de aportaciones genéricas (111), o indirectas (112) o todavía lejanas a la comisión de atentados concretos.

A pesar de lo dicho, la ampliación del concepto de organización terrorista (113) que ha realizado la jurisprudencia, más allá de la banda armada, para englobar a las «organizaciones satélites», ha llevado claramente a una ampliación del tipo de pertenencia que en mi opinión infringe los principios de legalidad y de proporcionalidad. Ello no se evita mediante la medida, tomada por los tribunales para evitar «ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico» (114), consistente en distinguir entre «militantes» de las satélites que comenten el delito de pertenencia a organización terrorista y meros «afiliados», que no lo cometen. Militante o «militante activo» sería el que colabora activamente, o «está a disposición», un «alistamiento con voluntad de colaborar activamente», mientras que se excluye de la sanción penal la mera adscripción «formal», un simple «estar» sin «actuar» ni «empujar». Respecto de la banda armada (la organización terrorista en sentido estricto) no es concebible, en cambio, según la jurisprudencia, una «integración inactiva», por lo que todo miembro cumple el tipo de pertenencia (115). Lo cierto es que el artículo 516, referido a las asociaciones ilícitas, habla de «miembros activos» dando a entender que los hay inactivos cuya integración en la asociación es atípica, pero el delito de integración en organización terrorista no hace esta distinción. Y tiene razón la jurisprudencia cuando habla de que no es concebible una integración inactiva en la banda armada (116), pero la conclusión debería ser precisamente que la organización en la que sí sería posible tal distin-

---

colaboración esté relacionada con las actividades y finalidades delictivas de la organización o grupo terrorista y favorecerlas materialmente, no solo ideológicamente, pero sin llegar a pertenecer a la organización, MUÑOZ CONDE *Derecho penal*, PE, p. 847, lógicamente no puede exigirse menos para el delito de pertenencia.

(111) Pues afirma Carmen LAMARCA *Legislación penal antiterrorista*, *ob. cit.*, p. 107, «si la ayuda o favorecimiento prestado se dirige a la ejecución de un plan concreto y específico éste debe sancionarse como participación en el delito ejecutado (*vid.*, en este sentido, las STS de 26 de mayo de 1992 y 18 de octubre de 1993, entre otras muchas)». También STS 2/1997, de 29 de noviembre de 1997 (F. J. 5.º).

(112) Como por ejemplo aportar listas o datos personales de posibles objetivos de los actos violentos de la organización –STS de 6/05/2005–.

(113) Sobre la jurisprudencia anterior relativa al delito de pertenencia a organización terrorista y las conductas que podían ser calificadas como tal véase Esteban MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 188 ss.

(114) STS de 13.10.2009 (Gestoras pro Amnistía), SAN 12 de enero de 2012.

(115) SAN de 12.01.2012, SAN de 24.06.2014, STS de 13 de octubre de 2009, STS de 30 de octubre de 2012, STS de 27 de febrero de 2013, entre otras.

(116) Pero ello es así porque como explica CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, p. 209, no puede haber pertenencia sin actividad, y esta tiene que ser una actividad.

ción, no es una organización terrorista, término que en mi opinión debe reservarse para su sentido estricto (117). Por ello la citada jurisprudencia solo pone de manifiesto las incoherencias provocadas por una extensión desmedida del concepto típico de organización terrorista y su aplicación a grupos que no son equivalentes a la banda terrorista (118).

### 3. EL TRATAMIENTO DE LOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

#### 3.1 Organizaciones juveniles y *kale borroka*

En relación a los grupos juveniles dedicados a la *kale borroka*, la actitud del legislador (119) y de la jurisprudencia hacia estas organi-

---

(117) La Magistrada Clara Eugenia Bayarri García, en su voto particular a la Sentencia número 16/2014 (caso Herriko Tabernas) propone una reinterpretación de la jurisprudencia anterior en el sentido de que «la pertenencia a una organización terrorista «satélite» no constituye por sí sola delito de pertenencia a organización terrorista, ni, por ende, de colaboración con ésta, como figura típica secundaria a aquélla, sino que requiere una pertenencia «activa» y no simple militancia. Activismo que ha de venir referido no a la actividad (pública y/o política) de la organización satélite, sino que el activismo ha de predicarse, precisamente, respecto de conductas que necesariamente han de estar en relación con los elementos del tipo del delito terrorista que se imputa...» y citando la STS 977/2012, concluye que «el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas».

(118) Continúan las sentencias citadas en la nota 148: «Esa afirmación general se matiza: dado el distinto nivel en que se mueven ETA como tal, y las otras organizaciones de su órbita, en este segundo caso para el reproche penal es necesario algo más que la mera adscripción. Hay que acreditar tanto el conocimiento de esa vinculación con la banda como la disposición para colaborar activamente con ella. Así como no es concebible una militancia en ETA o cualquier banda armada que per se no suponga como algo inherente una genérica disponibilidad para atender a las instrucciones y asumir tareas al servicio de la banda, en el escalón de esas «organizaciones» adyacentes, enlazadas inequívocamente con ETA pero que estratégicamente alimentan una imagen de teórica separación, es imaginable la integración de personas que, compartiendo ideología e incluso simpatizando con la banda criminal, ostentan una pertenencia predominantemente formal, no acompañada de esa disponibilidad para colaborar activamente o de la conciencia de que esa actividad se pone al servicio de ETA. Esta mera adscripción formal será insuficiente para dar contenido al tipo penal. Es imprescindible una voluntad de colaboración mediante acciones con la actividad de un grupo que se sabe terrorista. Solo ese plus hace parificable penalmente la integración en uno de esos colectivos con la adscripción a ETA». Todo este discurso pone de manifiesto que lo que no son parificables son de entrada los grupos.

(119) Tal y como vaticinaba CANCIO MELIÁ, *Delitos de terrorismo, ob. cit.*, p. 264, y criticaba Martínez Arrieta en su voto particular a la STS 50/2007 de 19 de enero de 2007 (JARRAI/HAIKA/SEGI).

zaciones ha ido cambiando notablemente. Encontramos primero sentencias condenando por delitos comunes, desconectados del terrorismo, como atentado, delito de desórdenes públicos, tenencia de explosivos, etc. (120) Con posterioridad en el tiempo encontramos algunas sentencias en las que se les condena por delitos de colaboración con organización terrorista (121) y de terrorismo individual del artículo 577 (122). Como ya se ha señalado *supra* (123), el legislador trató de atraer estas conductas a la calificación de terrorismo creando este precepto. Ello demuestra que ni el legislador ni la jurisprudencia consideraban entonces organización terrorista a las organizaciones juveniles del entorno de ETA. Pronto la evolución jurisprudencial superaría esta interpretación.

En el año 2005 (124) la AN (125) declaró a las organizaciones JARRAI, HAIKA y SEGI (diferentes nombres adoptados con el paso del tiempo por el entramado que en su origen había surgido de las juventudes de KAS) asociaciones ilícitas del artículo 515.1 CP –pero no terroristas– y ordenó su disolución (126). La AN, remitiéndose a la definición del TS en el caso Marey ya explicada, optó por un concepto restrictivo de organización terrorista: «–siempre equiparable a grupo armado con finalidad de alteración de los fundamentos de la convivencia social y política– como agrupación para la acción armada organizada con vínculos estables y permanentes, bajo la idea de jerarquía y disciplina, con propósito de acciones plurales e indeterminadas, dotada de medios idóneos que la organización criminal se procura –armamentos y explosivos»–. Y decidió que ese conjunto de elementos no concurre en las organizaciones JARRAI, HAIKA y SEGI, ya que dichas organizaciones, aun cuando tuvieran por sí mismas una finalidad ideológicamente próxima a la que con su actividad armada

(120) Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21.02.2001, confirmada por STS 483/2003 de 4 de abril de 2003.

(121) STS de 6 de mayo de 2005, corroborando la SAN 3 de junio de 2004.

(122) SAN de 7 de marzo de 2002, confirmada por STS 786/2003, de 29 de mayo de 2003, y en el mismo sentido la STS 1523/2004 de 23 de diciembre de 2004.

(123) Nota 39.

(124) Señalan las contradicciones con la jurisprudencia anterior Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo ob. cit.*, p. 174, nota 494 y Martínez Arrieta en su voto particular a la STS 50/ 2007 de 19 de enero de 2007.

(125) SAN 27/2005, de 20 de junio de 2005.

(126) SAN 27/2005 de 20 de junio de 2005, condenando a 16 de los 28 acusados como dirigentes de la asociación ilícita, a otros 8 como miembros de la misma y absolviendo a 4. Algún autor protestó contra esta resolución reclamando que se las considerase organizaciones terroristas, véase Antonio FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «JARRAI-HAIKA-SEGI: de asociación ilícita a organización terrorista» en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pp. 95 ss.

persigue la organización terrorista ETA, desplegaban actuaciones –además de las legítimas– que nunca se enmarcaban en la utilización de armas, en los términos recogidos por la ya reseñada jurisprudencia.

En definitiva la AN se esforzó en aquel momento por distinguir entre la organización terrorista armada y otras organizaciones sociales, políticas o juveniles creadas en el seno del MNLV, cuya inicial finalidad no era la de un simple apoyo «moral» a la acción armada (lo que no sería punible) sino el desarrollo de una actividad ilícita que complementaba el verdadero terror ejecutado por ETA (127). La AN dejaba claro que en el ámbito penal lo relevante es la diferencia de injusto que suponen unos y otros actos, cuando recuerda, con razón, que aunque la actividad de la organización juvenil sea complementaria y se realice bajo los designios de ETA (argumento que se suele esgrimir en los juicios surgidos del Sumario 18/98 para identificar con ETA a todas las organizaciones por ella orientadas) el «delito» de organización terrorista debe reservarse al concepto de «banda armada» (128).

Sin embargo esta sentencia fue casada por el TS en su sentencia 50/2007, de 19 de enero (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), que optó por calificar a dichas organizaciones como grupos terroristas, siguiendo la tesis, ya comentada, del desdoblamiento, y rechazando expresamente un concepto de organización terrorista que se limite a la banda armada (129).

Recientemente encontramos sin embargo dos sentencias (referidas a un mismo grupo) que intentan volver a poner coto a la conversión en terrorista por contaminación. La AN ha absuelto a 40 miembros de la organización *Gazteindependentistak* (Jóvenes independentistas), que eran acusados por la Fiscalía y la acusación popular (130), de ser integrantes o dirigentes de organización terrorista, por ser en realidad dicha plataforma, en su opinión, sucesora de la ilegalizada EGIN (131). Las sentencias han concluido que esta organización «no se vinculó, ni planificó, ni promovió, ni dirigió acciones de violencia callejera, ni consta que configurara grupos para ejecutarlas» y que «no consta que *Gazteindependentistak* dependiera de ETA, ni que ésta diseñara su estrategia y actividades». Las sentencias afirman que «no puede exten-

(127) FJ 2.º

(128) FJ 2.º

(129) FJ 38.º, punto 8 ss. Merece la pena leer los votos particulares en contra de Martínez Arrieta y Giménez García, que defienden la calificación de asociación ilícita pero no terrorista que hizo la AN.

(130) Ejercida por la organización «Dignidad y Justicia».

(131) SSAN núm. 26/2014 y núm. 27/2014, de 14 de mayo de 2014 ponente Ramón Sáez Valcárcel.

derse, como mancha de aceite, la declaración de ilegalidad por el carácter terrorista de la organización –de SEGI o de KAS– a otras personas físicas o jurídicas, salvo que se demuestre a su vez que son estructuras de carácter terrorista. En el espacio político de la izquierda abertzale pueden actuar otros movimientos dentro del marco constitucional, es decir siempre que funcionen de modo autónomo y no bajo la dependencia y tutela de ETA, y que no complementen el programa de terror que esta organización trata de infundir en la sociedad, mediante actos violentos, con la finalidad de subvertir el orden constitucional y de alterar la paz» (132).

### 3.2 Organizaciones de apoyo a los presos

Gestoras Pro Amnistía (GPA), organización nacida en la década de 1970 para defender la liberación de los presos etarras, y para dar apoyo a sus familiares y su sucesora Askatasuna (Libertad) creada en 2001, fueron declaradas organizaciones terroristas (133) por ejercer el control y coordinación del colectivo de presos de ETA, y realizar apología del terrorismo (al organizar actos de homenaje a miembros de ETA o jornadas de lucha en favor de los presos o «transmitir un mensaje inveraz y distorsionador de la realidad de ese colectivo» «en aras de lograr la permanencia y nuevos adeptos»). Así mismo, se les acusó de llevar a cabo una campaña para promover la salida del País Vasco de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que incluía movilizaciones, intervenciones públicas pidiendo cortes de luz y boicots, etc. Por ello se las consideró parte integrante de ETA, siguiendo el argumento del «desdoblamiento» y de que el MLNV es en realidad dirigido por ETA, que controla a KAS (134).

El TS en este caso recuerda que «por consiguiente, podemos ya decir que «organización terrorista» es aquel grupo estructurado (organización) de individuos que persiguen la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública, mediante el terror

---

(132) La sentencia cuenta sin embargo con un voto particular de Nicolás Poveda Peñas que reclaman el castigo por considerar probada la «militancia activa» de los acusados en SEGI, al haberse encontrado en los domicilios de algunos documentos con los anagramas de esta organización o haberlo reconocido en su declaración policial, tras lo que le basta con apelar a la tesis del desdoblamiento de ETA.

(133) Dentro del sumario 33/2001 incoado por el JCI núm. 5 (del que entonces era titular Baltasar Garzón).

(134) SAN 39/08, de quince de septiembre de 2008, confirmada por la STS 985/2009 de 13 de octubre de 2009. Sus dirigentes fueron condenados a penas de entre 8 y 10 años de prisión. Con detalle sobre toda la argumentación Enara GARRO CARRERA, *Libertad de asociación y terrorismo...*, *ob. cit.*, pp. 336 ss.

generado en la población con motivo de la comisión de hechos de naturaleza delictiva. El acento, lógicamente, no debe estar en los aspectos meramente ideológicos de quienes quieren y pretenden «subvertir el sistema», sino en los medios empleados para ello, es decir, la siembra del terror a través de la ejecución de actos delictivos», y se pregunta «¿Puede afirmarse igualmente que GPA/ASKATASUNA, con los vínculos con ETA y las actividades que han quedado suficientemente acreditadas que llevaban a cabo, son susceptibles de ser válidamente calificadas así mismo como organización «terrorista»?», a lo que contesta que tenían realmente la condición de «terroristas» de acuerdo con las previsiones del Código Penal, «porque la atribución de la condición de «terrorista» a la organización no requiere forzosamente el que ella, y todos o parte de sus miembros, cometan por sí mismos los actos de violencia», bastando con probar que «formaban parte, como una más, de las propias estructuras del terrorismo, sin posibilidades de actuación ajena o independiente a lo que eran las directrices fijadas por los máximos responsables de esa estructura». Y concluye: ««Terrorista», por lo tanto, es calificativo aplicable a todo el entramado y a las organizaciones que lo forman, porque las características de tal, la finalidad subversiva perseguida mediante la siembra del terror en la sociedad a través de la ejecución de concretos actos de violencia, encarnadas en primera persona en ETA, son en realidad las características de todos aquellos que cumplen fielmente el papel que les corresponde dentro del plan general marcado por esta organización. Y aunque GPA y ASKATASUNA no se dedican a la comisión, por sí mismas, de delitos terroristas, sí que «participan en la amplia y coordinada actividad desplegada por el terrorismo, manteniendo la cohesión de un grupo tan sensible como el colectivo de presos, justificando las acciones criminales cometidas por éstos, infundiéndoles el terror a los «enemigos» de ETA señalándoles públicamente como responsables de la «represión», ejerciendo presiones de todo punto ilícitas para expulsar del País Vasco y Navarra a los representantes de instituciones democráticas cuya autoridad se niega» (135).

Años después el Auto del JCI n. 6 de la AN de 27 de septiembre de 2013 (titular Eloy Velasco) suspendió las actividades de la asociación Herrira, dedicada a la defensa de los derechos de los presos y huidos etarras, a los que denominan «presos políticos», al considerarla indiciariamente organización terrorista por ser sucesora de la ilegalizada Gestoras Pro Amnistía/Askatasuna y por tanto una herramienta de ETA para el control y cohesión de sus presos, y dedi-

---

(135) STS 985/2009 de 13 de octubre de 2009.

carce, en palabras del instructor, a convocar y dar el soporte organizativo necesario a la celebración de más de un centenar de actos de enaltecimiento y ensalzamiento de los presos de ETA y de su actividad (136). El juez instructor reitera en sus argumentaciones la doctrina de la STS 303/2012, de 30 octubre:

«Una organización terrorista que persigue fines pseudo-políticos puede intentar alcanzarlos no solo mediante actos terroristas, sino también a través de actuaciones que, en sí mismas consideradas, no podrían ser calificadas como actos terroristas (movilizaciones populares no violentas, actos de propaganda política no violentas, concienciación popular de la importancia de los fines, etc.) lo que se aprecia es la existencia de una organización terrorista que ha llegado a adquirir gran complejidad, que utiliza para la consecución de sus fines, no solo la violencia.... Sino también otros medios, que son puestos en práctica a través de grupos, asociaciones o similares que, aunque parecen legítimas en su acción política, que en sí misma no es delictiva, sin embargo obedecen a consignas y funciona bajo su dirección.... » (137).

En mi opinión, en relación con esta última argumentación, y dejando aparte lo que se decida sobre la posible comisión de un delito de enaltecimiento que pudiera conducir a la calificación de asociación ilícita, resulta bastante evidente que un hecho atípico no puede convertirse en típico en razón de quien lo organice o realice, so pena de caer en un Derecho penal de autor. El caso está todavía pendiente de juicio.

### 3.3 **Herriko Tabernas y partidos políticos**

En esta reciente sentencia (138), que se ha demorado más de 14 años (139), se condena a diversas personas encargadas de la gestión de las llamadas «Herriko Tabernas» (140), 111 tabernas o «asociacio-

---

(136) Críticos con esta decisión véase Lucía MARTÍNEZ GARAY y Javier MIRA BENAVENT «Legalidad e inconstitucionalidad en la instrucción del “caso Herrera”», en el diario Deia <http://www.deia.com/2013/11/06/opinion/tribuna-abierta/ilegalidad-e-inconstitucionalidad-en-la-instruccion-del-39caso-herrera39>., y en la que reproduce el argumento.

(137) Véase también Auto del JCI 6 de 10 de enero de 2014, en el que el juez prohíbe una manifestación cuya organización achaca a Herrera.

(138) SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014.

(139) En realidad el tiempo transcurrido es todavía mayor si se piensa que todo este proceso tiene su origen en el sumario 18/98 (caso KAS/EKIN), que se desglosa por auto de 5 de julio de 2000, que da origen a la presente causa que engloba exclusivamente la investigación relativa a las Herriko Tabernas.

(140) La audiencia condena por pertenencia a organización terrorista a aquellos implicados que habían pertenecido a HB o sus sucesoras o a alguna otra de las

nes culturales» de las que se argumenta pertenecen a la coalición política Herri Batasuna (HB) y sus sucesoras y sirven a la financiación del MLNV, según la jurisprudencia controlado por ETA. A la vez la sentencia declara probado que constituyen una infraestructura logística para el desarrollo de las actividades de otras organizaciones satélites, igualmente controladas por la banda, tales como KAS/EKIN, JARRAI/HAIKA, Herri Batasuna y Gestoras Pro-Amnistía, pues algunas de ellas servían para hacer reuniones, o incluso en alguna se había hallado material y propaganda relacionados con actividades de «kale borroka». Sin embargo, el interés de la sentencia va más allá, pues como la propia AN reconoce, considerar actividades de pertenencia o de colaboración con organización terrorista a las relacionadas con las Herriko Tabernas pasaba necesariamente por calificar penalmente a HB y sus sucesores como organización terrorista, lo que todavía no había ocurrido.

En el aspecto político e institucional el «desdoblamiento» del que habla constantemente la jurisprudencia, habría dado lugar a la creación en 1978 de la coalición Herri Batasuna (HB) que participó en las elecciones bajo distintas formas y siglas hasta que fue declarada partido político ilegal bajo la ley de partidos políticos (141). Sin embargo,

---

organizaciones «satélite» declaradas parte del entramado de ETA y por colaboración con organización terrorista a los responsables y empleados de las empresas encargadas de la gestión y a otros implicados en tareas de coordinación, etc.

(141) La Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2003 declara ilegales los partidos Herri Batasuna y sus sucesores Euskal Herritarrok y Batasuna. El TS consideró probado: «la puesta en práctica de la estrategia de los partidos demandados ...de intentar ofrecer un complemento y una justificación política a la actividad de la banda terrorista ETA y a sus militantes, prestando cobertura ideológica a la actividad terrorista y contextualizando ésta en el marco de un conflicto político». Tal y como resume la SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014, el TS dio por probada la teoría del «desdoblamiento» así como los sistemas de control de ETA, y su delegada KAS, sobre Herri Batasuna, mediante la inserción de miembros o delegados o mediante la doble militancia, de lo que concluye afirmando que se trata de un único sujeto real, que es la organización terrorista ETA: «en definitiva, todos estos aspectos de esencial coincidencia entre los tres partidos políticos demandados entre sí y de todos ellos, a su vez, con ETA, ponen de manifiesto una identidad sustancial entre las tres formaciones en los ámbitos mencionados (personal, de fines, de estrategias y de actividad), y, asimismo, un riguroso control de todos ellos por la citada banda criminal. Por esta razón podemos concluir afirmando la existencia en el presente caso de un único sujeto real, que es la organización terrorista ETA, que se oculta tras esa apariencia de diversidad de personalidades jurídicas creadas en diferentes momentos en virtud de una «sucesión operativa» previamente diseñada por aquella» sobre la sentencia del TS con mayor detalle véase Enara GARRO CARRERA, «Libertad de asociación y terrorismo...» p. 342 ss. Las ilegalizaciones fueron avaladas por el TC (sentencias 5/2004, «Batasuna», y 6/2004, «Herri Batasuna», de 16 de enero) y por el TEDH, Sentencia de 06/11/2009, que argumentó que los

a esta declaración de ilegalidad en la vía civil, no acompañó en la época un proceso penal para dilucidar si además los integrantes de esos partidos políticos podían ser condenados por pertenencia a organización terrorista.

Hay que señalar en este aspecto que también la interpretación jurisprudencial hacia HB y sus sucesores ha variado notablemente a lo largo del tiempo (142). Merece la pena recordar la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1997, en la que condena a la totalidad de los miembros de la Mesa Nacional de HB (veintitrés), como autores de un delito de colaboración con banda armada (143). En aquella ocasión el Tribunal se esforzó en dejar clara

---

partidos ilegalizados eran «instrumentos de la estrategia terrorista de ETA», favorecían un clima de confrontación social y realizaban «una actividad de apoyo implícito al terrorismo de ETA» estando «muy próximos a un apoyo explícito a la violencia y de alabanza a las personas realmente ligadas al terrorismo» –sobre los aciertos y los déficits de esta sentencia véase Eduardo VÍRGALA FORURIA, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)» en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 13, 2010, pp. 415 ss.

(142) Afirmaba Carmen LAMARCA en 2008 (*ob. cit.*) «A mi juicio, y sin entrar en un análisis pormenorizado de la conocida Ley de Partidos, del mismo modo que sucede con los tipos antes comentados procede también su derogación pues no creo que resulte acorde con los valores de libertad y pluralismo que consagra el texto fundamental de 1978 y sólo a través de un procedimiento penal, esto es por la realización de hechos delictivos, y con todas las garantías que este tipo de procedimiento implica, puede resultar adecuado decretar la suspensión o disolución de una asociación o partido político.» En sentido similar Javier MIRA BENAVENT, «Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial», en Carmen JUANATEY DORADO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.) *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria y social*, p. 51. Por desgracia parece que el devenir ha sido el contrario. No solo no se ha derogado la Ley de Partidos volviendo al estricto proceso penal sino que las argumentaciones utilizadas bajo la ley de partidos se han ido filtrando en el Derecho penal para acabar expandiendo el concepto de organización.

(143) En relación con el delito de colaboración, hay que señalar que a raíz de esta condena el TC declaró inconstitucional su predecesor en el anterior código penal por infringir el principio de proporcionalidad ya que se estimaba la pena excesivamente alta para la gran variedad de conductas que podían subsumirse en un precepto tan amplio –véase la STC 136/1999 de 20 de julio de 1999 (Caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna)–. La doctrina criticaba que los motivos de inconstitucionalidad debían ir más lejos, pues el precepto era amplio e indeterminado e igualaba a efectos de pena conductas muy diferentes, además de que castigaba «contra legem» una conducta de favorecimiento de la apología del terrorismo, en un momento en el que esta última no se hallaba penada en el ordenamiento español (se reintrodujo por la L. O. 7/2000, 22 diciembre). Véase en detalle Esteban MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista, ob. cit.*, pp. 195 ss. ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)» en *La Ley*,

la excepcionalidad de la intervención penal que se limitaba a la conducta concreta de haber prestado un espacio informativo a la banda terrorista, no censurando el resto de actividades de la coalición, ni calificándola de organización terrorista.

La AN tenía ahora la opción de definir de nuevo qué es una organización terrorista y ver si esos elementos se dan en HB, pero, a pesar de que señala que debe probar si se aprecia una actividad terrorista en Batasuna o si Batasuna favorecía la actividad terrorista de la banda ETA, finalmente recurre de nuevo al argumento del desdoblamiento (144). No llega a explicar la AN, como hubiera sido deseable, de qué manera ha contribuido Batasuna a la concreta actividad terrorista. Sin embargo concluye que «El desdoblamiento, la doble militancia o bien el control electoral, con la intromisión de ETA en la elaboración de las listas a diversas elecciones, o la política a seguir por los electos, o los actos de protesta, apoyo y reivindicación» llevan a afirmar el carácter no solo ilegal sino de asociación terrorista de HB y sus sucesoras (145).

---

núm. 3, 1998, pp. 1639 ss., Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, 1999, p. 65). El legislador ha intentado en alguna manera concretar la definición de la conducta pero por otra, como señala CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, pp. 248 ss., ha introducido como alternativas las de colaborar con las actividades o colaborar con las «finalidades» que responde, según este autor, a la ampliación de la interpretación de pertenencia, que por desmesurada iba a dejar sin contenido a la colaboración y ha llevado a una consiguiente ampliación también de este delito. En todo caso, en mi opinión, es imprescindible una interpretación restrictiva, teniendo en cuenta que el precepto exige la equivalencia con los otros actos materiales que enumera y que además la jurisprudencia ha repetido constantemente, como no podía ser de otra manera, que no se pueden criminalizar los fines, sino solo la forma violenta de perseguirlos. Por ello la colaboración que puede castigarse es solo aquella que de alguna forma contribuya objetivamente a la prosecución de los actos violentos, por lo que la referencia en realidad es superflua. Lamentablemente no es esta la interpretación de la jurisprudencia. Véase la jurisprudencia y los ejemplos citados por Cancio, *ob. cit.*, pp. 253 y 254 y la crítica respecto de la interpretación extensiva de esta cláusula realizada por la SAN de 19 de diciembre de 2007, relativa al sumario 18/98, de Enara GARRO CARRERA, *Libertad de asociación y terrorismo... ob. cit.*, pp. 335 ss.

(144) Afirma la sentencia «para la consecución de sus fines, no le es bastante con la lucha armada desde la clandestinidad, tiene que desdoblar su actividad, mediante su incursión en el campo de la política o en el económico o en el cultural, para lo que precisa de ciertas estructuras o entidades no armadas que soporten tal actividad terrorista. Para ello acude al ámbito institucional, en el que entra a través de determinadas organizaciones o formaciones que siguen sus consignas, en ocasiones mediante la colocación de alguno de sus miembros en ellas, en ocasiones mediante un férreo control a través de las órdenes o directrices que les impone, consiguiendo, de esta manera, una actividad complementaria, revestida de una apariencia de legalidad».

(145) La sentencia cuenta con un acertado voto particular parcialmente concurrente de la magistrada Clara Eugenia BAYARRI GARCÍA, que propone la absolución de

En mi opinión esta sentencia constituye un cambio de interpretación respecto de la opinión del TS en 1997, donde ya eran conocidos y no se consideraron relevantes los datos de las dobles militancias o la existencia de la *Koordinadora Abertzale Socialista* (KAS), que ahora le llevan a considerar a Batasuna parte del entramado controlado por ETA y por tanto parte de la propia ETA (146). Este cambio de consideración se aplica además de forma retroactiva.

Paralelamente también se observa un cambio de actitud respecto de las conductas de gestión y asesoramiento de las *Herriko Tabernas*, pues en el año 2001, antes de la ilegalización de HB, la Audiencia Nacional consideró que «la actividad de asesoramiento mercantil y financiero imputada a... [una de las personas ahora condenadas], dista mucho de poder ser considerada una actividad terrorista, ni tan siquiera en su modalidad de colaboración con banda armada, pues ni hay constancia de la existencia de vinculación alguna entre la procesada y la organización terrorista, ni encargarse de la administración de estas entidades, pertenecientes a un partido político con representación parlamentaria, es “equivalente” a realizar cualquiera de las diversas actividades de favorecimiento expresamente tipificadas como delito de colaboración en el artículo 576 CP» (147). La AN intenta salvar la contradicción diciendo que ahora tienen más pruebas para establecer en qué se concretaba aquella labor de asesoramiento y demostrar que la misma estaba al servicio de un proyecto de financiación ideado desde la banda ETA. En realidad la sentencia no puede probar una financiación directa a ETA, sino solo un acuerdo, incautado a uno de los dirigentes de ETA, en el que aparecen una serie de empresas, coordinadas por KAS, entre ellas la que gestiona las *Herriko Tabernas* por indicación de HB, y el plan de repartir los beneficios entre HB, *Gestoras Pro Amnistía* y la propia KAS. Por otra parte es claro que la existencia de este entramado ya se conocía en 2001, por lo que solo cabe concluir un cambio de interpretación.

Una vez afirmado que la actividad de una organización «complementa» la actividad de la banda armada en otro plano distinto al militar

---

todos los acusados, pues estima que no se ha probado el contenido de injusto específicamente terrorista de la organización HB y sus sucesoras.

(146) Afirma la SAN de 24 de junio de 2014, en su FJ 6, citando la STS 977/2012, de 30 de octubre de 2012, «De forma muy sintética, y en consecuencia, un tanto simplificada, a tenor de esa doctrina esas organizaciones «satélite» son parte del entramado terrorista y por tanto se puede predicar de ellas su naturaleza de organización terrorista, sometida a los dictados de la banda armada ETA con la que existe más que sintonía, vinculación. La adscripción a una de esas organizaciones supone integración en un grupo terrorista».

(147) AAN de 21 de junio de 2001.

y que ETA tiene capacidad de dirigirla o de controlarla o infiltrarla, queda probado para la jurisprudencia su pertenencia al «entramado» en sentido amplio y esa organización queda convertida en terrorista. A partir de esta calificación, para condenar por pertenencia a organización terrorista solo es necesario, como hemos comentado, que la pertenencia a la «organización satélite» no sea meramente «formal» sino que vaya «acompañada de la disponibilidad para colaborar activamente o de la conciencia de que esa actividad se pone al servicio de ETA».

### 3.4 Medios de comunicación

En el mismo sumario 18/98, del que hemos hablado repetidamente, se afirmaba la existencia de un «frente mediático» de ETA-KAS. Sin embargo el caso del diario *Egin* y su emisora de radio *Egin Irratia* es peculiar, pues finalmente no es tratado como un caso de pertenencia sino de colaboración. El juez Garzón por Auto de 14 de julio de 1998 ordenó cautelarmente la clausura y suspensión de actividades de *Egin* y *Egin Irratia*. La AN condenó en 2007 (148) al director del diario y algunos de sus consejeros, simultáneamente pertenecientes a KAS, por el delito de pertenencia a organización terrorista, mientras que la subdirectora y otros consejeros no pertenecientes simultáneamente a KAS fueron condenados por colaboración con organización terrorista. Para ello entendió probado que miembros de KAS formaban parte del consejo de administración de la empresa responsable del diario y la emisora de radio, y que *Egin* aparecía mencionado en un documento incautado a dirigentes de ETA sobre la financiación del MVLN (149). Además de lo anterior la AN consideró probado que *Egin* realizaba tareas de información para ETA y KAS al publicar datos en sus informaciones periodísticas y de investigación que luego eran utilizados por aquellas para realizar atentados o actos de presión. El TS confirmó en 2009 la sentencia contra el director y los consejeros pertenecientes a KAS y la subdirectora del diario pero revocó la declaración de ilicitud de las actividades de la empresa edi-

---

(148) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 19 de diciembre de 2007.

(149) Se trata del mismo documento mencionado más arriba en la sentencia de las Herreriko Tabernas. La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 19 de diciembre de 2007 declara probados además trasvases de dinero dentro del MNLV, como condonaciones de deudas por publicidad encargada por KAS al diario EGIN, o préstamos a la sociedad editora de este por parte de una herreriko taberna, etc. así como informes remitidos a dirigentes de ETA sobre la marcha del periódico y el estado de la empresa.

tora y la suspensión de las mismas, aunque en realidad lo hizo más bien por un fallo en la motivación de la AN a la hora de imponer las medidas del artículo 129 CP y la ausencia de argumentación sobre el carácter de asociación ilícita de la empresa (tampoco solicitado por las acusaciones), junto con el hecho de haber condenado a sus consejeros como colaboradores y no como integrantes en organización terrorista (calificación que correspondería si la propia empresa se hubiera declarado parte del entramado de ETA) (150).

Recientemente encontramos sin embargo otra sentencia que intenta poner coto a esta deriva. Por Auto de 19 de febrero de 2003 del JCI n. 6 de la AN (Eloy Velasco), se acordó la clausura y precinto temporal preventivo del periódico *Euskaldunon Egunkaria*. Se argumentaba por parte de las acusaciones que el periódico era un instrumento que la banda terrorista ETA utilizaba para la difusión de la cultura y lengua vasca y también para la difusión e ideología y propaganda de la izquierda abertzale, y que ambas funciones tienen como fin último prostituir la lengua y la cultura vasca haciéndolas propias y exclusivas, para la exaltación de un hecho diferencial imprescindible para su proyecto revolucionario. Así mismo se denunciaba que la organización ETA habría nombrado a los dos directores del periódico (151). La Audiencia Nacional, por sentencia de 12 de abril de 2010 absolvió (152) a los directivos del periódico del delito de pertenencia a la organización terrorista declarando que no había ninguna prueba de tal vinculación, ni base constitucional para la suspensión de su actividad decretada siete años antes.

#### 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA PERSONAL

Asistimos en España a una paulatina expansión, tanto legal como jurisprudencial, de los delitos de terrorismo, mediante la ampliación y

---

(150) STS 480/2009 de 22 de mayo de 2009.

(151) Véase muy crítico contra esta decisión Jon-M. LANDA GOROSTIZA, en su prólogo a Jose Luis DE LA CUESTA / Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA (Dir.) *Clausura de medios de comunicación vascos (Egin, Egin Irratia y Euskaldunon Egunkaria)*, UPV, San Sebastián, 2008, pp. 3 ss., y los diversos artículos recogidos en esta obra. También Carmen LAMARCA PÉREZ «Noción de terrorismo y clases» p. 44.

(152) El Fiscal había presentado ya el 14 de diciembre de 2006 escrito por el que se interesaba el sobreseimiento del procedimiento al considerar que no existían suficientes elementos incriminatorios para estimar acreditada la perpetración del delito de integración en organización terrorista y/o asociación ilícita. Sin embargo la causa siguió adelante con la acusación popular constituida por las asociaciones Víctimas del Terrorismo y Dignidad y Justicia.

anticipación de la intervención penal, que se ve aumentada por la reinterpretación jurisprudencial de la calificación como organización terrorista y de las conductas de pertenencia y de colaboración con las mismas.

Esta evolución y ampliación del concepto de terrorismo ha conducido a que «actuaciones que en sí mismas consideradas no podrían ser calificadas como actos terroristas (movilizaciones populares no violentas, actos de propaganda política no violenta, concienciación popular de la importancia de los fines, etc.)» puedan ser calificadas de terroristas si son llevadas a cabo por organizaciones políticas «aparentemente independientes» pero que «en realidad funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista, son dirigidas por personas designadas o ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella» y por tanto «le sirven como apoyo y complemento para la consecución de sus fines» (153).

A pesar de que suele afirmarse que «la imputación solo podrá hacerse a aquellas personas respecto de las que se haya acreditado que conocen que sus aportaciones contribuyen a las actividades terroristas de la organización» (154), o que «el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas –así parece deducirse de la decisión

---

(153) SSTS 608/2013, de 17 de julio de 2013 (FJ 3.º), 480/2009, de 22 de mayo (caso KAS-EKIN XAKI), 290/2010, de 31 de marzo, SAN 16/2014 de 24 de junio de 2014 (Herriko Tabernas). Según las cuales, el terrorismo «no es, ni puede ser, un fenómeno estático sino que se amplía y diversifica de manera paulatina y constante, en un amplio abanico de actividades, por lo que el legislador penal democrático en la respuesta obligada a este fenómeno complejo ha de ir ampliando también el espacio penal de los comportamientos que objetivamente han de ser considerados terroristas y la propia jurisprudencia ha de seguir esta evolución y acomodarse en su interpretación a esta realidad social del tiempo en que aquellos preceptos penales han de ser aplicados.... También es posible que haya organizaciones no terroristas cuyos fines políticos coincidan en todo o en mayor o menor medida con los que pretende alcanzar la organización terrorista. Y que incluso no se manifiesten en contra del uso de la violencia para la obtención de esos fines, aunque no la utilicen directamente. Ello no las convierte en organizaciones terroristas. Pero cuando lo que aparentemente son organizaciones políticas independientes en realidad funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista, son dirigidas por personas designadas o ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella, y además le sirven como apoyo y complemento para la consecución de esos fines a través de actos violentos, la conclusión debe ser que aquellas forman parte de esta última, e integran por lo tanto, una organización terrorista, aunque sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento. O bien que constituyen una organización terrorista separada, pero dependiente de la anterior...».

(154) Véanse las sentencias citadas en la nota anterior.

Marco de 2002, artículo 2.2.b)» (155)–, lo cierto es que este requisito parece haberse flexibilizado hasta su eliminación, pues la jurisprudencia se conforma finalmente con un apoyo ideológico o político, sin necesidad de probar que las actividades faciliten objetivamente los actos de violencia propiamente terrorista o la existencia y el funcionamiento mismo de la banda armada que comete tales actos, bastando un «apoyo político» o «cobertura ideológica» o «institucional» a ETA (156). Los datos que convierte por tanto a una organización en «terrorista», podemos afirmar que, a pesar de las proclamaciones de los tribunales, son finalmente la comunión con los fines políticos junto con la coordinación, infiltración o participación de miembros de ETA, o de miembros de las organizaciones a su vez calificadas como parte de la estructura de ésta mediante la misma definición (en una especie de contaminación sucesiva), lo que es interpretado como un control final por parte de la organización terrorista.

En contra de la jurisprudencia expuesta, dado el contenido de injusto específico característico del terrorismo y el paralelo elevado reproche penal que a tales conductas se asigna y que tiene su reflejo en las penas más altas del ordenamiento, estimo, con una gran parte de la doctrina, que el término «organización terrorista» debe aplicarse en un sentido estricto, para referirse exclusivamente a organizaciones que hagan un uso extremo de la violencia (delitos graves en la línea de los recogidos en el artículo 1 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo) con fines políticos y cuenten con capacidad de lesionar el orden democrático (los mecanismos democráticos de hacer política) (157).

Así, quedarían fuera de esta calificación las organizaciones que con su actividad no faciliten la violencia, o incluso aquellas que utilicen la violencia pero en un grado menor (delitos de daños, des-

---

(155) STS 480/2009 de 22 de mayo de 2009 (Caso KAS-EKIN-XAKI)

(156) Javier MIRA BENAVENT, *El derecho penal ante el fin de ETA... ob. cit.*, pp. 8 ss., señala que nuestra jurisprudencia considera que «pertenece a ETA no sólo aquel que mata, lesiona o secuestra por orden de la organización terrorista, sino también todos aquellos que llevan a cabo actividades de carácter político, institucional, cultural o social actuando coordinadamente en distintos ámbitos para la consecución del mismo objetivo político» «lo cierto es que la evolución jurisprudencial de los últimos años se viene caracterizando precisamente por la aplicación del delito de pertenencia a organización terrorista a conductas que distan mucho de estar relacionadas con la actividad «armada» o propiamente «terrorista» de la organización».

(157) En el mismo sentido CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo, ob. cit.*, p. 203, Enara GARRO CARRERA, *Libertad de asociación y terrorismo... ob. cit.*, pp. 335, 338, 350. José Ricardo de PRADA SOLAESA, «Justicia transicional ante el fin de ETA», en *M. Requena...* en prensa.

órdenes públicos, etc.), que no alcance la magnitud que caracteriza los medios específicamente terroristas (158), que podrán ser calificadas como asociaciones ilícitas (159), si se dedican a la comisión de delitos (160), o deberán ser consideradas legales si no es así, por mucho que persigan los mismos fines políticos que una organización terrorista e incluso estén coordinadas con, o hayan pertenecido a ella presos preventivos o ex presos (y aun cuando esto se considere doble militancia) de la banda terrorista, o su actividad en sí lícita otorgue algún tipo de ventaja a los fines políticos de la banda (lo lícito no puede convertirse en ilícito según a quien favorezca). Lo contrario supone caer en lo que Asúa Batarrita (161) denomina el «modelo de contaminación», la extensión de la ilicitud por el contacto colaborador en estrategias políticas, lo que implica una ampliación de criterios de imputación penal contrario al principio de responsabilidad por el hecho propio (162) en incluso en ocasiones lleva a un verdadero Derecho penal de autor, y constituye además una infracción de los principios de legalidad y de proporcionalidad, pues no olvidemos que la calificación acarrea además toda una serie de consecuencias propias del Derecho penal del enemigo.

(158) CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 265.

(159) CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, *ob. cit.*, p. 270.

(160) Mención especial merecería aquí el delito de «enaltecimiento del terrorismo», previsto en el artículo 578 CP, cuya aplicación, como señala Javier MIRA BENAVENT «El derecho penal ante el fin de ETA...» *ob. cit.*, p. 10, «está sufriendo actualmente un momento de paroxismo con motivo de la exhibición de fotos de presos de ETA o su calificación como presos políticos» y que merece una profunda reflexión y probablemente una reinterpretación o modificación. Sin embargo no podemos aquí detenernos en este delito. Al respecto véase el acertado análisis de Alberto ALONSO RIMO, «Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2010, pp. 13 ss. En todo caso, hay que tener presente que, como señala Adela ASÚA BATARRITA, «El discurso...» *ob. cit.*, p. 259, la decisión del legislador, de situar bajo el mismo epígrafe conductas periféricas de menor entidad –como la apología, el enaltecimiento o el menosprecio o humillación de las víctimas o familiares–, no debe distorsionar el carácter estricto del concepto de terrorismo. Es decir, aunque dichas conductas se mantengan como delito, una organización dedicada a cometerlas no se convertiría por ello en organización terrorista (término reservado para el uso de la violencia extrema) sino tan solo en asociación ilícita.

(161) En el mismo sentido Adela ASÚA BATARRITA, «El discurso...» *ob. cit.*, pp. 254 ss.

(162) Javier MIRA BENAVENT, *Noción de terrorismo y clases*, *ob. cit.*, pp. 53 ss. denuncia que mediante la aplicación del Derecho penal se ha intentado neutralizar no solo los medios violentos sino también el propio contenido ideológico o político que está detrás de este tipo de delitos.

Pertenecientes a la organización terrorista en este sentido estricto serán por tanto quienes de forma estable se incardinan en la estructura, realizando u ofreciéndose para la realización de las citadas acciones violentas o para actividades que contribuyan de manera objetiva a la subsistencia de la organización misma, de manera que dichas actividades contribuyen, en realidad, a la continuidad de su actividad delictiva y por tanto a la comisión de los actos violentos típicamente terroristas (163).

Ahora más que nunca, ante el cese definitivo de la actividad armada, deberíamos encaminarnos hacia una normalización de la legislación penal (164) (que nunca debió derivar hacia la excepcionalidad). Ello sin duda favorecerá también una normalización política y social y el fortalecimiento del Estado de Derecho (165).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas» en Faraldo Cabana, P. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- ALONSO RIMO, A., «Apología, Enaltecimiento Del Terrorismo y Principios Penales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2010.
- ASÚA BATARRITA, A., «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (comentario a la sentencia de 29 de noviembre de 1997 de la Sala Penal del Tribunal Supremo)» en *La Ley*, núm. 3, 1998.

---

(163) En el mismo sentido Adela ASÚA BATARRITA, «El discurso...» *ob. cit.*, p. 254, Javier MIRA BENAVENT «El derecho penal ante el fin de ETA...» *ob. cit.*, pp. 13 ss. Como señala este autor «lo relevante en cualquier delito, y también por supuesto en el de pertenencia a organización terrorista, tiene que ser la acción y no el sujeto: es la acción en sí misma considerada y su valor para la perpetración de los atentados terroristas (hecha, evidentemente, con conciencia de esta circunstancia) lo que convierte a quien la realiza en autor de un delito de pertenencia, no la cualidad del autor (perteneciente al «entorno» de ETA ) la que convierte en delictivas sus acciones».

(164) De la misma opinión José Ricardo de PRADA SOLAESA, «Justicia transicional...» *ob. cit.*, en prensa, señala las dificultades para la aconsejable desactivación de los mecanismos penales construidos en los últimos años Javier MIRA BENAVENT «El derecho penal ante el fin de ETA...» *ob. cit.*, p. 10, también indicando la oportunidad y necesidad de reformar las medidas excepcionales Ana Isabel PÉREZ MACHFÓ, *Garantismo versus impunidad?*, *ob. cit.*, pp. 52 ss.

(165) En el mismo sentido Javier MIRA BENAVENT «El derecho penal ante el fin de ETA ...» *ob. cit.*, p. 11, José Ricardo de PRADA SOLAESA, «Justicia transicional ante el fin de ETA», en *M. Requena...* en prensa, Carmen LAMARCA PÉREZ, Carmen LAMARCA, «Noción de terrorismo y clases ...» *ob. cit.*, pp. 46 ss.

- ASÚA BATARRITA, A.: «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas», en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.
- CANCIO MELIÁ, M., «“Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la democracia*, núm. 44, 2002.
- «De nuevo: “¿Derecho penal” del enemigo?» en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.
- *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, Ed. Reus, 2010.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- DE LA CUESTA, J. L., VARONA, G., MAYORDOMO V., y SAN JUAN, C., «Estudio exploratorio sobre la Propuesta de un diseño de un programa público de reparación que facilite el retorno de los familiares de personas asesinadas y heridas por la organización terrorista ETA, así como de las personas secuestradas, agredidas, coaccionadas, amenazadas y/o que hayan sufrido daños causados por dicha organización, que manifiesten la voluntad de regresar a Euskadi. Informe final», 2011, accesible en [http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-victimas/es/contenidos/informacion/informacion\\_documentos\\_interes/es\\_document/adjuntos/Retorno%20Informe%20final%206%20JLC.pdf](http://www.interior.ejgv.euskadi.net/r42-victimas/es/contenidos/informacion/informacion_documentos_interes/es_document/adjuntos/Retorno%20Informe%20final%206%20JLC.pdf) (consultado 28 de mayo de 2014).
- DE PRADA SOLAESA J. R., «Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995» en *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996.
- «Justicia transicional ante el fin de ETA», en Miguel Requena (dir.) *VI Jornadas de Estudios de Seguridad*, en prensa.
- DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal», *Diario La Ley*, núm. 8004, Sección Doctrina, 18 Ene. 2013, accesible en [http://www.upo.es/export/portal/combin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1359102429538\\_2012-la\\_pena\\_de\\_prisixn\\_permanente\\_en\\_el\\_anteproyecto\\_de\\_reforma\\_del\\_cp-la\\_ley\\_18-01-2012-1.pdf](http://www.upo.es/export/portal/combin/portal/upo/profesores/jcardel/profesor/1359102429538_2012-la_pena_de_prisixn_permanente_en_el_anteproyecto_de_reforma_del_cp-la_ley_18-01-2012-1.pdf) (consultado 19 de junio de 2014).
- DOMÍNGUEZ IRIBARREN, F., «La violencia nacionalista de ETA», en Santos Juliá (Dir.), *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, Taurus, 2000.
- FARALDO CABANA, P., «Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas» en Patricia Faraldo Cabana (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., en DÍAZ MAROTO, FEIJOO SÁNCHEZ, POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Responsabilidad penal de los menores*, 2008.

- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 6.ª Ed. Madrid, Trotta, 2004.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «JARRAI-HAIKA-SEGI: de asociación ilícita a organización terrorista» en *Revista Penal*, núm. 17, 2006.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., *Organización y grupos criminales*, texto todavía inédito.
- GARRO CARRERA, E., «Libertad de asociación y terrorismo. Análisis de casos fronterizos», en José Luis de la CUESTA, Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA (Dir.), *Aplicación de la normativa antiterrorista*, IVAC-KREI, Bilbao, 2009, p. 334, también accesible en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2067438/12+-+Libertad+asociacion+terrorismo.pdf> (consultado 15 de julio de 2014).
- GIL GIL, A., «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: Especial consideración del elemento volitivo de la intención» en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000
- «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 15, 2005.
- GONZÁLEZ CUEVAS, P. C., «Política de los sublime y teología de la violencia en la derecha española» en Santos Juliá (Dir.), *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, Taurus, 2000.
- GUTIÉRREZ GIL, A. J. «La participación por colaboración en el delito de terrorismo», en *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, núm. 2, 2001.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «Joint criminal enterprise ¿una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho penal internacional? En Alicia GIL GIL (Dir.) Elena MACULAN (coord.) *Intervención delictiva y derecho penal internacional, Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid, Dykinson, 2013.
- GUZMÁN DÁLBORA, J. L., «Objeto jurídico y accidentes del delito de asociación ilícita» en *RDPC*, 2.ª época, núm. 2, 1998.
- JAKOBS, G., «¿Derecho penal del enemigo?: Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.
- «¿Terroristas como personas en Derecho?», en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.
- JAKOBS, G., «La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 20, 1999.
- «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» en *Estudios de Derecho Penal*, UAM - Civitas, Madrid, 1997.
- LAMARCA PÉREZ, C. «Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial», en Carmen JUANATEY DORADO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.) *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Alicante, Universidad de Alicante, 2013.
- «Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1993.

- *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1985.
- LAMPE, H.-J., «Systemrecht und Unrechtssystem», en *ZStW*, núm. 106, 1994.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Populismo punitivo... y cómo resistirlo», en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Reformas penales en materia de terrorismo» en *AP*, núm. 3, 2000.
- MARTÍNEZ GARAY, L. y MIRA BENAVENT, J., «Ilegalidad e inconstitucionalidad en la instrucción del “caso Herrera”», en <http://www.deia.com/2013/11/06/opinion/tribuna-abierta/ilegalidad-e-inconstitucionalidad-en-la-instruccion-del-39caso-herrera39>
- MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987.
- MIRA BENAVENT J., «El derecho penal ante el fin de ETA: la cuestión de la criminalización de su entorno político e ideológico», en *Hermes: pentamendu eta historia aldizkaria. Revista de pensamiento e historia*, núm. 45, 2013 (Ejemplar dedicado a: El derecho penal ante el fin de ETA: 24 meses). Accesible en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-EI DerechoPenalAnteElFinDeETA-4458459.pdf (consultado 05/08/2014)
- «Noción de terrorismo y clases evolución legislativa y jurisprudencial», en Carmen JUANATEY DORADO, Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (eds.) *El nuevo panorama del terrorismo en España: Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Universidad de Alicante, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, 19.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto Del Río Prada contra España»: el principio del fin de un conflicto sobre el castigo de hechos acaecidos hace más de veinte años en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 9, 2013.
- PÉREZ MACHÍO, A. I., «Garantismo versus impunidad?», en José Luis de la CUESTA ARZAMENDI (dir.) *Terrorismo e impunidad*, Madrid, Dilex, 2013.
- PORTILLA CONTRERAS, G., «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del “enemigo” tras el atentado de 11 de septiembre de 2011», en *Mientras tanto*, núm. 83, 2002.
- «Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación», en Luis ARROYO e Ignacio BERDUGO (dirs.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. II, 2001.
- REINARES NESTARES, F., «Diversidad de la amenaza yihadista», en [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/terrorismo+internacional/reinares-diversidad-amenaza-yihadista](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/reinares-diversidad-amenaza-yihadista)
- RUDOLPHI, H.- J., «Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus», en *ZRP*, 1979.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., «Comentario al artículo 570 bis» en Manuel GÓMEZ TOMILLO (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Valladolid, Lex Nova, 2011.

- SERRANO TÁRRAGA, M. D., «La prisión perpetua revisable», en *RJUAM*, núm. 25, 2012-I, accesible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660085/RJ25\\_8.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660085/RJ25_8.pdf?sequence=1) (consultado 19/06/2014).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «¿“Pertinencia” o “Intervención”? Del delito de “pertinencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de organización” en el delito», en Emilio Octavio de TOLEDO Y UBIETO, Manuel GURDIEL SIERRA, E. CORTÉS (coords.) *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988.
- UBILLOS, S., MARTÍN BERISTAIN, C., GARAIGORDOBIL, M., HALPERIN, E., «Agresión, odio, conflictos intergrupales y violencia colectiva» en PÁEZ ROVIRA, D., MARTÍN BERISTAIN, C., GONZÁLEZ-CASTRO, J. L., BASABE-BARAÑANO, N., de RIVERA J. (eds.), *Superando la violencia colectiva y construyendo cultura de paz*, Madrid, Editorial Fundamentos, 2011.
- VÍRGALA FORURIA, E., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la ilegalización de Batasuna (aspectos positivos y algunos pocos negativos de su jurisprudencia)» en *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 13, 2010.
- ZARAGOZA AGUADO, J. A., «Comentario previo a la Sección 2.<sup>a</sup> de los delitos de terrorismo» en Manuel GÓMEZ TOMILLO (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Valladolid, Lex Nova, 2011.

# Tutela penal de las Comisiones Parlamentarias de Investigación y de la actividad de otros órganos constitucionalmente reconocidos\*

MARÍA DEL MAR CARRASCO ANDRINO

Catedrática acreditada de Derecho penal  
Universidad de Alicante

## RESUMEN

*El deber de comparecer ante Comisiones parlamentarias de investigación y de veracidad penal impuesto por el artículo 502 CP suscita múltiples interrogantes: ¿Quiénes pueden ser llamados a comparecer? ¿Las altas autoridades del Estado, los imputados, los jueces? ¿Es el falso testimonio un delito de omisión o de acción? ¿Qué papel juegan en estos delitos los deberes legales de reserva, el derecho a la intimidad o el de no declarar contra uno mismo? Estos y otros problemas se abordan en el presente estudio. El artículo concluye con el análisis del delito de obstaculización a la labor de investigación del Defensor del Pueblo, el Tribunal de cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades autónomas.*

**Palabras clave:** *Delitos contra las instituciones del Estado. Comisiones Parlamentarias de Investigación. Falso testimonio. Obstaculización a la labor del Defensor del Pueblo o del Tribunal de Cuentas. Control parlamentario. Deber de comparecer ante una Comisión Parlamentaria de Investigación. Secreto profesional. Intimidad. Secreto judicial. Delito de omisión. Derecho a no declarar contra uno mismo.*

## ABSTRACT

*The duty of appearing before parliamentary committees of inquiry and the duty of criminal veracity imposed by Article 502 Criminal Code raise many questions and concerns: who may be called to appear before them? The highest state authorities,*

---

\* El presente trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación DER2013-42712-P, cuya Investigadora Principal es Dña. Paz Mercedes de la Cuesta Aguado.

*defendants, judges? Is the false testimony a crime of omission? Which is the role of legal duties of confidentiality, the right to privacy or the right to not incriminate oneself? These and other problems are addressed in this study. The article concludes with the analysis of the crime of obstruction in the work of the Ombudsman, the Court of Auditors or equivalent organs of the Autonomous Communities.*

*Keywords: Crimes against state institutions. Parliamentary committee of inquiry. False testimony. Obstruction in the work of the Ombudsman or the Court of Auditors. Parliamentary control. Duty of appearing before a parliamentary committee of inquiry. Professional secrecy. Right to privacy. Judicial secrecy. Crime of omission. Right to not testify against oneself.*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 502 CP agrupa tres figuras delictivas: la incomparecencia ante una comisión parlamentaria de investigación, que se agrava cuando el sujeto activo es un funcionario público o autoridad, la obstaculización de las investigaciones del Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas y el falso testimonio ante Comisión parlamentaria de investigación.

El artículo 502 CP se sitúa en el Título XXI «Delitos contra la Constitución», en el Capítulo III, dentro de la Sección II «Delitos contra las Instituciones del Estado». No existen precedentes en el Derecho penal español de estas figuras delictivas más allá de la previsión que se contenía en el artículo 4.1 de la LO 5/1984 de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras (en adelante LOCCI), en el que se castigaba como desobediencia grave la incomparecencia ante estos órganos; y la del artículo 24.2 Ley Orgánica 3/1981 de Defensor del Pueblo, en donde se castigaba también como desobediencia al funcionario que obstaculizara la investigación del Defensor del Pueblo mediante la negativa o la negligencia en el envío de los informes que éste solicite, o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación. Ambos tipos quedaron derogados con la entrada en vigor del CP 1995 [Disposición 1.<sup>a</sup>, f) de la LO 10/1995, 23 de noviembre] al quedar incluidos en el artículo 502 CP.

La aplicación práctica de estos tipos ha sido extremadamente escasa. No hay registros de Jurisprudencia ni del delito de incomparecencia ni tampoco del de falso testimonio. Tan sólo existen unas pocas sentencias, la mayoría de carácter absolutorio, en relación con el tipo del artículo 502.2 CP: obstaculización de labores de investigación del Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Ocasiones no han faltado, baste

recordar el caso de las incomparecencias ante la Comisión de investigación del Parlamento Gallego sobre las causas de la catástrofe provocada por el buque *Prestige*.

Así las cosas, aunque el Legislador haya querido reforzar con la incriminación de estas conductas la función constitucional atribuida a estos organismos, no parece que el recurso al instrumento penal haya resultado muy afortunado.

A las comisiones de investigación parlamentarias se refiere el artículo 76 CE, indicando que pueden ser nombradas por el Congreso o por el Senado o, en su caso, por ambos conjuntamente, para abordar cualquier asunto de interés público, sin que sus conclusiones resulten vinculantes para los Tribunales ni afecten a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación pueda ser comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

Por su parte, es el artículo 54 CE el que se ocupa de la figura del Defensor del Pueblo, facultándole como alto comisionado de las Cortes Generales para supervisar la actividad de la Administración en la defensa de los derechos y libertades del Título I de la CE. En fin, el artículo 136 CE define el Tribunal de Cuentas como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Sin desmerecer la importancia constitucional de estos organismos, resulta cuestionable que se haya recurrido al Derecho penal para la sanción de estas conductas (1), sin explorar otras opciones jurídicas, especialmente en lo atinente al falso testimonio por lo que supone de equiparación de las funciones judiciales a las realizadas por las Comisiones de investigación. A ello se añade el exceso punitivo en relación con las incomparecencias. No parece muy acorde con el principio de proporcionalidad (2) que cuando éstas se producen ante un Juzgado o Tribunal, en un proceso criminal con reo en prisión provisional, den lugar a una pena alternativa de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 24 meses (art. 463.1 CP), mientras las que tienen lugar ante una Comisión

---

(1) ARCE JANARIZ, A. aporta tres razones que, en su opinión, sustentan la decisión del Legislador de recurrir al Derecho penal: por un lado el rango constitucional del deber de comparecer, por otro, la propia relevancia institucional de las Cortes, que se habría resentido de no haber recibido el respaldo penal y finalmente, la tradición del Derecho comparado («Las comisiones de investigación en las asambleas autonómicas tras la aprobación del nuevo Código Penal», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 3, 1997, p. 68).

(2) En este sentido se manifiesta también LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Artículo 502», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A. (Dir./Coord.) *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1263.

de investigación parlamentaria suponen una prisión de 6 meses a un año (pena del delito de desobediencia del artículo 556 CP al que se remite el art. 502.1 CP). Llama igualmente la atención que la desobediencia de autoridad o funcionario público a resoluciones judiciales (410 CP) sea castigada con una pena conjunta de multa 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años. Es por ello que algunos comentaristas estiman más adecuado que la incomparecencia ante una comisión parlamentaria de investigación sea sancionada con pena no privativa de libertad como por ejemplo la multa (3). Por otra parte, el Legislador sólo ha castigado la incomparecencia, pero no la negativa a remitir una información o documentación a estos órganos parlamentarios, pues el número 2 del artículo 502 CP únicamente menciona al Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas (4).

## II. EL DELITO DE INCOMPARECENCIA ANTE COMISIÓN PARLAMENTARIA DE INVESTIGACIÓN

El número 1 del artículo 502 CP castiga la no comparecencia ante una comisión parlamentaria de investigación. Se opta así por imponer

---

(3) Vid. REBOLLO VARGAS, R., «Artículo 502», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004, p. 2406, quien considera el precepto en contradicción con los principios de ultima ratio y de fragmentariedad del Derecho Penal; REIG REIG, J. V., «Artículo 502», en *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, 3.<sup>a</sup> ed., Granada, 2001, p. 2573, estimando que es un ejemplo de la desviación del principio de mínima intervención; COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra la Constitución», en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005, p. 1037, quien pone de manifiesto las dificultades que genera el tipo de falso testimonio ante comisión parlamentaria de investigación con el derecho a no declarar contra uno mismo.

(4) Advierte de la distinta relevancia penal que tiene no proporcionar información escrita (ninguna) frente a la negativa a comparecer (información oral), siendo que aquella constituye una fuente de información sumamente relevante y frecuentemente utilizada por las Comisiones parlamentarias de investigación, y sobre todo porque sí se ha tipificado en el artículo 502.2 CP la negativa a proporcionar información a órganos auxiliares de las Cámaras, ARCE JANARIZ, A., «Las comisiones de...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 1997, pp. 85 y 86. En el mismo se manifiestan, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones pendientes en el régimen jurídico de las comisiones de investigación», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 136, quienes advierten también de que la previsión punitiva supone una aproximación de lo parlamentario a lo judicial sin que se haya abordado por el Legislador el tema de los derechos fundamentales de los comparecientes.

una sanción penal ante el incumplimiento del deber constitucionalmente establecido en el artículo 76 CE. El texto constitucional tan sólo indica que «la Ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación», sin requerir que éstas tengan que ser necesariamente de carácter penal (5).

A nadie se le oculta que con su incriminación el Legislador ha querido reforzar la labor que desempeñan estas Comisiones parlamentarias. Es por ello que algunos comentaristas han identificado el bien jurídico protegido con el normal funcionamiento de los Parlamentos (6), el buen funcionamiento de las comisiones parlamentarias de investigación (7) o la autoridad de las Cámaras (8), conceptos todos ellos demasiado difusos para cumplir la función dogmática que corresponde a este elemento típico. Más acertados parecen los planteamientos que concretan el objeto de tutela penal en la función de investigación de las comisiones parlamentarias (9), entendida ésta como recopilación de información para desarrollar una función de control político al ejecutivo. Lo importante no es tanto el resultado de esta investigación –sus conclusiones–, que también, sino sobre todo la información obtenida durante el proceso investigador, pues ello permite ofrecer a la opinión pública una valoración política de la actuación del ejecutivo en determinados asuntos (10). Se habla de un

(5) El Legislador optó por su incriminación al castigar como delito de desobediencia grave, en el artículo 4.1 de la LO 5/1984, de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras (en adelante LOCCI), el dejar de comparecer voluntariamente ante tales organismos; si bien, en su número segundo, se admitía la posibilidad de una segunda citación cuando, a juicio de la Presidencia de la Cámara, concurrieran causas que justificasen la incomparecencia. El artículo quedó derogado con la publicación del Código penal por LO 10/1995, en su disposición derogatoria única 1. f), al tipificarse expresamente la omisión de deber de comparecer ante una comisión de investigación parlamentaria en el artículo 502.1 CP.

(6) Cfr. MATÍA PORTILLA, F. J., «Artículo 502», en GÓMEZ TOMILLO, M. Comentarios al Código Penal, 1.ª ed., Valladolid, 2010, p. 1769.

(7) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) Comentarios y Jurisprudencia, II, Parte Especial, Granada, 2011, p. 1322.

(8) Cfr. GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., «Delitos contra la Constitución», en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) Derecho Penal, Parte Especial, 6.ª ed., Madrid, 2011, p. 720.

(9) Vid. COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra la Constitución», en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho...*, ob. cit., p. 1037; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. *El Falso testimonio ante comisión parlamentaria de investigación (art. 502.3 CP). Tipo de Injusto*, Barcelona, 2005, p. 40.

(10) Aluden al valor político relativo del dictamen aprobado por el Pleno y a la idea de que el control parlamentario del Gobierno actualmente se produce en la rendición pública de cuentas, que en el proceso de investigación es sometida al contraste de

control difuso (11). Las comparecencias se presentan, así, como uno de los medios, junto a la solicitud de documentos, de obtener la información a la que se asocia el control político. Se trata de proteger, a nuestro modo de ver, esta facultad de información a través de medios personales, reconocida en la Constitución en el artículo 109 CE frente a las autoridades del Estado, lo que permite que pueda realizar su labor de investigación y control. El sujeto pasivo del delito será, en consecuencia, las Cortes Generales o las Asambleas de las CCAA en cuanto que titulares de esta facultad de información a la que se vincula el control o investigación parlamentaria que les encomienda el texto constitucional.

Aquí hay que tener en cuenta que el dictamen final en buena medida está condicionado por la composición de la propia comisión, sometida al principio de proporcionalidad de los grupos parlamentarios y a la adopción de decisiones en función del criterio de voto ponderado. Lo relevante por ello es la formación de un estado de opinión en el electorado respecto de una determinada actuación de los sujetos que intervienen en la vida política. Se pretende un efecto a medio plazo, en los futuros comicios. De aquí el acento que pone la Doctrina constitucionalista en el sometimiento al principio de publicidad de los trabajos de estos órganos (12).

Desde esta perspectiva, es claro que si el sujeto no comparece la Comisión no tiene posibilidad de acceder a la información que pudiera proporcionarle la eventual declaración, por lo que entendemos que se pone en peligro esta facultad de obtener información y por ende la función de control o investigación de tales órganos parlamentarios.

La omisión de comparecencia a una comisión parlamentaria de investigación ha sido configurada por el Legislador como una modalidad específica del delito de desobediencia.

Para Carbonell Mateu/Vives Antón, en cambio, se encuentra más próximo a un delito de obstrucción a la Justicia que de desobedien-

---

los distintos grupos parlamentarios que integran la comisión, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 174.

(11) Sobre la discusión acerca de si las comisiones de investigación son un instrumento de control o un instrumento de información, *vid.* AUZMENDI DEL SOLAR, M., *El control parlamentario a través de las comisiones de investigación*, en *Treinta años de Constitución*, Valencia, 2010, pp. 957 y ss.

(12) Entre otros, insisten en ello AUZMENDI DEL SOLAR, M., *El control parlamentario...*, *ob. cit.*, pp. 967 y ss.; ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, pp. 169 ss.; GUDE FERNÁNDEZ, A *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Santiago de Compostela, 2000, pp. 63 y ss.

cia (13). No se comparte esta aproximación porque la función de control político de estos órganos parlamentarios no es equiparable a la función judicial que corresponde a los Tribunales (14). Por más que el delito del artículo 463 CP pueda configurarse también como una particular conducta de desobediencia, su bien jurídico protegido se circunscribe al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a un servicio de la Administración de Justicia sin retrasos indebidos (15), algo demasiado alejado de la función de control político de las Comisiones parlamentarias de investigación.

### 1. El carácter especial del delito de incomparecencia

De acuerdo con lo que dispone el artículo 502.1 CP sólo puede ser sujeto activo quien haya sido requerido en forma legal y bajo apercibimiento. Se limita así la condición de sujeto activo a quienes reúnan estas condiciones. Se trata por tanto de un delito especial (16). Es este un elemento normativo del tipo que obliga a tener en cuenta lo dispuesto en la LOCCI así como en los reglamentos de dichas cámaras y de las correspondientes autonómicas.

Algunos comentaristas le atribuyen el carácter de norma penal en blanco (17) lo que les lleva a cuestionarse la posible afectación de los principios de legalidad e igualdad en la medida en que falta una normativa general en el ámbito autonómico que establezca los requisitos

(13) Cfr. CARBONELL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., «Artículo 502», en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1980; de la misma opinión, MATÍA PORTILLA, F. J., «Artículo 502», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1770.

(14) También, REIG REIG, J. V., «Artículo 502», en *Código Penal, Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2574.

(15) Por todos, recogiendo el sentir de la Doctrina, LLOP CUENCA, P., «Obstrucción a la Justicia», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial, III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013, p. 1021.

(16) A esta misma conclusión llega SESSANO GOENAGA, J. C. si bien incardinando el delito de incomparecencia dentro de la categoría de los de infracción de deber y a su autor como un obligado especial por razón institucional («El delito de incomparecencia ante comisiones parlamentarias de investigación como delito de «infracción de deber»; el sujeto activo de la conducta delictiva: el autor típico como obligado especial con un rol institucional», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 21, 2003, pp. 283 y ss.).

(17) CIRIERO SOLETO, F. J., «La no comparecencia y el falso testimonio ante las comisiones de investigación: análisis del artículo 502 del Código penal», en *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 13, 2002, p. 27; ARCE JANARIZ, A., «Las comisiones de...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, pp. 76 y 77.

legales de una citación parlamentaria, que además pueden diferir de un Parlamento autonómico a otro, según lo que disponga el correspondiente reglamento. A nuestro modo de ver, se trataría de elementos normativos, pues la materia de prohibición se encuentra ya definida en el tipo penal: no comparecer ante comisión de investigación cuando se ha sido debidamente citado. En nada afecta a la seguridad jurídica, ni tampoco se incide en la igualdad, el que procedimiento legal para la citación en un Parlamento autonómico exija un mayor plazo de antelación o que el contenido del escrito de notificación requiera la especificación de más o menos aspectos (18).

En la práctica, cuando el reglamento del Parlamento autonómico no establece nada al respecto, se ha seguido el procedimiento marcado en la LOCCI que rige para las Cámaras estatales. Aunque es cierto que la Doctrina del TC rechaza el traslado de las reglas constitucionales destinadas a las Cortes Generales, o a algunas de sus Cámaras, a las Asambleas de las Comunidades Autónomas (ATC 428/1989; SSTC 179/1989, 116/1994, 149/1994) y que durante la tramitación parlamentaria de la LOCCI se presentaron varias enmiendas en el Senado, que no prosperaron, para extender su regulación a las CCAA.

En cambio, para un autorizado sector de opinión (19) el delito se califica de común porque cualquier ciudadano puede ser citado ante una comisión de investigación parlamentaria. El artículo 1.1. LOCCI dispone que esta obligación corresponde a todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 60.2 Reglamento del Senado y 52.2 Reglamento del Congreso. Pero lo cierto es que sólo pueden cometer el delito aquellos que hayan sido citados en forma. Una cosa es quienes pueden

---

(18) En este mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desobediencia a comisiones parlamentarias autonómicas de investigación (a propósito del caso Prestige)», en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor D. Tomas Salvador Vives Antón)*, vol. 2, Valencia, 2009, p. 1323, criticando el informe elaborado por el servicio jurídico del Parlamento Gallego que manifestaba dudas de legalidad en la aplicación del artículo 502.1 CP a la incomparecencia ante comisiones parlamentarias de investigación autonómicas, en relación con la incomparecencia del subdelegado del Gobierno.

(19) CARBONELL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., «Artículo 502», en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1980; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desobediencia a...», en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *ob. cit.*, p. 1322, nota 11; BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., «Delitos contra la Constitución (III)», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 1089.

ser objeto de un requerimiento ante una Comisión de investigación y otra quienes pueden cometer el delito.

En este sentido, se ha cuestionado si determinadas autoridades del Estado como el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas o los miembros del Consejo General del Poder Judicial pueden ser llamados a comparecer, dado que en sus respectivas leyes orgánicas respectivas ya se fijan cauces específicos de colaboración. Concretamente el artículo 32 LODP se refiere a la obligación de dar cuenta a las Cortes Generales de la gestión realizada en un informe que debe presentar anualmente, junto a la posibilidad de elaborar informes extraordinarios; de la misma forma el artículo 13 LOTC se ocupa del informe o memorial anual que el Tribunal debe presentar a las Cortes Generales (20). La respuesta debería ser afirmativa en razón del artículo 109 CE, en el que el deber de colaboración y auxilio con las Cámaras y sus comisiones alcanza a «cualquier autoridad del Estado y de las Comunidades Autónomas», además de al Gobierno o a cualquiera de sus departamentos. No obstante, el artículo 564 Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que el Presidente del Tribunal Supremo y los vocales del Consejo General del Poder Judicial no tienen más deber de comparecer ante las Cámaras por razón de sus funciones que el que impone el artículo 563 de la citada Ley, esto es, para debatir sobre la memoria que anualmente deben presentar ante las Cortes Generales. Esta previsión legal, sin embargo, no puede entenderse como una limitación legal que impida que estos sujetos sean llamados a comparecer a una Comisión de investigación parlamentaria, lo que rayaría en una posible inconstitucionalidad; por lo que hay que entender que esta norma establece las obligaciones de estas instituciones en el curso normal de las relaciones con las Cortes Generales, lo que no impide que puedan ser convocados ante una Comisión parlamentaria de investigación, y con ello, que puedan ser sujetos activos del delito.

Ante la pregunta de si el Rey puede ser convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación la respuesta debe ser afirmativa, sin perjuicio de que su incomparecencia no llegue a generar responsa-

---

(20) Así, plantea como una cuestión no resuelta el problema de si pueden ser objeto de investigación parlamentaria, y por tanto, de exigencia de responsabilidad política, altas autoridades del Estado como el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, Defensor del Pueblo, etc. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 161; en el ámbito penal plantea el problema y se muestra favorable a incluir bajo el ámbito del tipo a cualquiera con independencia de la posición institucional que ocupe, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...*, *ob. cit.*, pp. 90 ss.

bilidad penal al concurrir una causa personal de exclusión de la pena: la inviolabilidad de que goza según el artículo 56.3 CE (21).

La inmunidad diplomática y la parlamentaria impiden que el procedimiento penal pueda dirigirse contra los sujetos que gocen de estas características, pero no que no puedan ser sujetos activos del delito.

Más interesante por su incidencia práctica es el tema de si los miembros del Gobierno o de la Administración central pueden ser citados a comparecer ante las Comisiones de investigación de las Asambleas autonómicas o a la inversa, si los del Gobierno de las Comunidades Autónomas pueden ser citados a su vez por las Comisiones de investigación del Congreso o del Senado. El asunto se planteó en la Comisión de investigación que el Parlamento Gallego creó sobre «las causas de la catástrofe del petrolero *Prestige*, de las consecuencias económicas, sociales y ecológicas y la aclaración de las responsabilidades políticas correspondientes». Concretamente se cuestionó que las autoridades y funcionarios de la Administración General del Estado pudieran ser convocados por esta Comisión de investigación del Parlamento Gallego, en la medida en que desempeñan competencias estatales que no pueden ser objeto de control por dicho órgano parlamentario autonómico, sino exclusivamente por las Cortes Generales (22). En este sentido se manifestaron tanto el Abogado General del Estado en su informe, una orden del entonces Secretario de Estado de Organización Territorial del Ministerio de Administraciones Públicas y el Dictamen del Consejo de Estado núm. 34/2003, 6 febrero, en el que se negaba competencia a dicha comisión parlamentaria de investigación para requerir la comparecencia de autoridades, funcionarios o agentes de la Administración General del Estado (23). Esta interpretación ha sido calificada de ses-

---

(21) En este sentido, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, pp. 165 y 166, pone de manifiesto que el deber de comparecer ante una comisión parlamentaria de investigación es subjetivamente más extenso que el de comparecer ante los Tribunales, pues salvo el Rey por aplicación del artículo 56.3 CE, cualquiera otro estaría obligado a comparecer, bajo amenaza de sanción penal. En este sentido, también, CIRIERO SOLETO, F. J., «La no comparecencia...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 25.

(22) Una exposición de los hechos puede encontrarse en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Desobediencia a...*, en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *ob. cit.*, pp. 1315 y ss.

(23) En el Dictamen del Consejo de Estado núm. 34 /2003, 6 febrero, se contienen las referencias al informe de la Abogacía del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 8 de enero de 2003. El Consejo de Estado concluye después de la normativa aplicable que «la Comisión no permanente de Investigación de las causas de la catástrofe del petrolero *Prestige*, constituida en el Parlamento de Gali-

gada y descabellada, pues, aparte de suponer que tales funcionarios no podrían ser sujetos activos del delito del artículo 502.1 CP cuando el requerimiento de comparecencia proviene de un Parlamento autonómico (24), llevaría de facto a una anulación de la función inspectora o de control que tienen atribuidos estos organismos, tergiversando lo es que es su límite objetivo de actuación -la materia sobre la que puede versar la investigación-, que queda circunscrito al territorio y competencias de la comunidad autónoma correspondiente, con un inexistente límite subjetivo en razón del cargo público que ostente el requerido a comparecer. Dicho de otro modo, la Comisión de investigación parlamentaria puede citar a cualquier ciudadano para que aporte información sobre la materia objeto de la investigación que desarrolle, pero evidentemente sólo podrá exigir responsabilidad política a las autoridades o cargos públicos que actúan en el ámbito competencial de la comunidad autónoma de acuerdo con el principio de competencia territorial (25).

De seguirse el mismo razonamiento –que rechazamos– habría de concluirse también que ni el Congreso ni el Senado pueden citar a declarar a cargos públicos de las Comunidades autónomas, lo que contradice la propia regulación de las comisiones de investigación en los reglamen-

---

cia, no tiene potestad para requerir la comparecencia de autoridades, funcionarios o agentes de la Administración General del Estado ni la documentación referida a la ejecución de funciones de la competencia de ésta» (*Consejo de Estado. Doctrinal Legal*, 2003, *BOE*, Madrid, 2006, p. 15).

(24) Vid. en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Desobediencia a...*, en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.) *ob. cit.*, pp. 1325 y ss.

(25) Recogiendo las variantes en la doctrina constitucionalista, *vid.* CIRIERO SOLETO, F. J., «La no comparecencia...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 31. ARCE JANARIZ, A. «Las comisiones de...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 89, se refiere a la conexión autonómica del interés público como solución al problema planteado; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desobediencia a...», en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *ob. cit.*, p. 1326, nota 22, recoge el estado de la cuestión. En este punto, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 162, ponen claridad en el asunto al concluir que «no debería resultar posible que ninguno de ellos persiga el control, mediante comisiones de investigación, de los responsables públicos de las otras, ni de sus propias políticas», pero reconociendo finalmente que es difícil llevarlo a la práctica por «la profusión de competencias compartidas y, consiguientemente, de inevitables zonas de cruce». VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El falso testimonio...*, *ob. cit.*, p. 97, concluye en este sentido que el tipo penal será aplicable siempre que no se convoque a los altos cargos estatales o autonómicos ante las comisiones de investigación autonómicas o estatales, respectivamente, «en condición de sujetos afectados o interesados», esto es, de sujetos sobre los que recae la valoración de posible responsabilidad política.

tos de las Cortes Generales y lo dispuesto en el artículo 109 CE. Así, el artículo 60.2 Reglamento del Senado, al igual que otros tantos de los Parlamentos de las Comunidades autónomas, establece que las comisiones de investigación puedan requerir la presencia de cualquier persona para declarar ante las mismas, y el artículo 44 Reglamento del Congreso dispone que además de poder recabar información y documentación del Gobierno y de las Administraciones Públicas, podrá requerir la presencia ante ellas de los miembros de Gobierno, de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, o de otras personas competentes por esta misma razón.

El problema reside en que la normativa sobre comisiones de investigación parlamentarias no distingue, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial, entre quienes son citados en calidad de testigos y aquellos que lo son como «imputados», esto es, entre quienes simplemente son citados para aportar información relevante para la investigación y aquellos respecto de los cuales se está valorando una posible responsabilidad política. Una confusión que se acrecienta por la amplitud de la materia sobre la que puede versar el objeto de una comisión parlamentaria de investigación: cualquier asunto de interés público, lo que permite por ejemplo investigar incluso a particulares cuya actuación tenga esta transcendencia en el interés público (influencia indebida realizada o recibida de o sobre autoridad pública, empresas que gestionan ayudas públicas, etc.).

La comparecencia requiere la personación física del así convocado (26). De aquí que cuando la citación se dirija a una persona jurídica, el artículo 2.3 LOCCI disponga que «el requerimiento a las personas jurídicas se entenderá dirigido a quienes ostentan su representación legal, los cuales podrán comparecer acompañados por aquellas personas que designe el órgano social de administración correspondiente». Esta norma extiende la condición de convocado legalmente al representante legal de la persona jurídica, y con ello, la posibilidad de ser sujeto activo del delito de incomparecencia (27).

Los requisitos del requerimiento están fijados en el artículo 2 LOCCI, a saber, es necesaria una citación fehaciente de la Presidencia del Congreso o del Senado o, en el caso de Comisiones Mixtas de Investigación, del Presidente del Congreso, y de oficio. La citación deberá contener la fecha del acuerdo en virtud del cual se requiere y la

---

(26) En este sentido, recordando que no se puede informar por escrito, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 143.

(27) En el mismo sentido, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...*, *ob. cit.*, p. 87.

Comisión de Investigación ante la que se ha de comparecer; el nombre y apellidos del requerido y su domicilio; el lugar, día y hora en que se deba comparecer con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de desobediencia; el tema sobre el que versará el testimonio; referencia expresa a los derechos que la Ley reconoce al requerido. A ello añade el artículo 52.2. b) del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante RCD) que en la notificación deberán constar también las obligaciones del requerido, pudiendo acudir acompañado de la persona que designe para asistirlo.

En cuanto al plazo, tanto el artículo 2 LOCCI como el artículo 52.2.a) RCD, exigen que la notificación se realice con quince días de antelación a la fecha de comparecencia o en un plazo menor si concurriesen circunstancias de urgente necesidad, pero nunca inferior a tres días. La valoración de la urgencia corresponderá al Presidente de la Cámara respectiva.

El tipo exige además el apercibimiento, esto es, la advertencia en la convocatoria de la posible responsabilidad penal a que dará lugar la incomparecencia (28).

La responsabilidad penal se agrava si el incompareciente fuere una autoridad o funcionario público, pues además de las penas del delito de desobediencia se impondrá la de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. A este respecto, el artículo 2.4 LOCCI indica que en este caso, se enviará copia de la citación a su superior jerárquico, a los solos efectos de su conocimiento. Se interpreta en el sentido de que el funcionario requerido no necesita de autorización alguna de su superior para comparecer, y en consecuencia, éste tampoco podrá prohibirla. De aquí que Martínez-Buján Pérez calificase de «una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de la ley» el mandato que el entonces Secretario de Estado de Organización Territorial del Ministerio de Administraciones públicas dirigió a sus subordinados, conminándoles a no comparecer ante la Comisión de investigación del Parlamento Gallego sobre el asunto del Prestige (29).

(28) TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 2028; CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 1038; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desobediencia a...», en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *ob. cit.*, p. 1323, nota 14; CIRIERO SOLETO, F. J. «La no comparecencia...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 27.

(29) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desobediencia a...», en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *ob. cit.*, p. 1331.

La Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto básico del empleado público, en su artículo 95.2 ñ), califica como falta muy grave «*la incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas*».

## 2. Conducta típica

La conducta consiste en omitir la comparecencia debida ante una Comisión parlamentaria de investigación, entendiendo por ésta la personación física ante la misma en la fecha, hora y lugar indicados en la citación, sin que sea posible informar por escrito.

Se trata de un delito de mera actividad y de omisión propia, que se consuma en el momento en que se deja de comparecer, esto es, cuando ya no es posible efectuar dicha comparecencia. El deber penal de comparecer surgirá en el momento en que se haya requerido al sujeto con los requisitos mencionados más arriba y bajo apercibimiento, por lo que si faltase alguno de estos, el deber sería inexistente y la incomparecencia atípica.

No cabe la tentativa, ni siquiera cuando se comunica por escrito la intención de no comparecer, porque el incumplimiento de la obligación solo comienza cuando llegado el día y hora fijados no se comparece, de manera que si la Comisión de investigación queda disuelta antes de la fecha de comparecencia porque, por ejemplo, se disuelva la Cámara, el delito deviene imposible de cometer.

El tipo se remite para la fijación de la pena al delito de desobediencia, lo que como ya se vio conduce a la aplicación del artículo 556 CP. Esta equiparación al tipo de injusto de la desobediencia plantea si el delito del artículo 502.1 CP debe reunir los mismos elementos típicos de una desobediencia grave. Así lo ha entendido la mayoría de la Doctrina (30). En este sentido, el Juzgador en relación con el delito de

---

(30) *Vid.* en este mismo sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2007, p. 26; SESSANO GOENAGA, J. C., «El delito de incomparecencia...», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, p. 284; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 1322; REIG REIG, J. V., «Artículo 502 CP», *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 2574. En contra, en cambio, rechazando introducir distinciones respecto a si la desobediencia es o no grave, TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2028; MATÍA PORTILLA, F. J. «Artículo 502», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1770; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Desobediencia a...», en CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ORTS

desobediencia del artículo 556 CP viene exigiendo como prueba de ésta una oposición obstinada o reiterada al mandato (SSTS 12 de julio de 2004; 1 de diciembre de 2003). Esta interpretación se corresponde además con lo que prescribía el artículo 4.1. LOCCI –derogado con la entrada en vigor del CP 1995–, en donde expresamente se indicaba que el incompareciente incurría en un delito de desobediencia grave, abriéndose la posibilidad a una segunda citación si a juicio de la Presidencia de la Cámara se apreciaban circunstancias justificadas para la no comparecencia.

Además la comparecencia debe realizarse ante una Comisión de investigación parlamentaria. A este respecto el artículo 76.1 CE indica tan sólo que estos órganos podrán tener por objeto «cualquier asunto de interés público» (31). De la misma forma se define en los Reglamentos del Congreso –artículos 51 y ss.– y del Senado –artículos 59 y 60–, en los que se presenta como una de las clases de comisión parlamentaria, sin que queden claramente definidos sus perfiles más allá del procedimiento de constitución o incluso de la propia denominación como tal. El tipo penal sólo ofrece protección a las Comisiones de investigación (32), por lo que habrá de estarse a estos datos para determinar la tipicidad de la incomparecencia y al régimen jurídico al que queden

---

BERENGUER, E./CUERDA ARNAU, M. L. (Coords.), *ob. cit.*, p. 1322, nota 13, quien considera que el delito se perfecciona con la mera incomparecencia, sin necesidad de que concurra una «oposición obstinada y contumaz al mandato».

(31) Sobre lo que deba entenderse por asunto de interés público, la STC 88/2012, 7-5, establece que las comisiones de investigación «tienen que versar sobre asuntos que afecten a los intereses de la comunidad, lo que conlleva excluir de su ámbito los asuntos de estricto interés particular, por más que puedan ser de interés del público, sin transcendencia en cuestiones que puedan ser de interés para la ciudadanía en cuanto tal».

(32) El Reglamento del Congreso distingue tres clases de comisiones: las permanentes (art. 46), las permanentes de Legislatura, a las que se refiere el artículo 50 y las no permanentes (art. 51), creadas para un trabajo concreto y que se extinguen al finalizar el mismo o cuando finaliza la Legislatura. Las Comisiones de investigación pertenecen a este último grupo (art. 52) junto a las denominadas de estudio (art. 53), requiriendo para su constitución acuerdo del Pleno, a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Se distinguen, pues, por el procedimiento de constitución.

En el Reglamento del Senado, las comisiones de investigación o especiales se oponen a las permanentes (art. 49), que a su vez pueden ser Legislativas o no Legislativas. Según el artículo 49.4 tanto las de investigación como las especiales son las que se crean a tal fin para un objetivo determinado: la realización de encuestas o estudios sobre cualquier asunto de interés público (art. 59.1) y constituyéndose también por el mismo procedimiento: acuerdo del Pleno, a propuesta del Gobierno o de 25 senadores que no pertenezcan al mismo Grupo parlamentario (art. 59.1).

sujetas en su acuerdo de constitución, ya que sólo éstas tienen la facultad de citar a cualquier persona a declarar.

Formalmente resulta confuso deslindar una comisión de investigación de otra de estudio, a salvo de su denominación, y teniendo en cuenta que ambas pueden realizar tareas de investigación. A lo que se añade que de acuerdo con el artículo 67 RS también pueden asumir tareas de investigación las propias comisiones permanentes. Pero las únicas que están facultadas para requerir la presencia de cualquier persona para declarar ante las mismas son las Comisiones de investigación (art. 60.2 RS). El artículo 57 RS se refiere a las Comisiones mixtas del Congreso y del Senado, que se constituyen en los casos previstos en la Constitución y en las leyes, o cuando así lo acuerden una y otra Cámara. En consecuencia, la Comisión de investigación será la así constituida bajo esta denominación, pues formalmente no se aprecia ninguna otra diferencia. No obstante, la Doctrina constitucionalista ha entendido que las comisiones de investigación buscan reconstruir la verdad política acerca de unos hechos para establecer responsabilidades políticas, mientras que las de estudio se dirigen a la profundización en el conocimiento de un determinado asunto para formular propuestas de actuación, esto es, su diferencia en teoría estaría en la finalidad (33).

Ningún problema plantea el incluir dentro del tipo a las Ponencias que la Comisión de investigación puede nombrar en su seno, conforme al artículo 52.2 Reglamento del Congreso, pues se trata de una forma de organización de trabajo dentro de la propia Comisión de investigación. Actúa por tanto, por delegación de ésta y en su caso tomará declaración de los testimonios con autorización del pleno de la Comisión (34).

### 3. Tipo subjetivo

Debe actuarse con dolo. El sujeto debe ser consciente de que ha sido convocado en tiempo y forma para acudir a informar sobre un determinado asunto ante una Comisión de investigación parlamentaria, lo que no será difícil de acreditar dada la necesidad de requerimiento en forma exigido por el tipo.

---

(33) Vid. TORRES BONET, M., *Las comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del Gobierno*, Madrid, 1998, p. 100; GUDE FERNÁNDEZ, A. *Las comisiones parlamentarias...*, *ob. cit.*, pp. 145 y 146.

(34) En este mismo sentido, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El falso testimonio...*, *ob. cit.*, pp. 68 y ss.

#### 4. Intimidad, deberes de reserva y deber de comparecer

Se ha cuestionado si la concurrencia de determinados deberes de reserva como el de secreto profesional, el de secreto judicial o el secreto de Estado puede hacer decaer la obligación de comparecer ante la Comisión parlamentaria de investigación, en la medida en que el sujeto convocado no podría declarar al estar sometido a tales deberes de reserva, y en el caso de ser esto así, si ello supondría la atipicidad de la conducta o bien permitiría apreciar una causa de justificación. Así, el artículo 1.2 LOCCI está reconociendo limitaciones a las facultades de las Comisiones de investigación cuando dispone que *las mesas de las cámaras velarán por que ante las comisiones de investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.*

A este respecto hay que comenzar advirtiendo que por más que sea cierto que se comparece para declarar, no hay ninguna norma jurídica que imponga específicamente el deber de declarar ni tampoco ninguna que sancione su incumplimiento, a diferencia de lo que ocurre con el de comparecencia (35). A lo más que se llega es a exigir en el artículo 502.3 CP un deber de veracidad cuando se presta declaración. Distinto es que ante la imposibilidad de declarar, al concurrir un deber de reserva, la incomparecencia pueda estimarse atípica porque no sea idónea para afectar al bien jurídico protegido, pues no puede obtenerse información a través de ella que permita cumplir con la función de control o inspección de las Cámaras sobre el ejecutivo.

Ahora bien, no siempre la existencia de tales deberes de reserva supone un límite a la declaración del requerido ante una comisión parlamentaria de investigación, sino que lo que implica es la adopción de

---

(35) Cfr. TORRES BONET, M., *Las comisiones...*, *ob. cit.*, p. 332; Precisamente ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 136, se refieren a la cuestión de si la incomparecencia incluye una negativa a declarar como una de las que habría de resolver el Legislador en la ley de desarrollo que fijara las sanciones por incomparecencia, a la que se remite el artículo 76 CE, donde finalmente no se dice nada al respecto. De otra opinión, TORRES MURO, I., *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, 1998, p. 86, quien entiende que el deber de comparecer del artículo 76 CE lleva implícito el de declarar y que así se deduce de lo dispuesto tanto en el Reglamento del Congreso [art. 52.2 a) «la notificación del requerimiento para comparecer y de los extremos sobre los que se deba informar...»], como el del Senado (60.2 «podrán requerir la presencia de cualquier persona para declarar...»); GUDE FERNÁNDEZ, A., *Las comisiones parlamentarias...*, *ob. cit.*, pp. 239 y 240.

una serie de cautelas dirigidas a preservar dicha reserva (36). A este respecto el 64.4 Reglamento del Congreso aplica el régimen general de publicidad fijado en el número 1 del mismo artículo a las comparencias informativas, a saber: sólo se permite la asistencia de medios de comunicación acreditados, con dos excepciones: *que la comparencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente o los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas*. En estos casos las sesiones pasaran a ser secretas y con ello los diputados intervinientes estarán gravados con el deber de reserva que impone el artículo 16 del mismo Reglamento del Congreso. Se mantiene por tanto el deber de declarar si bien con determinadas cautelas.

A la misma conclusión se llega si se examina la normativa específica. Así el artículo 10.2 Ley 9/1968, de 5 abril, sobre Secretos Oficiales, dispone que la declaración de materias clasificadas *no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas*.

En el mismo sentido, se pronuncia la Ley 24/1988, 28 de julio, del Mercado de Valores en su artículo 90.1 que admite el traslado de información sometida a secreto profesional a las comisiones de investigación parlamentaria, estableciendo además en su número 4 que la información requerida por estos órganos parlamentarios constituye una excepción a la obligación de guardar secreto. Igualmente reconoce este acceso de las Cortes a información sometida al deber de secreto el artículo 6.3 Ley 13/1994, de Autonomía del Banco de España.

Además hay que recordar aquí que el Real Decreto-Ley 5/1994, de 29 de abril, por el que se regula la obligación de comunicación de determinados datos a requerimiento de las Comisiones Parlamentarias de Investigación, habilita a la Administración tributaria a comunicar a estas entidades los datos o documentos que obren en su poder sobre quienes sean o hubieran sido cargos públicos de cualquier Administración Pública, siempre que el objeto de la investigación tuviera que ver con su función. La propia Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria en su artículo 95.1 e) permite la cesión o entrega de datos,

---

(36) Vid. Precisamente ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 167; GUDE FERNÁNDEZ, A., *Las comisiones parlamentarias...*, *ob. cit.*, pp. 267 y 268, recuerda que según la LO 1/1982, artículo 8, no son intromisiones ilegítimas las que son acordadas por la autoridad competente y que el TC en el conflicto entre derecho a la información y honor fija como uno de los criterios a tener en cuenta la importancia de la información para la formación de la opinión pública.

informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones a las Comisiones parlamentarias de investigación.

En consecuencia, en estos casos, no puede decirse que el deber de reserva impida declarar y que, por tanto, la obligación de comparecer decaiga ante ellos. Se hace compatible el deber de reserva con el derecho de información y auxilio que, según el artículo 109 CE, corresponde a las cámaras frente a las Administraciones Públicas. Esta solución intermedia que permite el acceso a la información sensible ha recibido también el aval del TC (STC 161/1988). Ahora bien esta normativa sólo se refiere a las Cortes Generales, no abarca, sin embargo, a las comisiones de investigación autonómicas. Si bien, teniendo en cuenta que dentro de su ámbito territorial su funcionalidad es la misma, la solución no debería variar: máxima colaboración posible entre los poderes públicos, preservando la reserva y siempre respetando el resto de derechos constitucionalmente protegidos. En cualquier caso se echa en falta una regulación que delimite las garantías que deben adoptarse para salvaguardar la reserva, cuando el proceso investigador debe tramitarse en secreto o como se reflejarán estos datos en el informe final, etc. (37).

En los casos examinados nos encontramos ante información que se encuentra en poder de las Administraciones públicas y que incide sobre el funcionamiento de servicios públicos o sobre la situación de cargos o autoridades públicas. Pero ¿qué hacer cuando se trata de obtener información reservada sobre particulares? El artículo 1.2 LOCCI está reconociendo límites a la labor de las Comisiones de investigación al imponer, como no podía ser de otra manera, el respeto a la *intimidación y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales*. Pero ello no tiene que suponer necesariamente excepciones al deber de comparecer en el sentido de impedir la declaración que normalmente acompaña a aquella, pues como se acaba de constatar existe la posibilidad de habilitar soluciones intermedias que permitan el acceso a la información reservada estableciendo cautelas para garantizar tales derechos fundamentales. De aquí que el ciudadano requerido pueda, además, acudir acompañado de la persona que designe para asistirlo [art. 3.1. LOCCI, art. 52.2 b) Reglamento del Congreso], que bien podría ser un abogado. Ello tiene particular incidencia ante la posible afectación de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.2 CE, esencialmente el derecho a no declarar contra uno

---

(37) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 167.

mismo. Aquí hay que partir de que el compareciente no puede hallarse en peor situación que la que tendría ante un órgano judicial. Podrá no responder a aquellas cuestiones de cuya contestación pudiera derivarse una ulterior responsabilidad penal. El artículo 502.1 CP lo que impone es un deber de comparecer, no de declarar, y el artículo 502.3 CP sólo un deber de veracidad una vez que se declara.

Son también conflictivas las relaciones entre el derecho a la información de las Cámaras y el secreto judicial. En principio no hay obstáculo en nuestro Ordenamiento para que corran paralelas la investigación parlamentaria y la judicial. En este sentido el artículo 64.4 Reglamento del Congreso excluye del régimen general de publicidad, cuando a juicio de la Comisión, los asuntos coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas. Por su parte, el artículo 232 LOPJ dispone que las actuaciones judiciales serán por regla general públicas, a no ser que dispongan otra cosa las leyes de procedimiento o el juez o Tribunal acuerde su carácter secreto por razón de orden público o de protección de derechos y libertades. Así, el artículo 302 LECri prevé la posibilidad de que el juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes, declare secretas las diligencias del sumario, en todo o en parte, para todas las partes intervinientes en el proceso por el plazo de un mes. Ahora bien, el secreto sumarial recae sobre las actuaciones judiciales, no sobre los hechos objeto de la investigación; de manera que la existencia del secreto sumarial no tiene porqué impedir la comparecencia, que se habrá de realizar adoptando determinadas cautelas para preservar posibles revelaciones en la declaración, sin que el juez tenga facultad para autorizar o prohibir la comparecencia, facultad que compete solo a la Comisión (38).

Además, el artículo 396 LOPJ impone a los jueces y magistrados una obligación de reserva sobre los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Aunque nada impediría convocar a un Juez o magistrado a una comisión de investigación, lo cierto es que la existencia de esta obligación de reserva impediría toda declaración, y en consecuencia su incomparecencia resultaría atípica por

---

(38) Cfr. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 179, quien sin embargo, advierte que en la práctica se ha denegado a un preso convocado ante una Comisión de investigación parlamentaria el permiso de salida del centro penitenciario. En tales casos, los autores proponen que, en aras a la colaboración que debería existir entre ambos poderes del Estado, se remitiese por el órgano jurisdiccional una exposición razonada de su decisión a la Cámara, que permita por ejemplo valorar un retraso de la comparecencia.

falta de idoneidad para afectar al bien jurídico protegido (39). En la práctica, las raras ocasiones en que se ha solicitado la comparecencia de un juez por la Comisión, no ha sido admitida por la Mesa de la Cámara (40).

En fin son muchos los casos en que la facultad de obtener información de las Cámaras puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales como la intimidad o con otros deberes de reserva profesional (auditores de cuenta, abogado, etc.), lo que pone de manifiesto la necesidad de una regulación que marque los límites de las actuaciones parlamentarias, como se ha hecho en los casos analizados más arriba. En cualquier caso, lo cierto es que la obligación de comparecencia debe subsistir, sin perjuicio de poner en conocimiento de la mesa dicha circunstancia para que valore lo que estime oportuno, y teniendo en cuenta que finalmente no hay obligación de declarar, sino solo de comparecer.

Para Ciriero Soleto la existencia de deber de secreto profesional o la posible afectación del derecho a la intimidad, honor u otro derecho fundamental deben traducirse en una justificación de la conducta de incomparecencia por la vía del artículo 20.7 CP (41). A nuestro modo de ver cuando se trata de una colisión entre derechos y/o deberes constitucionales el problema debe resolverse en sede de tipicidad marcando cuál es el ámbito de actuación reconocido al derecho fundamental o los límites del deber impuesto constitucionalmente (42).

## 5. Penalidad

Para el establecimiento de la pena el delito se remite al delito de desobediencia. De manera unánime se entiende que éste debe ser el del artículo 556 CP –desobediencia genérica a la autoridad– y no el del artículo 410 CP –desobediencia de autoridad o funcionarios públicos a las resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior–. En consecuencia, la pena será de prisión de 6 meses a 1

---

(39) CIRIERO SOLETO, F. J., considera, en cambio, que una vez que se ha levantado el secreto del sumario, se puede pedir la comparecencia para informar sobre él («La no comparecencia...»), *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 25).

(40) Vid. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I./CAVERO GÓMEZ, M., «Cuestiones Resueltas y cuestiones...», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, p. 179.

(41) Cfr. CIRIERO SOLETO, F. J., «La no comparecencia...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 34.

(42) De la misma opinión, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...ob. cit.*, p. 102, siguiendo a Muñoz Conde.

año. Si el sujeto fuera autoridad o un funcionario público se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

A esta conclusión se llega en base a que el tipo de incomparecencia puede alcanzar a cualquier ciudadano, sea funcionario público o no, siempre que haya sido requerido formalmente y con apercibimiento; en el que además se prevé en su último inciso una pena adicional de suspensión de empleo o cargo público, si el incompareciente fuese un funcionario público o autoridad. La remisión al 410 CP no tendría sentido en el primer caso, pues el delito de desobediencia del artículo 410 es un delito especial de funcionario público; y en el segundo, supondría un *bis in ídem*, pues la condición de funcionario público ha sido ya contemplada en el propio tipo de incomparecencia.

### III. FALSO TESTIMONIO ANTE COMISIÓN PARLAMENTARIA DE INVESTIGACIÓN

#### 1. Tipo de injusto

Al igual que en el delito de incomparecencia, se trata de tutelar la facultad de obtener información de las Comisiones de investigación a través de medios personales, con el fin de que puedan desempeñar las funciones de control e inspección del ejecutivo. Se dan por reproducidas las consideraciones hechas en sede de bien jurídico en delito de incomparecencia del artículo 502.1 CP, con la salvedad de que ahora el falso testimonio del artículo 502.3 CP supone la lesión del bien jurídico protegido.

Según dispone el artículo 502.3 CP sujeto activo es «el convocado ante una comisión parlamentaria de investigación». Hay que entender que debe reunir los mismos requisitos de convocatoria en forma legal y bajo apercibimiento que marca el número 1 del artículo 502 CP. De otro modo, se llegaría al absurdo de concluir que un sujeto que no hubiera sido convocado en forma podría cometer el delito de falso testimonio, pero no así el de incomparecencia. Damos por reproducido lo manifestado más arriba a este respecto.

La conducta típica consiste en faltar a la verdad en el testimonio que se presta ante la Comisión parlamentaria de investigación. Se establece así un deber penal de veracidad que no tiene parangón con ningún otro establecido en el texto constitucional o en la LOCCI o en los propios Reglamentos de las Cámaras. Su introducción en el Código

penal, fruto más de la carambola política que de la reflexión jurídica (43), ha sido con razón sumamente criticada por la Doctrina por lo que supone de quiebra de los principios de mínima intervención y ultima ratio del Derecho penal y de equiparación con la función jurisdiccional (44).

Como ya se adelantó al comienzo de este tema, las comisiones de investigación parlamentaria tienen como finalidad la determinación de responsabilidades políticas, no jurídicas, en su labor de control al ejecutivo. Su forma de constitución, de funcionamiento, de toma de decisiones nada tiene que ver con las reglas que rigen el procedimiento judicial en la búsqueda de la verdad material. El procedimiento político, la decisión política con la que se desarrolla y concluye la comisión de investigación parlamentaria no parece que responda a los estrictos parámetros que rigen el procedimiento judicial en la búsqueda de la verdad material. Se habla en este sentido de una verdad política, cuestionándose incluso que la verdad forme parte de la natu-

---

(43) El *iter* legislativo de este precepto es ilustrativo de las vinculaciones que guarda con el falso testimonio en el ámbito judicial. ARCE JANARIZ, A., «Las comisiones de...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 80, lo describe con claridad: «El nuevo tipo accedió al Código, con alguna peripecia, de la mano de dos enmiendas del Grupo Parlamentario Federal IU-IC del Congreso y unida su suerte en gran parte a un delito de falso testimonio en los procedimientos administrativos que finalmente no vería la luz. El Proyecto omitía toda previsión sobre el falso testimonio en las comisiones parlamentarias de investigación, pero en la regulación del delito de falso testimonio contenida en el artículo 435, ubicado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, tipificaba, además del falso testimonio ante los Tribunales, el falso testimonio en los procedimientos administrativos. Las dos enmiendas referidas pretendían, una suprimir el falso testimonio en los procedimientos administrativos en el artículo 435, y la otra introducir el falso testimonio en las comisiones parlamentarias de investigación dentro del artículo 481 (actual art. 502), dedicado específicamente a estas comisiones. La Ponencia no se mostró favorable a incorporar ninguna de las dos enmiendas. Y la Comisión de Justicia e Interior del Congreso tampoco las acogió. Sin embargo, durante la discusión del Pleno, el Grupo Socialista propuso una enmienda transaccional para tipificar el falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación, aunque no en el artículo 481 (actual artículo 502), dedicado específicamente a ellas, sino en el artículo 435, junto al falso testimonio en los procesos administrativos. La transacción, apoyada por el Grupo Popular, prosperó y el Grupo Federal IU-IC retiró sus dos enmiendas. Finalmente, en el Senado, se llevó el falso testimonio de las comisiones de investigación al actual artículo 502 y el falso testimonio en los procesos administrativos quedó suprimido».

(44) Entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2028; BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., «Delitos contra...», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de...*, *ob. cit.*, p. 1089; COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra la Constitución», en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1038.

raleza de los procedimientos políticos (45). El control parlamentario reside hoy en la valoración política, en la discusión parlamentaria, en la rendición pública de cuentas que se somete a contraste, valoraciones y críticas de los distintos grupos parlamentarios. El valor del dictamen de la Comisión de investigación tiene siempre un valor relativo, interesando más la discusión a lo largo del procedimiento. Es por ello que hubiera sido más acertado dejar a la responsabilidad política también el control de la veracidad en las declaraciones ante estos órganos parlamentarios. Significativo, además, a este respecto es que no haya Jurisprudencia ni sobre este delito, ni tampoco sobre el de incomparecencia.

Dejando a un lado el concepto de comisión parlamentaria de investigación, al que ya nos hemos referido, sí que conviene dejar sentado que al referirse el tipo de forma genérica a estos organismos, han de entenderse abarcadas tanto las comisiones de las Cortes como las de las Asambleas de las Comunidades Autónomas (46). Lo que se refuerza también desde el punto de vista sistemático tanto porque el tipo se halla recogido en el mismo artículo que el del delito de incomparecencia, en el que se hace mención expresa de ambos tipos de instituciones, como por la parificación que se observa a lo largo del Título XXI del CP entre las Cámaras estatales y las de las Asambleas autonómicas (47).

El examen de la conducta típica requiere determinar qué se entiende por faltar a la verdad y por testimonio. Pero antes de entrar en su análisis conviene detenernos en la naturaleza del delito.

Definida la conducta típica como faltar a la verdad en la declaración que se presta ante la comisión de investigación, bien pareciera que se trata de un delito que exige siempre una actuación positiva, dado que no puede haber testimonio si nada se declara. Pero también no es menos cierto que al sujeto no se le castiga por declarar o no declarar, sino por faltar a la verdad. Este es el núcleo del injusto típico del falso testimonio; de manera que la conducta típica no consiste tanto en declarar (una acción) como en faltar a la verdad en la declaración (una omisión). Se trata, pues, de la infracción de una norma pres-

---

(45) ARCE JANARIZ, A., «Las comisiones de...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 83.

(46) De la misma opinión, CARBONELL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., «Artículo 502», en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.) *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1981.

(47) No obstante, ARCE JANARIZ, A., «Las comisiones de...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, p. 84, insiste en que faltan «elementos constitucionales relevantes para asimilar su posición institucional con la de las Cámaras de las Cortes Generales».

criptiva, un mandato: el de ser veraz en la declaración (48). No estamos, por tanto, ante un delito de acción, sino de omisión, que se comete cuando no se realiza la acción esperada por el Ordenamiento jurídico (decir la verdad) ante la situación típica (declaración testifical ante comisión de investigación parlamentaria), ya sea porque se silencia algo relevante que distorsiona la realidad o porque se manifiesta algo que no concuerda con ésta. Desde esta perspectiva, el testimonio constituye el objeto de la acción.

Queda así resuelta en sentido afirmativo la cuestión de si es posible cometer el delito mediante una omisión, por ejemplo, callando información relevante. Es necesario distinguir los siguientes casos:

– Ausencia total de declaración. En este supuesto no habría delito de falso testimonio, pues quien no dice nada no puede faltar a la verdad. A diferencia de lo que ocurre en el falso testimonio en el ámbito judicial, aquí no sería posible sancionar al sujeto que, compareciendo, se niega a declarar.

– Omisión de información relevante en la declaración. Si el sujeto silencia información que resultaría relevante para una adecuada comprensión de los hechos, ya sea en la narración de éstos o en la contestación a las preguntas que se le formulen, nada impediría la existencia del delito de falso testimonio pues se habría faltado a la verdad de esta forma. Aquí hay que tener en cuenta que la declaración en que consiste el testimonio es un acto de comunicación interpersonal, en el que se integran tanto las manifestaciones como los gestos o los silencios y como tal debe ser valorado de forma global.

– El sujeto manifiesta no saber o no recordar lo que en realidad conoce y recuerda. Aquí al haber declaración puede plantearse la existencia de un falso testimonio, pues en puridad se falta a la verdad. No obstante, a nuestro modo de ver se trata de una conducta más próxima a la negativa a declarar que a la declaración falsa, pues no está aportando dato alguno o hecho falseado más allá del mero desconocimiento o la incapacidad para recordar, por lo que entendemos que no alcanza un grado de lesividad relevante, pues como veremos seguidamente no hay alteración sustancial de la verdad. Aunque se constate

---

(48) También, SESSANO GOENAGA, J. C., se refiere, siguiendo la terminología de Jakobs, a la existencia de un deber positivo derivado de una relación de competencia institucional (*vid.* «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación», en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, 08-03 (2006), pp. 8, 13, disponible en <http://criminet.ugr.es/recp/08/recpc08-03-pdf>

una infracción del deber de veracidad no puede apreciarse suficiente ofensividad para el bien jurídico.

Dicho esto, será necesario determinar qué se entiende por faltar a la verdad, esto es, establecer conforme a qué verdad, la percibida por el sujeto o la material, se decidirá si lo declarado es falso. Una concepción objetiva de la falsedad se fijará en la existencia de una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad, mientras que para una concepción subjetiva lo determinante será que lo manifestado no coincida con lo percibido por el sujeto (lo que éste cree que sucedió) (49). Baste decir que la opción preferida ha de ser la de falsedad objetiva, pues sólo desde esta concepción se aprecia una afectación real del bien jurídico protegido (50).

Precisamente debido al paralelismo que guarda el tipo en estudio con el de falso testimonio judicial, se ha planteado si la declaración falsa debe circunscribirse a alteraciones sustanciales de la verdad (lo que se correspondería con el tipo del 458 CP) o comprender también en su ámbito típico alteraciones no sustanciales a través de silencios, reticencias o inexactitudes (en correspondencia con el tipo del art. 460 CP). Para algunos autores ambos supuestos tienen cabida en el artículo 502.3 CP (51). Otro sector doctrinal opta por una interpretación restrictiva, a la que nos sumamos, que exige algo más que meras reticencias o inexactitudes (52). Ha de darse, por tanto, una alteración sustancial de la verdad. Lo problemático es que debe entenderse por ello. La discusión se ha desarrollado en el ámbito del falso testimonio judicial. Así un sector de opinión (53) utiliza como criterio el del objeto

(49) *Vid.* una exposición de las distintas posturas doctrinales respecto del concepto de falsedad en el falso testimonio en sede judicial, CARRASCO ANDRINO, M.M., «Falso testimonio», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), «Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial, III». *Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013, p. 983.

(50) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...*, *ob. cit.*, p. 132.

(51) SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, Parte Especial*, 15.ª ed., Madrid, 2010, p. 965; CIRIERO SOLETO, F. J., «La no comparecencia...», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, pp. 36 y 37.

(52) TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2029; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...*, *ob. cit.*, p. 136.

(53) ASÍ MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., considera que hay una alteración sustancial cuando se afirma la existencia de hechos que no han ocurrido, o que habiendo ocurrido no han sido cometidos por el sujeto al que se atribuyen, o se omite la concurrencia de una causa de justificación o de inculpabilidad (*El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona, 1987, pp. 77 y ss.); en el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J. «Del falso testimonio», en CÓRDOBA RODA, J./García Arán, M (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004, pp. 2246 y 2247;

sobre el que recae la falsedad, según sean extremos esenciales (identidad del autor, su participación en los hechos, hechos que fundamentan la condena, etc.) o accidentales (circunstancias atenuantes, agravantes, responsabilidad civil, etc.) o ajenos al objeto del proceso, pero que puedan incidir en la valoración de la prueba como las relaciones de parentesco o amistad con las partes (54). En ésta línea de pensamiento Vázquez-Portomeñe Díaz se refiere –ahora ya sí dentro del ámbito del artículo 502.3 CP– a una falsedad que incida sobre los hechos determinantes de la apertura de la investigación parlamentaria y a la vinculación del afectado con ellos, bien porque aquellos eran inexistentes o bien porque fueron protagonizados por otra persona (55). Otro grupo de comentaristas (56), entienden que la diferencia entre ambas formas de faltar a la verdad reside en la manera en la que se produce la deposición falsa: bien directamente, de manera inequívoca o completamente falsa o bien por medio de silencios, inexactitudes o reticencias. Estimamos más acertada esta última interpretación. Desde esta perspectiva en cualquier caso la falsedad tiene que incidir sobre aspectos esenciales para la investigación.

Se debe faltar a la verdad en el testimonio. En el ámbito del procedimiento judicial el concepto de testimonio se halla vinculado a la posición procesal de quien efectúa la declaración, el testigo (421 LECri, 368.2 LEC), que es a su vez quien manifiesta lo que sabe bien por haberlo visto u oído (testigo presencial) o bien por haber tenido noticia de los hechos por otros medios (testigo de referencia). En el ámbito parlamentario, sin embargo, no se recoge distinción entre las distintas posiciones de quien es llamado a comparecer ante una comi-

---

BENLLOCH PETIT, G., «Delitos contra la Administración de Justicia», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 2011, p. 373.

(54) En este sentido, en relación con el falso testimonio judicial QUINTERO OLIVARES, G. advierte de la dificultad de que algo no sustancialmente falso ponga en peligro la culminación del proceso, insistiendo acertadamente en que el tipo exige siempre la constatación de este peligro, de manera que no toda falta de verdad no sustancial es típica («Delitos contra la Administración de Justicia», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 1922).

(55) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...*, *ob. cit.*, pp. 135 y 136.

(56) *Vid.* BERNAL VALLS, J., *El falso testimonio*, Madrid, 1992, p. 168 y 169, refiriéndose a una alteración sustancial como falsedad total y una alteración no sustancial como falsedad parcial, en la que la verdad está intacta en su aspecto nuclear; en el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J. «Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 1043; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. V., *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid, 2002, pp. 441 y ss.).

sión de investigación, por lo que el concepto de testimonio será más amplio y próximo al significado común del término. No se identificará, pues, con la declaración del testigo, sino que abarcará cualquier declaración por la que se atesta o asevera lo que se sabe o conoce en base a la experiencia o por los conocimientos técnicos, científicos, etc. que se poseen. De manera que a los efectos del tipo penal en estudio testimonio también será la declaración que realicen los técnicos o peritos ante la Comisión parlamentaria de investigación (57). En efecto, los convocados a declarar ante una Comisión parlamentaria de investigación lo pueden ser en base a los artículos 52.2 Reglamento del Congreso o artículo 60.2 Reglamento del Senado, directamente vinculados con el artículo 76.2 CE; o bien por la vía del artículo 44 Reglamento del Congreso, que alude a la petición de informes y documentación al Gobierno y demás Administraciones Públicas y también a la comparecencia de personas que informen y asesoren a la Comisión.

El contenido del testimonio podrá versar tanto sobre hechos como sobre juicios de valor. No nos detendremos aquí, pues ya lo hemos desarrollado en otro escrito (58), sobre el problema de la apreciación de la falsedad en estos casos. Baste ahora con recordar que lo sometido a veracidad no serán solo los datos objetivos, sino también las condiciones y el método científico empleado para alcanzar los resultados o conclusiones del dictamen presentado, tal y como propone Pérez Gil (59).

Se trata de un delito doloso, en el que el sujeto debe ser consciente de la falsedad de su declaración (delito de expresión). Si el sujeto cree que lo que está manifestando se corresponde con la verdad material, cuando no es así, no habrá falso testimonio por ausencia de dolo. Se producirá un error de tipo, bien por una errónea percepción de la realidad (se confundió una cosa con otra) o bien porque se produjo un error en el proceso de recuperación de la memoria de lo que ocurrió.

El dolo debe abarcar, por tanto, no sólo la infracción del deber de decir verdad, sino además la consciencia y voluntad de introducir en la falsedad en la investigación, lo que a nuestro modo restringe el tipo a sólo el dolo directo.

---

(57) Los excluye, en cambio, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 1323.

(58) *Vid.* CARRASCO ANDRINO, M. M., «La falsedad en el dictamen pericial o en la traducción del interprete en causa judicial», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 110, 2013, pp. 31 ss.

(59) PÉREZ GIL, J., *El Conocimiento Científico en el Proceso Civil*, Valencia, 2010, p. 174.

## 2. Deber de veracidad y derecho a no declarar contra uno mismo, intimidad y deberes de reserva

Como testimonio se configuran también las declaraciones del propio afectado por la investigación parlamentaria, pues la regulación parlamentaria no establece distinciones en relación con la posición del sujeto, ni siquiera cuando existe una imputación penal por los hechos objeto de la propia investigación parlamentaria. Todos entran, por tanto, en la categoría de «convocado» a la que alude el tipo del artículo 502.3 CP. El problema que se plantea aquí es la posible colisión con los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 24.2 CE, que lleva a algún autor a calificar de inconstitucional el precepto (60). Evidentemente, el así convocado no pierde sus derechos constitucionales por comparecer ante la comisión de investigación parlamentaria. No puede encontrarse en peor posición que ante los Tribunales de Justicia, de manera que como manifestación de su derecho de defensa tendrá derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo –si es que hubiera obligación de declarar–, no teniendo por tanto obligación de decir la verdad, tal y como ha manifestado la Jurisprudencia constitucional [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre (TOL82.934), 129/1996, de 9 de julio (TOL83.062)]. De lo que se colige que sus actuaciones no caen en el ámbito típico del artículo 502.3 CP, pues la obligación de veracidad queda bloqueada por el derecho constitucional de defensa (61).

La mayoría de la Doctrina, en cambio, opta por apreciar una causa de justificación cuando el sujeto miente para no autoinculparse: el ejercicio legítimo del derecho constitucional a no declarar contra uno mismo (62). No convence esta propuesta, pues de una parte, cuando se trata del ejercicio de derechos constitucionales entendemos preferible solucionar el conflicto en el ámbito de la tipicidad, otorgando primacía al derecho a no declarar contra uno mismo sobre el de información que

(60) COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., «Delitos contra la Constitución», en COBO DEL ROSAL (Coord.), *Derecho...*, *ob. cit.*, p. 1038.

(61) También parecen ser de esta opinión REBOLLO VARGAS, R., «Artículo 502», en CÓRDOBA RÓDA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2408; MATÍA PORTILLA, F. J., «Artículo 502», en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1770.

(62) TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2029; LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., «Artículo 502», en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 1263; BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., «Delitos contra...», en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de...*, *ob. cit.*, p. 1090; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *El Falso testimonio...*, *ob. cit.*, p. 115.

corresponde a las comisiones de investigación parlamentaria para el desarrollo de su función de control; y de otra, admitir la justificación en estos casos sería tanto como admitir que el afectado tiene un derecho a mentir (63), lo que resulta controvertido.

En la práctica los afectados se han acogido al derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos.

Además del caso acabado de analizar, el del afectado por la investigación parlamentaria, existen otros supuestos en los que la declaración del convocado puede entrar en conflicto con deberes de secreto profesional o con el derecho a la intimidad personal o el honor. Si se parte, como aquí se ha hecho, de que no existe una obligación jurídica de declarar, la conclusión en principio ha de ser que se podrá guardar silencio y negarse a declarar cuando no se quieran manifestar determinados extremos que violenten la intimidad o el honor de la persona o supongan una quiebra de una obligación jurídica de reserva, con independencia de las cautelas que se hubieren podido adoptar en el proceso parlamentario para preservar estos intereses.

A este respecto, conviene recordar que el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no considera intromisiones ilegítimas en tales derechos si existe una autorización legal o consentimiento expreso del titular del derecho. Como intromisiones ilegítimas se califican en el artículo 7 de la LO 1/1982, entre otras, la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales del sujeto y la revelación de datos privados conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela, entre otras. A salvo de las excepciones en el ámbito tributario y económico que se examinaron al analizar esta problemática en el delito de incomparecencia, sólo si el sujeto consiente podrán revelarse datos de su vida privada, teniendo en cuenta que la propia LO 1/1982 en su artículo 8 y la Jurisprudencia constitucional (SSTC 107/1988, 168/1986, de 22 de diciembre) admiten modulaciones cuando se trata de datos o informaciones privadas de cargos públicos pero que tienen relevancia para la formación de la opinión pública en un asunto de interés público. Evidentemente aquí se tratará normalmente de infor-

---

(63) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 1323; DE URBANO CASTRILLO, E. «Delitos contra la Constitución», en SÁNCHEZ MELGAR, J. (Coord.), *Código penal, Comentarios y Jurisprudencia*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2010, p. 3090, recuerda que «está protegido el derecho a no declarar, pero no está tutelado un inexistente derecho a mentir».

maciones atinentes a la esfera económica privada del sujeto, pues la comisión de investigación frecuentemente se constituye para investigar posibles abusos en este ámbito por parte de quien ostenta un cargo público.

Si, en cambio, se considera que junto a la obligación de comparecer existe implícitamente una de declarar, entonces, habría que entrar a ponderar en cada caso, y fuera de los expresamente autorizados por la ley, cuál es el interés preponderante y el daño menor: si el de información de la cámara para desarrollar su función de control al ejecutivo o el de la intimidad personal u honor del sujeto. Habrá de valorarse aquí la relevancia de la información solicitada para la investigación del órgano parlamentario. Así por ejemplo, no es lo mismo demandar datos sobre la ideología o sobre sus creencias que tratar de conocer las fuentes de ingresos de un cargo público o autoridad que está siendo investigado por posibles abusos. En todo caso hay que tener en cuenta la posibilidad, que reconoce el artículo 1.2 LOCCI a la Mesa de la Cámara, de establecer mecanismos que concilien la salvaguarda del derecho fundamental con la información a las cámaras y en fin la posibilidad de recurrir en amparo al TC (art. 42 LOTC).

Entendemos por tanto que no puede operar como causa de justificación la omisión o la falsedad para ocultar datos íntimos solicitados por la Comisión, bien o porque no existe una obligación de declarar o bien porque existiendo ésta, no se ha previsto ninguna sanción en el ordenamiento ante su incumplimiento. Lo que demanda el tipo del artículo 502.3 CP es que se diga la verdad una vez que se declara.

### **3. Formas de aparición**

Se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la declaración falsa del compareciente, sin necesidad de ulteriores consecuencias (influencia en el dictamen final, en las conclusiones de la comisión, etc.). No hay, por tanto, que esperar a que la comisión de investigación termine su labor o se disuelva para estimar consumado el delito.

Al igual que ocurría en el falso testimonio judicial, no caben formas imperfectas de ejecución, pues la valoración acerca de si se faltó o no a la verdad sólo podrá hacerse cuando la declaración se haya completado. Sólo en ese momento la declaración se presentará como una información dotada de un sentido, sobre la que podrá realizarse una valoración sobre su veracidad o falsedad.

Si la declaración falsa se reiterase ante un órgano jurisdiccional se cometerían dos delitos: falso testimonio ante la comisión de investigación y falso testimonio judicial.

Varias declaraciones falsas ante una misma comisión de investigación deben ser valoradas como un único delito de falso testimonio del artículo 502.3 CP pues la incidencia en el bien jurídico protegido sigue siendo la misma: desvirtuar el derecho a la información que tienen las comisiones de investigación en su labor de control parlamentaria.

#### IV. OBSTACULIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ANTE EL DEFENSOR DEL PUEBLO, TRIBUNAL DE CUENTAS U ÓRGANOS EQUIVALENTES DE LAS CCAA

##### 1. Bien jurídico protegido

El artículo 502.2 CP sanciona la obstaculización de la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Tiene su antecedente inmediato en el artículo 24.2 Ley Orgánica 3/1981 de Defensor del Pueblo, en el que se castigaba como delito de desobediencia al funcionario que obstaculizara la investigación del Defensor del Pueblo mediante la negativa o la negligencia en el envío de los informes que éste solicite, o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación, y que quedó derogado con la entrada en vigor del CP 1995 [Disposición 1.<sup>a</sup>, f) de la LO 10/1995, 23 de noviembre] al quedar incluido en el artículo 502 CP, si bien ampliando su ámbito típico a la actividad investigadora del Tribunal de Cuentas y órganos equivalentes de las CCAA.

El artículo 54 CE configura el Defensor del Pueblo como un alto comisionado de las Cortes Generales, encargado de la defensa de los derechos del Título I, a cuyo efecto se le faculta para supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. En consecuencia, le corresponde una labor de auxilio de las Cámaras en la función de control que éstas ejercen sobre el ejecutivo, limitada aquí al ámbito de los derechos fundamentales. La LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo desarrolla estas facultades de investigación que alcanzan a la actividad de los Ministros, autoridades administrativas, funcionarios o cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas (art. 9.2 LODP), incluida la actividad de la Comunidad Autónoma (art. 12.1 LODP), la Administración de Justicia (art. 13 LODP) o la Administración militar (art. 14 LODP). A

cuyo efecto, el artículo 19.1 LODP proclama el deber de colaboración que corresponde a todos los poderes públicos para que auxilien, con carácter urgente y preferente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones, sin que pueda negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa (art. 19.3 LODP), estableciendo en su artículo 22 LODP cómo proceder cuándo se trata de documentos clasificados como secretos.

Además el Defensor del Pueblo, su adjunto o persona en quien delegue podrán personarse en cualquier centro de la Administración Pública para comprobar datos, realizar entrevistas o estudiar expedientes o documentación (art. 19.2 LODP).

El Tribunal de Cuentas se configura en el artículo 136 CE como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, actuando como delegado de las Cortes Generales en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. Al igual que el Defensor del Pueblo, es un órgano dependiente y auxiliar de las Cortes Generales. Así lo reitera el artículo 1 La LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTC), reconociéndole tanto una función de fiscalización externa de la actividad económico-financiera del sector público como de enjuiciamiento de la responsabilidad contable de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos (art. 2 LOTC). A estos efectos, el artículo 7 LOTC establece un deber de colaboración de todas las Administraciones públicas, entidades gestoras de la seguridad social, organismos autónomos, sociedades estatales y demás empresas públicas, que les obliga a proporcionar cuantos datos, documentos, informes se les solicite por este organismo para el ejercicio de sus funciones fiscalizadora o jurisdiccional.

Los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas otorgan funciones semejantes de salvaguarda de los derechos y libertades del Título I de la CE y de los reconocidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía, así como de fiscalización e investigación de las cuentas de las Administraciones y demás organismos y entidades públicas dependientes de cada Comunidad Autónoma (64). Aunque no todas

---

(64) Así el Defensor del pueblo andaluz y la Cámara de Cuentas de Andalucía; en Aragón el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón; en Canarias, el Diputado del Común y la Audiencia de Cuentas de Canarias; en Castilla y León, el Procurador del Común de Castilla y León y el Consejo de Cuentas; el Sindic de Greuges y la Sindicatura de cuentas en Cataluña y Valencia; el Valedor do Pobo Galego y el Consello de Contas de Galicia; el Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, y la Cámara de Comptos de Navarra; el Ararteko del País Vasco y el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas.

las Comunidades Autónomas cuentan con estos organismos equivalentes (65).

A la vista de lo manifestado el bien jurídico protegido en el tipo del artículo 502.2 CP se identifica con esta facultad de información documental en la actividad de investigación que corresponde a estos órganos constitucionales como auxiliares de las Cámaras estatales y autonómicas en su función de control del ejecutivo (66). Se configura como un delito de lesión, pues el tipo exige la obstaculización de la labor investigadora de estos organismos al no proporcionarse la información requerida.

## 2. Sujetos

Sujeto pasivo del delito es, según cual sea la actividad de investigación afectada, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas o el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma.

Estamos ante un delito especial propio que sólo puede ser cometido por quien sea autoridad o funcionario público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 CP. El criterio mixto subjetivo material adoptado en la determinación de qué deba entenderse por funciones públicas y el requisito de participación en funciones públicas, no necesariamente de ejercicio de cargo público abren el ámbito típico a responsables de entes públicos, corporaciones sectoriales de base privada, empresas públicas, etc. (67).

## 3. Conducta típica

La conducta típica consiste en obstaculizar la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, de cualquiera de estas tres formas:

---

(65) No cuentan con figura equivalente al Defensor del Pueblo, pero sí al Tribunal de Cuentas las Comunidades Autónomas de Madrid, Illes Balears, Asturias y Castilla la Mancha. No cuentan con ninguno de estos organismos las Comunidades de Asturias, Cantabria, Extremadura, La Rioja y Murcia.

(66) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Sobre el bien jurídico protegido por el delito de obstaculización a las actuaciones del defensor del pueblo (art. 502.2 CP)», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-15, 2012, p. 15:9 y 15:10.

(67) Sobre el concepto de funcionario público y sus implicaciones, *vid.* ampliamente, ROCA AGAPITO, L., «Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial, III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013, pp. 70 y ss.

- a) negándose indebidamente al envío de informes solicitados.
- b) dilatando indebidamente el envío de los informes solicitados.
- c) dificultando el acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación.

Al igual que el tipo del número 1 del artículo 502, estas modalidades típicas deben ser también interpretadas en clave de desobediencia grave del artículo 556 CP, lo que supone que deben darse los elementos típicos de esta figura delictiva (mandato directo, conocimiento del mismo, requerimiento con las formalidades legales, negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz, gravedad de la desobediencia, etc.). Es por ello que no bastará con una mera negativa o un mero retraso, que además el tipo requiere que sea indebido, sino que será necesaria una obstinación reiterada a cumplir el mandato. Son manifestaciones del incumplimiento del deber de colaboración impuesto a las Administraciones públicas en la LODP y LOTC y en la normativa autonómica que regula sus órganos equivalentes.

En cuanto a que deba entenderse por obstaculizar la investigación, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como «la acción y efecto de obstaculizar», lo que a su vez significa «impedir o dificultar la consecución de un propósito». Se abre así la posibilidad de interpretar el tipo en el sentido de que la obstaculización suponga la imposibilidad de llevar a cabo la investigación, esto es, impedirla; o bien que represente sólo un entorpecimiento efectivo de la misma, esto es, que la dificulte. Un sector doctrinal se manifiesta en favor de este último entendimiento, no requiriendo que la investigación se haya visto efectivamente imposibilitada o interrumpida, siendo suficiente con que haya añadido dificultades adicionales (68). Vázquez-Portomeñe Seijas, por su parte, requiere que la negativa, el retraso o las dilaciones sean impeditivas de la investigación (69). A nuestro modo de ver sería suficiente con que se produjera su interrupción, aunque la investigación pudiera haberse llevado a cabo acudiendo por ejemplo a la posibilidad de personación que se atribuye en el artículo 19.2 al Defensor del Pueblo, su adjunto o persona en quien delegue. Esta es la interpretación que nos parece más acorde con el

(68) Entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, ob. cit., p. 2029; REBOLLO VARGAS, R., «Artículo 502», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios...*, ob. cit., p. 2407; REIG REIG, J. V., «Artículo 502», en *Código Penal, Comentarios...*, ob. cit., p. 2574; CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1038.

(69) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., «Sobre el bien jurídico protegido...», *RECPC*, 2012, p. 15:14.

principio de intervención mínima y que equipara en desvalor a las distintas modalidades típicas, pues en todas ellas se tiene que producir el efecto de, al menos, interrumpir efectivamente la investigación. Así por ejemplo este efecto puede apreciarse cuando el Defensor del Pueblo declara públicamente la actitud hostil o entorpecedora de la investigación conforme al artículo 24.1 LODP.

En la escasa Jurisprudencia que existe sobre el precepto no parece ser necesario que la obstaculización impida de forma absoluta la investigación, aunque sí al menos que la interrumpa o la paralice significativamente. Así, en la única sentencia condenatoria hasta ahora existente, la de la Audiencia Provincial de Guizpúzcoa (Sección 1.ª) 169/2003, de 1 de octubre, el Tribunal entiende que hay obstaculización aunque «el Ararteko hubiese podido emplear otros cauces legales para llevar a cabo dicho ejercicio (por ejemplo, mediante visitas personales al Ayuntamiento de Pasaia)».

No se ha apreciado negativa en la mera falta de contestación a la comunicación del Defensor del Pueblo solicitando informe a la Conselleria de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con una queja presentada [Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección única)], 12 de febrero de 2003; sí, cuando se dicta resolución que ordena la devolución al Ararteko de todos los escritos que enviase en tanto no recuperase la neutralidad política [SAP Guipúzcoa (sección 1.ª) 169/2003, de 1 de octubre]; también cuando no se remite la documentación solicitada y se comunica acuerdo del consejo de administración de la empresa investigada de considerar nulo el acuerdo de la Cámara de Cuentas de Andalucía, anunciando su recurso contencioso administrativo (SAP Málaga, Sección 3.ª, 37/2003, de 5 de febrero).

La negativa se identifica, por tanto, con una manifestación externa de voluntad de no facilitar la documentación solicitada con vocación de permanencia. Esta sería la diferencia con la dilación, en la que tan solo hay un retraso o una demora en la atención de la petición. Ambas deben ser indebidas, lo que debe interpretarse bien en el sentido de que no existe obligación de remitir, como por ejemplo ocurre con los documentos clasificados como secretos, respecto de los que el artículo 22 LODP admite la denegación por acuerdo del Consejo de Ministros; o bien en el sentido de que resulte inexigible atendiendo a las circunstancias del caso. Así, se ha apreciado que el retraso no es indebido cuando es consecuencia de «la situación de caos, atraso y colapso que sufría el Departamento de Asesoría Jurídica» del Ayuntamiento (Sentencia del Juzgado de lo Penal de Motril 136/2013, de 24 de abril); tampoco cuando «para emitir la certificación requerida

debían intervenir otras personas, funcionarios del Concello: de ellos, el Interventor tenía que actualizar la contabilidad atrasada para verificar los datos solicitados y emitir el correspondiente informe, con el empleo del consiguiente trabajo y tiempo dentro de una situación de deficiencias en el funcionamiento administrativo del Ente Municipal» (SAP Pontevedra, Sección 2.<sup>a</sup>, 171/2005, de 19 de diciembre). Se estima, en cambio, indebida la negativa a colaborar con el Ararteko, condicionando, sin base legal alguna, su colaboración con éste a que sus comunicaciones no vengan precedidas de expresiones de rechazo a ETA, no estimadas por el Tribunal como expresión de una falta de neutralidad política, sino de defensa de los derechos fundamentales.

Dificultar el acceso a expedientes o documentos administrativos necesarios para la investigación implica también dilatar o retrasar el acceso a los mismos, con lo que para distinguir esta modalidad típica de la dilación indebida en el envío hay que entender que ahora se están acogiendo los casos en que hay una personación directa para inspeccionar tales documentos. Esta facultad se reconoce al Defensor del Pueblo, su adjunto o la persona en quien delegue en el artículo 19.2 LODP y a los expertos comisionados por el Tribunal de Cuentas de acuerdo con el artículo 7.4 LOTC.

Se llama la atención de que sólo se protege este medio de prueba respecto del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas y órganos autonómicos equivalentes, sin incluir a las Comisiones de investigación parlamentaria, que también pueden solicitar documentación, expedientes o información, además de citar a comparecer a cualquier persona.

#### 4. Tipo subjetivo

Se requiere dolo de obstaculizar la investigación del Defensor del Pueblo, del Tribunal de Cuentas u órganos autonómicos equivalentes, de manera que el sujeto no sólo ha de saber y querer que está negando o dilatando indebidamente el envío de la información requerida o dificultando el acceso a la misma, sino también tener el ánimo de obstaculizar la investigación (70).

---

(70) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., «Artículo 502», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2029, quien advierte que es parte del elemento cognoscitivo del dolo y no un elemento subjetivo del injusto, dado que la obstaculización se tiene que producir efectivamente; REBOLLO VARGAS, R., «Artículo 502», en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.), *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2407, quien se refiere al propósito de obstaculizar la investigación.

La SAP Málaga, Sección 3.<sup>a</sup>, núm. 37/2007, de 5 de febrero, absuelve por estimar que falta dolo de desobedecer la comunicación recibida en orden a la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus empresas pues la negativa al envío de documentación se fundaba en un informe jurídico, apreciando por ello un error invencible sobre la ilicitud de los hechos. En nuestra opinión, al equivocarse sobre un elemento del tipo como es el carácter indebido de la negativa, el error debería ser de tipo.

La SAP Guipúzcoa, Sección 1.<sup>a</sup>, núm. 169/2003, de 1 de octubre, estima que sí concurre dolo en quien explícitamente manifiesta su intención de no querer colaborar con el Ararteko mediante la emisión de una resolución, por la que se ordena la devolución al Ararteko de todos los escritos que remitiese en tanto no recuperase la neutralidad política, lo que obstaculizó la actividad de aquel «mediante la imposición de condiciones formales no previstas legalmente».

### 5. *Iter criminis*

Se trata de un tipo de mera actividad en el que la negativa, la dilación o el dificultar el acceso se presentan como manifestaciones de la obstaculización (71). No cabría por tanto, la tentativa. Bien entendido que no cualquier negativa o dilación indebida en el envío de documentos o dificultad puesta en el acceso a los mismos sería típica, sino aquella que permitiese apreciar una obstaculización en el sentido expresado más atrás.

Otra forma de entender el tipo, por ejemplo, como delito de resultado de medios determinados, conduciría a considerar típica –como tentativa– una negativa indebida que no hubiera significado todavía una obstaculización de la investigación.

---

(71) También, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código Penal...*, *ob. cit.*, p. 1323.

# Trata de seres humanos y criminalidad organizada

VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO

Profesora Titular Interina de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos

## RESUMEN

*La incorporación al Código penal de los artículos 570 bis, ter y quáter que abordan por primera vez una regulación específica de las organizaciones y grupos criminales debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 177 bis del Código penal en cuanto a la tipificación de la trata de personas. Esto suma a la complejidad propia de cada una de estas regulaciones en sí mismas, la necesaria interpretación sistemática de ambas para poder abordar coherentemente una de las formas más graves de criminalidad organizada como es la que se dedica a la trata de personas.*

Palabras claves: *Criminalidad organizada, trata de personas, organizaciones y grupos criminales.*

## ABSTRACT

*After the incorporation of Sections 570 bis, ter and quarter in the Criminal Code regarding the regulation of criminal groups and organizations it is necessary to combine them with the provisions of Section 177 bis related to the criminalization of trafficking in human beings. Apart from the complexity of each of these regulations, it is also demanded a systematic interpretation to address coherently one of the most serious forms of organized crime like trafficking in persons.*

Keywords: *Organized crime, trafficking in persons, organizations and criminal groups.*

SUMARIO: I. Introducción. 1. La criminalidad organizada. 2. La trata de seres humanos.–II. Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis ss. CP). 1. La tipificación específica de las organizaciones y los grupos criminales en los artículos 570 bis y 570 ter del Código penal incorporada por la LO 5/2010. 1.1 Bien jurídico protegido. 1.2 Organizaciones y grupos criminales. 1.2.1 Transposición normativa. 1.2.2 Organizaciones criminales. 1.2.3 Grupos criminales. 2. La agravante específica del delito de trata de personas cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio.–III. Organizaciones y grupos criminales y fase preparatoria del delito.–IV. La responsabilidad agravada de los dirigentes.–V. Las agravantes específicas de las organizaciones criminales y la trata de personas.–VI. las organizaciones y grupos criminales y los delitos cometidos en su seno. 1. Problemas concursales. Aparente solución aportada por la regla específica del artículo 570 quáter 2 CP. Aplicación del concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad (art. 8.4 CP).–VII. Organizaciones y grupos criminales y personas jurídicas u otras organizaciones sin personalidad jurídica (art. 570 quáter 1 CP).–VIII. La figura del arrepentido colaborador (art. 570 quáter. 4 CP).–IX. Conclusiones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. La criminalidad organizada

La evolución de las formas más graves de criminalidad viene caracterizándose por una progresiva tendencia a la transnacionalización, a la diversificación de actividades criminales suponiendo una potencial nocividad para diferentes bienes jurídicos fundamentales y por diversificar e innovar también en las formas de planificación y ejecución de los delitos. De esta forma, el crimen organizado puede centrarse en actividades terroristas, en tráfico de drogas, en tráfico de ciudadanos extranjeros, de órganos, drogas, armas o de personas, o en diferentes aspectos al mismo tiempo, lo que suele ser habitual, compaginándolo con blanqueo de capitales, delitos urbanísticos, corrupción e incluso, en mayor o menor medida, con actividades lícitas que les suelen servir como pantalla.

Precisamente esta versatilidad de actividades y la mayor o menor magnitud de las mismas, de su mayor o menor estructuración y ubicación ha complicado la consecución de un concepto unívoco (1) y han

(1) En este sentido, ROTH, J./FREY, M., *Europa en las Garras de la Mafia*. (Trad. González Aguilar), Ed. Anaya y Mario Muchnik, Barcelona, 1995, p. 26;

venido motivando la incorporación de modalidades agravadas para algunos tipos penales. Ciertamente, tal como afirma la STS 1504/2004, de 25 de febrero, no existía en nuestro ordenamiento jurídico un concepto normativo de organización criminal, si bien desde una perspectiva criminológica cabía entender como tal «la concentración de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas».

Sin embargo, la obtención de ese concepto consensuado resultaba una necesidad cada vez más acuciante sobre todo desde una perspectiva de eficacia en la persecución internacional que exige una correcta armonización de legislaciones penales y procesales de los diferentes Estados que puedan verse implicados (2). No obstante, los posibles déficits en armonización no ha sido obstáculo para un desarrollo político y jurídico de instrumentos de persecución y para establecer puentes de comunicación y cooperación internacional que finalmente han tenido aplicación directa en los ordenamientos de los Estados. Precisamente este es el origen de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico penal interno de una larga serie de instrumentos penales y procesales de carácter excepcional, como, por ejemplo, el Capítulo VI del Título XXII del Código penal, introducido por la LO 5/2010, compuesto por los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican las organizaciones criminales y los grupos criminales como formas de

---

LÓPEZ MUÑOZ, Julián, «La criminalidad organizada contra el orden público», *Diario La Ley*, núm. 8179, de 28 de octubre de 2013. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales advierte que existen diferencias notables en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc..., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.

(2) Cfr. CURBET, J., *La Globalización de la (In)seguridad*, Plural Editores, INAP, Madrid, 2006, p. 13; BLAKESLEY, Ch. L., «El sistema penal frente al reto del crimen organizado», Informe General del Coloquio Preparatorio sobre «Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada. Sección I Derecho Penal General», celebrado en Nápoles del 18 al 29 de septiembre de 1997; en *Revue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Études Penales*, 3.º y 4.º trimestre 1997, Ed. Eres, pp. 101 ss. Mantiene que «estas dificultades para concretar un concepto de delincuencia organizada, pese al reconocimiento global del problema, hacían que abordarlo fuera como intentar agarrar un resbaladizo pez vivo». DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 35.

concertación criminal autónoma de los hechos que se perpetren en su seno (3).

La incorporación de los delitos relativos a la pertenencia a organizaciones y grupos criminales impone la reinterpretación de los límites de delitos ya existentes: por un lado, las asociaciones ilícitas; por otro, el castigo excepcional, sistema *numerus clausus*, de los actos preparatorios, y, finalmente, algunos delitos que recogen como forma de agravación específica la comisión del hecho en el seno de una organización y/o un grupo criminal.

#### 1. LA TRATA DE SERES HUMANOS

Este es el caso de la trata de seres humanos.

La trata de personas es un fenómeno delictivo que ha ido evolucionando en su perfil, hasta el punto de convertirse en una práctica globalizada y muy rentable convirtiéndose en uno de los grandes problemas de política criminal como el segundo gran negocio ilegal, por encima

---

(3) Precisamente se justifica la incorporación de estos delitos al Código penal en la falta de adaptación de la definición del delito de integración, pertenencia y/o participación en una organización criminal, tal y como se encontraba recogido en el Código Penal –CP artículo 515– a los parámetros que exigen diferentes instrumentos internacionales que abordan el problema de las diversas manifestaciones de la actividad delictiva en que se viene centrando la actividad policial y judicial en la lucha contra la criminalidad organizada: entre los que destacan el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Ámsterdam en junio de 1997 y sus posteriores revisiones, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre, relativa a este mismo tema, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y en la Ley de enjuiciamiento criminal –art. 282 bis LECrim– (LO 5/2010 Preámbulo aptdo. XXVIII). Es decir, como señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, responde a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación judicial asumidos por los Estados Miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Sin embargo, tras utilizar como fundamento de la reforma de la criminalidad organizada, sorprendentemente, en la lista que recoge la disposición final sexta de normativa de la Unión Europea incorporada a nuestro ordenamiento a través de esta reforma no figura ninguna de las disposiciones internacionales que se supone obligan a su incorporación, concretamente, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008. Y podría entenderse que la ausencia de la norma que teóricamente fundamenta la inclusión de los tipos analizados se debe a un mero olvido del legislador, si no resultase tan evidente el hecho de que la previsión de las organizaciones y grupos criminales ya estuviese en el Anteproyecto de 2006 y la Decisión Marco sea de 2008. Probablemente se vuelve a utilizar la normativa europea como excusa legislativa.

del tráfico de drogas y sólo superado por el tráfico de armas (4). De todas formas, dada la elevada cifra negra que se afirma que se produce en la comisión de este delito es difícil tener una visión de conjunto. Y es que el hecho de que se cometa en el seno de organizaciones criminales incide en las pocas denuncias que presentan las víctimas tanto por el férreo control al que se somete a las víctimas, como al miedo a las represalias por la red de explotación sobre su propia persona o sus familiares.

Y es que la dinámica comisiva habitual de este delito hace necesaria una infraestructura que permita precisamente diversificar actividades por lo que la presencia de organizaciones criminales o redes mafiosas que operan a nivel internacional parece una realidad criminológica (5): la organización criminal se estructura estableciendo bases de actividad en diferentes países, aglutinando miembros de diferentes nacionalidades (normalmente de la nacionalidad de las víctimas para facilitar la captación) y teniendo encomendado cada subgrupo una actividad concreta y especializada, ya sea en la fase de captación, en la de transporte o en el proceso de explotación, donde las redes de explotación comienzan por hacer pagar a las víctimas una «deuda» contraída por los gastos del viaje, estancia y documentación que normalmente resulta complicado de saldar puesto que las condiciones se endurecen progresivamente utilizándose coacciones o abusando de su situación de necesidad (6).

---

(4) Cfr. KANGASPUNTA, «Mapa del comercio inhumano: resultados preliminares de la base de datos sobre trata de seres humanos», en *Foro sobre el Delito y Sociedad* (2003), vol. 3, núms. 1 y 2, pp. 83 ss.; SÁNCHEZ LINDE, M., «La trata ilegal de personas: principales aspectos criminológicos», en *Cuadernos de criminología y ciencias forenses*, núm. 16, 2012, pp. 20-27.

(5) Vid. MAQUEDA ABREU, J., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 19 ss.; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 76 ss.; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, pp. 12 ss.; GÓMEZ NAVAJAS, «Inmigración ilegal y delincuencia organizada», en ZUGALDÍA ESPINAR /PÉREZ ALONSO, *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 387 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales», en PUENTE ABA (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 259 ss.

(6) Sin embargo, VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret 1/2012*, pp. 8 ss., realiza una investigación empírica sobre la trata de seres humanos y concluye que no todo supuesto de trata «implica ni un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, lo que la ligaría irremisiblemente a los supuestos de criminalidad organizada», aunque «atender a las razones que explican la producción del fenómeno de la trata de personas ayuda a entender cómo la relación entre trata y criminalidad organizada se haya

En España, la presencia de las redes de trata se sitúa aún en un rango medio-bajo (7), ello sobre todo si se considera que la Unión Europea estima que el tráfico ilegal mundial involucra a más de siete millones de personas (8); no obstante y de nuevo, la cifra negra y los casos ocultos son claramente mayoritarios, con lo que la cantidad de víctimas afectadas por la trata en nuestro país no puede determinarse certeramente.

La trata de personas como delito autónomo se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal, en el Título VII bis, tras los delitos contra la integridad moral (9). Se acaba así con el tratamiento conjunto que se venía incardinando en el artículo 318 bis CP como modalidad de delito de inmigración clandestina (10). El Título VII bis está compuesto por un único artículo, el artículo 177 bis CP que se estructura partiendo de un tipo base que lleva aparejado la pena de cinco a ocho años de prisión y que a continuación prevé diferentes niveles agravados. Entre ellos se encuentra el artículo 177 bis 6 CP, que impone la pena de ocho años y un día a doce años de prisión e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transito-

generalizada». *Vid.* Esta obra sobre el estudio de los escasos estudios empíricos existentes entre ambos fenómenos.

(7) Aunque datos como los de los Mossos d'Esquadra en Cataluña (años 2008-2009) informan que se desarticularon 76 redes y grupos organizados, con 160 personas detenidas por delito.

(8) Conforme los datos del European Program AGIS 2004-ENAT (European network against trafficking-1.º) celebrado en Lecce (Italia) en mayo de 2005.

(9) Diversas instancias internacionales, fundamentalmente la Unión Europea, así lo venían exigiendo. En Naciones Unidas, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Protocolo de Palermo), en ámbito Europeo, tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia), como la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), que ha sido sustituida ya por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

(10) En la exposición de motivos de la LO 5/2010 claramente se indica que «el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos».

rio que se dedicase a la realización de tales actividades, que también podrá agravarse imponiendo la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de la organización. Severidad punitiva que podrá imponerse en mitad superior en cualquiera de los casos (tanto para las personas con mando como para los meros miembros de la organización) si concurrieren, además, las circunstancias agravantes de los epígrafes 4 y 5 (11).

Esta agravación ya estaba prevista en la tipificación anterior de esta conducta cuando compartía tipo penal con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) y que resulta absolutamente razonable que la LO 5/2010 refleje igualmente en su tipificación como delito autónomo puesto que, además de la realidad criminológica que subyace en la comisión del tipo que refleja la íntima y necesaria conexión entre la criminalidad organizada y la trata de personas, también nos lo impone nuestros compromisos internacionales (12).

---

(11) Artículo 177 bis. 4: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior de este artículo cuando: *a*) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; *b*) la víctima sea menor de edad; *c*) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior».

Artículo 177 bis 5: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior».

(12) El instrumento internacional contemporáneo por excelencia en la lucha contra este fenómeno delictivo, el Protocolo de Palermo, complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que se aprobó junto con la Convención de 2000 (A. RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000) que contempla específicamente las organizaciones criminales para la trata de seres humanos en su artículo 5 (art. 5 Protocolo de Palermo «1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente protocolo, cuando se comentan intencionadamente. 2. Cada Estado parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: *a*) con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y *c*) la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo».

En ámbito europeo destaca el Convenio de Varsovia que contiene mandatos de incriminación específica para el delito de trata de seres humanos pero que no se limitan únicamente a prever la incriminación, sino que en el artículo 23 dispone que la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las conductas delictivas contempladas en los artículos 18 a 21 deben consistir en penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición cuando se trate de la trata de seres huma-

No obstante, pese a lo acertado de la previsión de la agravación en la trata de seres humanos, mucho más discutible resulta la técnica legislativa utilizada (13).

## II. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES (ARTS. 570 BIS Y SS. CP)

### 1. **La tipificación específica de las organizaciones y los grupos criminales en los artículos 570 bis y 570 ter del Código penal incorporada por la LO 5/2010**

La primera vez que en nuestro derecho interno se tipificó autónomamente una «organización criminal» fue como consecuencia de la modificación incorporada por la LO 5/1999, de 13 de enero, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves», añadiendo un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «Agente Encubierto» para investigar actividades propias de la delincuencia organizada, y que con esa finalidad considera «delincuencia organizada» la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos enumerados por el citado artículo. La Jurisprudencia también había fijado los requisitos diferenciando los supuestos de simple codelinquencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito (14).

Pero, hasta la promulgación de la LO 5/2010, nuestra legislación penal no concretaba un concepto de criminalidad organizada, no

---

nos. También el artículo 24 contempla que se tenga en cuenta la pertenencia a una organización criminal como agravante. *Vid.* Más ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret*, 1/2012, pp. 5-7.

(13) En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C, «Trata de seres humanos y delincuencia organizada», *InDret* 1/2012, p. 20, que critica tanto la gravedad de la respuesta penal prevista para estos supuestos como la forma concreta en que el legislador de 2010 ha incriminado los casos de trata de seres humanos realizados por quien actúa en el marco de una organización criminal.

(14) Por ejemplo, STS 1489/2003, de 6 de noviembre, al contemplar la agravante específica de pertenencia a organización incluía las notas características que la definían. En el mismo sentido, Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2005.

pudiendo obtenerse éste ni del estudio del delito de asociación ilícita ni de los definidores de los tipos cualificados (15).

### 1.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Estos nuevos tipos se han ubicado dentro del título XXII del libro II, es decir, entre los delitos contra el orden público, por lo que el bien jurídico protegido sería la estabilidad social como base misma de la democracia. Implica la tranquilidad social o la normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes a un país se desenvuelven, sin mayores estridencias que las que imponga, en sus también normales accidentes e incidentes, la vida cotidiana (16). Se entiende así que la criminalidad organizada afecta a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado (17). Precisamente, resulta complicado incluir entonces como objeto de persecución la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores (18).

Se construye un delito de peligro abstracto indeterminado, categoría delictiva hasta ahora desconocida y que puede resultar complicado compaginar con el principio de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (19). Esta dificultad sistemática no supone únicamente un

(15) Así lo reconoce la STS 1504/2004, de 25 de febrero.

(16) Véase la STS de 19 de junio de 1985. En este sentido, el preámbulo de la LO 5/2010 especifica que el orden público como bien jurídico de estos tipos abarca la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, que constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales mantiene que el bien jurídico es la protección de la seguridad ciudadana, definiéndola como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana que comprendería y posibilitaría la justificación de incorporar la lucha contra esos grupos dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego, como expresamente señala y que resulta bastante alejado del Preámbulo de la LO 5/2010 que afirma que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia.

(17) Preámbulo de la LO 5/2010, de 23 de junio.

(18) Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

(19) Así, no va a resultar fácil fundamentar cómo pone en peligro el orden público la mera existencia de una organización criminal cuya finalidad sea la comisión reiterada de faltas, o la planificación de un delito por un grupo criminal caracterizado por la falta de estabilidad Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

escollo formal, sino también material, es decir, resulta imprescindible la determinación de un elemento material del delito como es el bien jurídico, incluso si éste se busca a través de los intereses colectivos y difusos. De hecho, este fenómeno delictivo ha estado normalmente vinculado a la comisión de determinados delitos, construyéndose un tipo agravado en los mismos por la pertenencia a fenómenos de delincuencia organizada –como, por ejemplo, en el tráfico de drogas–, facilitándose así la identificación del bien jurídico puesto en peligro en concreto (20). Pues resulta evidente que el bien jurídico protegido en los tipos penales que como la trata de personas recogen tipos agravados en función de la pertenencia a formas de criminalidad organizada no varía en función de que concurra o no la agravante. Lo cual puede resultar decisivo a la hora de determinar la solución concursal a resolver en la concurrencia de ambas tipicidades bien a favor de un concurso de normas o a favor de un concurso de delitos.

## 1.2 ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

### 1.2.1 *Transposición normativa*

La Decisión Marco 2008/841/JAI establece como objetivo de persecución en la lucha contra la criminalidad organizada:

a) La participación activa en una organización delictiva, de manera intencionada y a sabiendas de su finalidad y actividad general o de su intención de cometer delitos graves, incluyendo facilitar información o medios materiales, reclutar a nuevos participantes, así como toda forma de financiar sus actividades. Se establece también que a esta forma de pertenencia activa deberá aplicársele una pena máxima de prisión de al menos dos años (21).

---

(20) Quizás hubiera resultado técnicamente más adecuado, y hubiera facilitado además la determinación del bien jurídico protegido en el caso concreto, mantener la tradición legislativa en materia de tipificación de las organizaciones criminales (incluso de los grupos criminales en los supuestos que se considerara necesario) para aquellos delitos para los que las circunstancias concretas lo aconsejaban. Así, podríamos encontrar más fácilmente la justificación del adelantamiento de las barreras de protección con relación a determinados bienes jurídicos, como delitos de mera actividad consistente en la planificación de concretos ataques a concretos bienes jurídicos. Esta técnica exigiría, sin embargo, una acotación legal de los bienes jurídicos con respecto de los cuales se considera necesaria la incriminación de las organizaciones y de los grupos criminales, lo que es incompatible con la pretensión de generalidad en la que está comprometida la reforma.

(21) En el peculiar lenguaje de las normativas penales europeas, se exige que la pena máxima de prisión tenga una duración de al menos entre dos y cinco años, pero es evidente que cualquier pena de dos o más años cumple con dicho requisito.

b) El acuerdo para la comisión de un delito de los establecidos en el artículo 1 de la Decisión Marco, aún cuando la persona que intervenga en el acuerdo no intervenga posteriormente en la ejecución del delito. En estos supuestos la pena a prever deberá ser como máximo la de reclusión que el delito que constituye el objetivo de la conspiración o con una pena máxima de reclusión de «al menos entre dos y cinco años».

Sin embargo, el mandato comunitario no impone ninguna tipificación concreta. Así entre las variadas posibilidades de técnica legislativa y entre las diferentes posibilidades de política criminal, el legislador español termina optando por una tipificación general de las organizaciones y grupos criminales como delito autónomo, fundamentándolo en que la técnica de actuación en grupo es útil y de hecho sirve igualmente para la comisión de cualquier modalidad delictiva, desde pequeños hurtos o estafas hasta grandes operaciones de tráfico ilícito de seres humanos o de armas, todo ello sin perjuicio de establecer, como así se hace, un penalidad más grave en determinados casos a los que se refiere el inciso segundo del párrafo primero del artículo (22).

Las prioridades finalmente han sido establecer graduaciones penológicas en función de la naturaleza y gravedad de los delitos que se pretenda perpetrar por la organización, de la responsabilidad del sujeto dentro del grupo, bien realicen tareas delictivas, organizativas, financieras, responsabilidad intermedias o sean simples miembros del grupo. De esta forma, se incorporan dos nuevas figuras delictivas: las organizaciones criminales (art. 570 bis CP) (23), estructura jerarquizada con vocación de permanencia, y los grupos criminales (art. 570 ter CP) (24). Las penas más graves corresponden a las organizaciones

---

(22) El Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto valoró de forma positiva que la nueva tipificación se realice «de forma abierta» incluyendo cualquier clase de agrupación criminal con independencia de la naturaleza de los delitos que constituyan su objeto. En el mismo sentido se pronuncia la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado cuando considera que su incorporación obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente todas las formas de criminalidad organizada.

(23) Que deben ser diferenciadas de las asociaciones ilícitas, lo que supera con creces el objetivo de este trabajo, pero que quizás podríamos pensar (no sin dudas) que la diferencia radica en que las organizaciones y grupos criminales no ponen en peligro el derecho constitucional de asociación, puesto que no son verdaderas asociaciones, pero que comparten con las asociaciones la característica de poseer una estructura con vocación de permanencia.

(24) Que no comportan tales características estructurales o de permanencia, a pesar de poder llegar a ser «fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad

criminales, debido a su estructura compleja, que responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y el orden público. Por otra parte, su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas. Sin embargo, hubiera sido deseable que se hubiera mantenido mayor paralelismo en la forma de estructurar los tipos de ambas figuras (25).

### 1.2.2 Organizaciones criminales

Artículo 570 bis CP: «1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Se parte de las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales, incluida la reiteración de faltas. En un segundo nivel punitivo se sitúan las actividades de participación o cooperación, a las que corresponde una respuesta penológica menos severa. Por último, se ubican agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tenga por objeto.

Comienza el tipo con la definición legal de una organización criminal como pluralidad subjetiva –más de dos personas–, coordinada con carácter estable o por tiempo indefinido, para la comisión de delitos o faltas (26). El artículo 570 bis, al delimitar la responsabilidad de

---

actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos» y que «aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes», conforme al Preámbulo de la LO 5/2010.

(25) Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

(26) Esta definición resulta conforme tanto a exigencias de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, como a las de la jurisprudencia

los miembros con relación a la función que cumplen en la organización, parece exigir que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones esté presidida por las ideas de jerarquía y disciplina (27). También resulta esencial la nota de permanencia y estabilidad de la organización, que excluiría aquellos grupos con vínculos transitorios o de carácter ocasional, característica que permitirá su delimitación con los grupos criminales. No se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales (28).

En cualquier caso, existe consenso en que la organización representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues supondrá, previsiblemente, un incremento de las posibilidades de alcanzar el

---

(STC de 16 de diciembre de 1987; SSTS de 14 de diciembre de 1993; 29 de julio de 1998; SAN de 26 de marzo de 2001). Como señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales el artículo 570 bis incluye los dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. Así, nuestro legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales, pudiéndose incluir aquellas organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma.

(27) Habrá que estar pendiente de la actuación jurisprudencial y comprobar si estas exigencias conformarán nuevas interpretaciones o si se mantendrá la línea que mantiene el Tribunal Supremo al analizar otras figuras delictivas donde también se exige una actuación coordinada de personas integradas en agrupaciones o bandas, donde nunca ha exigido una especial o particular forma o estructura organizativa.

(28) Conforme expone la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. En todo caso, la citada Circular 2/2011 establece que, ante la exacerbación punitiva que supone el artículo 570 bis, con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de la organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponderá con la solicitud de sanciones penales más graves. Dicha solución deja la delimitación de diferentes grados de antijuridicidad, que debería haber sido abordado por el legislativo, en manos del Ministerio Fiscal.

éxito (29) y que el incremento en el desvalor del hecho debe repercutir en una superior responsabilidad para cada uno de los sujetos que intervienen en el hecho y que supondría el fundamento material de la circunstancia agravante específica de la trata de personas en el artículo 177 bis 6 CP.

### 1.2.3 Grupos criminales

Artículo 570 ter CP: «1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.

Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.

Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

La incorporación al Código Penal de los grupos criminales como forma de criminalidad organizada se ampara en la incapacidad del delito de asociación ilícita para responder a todos los supuestos de asociaciones criminales de carácter transitorio (30) –una realidad contrastada en el denominado terrorismo yihadista– es decir, sin vocación de permanencia y sin una férrea estructura jerárquica (31). No obstante, la nueva regulación no aborda este fenómeno únicamente en los delitos de terrorismo, ni siquiera se limita a un grupo de delitos en los

(29) Así, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

(30) LO 51/2010 preámbulo aptdo. XXVI.

(31) Sin embargo, que este fenómeno haga necesaria la creación del nuevo tipo resulta muy dudoso, puesto que hubiera sido suficiente entonces con tipificar el fenómeno únicamente en el ámbito de los delitos de terrorismo o utilizar la figura de la conspiración para los delitos de terrorismo –que permanece en el artículo 579.1 CP–.

que a través de agravaciones específicas se abordaba el problema (32), todo lo contrario, parece resultar necesaria (33) la extensión a cualquier tipo de delito afirmando que la existencia del grupo criminal incide de forma importante en la seguridad ciudadana.

La definición normativa caracteriza al grupo criminal como la unión de más de dos personas con la finalidad de la perpetración concertada de un delito o delitos o reiterada de faltas, pero que al mismo tiempo no reúne «alguna o algunas de las características de la organización criminal». Se configura como un tipo de carácter residual frente al de organización criminal, compartiendo la exigencia del elemento plurisubjetivo, más de dos personas, y el tendencial, tener por finalidad la perpetración concertada de delito o reiterada de faltas, y del que se diferenciará por la nota negativa de no concurrencia de alguna o algunas de las restantes características de la organización criminal.

Para la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado se reducen así los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia («formación no fortuita») y una estructura básica que supondrá la actuación concertada de sus miembros pero que no requerirá una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

En este supuesto, la responsabilidad penal no se establece en función de los diferentes papeles que realice el sujeto dentro del grupo, unificándose la respuesta para los casos de que el sujeto constituya, financie o integre el grupo criminal (34). La diferencia con el tipo del artículo 570 bis quizás se deba precisamente a que la relevancia de los dirigentes es mayor cuanto mayor es la estabilidad del grupo. Si se ha conformado para la perpetración de uno o varios delitos en concreto, entonces, y conforme a las reglas generales de autoría y participación, tanto si fueren calificados como inductores o cooperadores necesarios en el delito planificado, su pena sería la misma que la del autor (art. 28 párr. 2.º CP, con relación al artículo 61 CP).

Sin embargo, sí que se mantiene la diferenciación penológica con relación a la naturaleza y gravedad de los delitos que tiene por finali-

---

(32) La opción que venía utilizándose eran las agravaciones específicas en los tipos en los que más frecuentemente se produce el fenómeno, como es el caso del tráfico de drogas (art. 369.2) de la prostitución (art. 187) o de la trata de personas (art. 177 bis 6), alternativa mucho más coherente con la sistemática general de los actos preparatorios y que evitaría numerosos conflictos normativos.

(33) Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2008.

(34) No se comprenderán los actos de mera cooperación o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, salvo la financiación de actividades concretas.

dad perpetrar el grupo aunque tamaño laberinto penológico, con solapamientos y delimitaciones superpuestas, supuestamente fundamentadas tanto en la naturaleza como en la gravedad de los delitos, no parece responder a una meditada estrategia por parte del legislador, al respeto al principio de proporcionalidad, o al menos no se entiende fácilmente el posible criterio utilizado en la elección de las consecuencias jurídicas en cada caso (35). Así (36):

1. Si se trata de uno o más delitos graves contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de dos a cuatro años

2. Si se trata de delitos menos graves, también contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de uno a tres años (37).

3. En caso de que se trate de cualquier otro delito grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

4. Si se trata de uno o varios delitos menos graves –pero que no sean contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos– la pena será de tres meses a un año de prisión.

5. La misma pena, prisión de 3 meses a 1 año, se impondrá al grupo que tenga como finalidad la comisión reiterada de faltas de hurto (del artículo 623.1), imponiéndose en mitad inferior si el objetivo es la reiteración en la comisión de otras faltas, es decir, de tres a siete meses y medio de prisión (38)

(35) Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

(36) Deberemos entender, en virtud de criterios sistemáticos de interpretación (art. 13 con relación al artículo 33) que los delitos serán graves cuando la pena que lleva aparejada sea grave –por ejemplo, prisión superior a cinco años– y que nos encontramos ante delitos menos graves cuando su pena sea considerada como menos grave en el listado del artículo 33.3 –por ejemplo, prisión de tres meses hasta cinco años– y que las faltas se corresponden con las penas leves.

(37) Lo que implica un solapamiento de penas con el marco elegido para el supuesto anterior que no permite una interpretación coherente con el principio de proporcionalidad.

(38) En el caso del grupo criminal que tuviera por objeto la comisión reiterada de faltas, concretamente de la falta del artículo 623.1 (supuesto previsto expresamente en el artículo 570 ter.1.c) *in fine* y al que se otorga mayor gravedad que, por ejemplo, a la comisión reiterada de faltas de lesiones), nos debemos plantear por qué una circunstancia, como es la unidad del plan, que en el delito continuado de hurto sirve para eludir la severidad punitiva que conlleva la aplicación de un concurso real de delitos (art. 74.1) en algunos casos, porque supone en el caso de la continuidad de las faltas contra el patrimonio cometidas en el seno de la organización implica justamente una consecuencia antagónica.

El artículo 570 ter discrimina en función de la gravedad del delito a la hora de establecer las penas a imponer, por lo tanto, si la finalidad del grupo es cometer varios delitos debemos suponer que será el más grave de ellos el que determine la disposición a aplicar a los integrantes del grupo criminal (independientemente, se debe suponer, de en cuál o cuáles de ellos se pretenda intervenir o si es una intervención común a todos, etc.). Quizás los problemas sea discriminar entre varios delitos si no comienza la fase ejecutiva de ninguno de ellos (39), aunque será de suponer que el legislador ya prevé que no se van a perseguir –habitualmente al menos– a las organizaciones que no manifiesten su peligrosidad criminal con la ejecución de delitos.

En estos casos, lo primero que tendremos que conseguir es delimitar el ámbito del grupo criminal diferenciándolo de la organización criminal, pues, la diferencia más evidente entre ellos reside en la estabilidad que se predica de las organizaciones y la falta de tanta estabilidad de los grupos criminales.

Centrando la diferencia en el «carácter estable o por tiempo indefinido» de las organizaciones criminales y admitiendo que los grupos criminales deben tener cierta estabilidad para la comisión de varios delitos o la comisión reiterada de faltas, podríamos decir que la organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo –y quizás por eso no se diferencia entre los diferentes delitos que puedan llegar a planificarse– y que el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo pero que su duración es transitoria. Y las dudas surgen sobre si esta diferencia puede fundamentar una regulación tan distinta de ambos fenómenos.

2. La agravante específica del delito de trata de personas cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio.

Artículo 177 bis 6: «Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo (prisión de ocho a doce años de prisión) e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurren alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior (prisión de diez a doce años e inhabilitación especial por el

---

(39) En cuanto a la posibilidad, típicamente viable, de que el grupo criminal se haya conformado para la comisión de un único delito y los problemas que plantearía en cuanto al solapamiento con otras figuras delictivas, véase, GARCÍA DEL BLANCO, V., «Organizaciones y grupos criminales», *Memento práctico. Penal*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 1645-1663.

tiempo de la condena). Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo».

### III. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES Y FASE PREPARATORIA DEL DELITO.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, la realización de acciones violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas y que la clase de delitos que pretendan cometer sean, básicamente, de naturaleza grave, aunque también se incluye la reiteración en la comisión de faltas. Este elemento tendencial implica necesariamente que la conducta típica de la organización criminal consistiría en conductas destinadas o bien al mantenimiento de la propia organización, o bien a la preparación de los delitos o bien al ocultamiento de los efectos del delito o de sus autores o partícipes.

Quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años, si tuviere como fin la comisión de delitos graves y de prisión de uno a tres años, en los demás casos (40).

---

(40) Realmente sorprende que la literalidad del precepto al utilizar la expresión «así como» obligue a que sea necesaria la acumulación de fines –tanto la comisión de delitos como la perpetración reiterada de faltas– para que se entienda realizado el delito. Mucho más acertado hubiera sido que, como se hace en el artículo siguiente, al definir los grupos criminales, se hubiese utilizado la conjunción disyuntiva «o» para separar las dos posibilidades que, como fines, pueden tener «la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas» (art. 570 ter.1. párr. 2.º). No se alcanza a entender el fundamento de la diferencia establecida y hubiera sido deseable que en dos artículos consecutivos y que regulan dos instituciones tan íntimamente relacionadas como las organizaciones y los grupos criminales –siendo que estos últimos se definen parcialmente partiendo de la definición de los primeros– se hubiera mantenido un estricto paralelismo en su tipificación.

La pertenencia a una organización constituye un delito de estatus y configura un comportamiento distinto a la simple participación en un delito puntual de la organización o grupo criminal. Por lo tanto, la intervención en un delito programado por la organización o grupo criminal no implica convertirse en miembro de la organización. Pertenecer a una organización comporta una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello. Los integrantes de la organización o «miembros activos» serían los que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, de los delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada.

En estos supuestos, la intervención activa no equivale tan sólo a la futura autoría de los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos e igualmente las conductas de mantenimiento de la estructura estable o de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Además, el tipo menciona expresamente como forma de cooperación relevante la cooperación económica, que podría encajar perfectamente a una cooperación necesaria o complicidad con relación al delito planificado si comenzase su ejecución.

La actividad de la organización criminal coincidiría en el contexto comisivo tanto con las resoluciones manifestadas destinadas a la estructuración del grupo y sus papeles dentro de la organización y de la ejecución del futuro delito, como con las aportaciones de carácter material para el sostenimiento de la propia organización o del futuro delito (41).

---

(41) Con relación a los actos preparatorios, el sistema implantado en el Código Penal de 1995, que supuso un cambio sustancial respecto a la regulación del Código Penal de 1973, establece la regla general de su impunidad. Se entiende que el peligro para el bien jurídico protegido por el tipo que se pretende ejecutar no resulta suficientemente relevante como para la imposición de pena de forma autónoma, es decir, si a esa preparación no le sigue la ejecución. Subsistiendo evidentemente la posibilidad del castigo si comienza la ejecución como formas de participación en hecho ajeno, tanto inducción como cooperación necesaria o complicidad. El Código Penal sólo establece tres posibles excepciones a esta norma como sistema *numerus clausus*: la conspiración (art. 17.1), la proposición (art. 17.2) y la provocación al delito (art. 18), como resoluciones manifestadas, pues se entiende que en estos casos el peligro ya es relevante. En todo caso se exige su tipificación expresa en la ubicación correspondiente al delito en concreto.

La incriminación autónoma de las organizaciones criminales sólo podría entenderse justificada en la medida en que exista una relación estructurada entre los miembros de la organización o grupo criminal representen un peligro permanente y objetivo de comisión de los mismos, peligro que va más allá del propio de los actos preparatorios o de la tentativa de realización de los delitos que constituyen el objeto de la asociación. En consecuencia, la organización criminal es punible al margen de la tentativa o la consumación de los delitos constitutivos de sus fines. Hay que entender, entonces, que la conducta típica no sólo es la planificación de un delito en concreto sino el mantenimiento temporal, la permanencia, de una organización con capacidad para lesionar diferentes bienes jurídicos.

Salvo las conductas destinadas al propio mantenimiento de la organización como ente, conductas puramente funcionales y que quizás son las que comportan una menor peligrosidad, el resto de conductas entrarían en conflicto tanto con la tipificación expresa de esos mismos comportamientos (por ejemplo, en el caso del encubrimiento personal o real) o bien con la regulación o también la atipicidad de la fase preparatoria.

Resulta fundamental no confundir la responsabilidad del sujeto por pertenencia a la organización criminal con su responsabilidad con relación a los delitos o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, que deberá conformarse a las reglas generales de autoría y participación establecidas en los artículos 27 ss. CP, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el hecho ejecutado derivada del mero hecho de formar parte de la organización (42).

Al igual que se venía manteniendo para los delitos de asociaciones ilícitas, al tratarse también de un delito de pertenencia y por lo tanto permanente, la consumación se produce desde el momento en que se realice alguna forma de colaboración o participación en la organización o grupo criminal.

No se requiere para la consumación el que en el desenvolvimiento de su actividad se cometan determinadas infracciones, sino 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

---

(42) Sin embargo, como nos recuerda la STS de 17 de julio de 1993 la circunstancia de pertenencia a una organización delictiva no genera, sin más, la asunción de todas las responsabilidades penales imputables a aquélla en cuanto proyección de las decisiones humanas que acaezcan, sino que los principios de culpabilidad y de justicia y proporcionalidad exigen la expresa determinación de los precisos comportamientos de cada uno de los puros asociados, con exclusión, así, de responsabilidades por resultados más graves que los asumidos.

integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción (43). Aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo han hecho.

Por ello, esta tipificación general de las actividades colectivas de preparación de delitos consideramos que supone una contradicción interna en un Código Penal donde el castigo autónomo de la fase preparatoria resulta absolutamente excepcional (arts. 17 y 18 CP que incorporan un sistema *numerus clausus*).

Además, cuando estos actos preparatorios estén tipificados expresamente en el delito correspondiente, como veremos a continuación en el caso de la trata de personas, la punición autónoma de estos actos preparatorios se rige en todo caso por el principio de subsidiariedad de un concurso de leyes, quedando desplazada su aplicación en todo caso si comienza la ejecución del hecho, ya termine siendo una tentativa o un delito consumado. En ese caso, comenzada la ejecución, las intervenciones en fase preparatoria únicamente podrán ser tenidas en cuenta como formas de participación en el delito finalmente perpetrado (inducción, cooperación necesaria o complicidad), siendo entonces el bien jurídico protegido el mismo que el que protegería el delito finalmente ejecutado; un Código penal que derogó la agravante, genérica y específica, de premeditación y donde el hecho de realizar diferentes delitos «en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión» supone también uno de los requisitos del delito continuado para evitar las consecuencias más severas del concurso real.

En el caso de la trata de personas, como decíamos, el legislador ha optado por tipificar expresamente las resoluciones manifestadas en la fase preparatoria del delito (tal como exige para su castigo los arts. 17 y 18 CP) de la siguiente forma:

Artículo 177 bis 8 CP: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente».

Por lo que, de no llegar a comenzar la ejecución del tipo de trata, pero sí la fase preparatoria de la misma en el seno de una organización o grupo criminal deberemos discernir si nos encontramos ante un concurso de leyes o de delito y su resolución.

---

(43) STS de 31 de marzo de 2010 sobre el caso Jarrai-Haika-Segi.

La delimitación entre la organización o el grupo criminal aplicable a la planificación de cualquier delito o falta continuada, y la conspiración para delinquir (art. 17 CP) configurada como acto preparatorio punible únicamente con relación a determinados delitos se centrará básicamente en la vocación de permanencia de la organización –que requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales– frente a la conspiración que se limitará a un único delito, a un delito aislado y determinado en el tiempo, en principio. La conspiración se limitará a los que se conciertan para cometer un delito concreto y que además resuelven ejecutarlos ellos mismos como autores (44). La organización criminal, delito autónomo de los que finalmente se ejecutarían, sancionará a todos sus integrantes con independencia de los sujetos que en concreto tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto.

La conducta típica de las organizaciones y grupos criminales coincidiría por completo con la fase preparatoria del concreto delito fin que se cometería en su seno y, por lo tanto, si fuera el único delito que se pretende cometer –por ejemplo, posibilidad prevista para los grupos criminales (art. 570 ter CP)–, establecer un bien jurídico diferente en ambos tipos no parece posible. Si fueran varios delitos de la misma naturaleza, ocurriría lo mismo. E incluso cuando se tuviera como objetivo la comisión de diferentes tipos penales habría una coincidencia al menos parcial.

Al haberse tipificado estas formas de intervención conjunta (más o menos estable) en la planificación de delitos se estaría adelantando la barrera punitiva de la ejecución conjunta o pluri-intervención delictiva, ya sea en forma de coautoría o de autoría y participación, puesto que en ambos casos sería posible y en muchos casos necesaria la coordinación de las diferentes intervenciones.

En la discusión doctrinal sobre el fundamento de la coautoría se mantiene mayoritariamente que el mero concierto, la coordinación de la actuación en grupo, representa un aumento de la capacidad lesiva del grupo frente al peligro que supondría la suma de las aportaciones individuales sin concierto. La mayoría de la doctrina opina que así se fundamenta el principio de imputación recíproca y la existencia de un

---

(44) No como autores o partícipes como afirma la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, lo que provocaría graves problemas interpretativos que en algunos casos llevaría a castigar más al conspirador que al cómplice del delito ejecutado.

único delito del que responden todos independientemente de su aportación concreta (siempre que sea de autoría y ahí depende de la teoría que se mantenga) (45).

Podríamos llegar a la conclusión de que, si el grupo se conforma y tiene como único objetivo la comisión de una clase de delitos concretos, entonces no existiría un bien jurídico diferente en la existencia del grupo criminal que el propio protegido por el delito que se pretende cometer. La propia existencia del artículo 570 bis CP y del artículo 570 ter CP debería suponer, como hemos adelantado en epígrafes anteriores, que la conducta no coincide exactamente con la fase preparatoria de un delito, sino que conlleva un plus de antijuridicidad. Así, el bien jurídico de la organización criminal depende de su estabilidad, circunstancia que no concurriría en el grupo criminal –de hecho es una de las características que posibilita la diferenciación de ambos fenómenos–, por lo que dicha tipificación del grupo criminal para la comisión de un único delito obligaría a reconocer que nos encontramos ante una tipificación con carácter general de los actos preparatorios de cualquier delito (y de la reiteración en la comisión de cualquier falta) articulada en un tipo de la Parte especial. De ser así, por una parte, se trataría de un curioso fenómeno en la técnica legislativa penal. Lo normal sería que en la parte especial se exceptuaran puntualmente normas generales con relación a algún delito concreto, pero que una cláusula general sobre punición de la concertación en fase preparatoria se escondiera como un tipo específico resultaría original cuando menos (46).

En nuestro ordenamiento, como es sabido, se tipifican excepcionalmente y conforme a un sistema de *numerus clausus* tres formas de actos preparatorios concretos: la conspiración y la proposición (art. 17 CP) y la provocación (art. 18 CP), exigiéndose en ambos casos la tipificación expresa de la conducta preparatoria en la regulación del concreto delito del que se trate. Como ocurre, por ejemplo, en el caso de trata de personas (art. 177 bis 8 CP).

De esta forma, sólo estará justificada la tipificación expresa de los actos preparatorios específicos cuando sea necesaria para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves –que lesionen la vida, la integridad física o la libertad de otros seres humanos– y sólo en casos de peligro claro y actual. La pena debe ser siem-

---

(45) Pero jamás se ha afirmado que represente un peligro distinto o para bienes jurídicos diferentes del propio del delito concreto.

(46) Y, por otra parte, se infringiría claramente el principio de proporcionalidad.

pre inferior a la del delito planificado y, en todo caso, debe ser proporcional en relación con la pena de la tentativa.

La concertación de más de dos personas para la ejecución de un delito se asemejaría a una forma amplísima de conspiración, puesto que la doctrina dominante limita la conspiración a una coautoría anticipada, es decir, a los sujetos que comprometen su intervención como autores en la fase ejecutiva del delito planificado. Por ello, no todo el que participa en el concierto con promesa de aportación futura va a ser conspirador. Sin embargo, el grupo criminal abarcaría indistintamente tanto a futuros autores como a meros partícipes siempre y cuando coordinaren sus actividades futuras con el objetivo común de la ejecución de un delito.

Para la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o planificación del delito por una pluralidad de personas son:

1. El acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad. Lo que obligará entonces al intérprete a diferenciar tres situaciones: la organización criminal –agrupación de personas con vocación de permanencia–, el grupo criminal, en el que sus integrantes no se limitan a la ejecución puntual de un delito pero que tampoco pretenden permanecer en el tiempo y, por último, el grupo que no pretende ninguna permanencia sino que se conforma para la comisión de un único delito (47). Ciertamente, la inseguridad jurídica que se plantea deberá ser delimitada con mayor claridad por los tribunales.

2. La trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o hechos ilícitos que se cometan. Sin especificar dónde acaba y cómo se concreta ese «más allá» donde debe trascender el acuerdo.

3. La distribución de cometidos o tareas a desarrollar. Criterio que evidentemente no puede servir para delimitar la figura con relación a la codelincuencia.

---

(47) Otro problema en el que no podemos entrar a fondo en este trabajo es que, aunque el grupo criminal pueda tener por objeto, como establece el art. 570 ter CP, la comisión de un único delito, pero esto no implicaría que no pudiera tener estabilidad, puesto que podría tratarse de un delito cuya ejecución tuviera una amplia duración temporal de su ejecución.

4. La existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada, que también obligaría, como en el primer supuesto, a delimitar entre la estructura jerárquica estable de las organizaciones criminales, esta situación intermedia exigida a los grupos criminales y ¿la desorganización de la codelincuencia?

5. Y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal, lo que igualmente no resulta viable puesto que es propio de cualquier tipo de actividad delictiva.

Vemos que ninguno de estos criterios salva las dificultades interpretativas que plantean los nuevos tipos pese a la buena voluntad que emplea la Fiscalía para encontrar una solución viable.

Las consecuencias de esta regulación en los casos en los que el grupo criminal no materialice sus intenciones en la ejecución del delito no son fáciles de prever. Así:

a) Si en la regulación del delito planificado no se prevé expresamente el castigo de la conspiración –por ejemplo, un delito contra la libertad sexual– deberíamos aplicar la disposición prevista en el artículo 570 ter.1.a): de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves, independientemente, se insiste, de que el sujeto hubiera comprometido una aportación de autor o participe en el delito fin. Con relación a este punto, sólo poner de relieve la desproporción punitiva entre las penas previstas para los autores del delito consumado y las que serían de aplicación por la mera participación en un acuerdo comprometiéndose, por ejemplo, una aportación propia de cómplice en el futuro delito. Tomando como ejemplo un estupro del artículo 183.1, al autor del hecho consumado se le aplicará la pena de prisión de uno a dos años. Sin embargo, si sólo participa en la fase preparatoria en un acuerdo con otras dos personas y compromete una aportación de cómplice, a pesar de que no comenzase la fase ejecutiva del delito en cuestión, se le debería aplicar una pena de prisión de uno a tres años.

b) Si el delito en concreto tiene la conspiración expresamente tipificada en el capítulo correspondiente –normalmente con idéntica pena que la tentativa–, aumentarán los problemas. Sin ir más lejos el delito de trata de personas, que en el citado artículo 177 bis 8 aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la pena del tipo consumado correspondiente. Si partimos del tipo base que tiene una pena de prisión de cinco a ocho años, corresponderá una pena de dos años y medio a cinco años menos un día o de año y tres meses a dos años y medio menos un día. Sin embargo, si nos vamos al tipo agravado por

cometerse en el seno de organización o grupo criminal, que impone la pena superior en grado, en el artículo 177 bis 6, las penas de la conspiración a la que nos referimos sería o bien de prisión de cuatro a ocho años menos un día o de dos a cuatro años menos un día.

Como, evidentemente, habrá un conflicto entre una excepción a la norma general de impunidad de los actos preparatorios, establecida expresamente en el tipo del artículo 177 bis 8 CP y una norma de aplicación general para todos los delitos establecida en el tipo del artículo 570 ter CP, y como el ámbito de posibles sujetos que abarca no coincide *a priori*, habrá que decantarse entre dos posibilidades:

Para los integrantes del grupo criminal que hubieran comprometido aportaciones propias de autoría en el futuro delito, la coincidencia sería total entre ambas disposiciones y se estaría ante un concurso de leyes a resolver por las normas del artículo 8 CP. La determinación del tipo a aplicar dependerá del criterio de resolución que se entienda aplicable. Parece que el criterio más adecuado para resolverlo sería el principio de especialidad (art. 8.1 CP), por el que el tipo del artículo 141 CP desplazaría la aplicación del artículo 570 ter CP. La remisión expresa a la alternatividad del artículo 570 quáter CP no llegaría a ser tenida en cuenta, como veremos en su momento, aunque, si fuera de aplicación la solución no variaría y también tendríamos que optar por la conspiración de homicidio (art. 141 CP) por tener prevista en abstracto una pena mayor.

Para los integrantes del grupo criminal cuya aportación fuera únicamente de participación en el delito fin, no habría conflicto alguno puesto que la conspiración del artículo 141 CP sólo abarcaría las futuras autorías, y únicamente sería de aplicación la disposición correspondiente del artículo 570 ter CP.

Complica aún más la admisibilidad de esta interpretación el que, si finalmente el delito se llegase a ejecutar, las normas que incriminan la fase preparatoria con carácter general –la conspiración del artículo 17 CP tipificada expresamente en el delito concreto– quedarían desplazadas en virtud del criterio de subsidiariedad por la tentativa o la consumación del delito (art. 8.2 CP). Por ello, no cabe admitir que en supuestos en los que la contribución del sujeto es de menor gravedad –por ejemplo, porque únicamente compromete su participación como cómplice– pudiera acudirse a un concurso de delitos entre el artículo 570 ter y la participación efectiva en el delito finalmente perpetrado.

La conclusión no puede ser otra que el rechazo a esta posible interpretación debiendo exigirse en todo caso que el grupo criminal

suponga un plus de antijuridicidad frente a la fase preparatoria de un delito, fase que, como veíamos, está sometida a sus propias reglas de tipificación en el sistema *numerus clausus* elegido por nuestro Código penal.

En estos supuestos, si los delitos o faltas concertados tuvieran tipificada la conspiración en fase preparatoria, podríamos llegar a la conclusión de que estas conspiraciones específicas quedarían desplazadas por el tipo del artículo 570 ter, por abarcar el conjunto de todas ellas –principio de especialidad (art. 8.1)–, pero quizás sería complicado que todos los delitos planificados por el grupo tuvieran tipificada expresamente la fase preparatoria en sus capítulos –aunque si hubiera homogeneidad delictiva, por ejemplo, cinco homicidios, se pudiera tratar de un concurso ideal de cinco conspiraciones del artículo 141–. Sin embargo, también se puede entender que se trata de un bien jurídico diferente al puesto en peligro por la conspiración a un delito en concreto, y entonces la duda estaría entre aplicarles un concurso de delitos –por ejemplo, concurso ideal por identidad parcial de acción– o un concurso de leyes a resolver aplicando el principio de consunción (art. 8.3 CP).

#### IV. LA RESPONSABILIDAD AGRAVADA DE LOS DIRIGENTES

El artículo 177 bis, 4 segundo párrafo CP agrava aún más la responsabilidad en caso de tratarse de jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones, aun temporales, alcanzándose entonces la pena de prisión de diez a doce años sobre el tipo base (48).

Art. 177 bis. 4 segundo párrafo CP: «Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo».

En materia de organizaciones y grupos criminales también la posición jerárquica superior otorga una mayor penalidad. Conforme al artículo 570 bis CP quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan la organización criminal serán castigados con pena de prisión de cuatro a ocho años, cuando tengan como objetivo la comisión de delitos graves y prisión de tres a seis años, en los demás

---

(48) Pudiendo ser aún mayor si concurriera alguna otra agravante.

casos (49). Sin embargo, el artículo 570 ter CP no distingue entre los que constituyeren, financiaren o integraren el grupo criminal, sino que la pena dependerá únicamente del delito que pretenda cometer el grupo. Quizás tenga cierto sentido no fundamentar una agravante en la jefatura de un grupo criminal puesto que como hemos visto no se caracteriza por la permanencia pero, es cierto, que sorprende si lo comparamos con su paralelo del artículo 570 bis y sobre todo con el resto de circunstancias agravantes específicas que salpican el Código penal y que, como ocurre en la trata de personas, recogen agravantes por realizarse en el seno de la criminalidad organizada, de hecho, en el artículo 177 bis 6 al castigar a los *jefes, administradores o encargados* puedan serlo tanto de una organización (jerárquica y estable) como de un grupo sin demasiada estabilidad o permanencia.

Son promotores o constituyentes quienes asumen el rol de «ideólogos» de las actividades y finalidades de una organización, y también quienes realizan la función de «reclutamiento» y «adoctrinamiento» de sus miembros, es decir, todos aquéllos que la promocionan o promueven, entre ellos, los fundadores del ideario de la banda criminal (50) y de sus líneas de actuación, los cuales suelen estar vinculados a su creación. Son dirigentes, directores, organizadores o coordinadores, los que gobiernan o mandan en una asociación criminal, esto es, aquéllos que dan las reglas, órdenes y directrices que deben seguirse dentro de la organización.

Lo específico del comportamiento de un directivo es el rango jerárquico, la posición orgánica desde la que éste actúa, una posición de predominio, de supremacía, aceptándose que las funciones de mando pueden ejercerse de forma originaria o delegada. De este modo, junto a los directivos máximos o directivos últimos se introduce la figura de los mandos intermedios, que participa de las funciones de dirección, por más que sus funciones se maten temporal o localmente; por más que sean delegadas u ocasionales, subalternas. Los dirigentes ejercen funciones de mando ocasionalmente, las cuales tienen por objeto a grupos concretos no a la organización en su conjunto, que es la actividad propia del directivo (51).

---

(49) En la redacción del precepto se incluye como conducta típica, además de promover, constituir, organizar o dirigir, la de coordinar, que no está recogida entre las conductas propias de las organizaciones terroristas, por ejemplo. Dadas las consecuencias que en este ámbito puede tener la utilización concreta de unos términos u otros, sería más adecuado que los términos que se utilizasen fueran exactamente idénticos en uno y otro artículo.

(50) STS de 16 de febrero de 2007.

(51) SSTs de 31 de marzo de 2010 y 21 de enero de 2009.

Sin embargo, aparte de imponer la agravación de la responsabilidad penal a quienes tienen capacidad de organización en las organizaciones criminales en cuyo seno se comete el delito, no aporta solución a los problemas de imputación al dirigente de las conductas materialmente realizadas por los sujetos más o menos fungibles que se encuentran en la base de la pirámide. Este problema debe solucionarse con los criterios tradicionales sobre imputación al dirigente de la organización que habitualmente se considera coautor (52), autor mediato (53) o mero inductor (54).

## V. LAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES Y LA TRATA DE PERSONAS

En el artículo 570 bis. 2 CP se establece el listado de las circunstancias que conllevarán la imposición de la pena correspondiente en mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren varias.

Conlleva la imposición de la pena correspondiente en mitad superior el hecho de que la organización esté compuesta por un elevado número de personas [art. 570 bis. 2.a)], pudiéndose encontrar el mayor desvalor del hecho en una mayor peligrosidad de la organización, no sólo por su mayor estabilidad sino por la mayor fungibilidad de sus miembros. Parece que la agravación puede limitarse a grandes estructuras criminales que mantienen una estructura organizativa rígida que sirva como base para afirmar un dominio de la organización por parte de sus dirigentes. Quedan así excluidos y se mantendrían en el tipo base aquellos pequeños grupos, familias, etc., cuyos miembros se conexionan por estrechos lazos entre sí y precisamente es esa confianza mutua lo que hace que no acudan a agentes externos –la clandestinidad necesaria para una actuación eficaz de las organizaciones

---

(52) Vid. MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Madrid, 1999, pp. 151 ss.

(53) Cfr. ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ/ANARTE BORRALLÓ (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Madrid, 1999, pp. 191 ss.

(54) Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ministerio del Interior, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 157 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, «La criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación», *La criminalidad organizada. Aspectos Sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 262 ss.

criminales muchas veces implica que los ejecutores hayan sido elegidos por unas especiales características o confianza— (55).

La segunda agravante consiste en que la organización disponga de armas o instrumentos peligrosos (art. 570 bis. 2 CP) pues implica un mayor peligro que para la vida o la integridad física significa la utilización de medios peligrosos en los delitos planificados por la organización (56).

Que la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que, por sus características, resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables [art. 570 bis.2.c) CP] supone otra de las agravaciones específicas. Se tipifica como agravante la disposición de medios que faciliten la comunicación entre los componentes de la organización criminal y, por tanto, la coordinación entre ellos. Podemos plantearnos si no se está valorando de nuevo una característica innata del grupo, como es la coordinación entre sus miembros, para lo cual quizás fuera necesario poseer estos medios tecnológicos avanzados de comunicación —imputación objetiva del riesgo—, que, en concreto, podría referirse a teléfonos móviles, ordenadores, etc., pero siempre que supongan un medio tecnológico «avanzado», es decir, un plus sobre la conducta básica (57), lo que debe determinarse partiendo de que vivimos en una sociedad tremendamente tecnológica donde medios muy avanzados de comunicación están al alcance de muchos ciudadanos.

Por último, y de mayor interés para el tema que nos concierne en este trabajo, encontramos la agravante que se fundamenta en la natu-

---

(55) Señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, que, a los efectos de apreciación de esta agravación, deben computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de su responsabilidad criminal, por poder concurrir en ellos alguna circunstancia eximente, como es el supuesto de organizaciones que tengan por objeto la explotación y utilización de menores para la práctica de la mendicidad o la comisión de delitos y/o faltas. Habrá que tener extremo cuidado a la hora de contabilizar el número de integrantes y no confundir en los casos citados por la Fiscalía entre víctimas y delincentes.

(56) La materialización de ese resultado lesivo puede plantear problemas de *bis in idem* en caso de aplicación conjunta de este precepto con el correspondiente delito de lesiones o de homicidio en su caso. Sin embargo, podría entenderse que el peligro que comporta la disponibilidad de armas o instrumentos peligrosos por parte de los miembros de la organización o grupo criminal no se concreta en la lesión concreta que pueda producirse.

(57) Como acertadamente señala la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, o de teléfonos satélites, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.

raleza de los delitos que pretende cometer la organización criminal, pues, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos (art. 570 bis. 3) cuyo fundamento reside en la relevancia del elemento tendencial, es decir, la importancia del bien jurídico protegido por el delito planificado, cuando éste sea contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

Sin embargo, en la tipificación concreta de los delitos contra alguno de estos bienes jurídicos (no todos, pero sí en el caso de la trata de personas, por ejemplo) se ha tenido en cuenta la circunstancia de que el sujeto formara parte de una organización o grupo criminal para construir una agravante específica (art. 177 bis. 6 CP) –por ejemplo, lo cual plantea o agrava los problemas de *bis in idem* en su aplicación conjunta.

Tampoco en este punto coincide la redacción del artículo 570 bis con la del 570 ter, puesto que éste último, sólo recoge como agravantes específicas las tres primeras agravaciones de las organizaciones criminales (las que se agrupan en el art. 570 bis 2 CP). Por lo tanto, al ser la trata de personas un delito grave en función de la pena encajaría sólo en el tipo del artículo 570 ter 1 a).

## VI. LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES Y LOS DELITOS COMETIDOS EN SU SENO

### 1. Problemas concursales

Si finalmente se llegan a ejecutar los delitos planificados debemos resolver el problema concursal a aplicar entre la organización criminal (art. 570 bis CP) o el grupo criminal (art. 570 ter CP) y el delito o los delitos ejecutados. Las posibilidades serían:

- Un concurso de leyes a resolver conforme al principio de subsidiariedad a favor de los tipos penales, por ejemplo, la trata de personas, en su caso, aplicando la agravante específica de pertenecer el sujeto (o ser dirigente) de la organización o grupo criminal.
- Un concurso real de delitos entre todos los tipos penales.
- Un supuesto específico de concurso ideal denominado concurso ideal abrazadera. Al ser la organización o grupo criminal un delito permanente, existirá identidad parcial de acción con cada uno de los delitos cometidos por sus miembros. Entonces, si los delitos perpetrados abarcados temporalmente por el delito permanente tienen menor

pena a la de éste, se aplicará un concurso ideal por identidad parcial de acción entre todos. Sin embargo, si los delitos que cometa el miembro del grupo tienen mayor pena que el delito permanente, deberemos optar por un concurso real.

La aplicación jurisprudencial tampoco nos da pistas sobre la posible solución a estos problemas puesto que directamente nuestros tribunales no han abordado aun cuál es la relación entre los tipos. En los últimos años, desde la entrada en vigor de la nueva regulación incorporada por la LO 5/2010, que afecta tanto a la tipificación por primera vez de las organizaciones y grupos criminales como a la trata de personas, en este caso, de forma autónoma en el artículo 177 bis CP, no existe una sola sentencia en la que se solicite la aplicación ni de la agravante específica del artículo 177 bis 6 CP –la trata de personas agravada por haberse realizado en el seno de una organización o grupo criminal– ni mucho menos la concurrencia (tanto en concurso de delitos como de leyes) con las diferentes formas de criminalidad organizada tipificadas de forma expresa en las organizaciones o grupos criminales, donde, como hemos visto, se agravan específicamente las organizaciones criminales por planificar en su seno la trata de personas.

Realmente llama la atención esta ausencia de material jurisprudencial, incluso cuando de los hechos probados de muchas de ellas se desprende la existencia de una organización o de un grupo criminal organizado y más o menos estable, con funciones determinadas y donde los condenados cumplían una determinada función. Quizás la explicación resida en que la calificación por parte del Ministerio Fiscal no lo solicita en ningún caso. Lo que tendremos que explicar es el por qué de esta omisión (58), más extraña cuando una Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE 2/2011) se dedica en exclusiva a la criminalidad organizada y a la explicación de los nuevos tipos. Esperamos que en breve tengamos la oportunidad de que la Jurisprudencia pueda pronunciarse al respecto.

## **2. Aparente solución aportada por la regla específica del artículo 570 quáter 2 CP. Aplicación del concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad (art. 8.4 CP)**

Sin embargo, la mayor excentricidad de los tipos dedicados a las organizaciones o grupos criminales consiste quizás en recordarnos

---

(58) Quizás la gravedad de la respuesta penal prevista para estos supuestos reprima su aplicación práctica.

que cuando la conducta propia de la organización o grupo criminal coincidiera con el contenido tipificado por otro precepto del Código, se aplicará un concurso de leyes a resolver por el criterio de alternatividad: «En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor» (art. 8.4 CP).

Esta remisión expresa, en nuestra opinión, resulta superflua. No se trata de una regla específica de alternatividad aplicable únicamente a este capítulo, sino que se trata de una remisión expresa al criterio de alternatividad que se establece en el artículo 8.4 CP. Esta remisión expresa podría entenderse como la postergación, *sensu contrario*, del resto de criterios de resolución del concurso de normas: criterio de especialidad (art. 8.1 CP); criterio de subsidiariedad (art. 8.2 CP) y criterio de consunción (art. 8.3 CP), que como indica el propio artículo 8 CP resultan preferentes en cualquier caso al de alternatividad. Justificar dicha postergación no parece tarea fácil, puesto que en caso de concurrir el fundamento del resto de los criterios establecidos como preferentes en el artículo 8 CP, su no aplicación a favor de la alternatividad, supondría la ruptura de la sistemática interna y la aplicación de criterios de interpretación de pura lógica entre diferentes tipos penales.

Sin embargo, podemos entender que la norma no persigue saltarse los tres primeros epígrafes del artículo 8 CP en la resolución de conflictos de normas, sino simplemente se conformaría como un recordatorio de la norma general en la que el contenido de dos tipos coincide completamente, lo que no ocurre en los supuestos a resolver por especialidad, subsidiariedad y consunción, donde el tipo preferente supone un plus o un minus de antijuridicidad específica con respecto al tipo desplazado. Por lo tanto, siguen siendo de aplicación preferente los tres primeros criterios del artículo 8 CP. Se mantendrá entonces la aplicación del principio de alternatividad para cuando sean posibles dos calificaciones y aparentemente cada una de ellas contenga todo el desvalor del hecho.

No parece que la regulación de este precepto pretenda resolver los problemas concursales que se produjeran entre la pertenencia (o dirección...) de las organizaciones o grupos criminales y los delitos cometidos en su seno, en general. Supuestos que deberán ser resueltos conforme a las normas generales sobre concursos de normas o de delitos, que analizaremos con posterioridad. Este precepto parece hacer referencia a otros tipos donde ser contenga el mismo desvalor parece remitirnos y así lo viene entendiendo la Fiscalía, a las agravaciones específicas que se han ido incluyendo progresivamente en determinados tipos contra bienes jurídicos concretos, donde se entiende que

puede presentarse el problema, por la pertenencia del sujeto a asociaciones, organizaciones y grupos criminales. Lo que ocurre también en el delito de trata de seres humanos.

El artículo 570 quáter, 2 parece asumir la idea de que los tipos incorporados por la reforma se solapan con la regulación específica establecida para algunos tipos con relación a la participación de sus autores en asociaciones, organizaciones o grupos criminales. Por lo tanto, en primer lugar debemos realizar la comparación entre ambas posibilidades para saber cuándo se produce dicho conflicto y cómo deberá resolverse y si, en su caso, la nueva normativa podría suponer la derogación tácita de algún precepto anterior –lo que ocurriría si coincidiera completamente su contenido, evidentemente–.

La mención expresa de la pertenencia del sujeto a una asociación, organización o grupo criminal o expresiones similares –necesitadas de unificación– salpica el texto del Código penal de múltiples y variadas formas. En ocasiones como constitutivas de figuras concretas, como la coautoría, o de la agravante genérica de actuación en grupo (59) y en otras ocasiones conforma subtipos especiales agravados de diferentes delitos, entre los que se encuentra la trata de seres humanos [art. 177 bis. 6 (60)] (61).

(59) El Código Penal aborda la específica peligrosidad de la actuación coordinada en grupo desde diferentes frentes.

- En materia de autoría y participación está prevista la coautoría (art. 28, párr. 1.º).
- La conspiración, como excepción a la impunidad de la fase preparatoria, tipifica la planificación de una coautoría.
- Como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, además de la agravante genérica del artículo 22.2, donde se agrava la pena de los sujetos que ejecuten el hecho con el auxilio de otras personas que debiliten la posibilidad de defensa del ofendido o faciliten su impunidad, circunstancia que parece centrarse en la fase de ejecución del hecho y no en la participación de una pluralidad de sujetos en la fase preparatoria, se han ido incorporando circunstancias agravantes específicas que redundan en la misma idea de participación del sujeto en una organización o grupo criminal, ya sean de carácter permanente o temporal.

Esta alternativa, pese a los problemas que plantea, aclara los problemas de determinación del bien jurídico protegido, resulta mucho más coherente con la sistemática general de los actos preparatorios y evita muchos conflictos normativos.

(60) Recordemos que pertenecer a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a traficar con seres humanos, supone la imposición de la pena superior en grado y la aplicación de la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena y a los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

(61) Además también en Delitos contra la salud pública, Delitos de prostitución y corrupción de menores [art. 187.4 y 188.4.b)]; Delitos de descubrimiento y

La comparación entre la aplicación de las disposiciones de las organizaciones y los grupos criminales con estos tipos en los que se aborda de forma específica el mismo o semejante problema, no obstante, no tiene razón de ser. La referencia expresa al criterio de alternatividad para la resolución de los posibles concursos de leyes que se establece en el artículo 570 quáter, 2, *in fine*, no aporta una regulación diferente y específica a la establecida con carácter general en el artículo 8.4 CP. El principio de alternatividad como criterio regulador del concurso de leyes exige una coincidencia total entre las normas en conflicto y se aplica subsidiariamente al resto de los criterios establecidos previamente en el mismo tipo, por lo que, de resultar aplicable alguno de los anteriores, el principio de alternatividad no llegaría a ser de aplicación.

Pues bien, de haberse tipificado la misma conducta en el capítulo VI del título XXII, que recoge la pertenencia a una organización o a un grupo criminal y los delitos cometidos por la organización cuando se tipifique la pertenencia a esos grupos cuando atenten contra bienes jurídicos específicos, siempre resultara de aplicación el tipo específico en virtud del criterio de especialidad (art. 8.1 CP).

---

revelación de secretos (art. 197.8); Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial [art. 271.c) y 276.c)]; Receptación y otras conductas afines (art. 302.1 y 304); Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318.bis.4); Delitos contra la salud pública (art. 369 bis, 370.3, 371.2 y 373); Falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386). Otras circunstancias agravantes específicas.

Existen otras circunstancias agravantes específicas que, sin referirse concretamente a la pertenencia a una asociación, organización o grupo criminal, pueden interferir en la aplicación de los tipos del artículo 570 bis y 570 ter:

1. Respecto de los delitos contra la indemnidad sexual de menores de 13 años: cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas [art. 183.4.b)].

2. Agravante específica de los delitos relativos al mercado y a los consumidores: que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas (art. 285.2.1.ª).

3. Agravante específica en los delitos contra los derechos de los trabajadores: se prevé la aplicación de las penas superiores en grado a la de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses –es decir, prisión de tres a cuatro años y medio y multa de doce a dieciocho meses– a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga (art. 315.3).

4. Agravante específica en los delitos contra la salud pública: se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo 368 y multa del tanto al cuádruplo cuando el culpable participe en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito (art. 369.1.2.ª), así como cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del artículo 369.1 (art. 370).

Pero, más importante aún resulta el hecho de que en ningún caso podremos afirmar que haya coincidencia material entre los tipos, puesto que las agravantes específicas se refieren a los hechos ejecutados, y no únicamente a la pertenencia a la organización o al grupo criminal. Es decir, se refieren a un hecho concreto ejecutado en sede de la organización o grupo y no a la fase preparatoria del mismo. E independientemente de que el delito prevea agravante específica de organización o grupo criminal o no. Se trata de hechos distintos puesto que una cosa es el mantenimiento de la existencia de la organización, que podrá consistir, como ya vimos anteriormente, en la realización de actividades tendentes a la conservación de la propia estructura de la organización o grupo (por ejemplo, el reclutamiento de nuevos miembros), pero también conductas pertenecientes a la fase preparatoria de delitos, de los concretos delitos ejecutados en su seno.

Estaríamos en cualquier caso en una identidad parcial de acción que una parte de la doctrina mantiene que debe resolverse conforme a las reglas del concurso ideal (art. 77 CP) y que para la Jurisprudencia suponen casos de concurso real (art. 73 CP).

Donde podrían plantearse problemas de *bis in idem* será al aplicar un concurso de delitos entre un delito permanente (como es la organización o grupo criminal) cuando la actividad del sujeto consista en actos que pertenecieran a la fase preparatoria de varios delitos y los tipos que castigan la ejecución de estos delitos concretos. Pero que la opción legislativa parece no dejar dudas al entender que la peligrosidad de la organización o grupo criminal no queda materializada (y por tanto absorbida) por los delitos ejecutados finalmente. Sin embargo, no es admisible esta solución en el supuesto del grupo criminal que se ha creado para la comisión de un único delito, que es finalmente ejecutado. En este supuesto, se debe optar por un concurso de leyes a resolver por el principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP).

Igualmente resulta más complicado resolver el conflicto de normas con la conspiración para cometer esos delitos específicos, con todos los interrogantes que plantea cuando el legislador ha optado por la tipificación expresa de la fase preparatoria únicamente con relación a determinados bienes jurídicos, por ejemplo, la trata de personas (art. 177 bis CP).

La tipificación expresa y autónoma de estas conductas va a generar problemas concursales con diferentes delitos, algunos ya mencionados anteriormente:

Como hemos señalado anteriormente, en ningún caso la perpetración de los delitos planificados en el seno de la organización o grupo criminal supondrá el desplazamiento de la aplicación de los tipos pre-

vistos en los artículos 570 bis ss. CP, sino que se mantiene que la mera participación o integración en dichas organizaciones o grupos es punible independientemente de los delitos cometidos en su seno — Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales—, lo que en algunos supuestos, como veremos, resultará complicado de compaginar con la prohibición de *bis in idem*. En este caso, considera la Circular que la solución, al parecer única, sería el concurso real, descartando al parecer la posibilidad, también defendible, dependiendo del caso, de un concurso ideal por identidad parcial de acción, un concurso medial o, incluso, un concurso de leyes, en aplicación del principio de subsidiariedad, cuando el objetivo del grupo criminal, por ejemplo, sea la comisión de un único delito o de un conjunto de delitos teleológicamente conectados.

Con relación a los tipos del Libro II del Código penal que recogen como circunstancia agravante específica la pertenencia a organización, asociación o grupo criminal —o fórmulas semejantes o parecidas— se plantean situaciones diversas:

1.1 En los supuestos en los que las agravaciones se basen en la pertenencia a un grupo u organización criminal, será de aplicación un concurso de normas a favor de los tipos específicos. Sin embargo, algunas situaciones concretas siguen planteando problemas, por ejemplo: los tipos previstos en los artículos 187.4 y 188.4 el dirigente de una organización que participa en la ejecución de un delito planificado en el seno de la misma tiene prevista menor pena que la que le correspondería si únicamente fuera dirigente de la organización conforme al artículo 570 bis. No es el caso de la trata que maneja penas muchísimo más graves, pues al dirigente de la organización o grupo podrá imponérsele una pena en virtud de las agravantes específicas de hasta prisión de doce a dieciocho años.

La solución por la que opta la Fiscalía (Circular 1/2002) era aplicar un concurso de leyes conforme al criterio de especialidad (art. 8.1 CP), sin embargo, entiende ahora que la LO 5/2010, permite, conforme se establece en el artículo 570 quáter, 2, *in fine* CP, la aplicación del criterio de alternatividad y optar por la pena más grave del artículo 570 bis. Solución que no parece adecuada si observamos que en ningún caso se trata de la misma conducta, puesto que en un caso se trata de la ejecución de un hecho (que había sido planificado en una organización criminal y ejecutado por uno de sus dirigentes) y en el otro la simple planificación del mismo. A pesar de las consecuencias de una más que mejorable técnica legislativa, no se puede descartar de

esa forma criterios establecidos como preferentes como el de especialidad o el de subsidiariedad.

Pero lo que causa ya total perplejidad es cómo interpreta la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales la regla de la alternatividad del artículo 570 quáter, 2. *In fine*, entendiendo que entonces la solución sería un concurso de delitos (podemos suponer que real, aunque nada obstaría a la aplicación del concurso ideal por identidad parcial de acción) entre el artículo 570 bis o 570 ter (dependiendo de que se trate de organización o grupo) con el delito correspondiente pero sin aplicación de su agravación específica, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

1.2 Entiende la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, que si la agravación específica sólo se refiere a las organizaciones criminales, habría que acudir al concurso real en aquellos supuestos en el que el autor o partícipe en el hecho ejecutado perteneciera además a un grupo criminal del artículo 570 ter, lo que no parece muy coherente con el principio de proporcionalidad, ya que si la conducta de pertenencia a una organización criminal resulta más grave y sólo constituye una agravante específica, no puede resultar finalmente más severa la consecuencia de pertenencia a un grupo criminal.

## VII. ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES Y PERSONAS JURÍDICAS U OTRAS ORGANIZACIONES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA (ART. 570 QUÁTER 1 CP)

El artículo 570 quáter recoge una serie de cuestiones comunes a las organizaciones y a los grupos criminales entre ellas un precepto realmente único en el Código penal y que recoge la posible responsabilidad penal directa de las personas jurídicas y de otras entidades sin personalidad jurídica:

Artículo 570 quáter. 1 CP: «Los jueces y tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código».

Se establece que los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 33.7 CP,

que remiten a la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, y del artículo 129 CP, que sería de aplicación a entidades sin personalidad jurídica. Esto supone la posibilidad de aplicación de todas las penas graves previstas en el artículo 33.7 CP y también de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP a las organizaciones y grupos criminales. En primer lugar, la propia redacción del precepto es absolutamente diferente a los que salpican el Código penal incorporando la responsabilidad penal de las personas jurídicas en determinados Capítulos del Código penal (62) no dejando para nada claro si cabe la responsabilidad penal directa de una persona jurídica que constituya asimismo una organización criminal (más extraño sería encajarlo como grupo criminal) o si esos supuestos, como mantiene parte de la doctrina, encajarían como asociaciones ilícitas. Preceptos por cierto, los de asociaciones ilícitas (arts. 515 ss. CP) que no recogen ningún precepto similar.

Realmente esta disposición resulta incoherente con la concepción de las organizaciones y grupos criminales como entidades de hecho, sin forma jurídica, que se constituyen únicamente *de facto* para la comisión de delitos, como veníamos interpretando y nos servía de base para la diferenciación de las asociaciones ilícitas. La aplicación de este tipo de consecuencias, por ejemplo, una multa, a un grupo de personas sin identidad conjunta como persona jurídica resulta *a priori* complicado. Por lo que, evidentemente, estas consecuencias serían una consecuencia mucho más lógica en las asociaciones ilícitas donde se protege el derecho de asociación pues las mismas sí que tienen apariencia legal, sin embargo, no se prevé la aplicación de tales consecuencias en las asociaciones ilícitas.

Esta cláusula introducida en el primer párrafo del artículo 570 quáter va a plantear serios problemas interpretativos, puesto que cualquier persona jurídica se compondrá normalmente de más de tres miembros, tendrá una mayor o menor jerarquía y conllevará necesariamente una vocación de estabilidad, por lo que, si planifican la

---

(62) Por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, el artículo 327 establece que «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) *Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años.*
- b) *Multa de uno a tres años, en el resto de los casos.*

*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».*

comisión de delitos, sus características coincidirán con las de las organizaciones criminales. Al haberse previsto en el artículo 570 bis la aplicación del tipo a la planificación de cualquier delito, la terrible consecuencia será que se abre la puerta a la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en la fase preparatoria de cualquier delito, no así en la ejecución de los mismos. Probablemente, no sea una interpretación buscada por el legislador, sin embargo, habrá que esperar a la praxis judicial para ver cómo se lleva a la práctica.

Además, llama la atención el hecho de que el epígrafe no contiene criterio alguno que posibilite la aplicación de la multa, tanto por cuotas como proporcional, prevista en el artículo 33.7.a), a diferencia de lo que ocurre en el resto de preceptos del Código penal donde se prevé la responsabilidad penal de personas jurídicas. Lo que va a imposibilitar en la práctica su aplicación. Subsistiendo la posibilidad de aplicación del resto de las penas previstas.

Por otra parte, para ahondar con nuestros problemas de *bis in idem* en los casos en el que se hayan cometido delitos en su seno, concretamente en el caso de la trata de personas, el artículo 177.bis. 7 CP establece la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.

Artículo 177 bis 7 CP: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».

## VIII. LA FIGURA DEL ARREPENTIDO COLABORADOR (ART. 570 QUÁTER 4 CP)

Artículo 570 quáter 4 CP: «Los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratará de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos».

Se establece una atenuante específica para aquellos sujetos que perteneciendo a organizaciones o grupos criminales hayan abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y colaboren activamente con las autoridades o sus agentes, para obtener pruebas decisivas para identificar o capturar a otros responsables, para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o grupos o para evitar la perpetración de algún delito que se tratara de cometer en el seno o a través de las organizaciones o grupos, ofreciéndoles una rebaja de la pena en uno o dos grados.

La figura del colaborador con la justicia ha alcanzado en las últimas décadas un protagonismo sin precedentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, centrándose especialmente en la lucha contra diferentes aspectos de la criminalidad organizada, en muchas ocasiones de dimensión internacional, como terrorismo o tráfico de drogas (63).

Este medio utilitarista de combatir estructuras criminales organizadas plantea constantes y serias dudas sobre su legitimidad, que se tratan de justificar funcionalmente desde instancias policiales y judi-

---

(63) Por ejemplo, la Ley italiana de medidas a favor de quienes se disocian del terrorismo, de 28 de febrero de 1987. Pero, aun así, existen diferencias de tratamiento en los países de la Unión Europea. Actualmente el Derecho Holandés no prevé ninguna remisión de pena para miembros «arrepentidos» de asociaciones criminales. La discusión sobre la cuestión de cómo tratar a los miembros de un grupo que se hayan convertido en informadores de los órganos penales sólo se ha empezado a suscitar desde hace algunos años. Vid. BUENO ARÚS, F., «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, J. C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLÓ (eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 77-78. O en otros países más alejados de nuestro entorno, aunque muchos sistemas jurídicos disponen de posibilidades formales o informales que permiten en esta situación poner fin o limitar las actuaciones. La mayor parte de los sistemas jurídicos solamente conceden la impunidad total a los delincuentes que, mediante informaciones suministradas a tiempo, hayan impedido la comisión de infracciones por parte de los miembros de la asociación (Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia y Polonia). Otros países (Irán, Kuwait) exigen el abandono del grupo y el suministro de informaciones sobre la identidad de otros miembros del grupo, antes de que el grupo haya podido cometer cualquier infracción. Mientras que en ciertos sistemas jurídicos (como Chile, Croacia, Rumania) basta con informar a las autoridades para conseguir la no persecución o hasta la absolución incluso en casos en que las informaciones suministradas por el autor no contribuyan a impedir infracciones, otros (Francia, Eslovenia, Suiza, Taiwan) sólo ofrecen en esta situación una atenuación de la pena o un acceso más fácil a la libertad condicional. La mayor parte de los países no hacen concesiones, por lo menos en cuanto al derecho penal material, a los miembros de la asociación que sólo cambian de idea en el curso del proceso penal y se convierten en testigos de la acusación. Excepciones a esta regla pueden encontrarse por ejemplo en Chile, en Alemania y en Taiwan.

ciales por la necesidad de vencer la clandestinidad y los filtros de seguridad en los que se mueven estas asociaciones criminales y la dificultad de infiltración por parte de extraños, así como a prohibir a sus miembros la divulgación de sus secretos (64).

Sorprendentemente también se acude a la conveniencia de demostrar cierta clemencia y valorar la voluntad manifiesta de volver a la legalidad que han demostrado estos delincuentes, sobre todo teniendo en cuenta el riesgo que están asumiendo. Precisamente por ello, resulta evidente la necesidad de una serie de medidas protectoras frente a eventuales peligros para su persona o su entorno cercano, que no parecen suficientemente desarrolladas en nuestro ordenamiento.

La importancia del fenómeno a nivel internacional se pone de manifiesto desde organizaciones internacionales en cuyo ámbito de aplicación se trata de incitar su inclusión en los diferentes ordenamientos nacionales, no sólo en cuanto a la criminalidad organizada en general, sino también concretamente en la lucha contra el fenómeno terrorista como manifestación particular. En primer lugar hay que poner de manifiesto las importantes discrepancias en cuanto a la regulación de la materia de la colaboración con la justicia en derecho comparado. La eliminación de estas discrepancias que quizás ha sido el empeño en las diferentes sedes internacionales intensificado progresivamente en los últimos años.

Conforme a la Decisión Marco 2008/841/JAI, todos los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para que las sanciones previstas en el artículo 3 puedan reducirse o no aplicarse si, por ejemplo, el autor del delito:

- a) Abandona sus actividades delictivas, y
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no habrían podido obtener de otra forma, y que les ayude a:
  - i) impedir, acabar o atenuar los efectos del delito,

---

(64) Cfr. MUÑOZ CONDE, F, «Los arrepentidos en caso de la criminalidad o delincuencia organizada», *La criminalidad organizada ante la justicia*, F. Gutiérrez-Alviz Conrado (dir.), Sevilla, 1996, pp. 144-147. IGLESIAS RÍO, M. A., «Constitución» y «moderno Derecho penal en la sociedad del riesgo». Notas para un debate abierto». *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. M Balado y García Regueiro (dir.) Barcelona, 2003, pp. 1015-1025. Como es sabido la expansión del moderno Derecho penal desborda los dictados de ultima ratio y asume competencias propias del Derecho administrativo, contribuyendo no sólo a confundir aún más los límites fronterizos entre ambos injustos, sino también a la erosión del principio de legalidad, proliferación de delitos de peligro, ampliación del ámbito de garante en los delitos de omisión o flexibilización de las categorías de la imputación objetiva y subjetiva, etc.

- ii) identificar o procesar a los otros autores del delito,
- iii) encontrar pruebas,
- iv) privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas, o
- v) impedir que se cometan otros delitos mencionados en el artículo 2.

El artículo 570 quáter, 4 recibe una valoración positiva tanto por el Consejo Fiscal como por el Consejo de Estado, pues entienden que se cumplen los designios de la Decisión Marco 2008/841/JAI, en cuanto quedan incluidas las conductas previstas en su artículo 2 y se respetan los mínimos de las penas máximas contempladas en el artículo 3 de la norma europea, habiéndose incluido además la previsión de que el sujeto ayude a impedir, acabar o atenuar los efectos del delito, que no figuraba en el Anteproyecto y que sería la aplicación del apartado 4.

Se prescinde del requisito de que el sujeto se presente voluntariamente ante las autoridades o de que la confesión se circunscriba a hechos propios, manteniéndose los privilegios no tanto al propio arrepentimiento o confesión, sino a la posible eficacia práctica de la colaboración en tanto pueda significar alguna ventaja en la lucha contra la criminalidad organizada, enfatizando los medios de colaboración externos al sujeto –colaboración activa– frente a aquellos que pudieran significar alguna desventaja para el propio colaborador, al prescindirse de la propia confesión –lo que en el ámbito procesal permitirá, en principio, no excepcionar la vigencia de los principios y garantías fundamentales a estos efectos–.

Y en esta línea hay que apuntar que quizás las mayores objeciones se han planteado en el ámbito procesal, por cuanto el anclaje de la medida en el proceso provoca ya desde la instrucción constantes incoherencias que ponen en tela de juicio sus propios principios sustentadores, en la medida en que la exigencia de confesión convierte al interrogatorio en prueba reina como medio inquisitorial de obtención de pruebas, desvirtuando garantías constitucionales inherentes al procedimiento penal tales como el derecho a no declarar y la presunción de inocencia.

También desde la perspectiva procesal, se advierte contra el peligro de admitir confesiones falsas contra inocentes. Las informaciones que aporta el arrepentido colaborador están sometidas a numerosas cautelas a la hora de admitir su valor probatorio habida cuenta de la naturaleza intrínsecamente sospechosa de la declaración del coimputado (65). No se trata sólo de la posibilidad de que en su manifesta-

---

(65) STC de 11 de marzo de 2002.

ción concurren móviles espurios –odio, enemistad, deseo de exculpación–, sino también de que al darse de manera simultánea la doble condición de imputado y de testigo de cargo respecto a tercero, la contradicción es muy limitada y su posición en el proceso es muy diferente a la de un testigo cualquiera. Por ello se exige que esté avallada por algún dato, hecho o circunstancia externa, es decir, por datos que refuercen y fortalezcan lo manifestado.

En este sentido, no podemos olvidar que el propio Tribunal Supremo advierte que cuando el coimputado que efectúa la declaración heteroincriminatoria se mantiene dentro de la comunión de desvalores que define al grupo terrorista, la ausencia de motivo espurio es más clara, de suerte que en esta situación el dato del mantenimiento dentro del grupo terrorista actúa como verdadero factor de multiplicación de la credibilidad del testimonio, que, en todo caso, seguirá estando necesitado de corroboraciones. Así la verificación de que el imputado se ha apartado de la comunión de desvalores que define y actúa como factor de cohesión de tal organización terrorista, pudiera servir de caldo de cultivo para tomar con desconfianza su declaración heteroincriminatoria respecto de un ex aliado (66) si bien es cierto que en estos casos no se tratará de un arrepentido sino de un coimputado.

En cualquier caso, si se considera conveniente desde el punto de vista político-criminal prever una atenuación por colaboración en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales, como agrupaciones transitorias, parecería razonable introducir la misma cláusula en los delitos de asociación ilícita. Y, por otra parte, si ya figura con carácter general en esta cláusula del artículo 570 quáter, 4, suprimir su mención específica en los delitos de tráfico de drogas. Aunque la mejor opción sería considerar su ubicación dentro de las disposiciones genéricas de las atenuantes, aunque se le otorgue un régimen especial.

## IX. CONCLUSIONES FINALES

La lucha contra la criminalidad organizada, sobre todo en determinados tipos de delitos como la trata de personas, es una necesidad derivada de una realidad ineludible. Sin embargo, este combate tan legítimo como necesario no puede ser pretexto para una aplicación extensiva de reglas excepcionales, por lo que se deben evitar en todo caso la pérdida de garantías y prestar la máxima atención a los principios fundamentales que rigen el Derecho penal, en particular, los prin-

---

(66) STS de 24 de febrero de 2005.

cipios de legalidad penal, culpabilidad individual, ultima ratio, proporcionalidad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Las obligaciones internacionales asumidas por España, tampoco pueden servir de excusa. En nuestro caso no implican la necesidad de tipificar determinadas formas de criminalidad como los grupos criminales, cuando el mismo objetivo, pero de forma sistemáticamente más correcta, se hubiera conseguido quizás ampliando la tipificación de la fase preparatoria de algunos delitos concretos. También hubiera sido deseable la limitación de los tipos a determinados delitos evitando la generalidad actual, por ejemplo con la utilización de agravantes específicas. De esta forma, se habrían respetado en mayor medida principios limitadores del *iuspuniendi*, por ejemplo, el de *ultima ratio* o el de determinación.



# Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho penal  
UNIR

## RESUMEN

*La cuestión de la responsabilidad penal de los menores –y, por tanto, de su imputabilidad–, es una problemática que se ha ido forjando con cada avance legislativo en materia de criminalidad juvenil. La primera aproximación legislativa sobre menores delincuentes en España, las Leyes de Tribunales Tutelares de Menores, mantuvo una tónica eminentemente tuitiva y proteccionista que consideró al menor inimputable iuris et de iure mediante la fórmula biológica pura, o iuris tantum mediante la técnica del discernimiento. Actualmente, el artículo 19 CP recoge entre las causas que eximen la responsabilidad criminal la minoría de edad penal, mientras que el artículo 1.1 LORRPM establece la competencia para «exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales», sin embargo, no adjetiva el término responsabilidad, si bien queda claro que la misma vendría determinada por la comisión de un hecho delictivo. Así, continúan existiendo ciertas dudas acerca de la verdadera naturaleza –penal, especial o correccional– de la responsabilidad del menor en España y, en consecuencia de su plena, especial o nula imputabilidad y culpabilidad conforme a los criterios de la Teoría jurídico del delito válida para nuestro actual Derecho penal adultos.*

Palabras clave: culpabilidad, imputabilidad penal, inimputables, menores delincuentes, Derecho penal de Menores.

### ABSTRACT

*The issue of criminal responsibility under models of Juvenile Justice, –and hence, its imputabilidad–, is a problem that has been forged with every legislative progress on juvenile crime. The first legislative approximation Child Offenders in Spain, the Juvenile Courts, remained an eminently protectionist trend that saw the juvenile offender as unimpeachable, without contrary proof, through pure or biological formula or by the technique of discernment. Currently, article 19 CP includes age among the causes which exempt the criminal responsibility, while article LORRPM 1.1 provides the power to «establish the liability of persons aged fourteen and under eighteen for committing acts classified as crimes or offenses in the Penal Code or special penal laws», however, the term responsibility remains unclear, although it is clear that the same would be determined by the commission of a crime. So, there are still some doubts about the true –penal, special or correccional– nature of the responsibility of minors in Spain and therefore its full, special or no accountability and culpability under the criteria of legal theory of crime for our current adult criminal law.*

Key words: *criminal responsibility, insanity, juvenile offenders, juvenile criminal law.*

SUMARIO: I. Introducción. La problemática de la imputación personal de los menores de edad.–II. La posición correccional. La inimputabilidad penal *iuris et de iure* del menor por razón de la inmadurez.–III. Posiciones intermedias: Imputabilidad penal disminuida, relativa o específica, motivación normativa y tesis de la necesidad de la pena en el derecho penal juvenil.–IV. Imputabilidad penal del menor conforme a la LORRPM. Toma de postura.–V. Inimputabilidad penal de los menores delincuentes. Psiquiatría y Psicología criminal del menor infractor: Diagnóstico y tipología: 5.1 Eximentes de la responsabilidad criminal en la LORRPM; 5.2 Circunstancias modificativas que atenúan la responsabilidad criminal del menor; 5.3 Tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal; 5.4 Menores delincuentes con anormalidad patológica; 5.5 Menores delincuentes con anormalidad no patológica; 5.6 Menores delincuentes con rasgos de la personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad.

### I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL DE LOS MENORES DE EDAD

La cuestión de la responsabilidad penal de los menores –y, por tanto, de su imputabilidad–, es una problemática que se ha ido forjando con cada avance legislativo en materia de criminalidad juvenil. Por ello siempre he defendido que, detrás de muchas de las dificultades de interpretación con las que se encuentra el jurista a la hora de

abordar una norma como LORRPM, se esconde una profunda significación histórica: la constante lucha entre el Derecho correccional y el Derecho penal (1).

Baste recordar, al respecto, que la construcción de la normativa penal de menores en España supuso rescatar los preceptos y aspiraciones de nuestro correccionalismo penal decimonónico (2). En este sentido, hace un par de décadas no estaríamos planteándonos si los menores de edad son susceptibles de responsabilidad penal o no. La respuesta, para los penalistas de finales del siglo XIX y principios del XX, era meridianamente clara: los delitos cometidos por adultos no eran iguales que los cometidos por niños (3). No podían ser castiga-

(1) En general, ocurre en todos los sistemas de justicia juvenil que han evolucionado de un modelo tutelar o correccional a uno de responsabilidad penal; al respecto, *vid.* CÁMARA ARROYO, S., «La reforma de la justicia juvenil en el Perú: imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor», en *Gaceta penal*, núm. 46, 2013, p. 42. Al respecto, sobre la importancia de la evolución histórica de nuestra Ley penal del menor y sus consecuencias, *vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 743 ss.

(2) *Vid.* BUENO ARÚS, F., «La ley de responsabilidad penal de los Menores: compromisos internacionales, análisis de la imputabilidad penal y la respuesta penal», en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: situación actual*. CGPJ, Madrid, 2005, pp. 288, 290, 291, 306 y 317.

(3) *Vid.* BUENO ARÚS, F., «Menor edad: imputabilidad o inimputabilidad *sui generis*. Influencia en este punto de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad penal del menor», en PANTOJA GARCÍA, F., y BUENO ARÚS, F. (Dirs.), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ, Madrid, 2006, pp. 359 y 360. En términos similares, el mismo autor: «Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1836-37, Madrid, 1999, p. 9; y también: «Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Revista ICADE*, núm. 53, 2001, p. 6 (versión online); y por último: «La ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y MAYORAL NARROS, I. V. (coord.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 314. De hecho, la cuestión va más allá del propio concepto de imputabilidad penal de los menores de edad, puesto que también la propia definición de delito en el caso de los menores y jóvenes delincuentes ha sido un tema polémico. Como explica Vázquez González, la Sociología Criminal ha incluido también dentro del término «delincuencia» los comportamientos desviados y la inadaptación social. Precisamente, estos dos últimos conceptos son los que más han influido a la hora de definir las infracciones de los menores de edad, de tal modo que no todas las conductas sancionables cometidas por los niños, adolescentes y jóvenes, encajaban con la definición estricta de «delito»; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «La delincuencia juvenil», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M. D. (eds.), *Derecho penal juvenil*. 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, 2007, p. 4; CRUZ Y CRUZ, E., *Los menores de edad infractores de la Ley penal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010, pp. 244 ss. Podemos encontrar entre la literatura especializada dos dimensiones del concepto «delincuencia juvenil», una amplia o generalista, que incluye todas las conductas desviadas cometidas por menores, y una perspectiva estricta, que solamente

dos por el Código penal (en adelante, CP), ya que, en puridad no eran imputables por razón de la edad, ni los castigos ni el proceso penal

incluirla en el concepto de delincuencia juvenil aquellos delitos, definidos como tal por la Ley penal, cometidos por niños o jóvenes. Delincuente juvenil sería, en consecuencia, todo menor de edad o joven que quebranta o pone en peligro el ordenamiento jurídico penal. Además de estas dos perspectivas, podríamos distinguir una tercera vía, que podríamos denominar correccionalista, que rechaza la denominación de «delincuencia juvenil», y se decanta por otra terminología («menores o jóvenes infractores», «menores o jóvenes en situación delictiva o irregular», «infracción juvenil», etc.), al confeccionar un nuevo modelo de Justicia Juvenil. Al respecto, *vid.* GÓMEZ MESA, A., *Los Tribunales Tutelares de Menores en España, historial, objeto, sujeto, implantación, organización, crítica*. Reus, Madrid, 1934, p. 23; SABATER TOMÁS, A., *Juventud inadaptada y delincuente*. Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1965, p. 10; el mismo: *Los delincuentes jóvenes: estudio sociológico y penal*. Hispano Europea, Barcelona, 1967, p. 22; BAU, J. L., «Delincuencia juvenil», en *Revista de la Obra de Protección de Menores*, núm. 94, 1965; SABATER TOMÁS, A.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Problemática jurídica de la delincuencia de menores», en VV. AA., *Delincuencia juvenil*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, Vigo, 1973, pp. 191 y 192; BERISTAIN IPIÑA, A., «La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares», en *Separata de Documentación Jurídica*, núm. 11, 1976, p. 808; si bien el autor anteriormente se ha mostrado partidario de incluir algunas conductas análogas al delito: «Delincuencia juvenil. Grave problema internacional», en *Revista del Instituto de la Juventud*, núm. Agosto, 1965; FERNÁNDEZ ALBOR, A., «Introducción al Curso sobre Delincuencia Juvenil», en VV. AA., *Delincuencia juvenil*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, Vigo, 1973, p. 16; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., *Delincuencia juvenil y control social*. Sertesa, Barcelona, 1981, p. 35; HORACIO VIÑAS, R., *Delincuencia Juvenil y Derecho penal de Menores*. Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 11. Un ejemplo de la primera de las definiciones de delincuencia juvenil nos lo proporcionó el Juez de la República Federal Alemana, WOLF MIDDENDORFF, que la define como «la conducta de un joven desaprobada por la comunidad y determinante de una intervención del poder del Estado –casi siempre en forma de Tribunal de menores– con observancia en todo caso de los límites de edad vigentes y dentro del marco de los preceptos relativos a la responsabilidad penal». Como puede apreciarse, la definición de MIDDENDORFF incluye dentro de la criminalidad juvenil aquellas conductas desviadas que, sin llegar a considerarse delitos en el sentido técnico-jurídico, son realizadas por los menores de edad o jóvenes y merecen un reproche social. Todo delito es una conducta socialmente desviada o, al menos, contraria a la convivencia social establecida, pero no toda conducta desviada es un delito. Así, por ejemplo, para el concepto amplio de delincuencia juvenil, formarían parte de tal denominación aquéllos menores con un alto grado de absentismo escolar, que consumen drogas, que abandonan su hogar, que se prostituyen, que se encuentran en situación de riesgo social (vagos, vagabundos, en situación de mendicidad, etc.) y, en general, todos aquellos que muestren una conducta social inadaptada o desviada. Sobre el trabajo de MIDDENDORFF sobre delincuencia juvenil en los informes de la Asamblea General de Naciones Unidas, véase MIDDENDORF, W., «Delitos contra la propiedad; infracciones de tránsito; delincuencia colectiva; pandillas de jóvenes; vandalismo; delincuencia sexual; alcoholismo y toxicomanía», en *Documento Naciones Unidas A/CONF.17/6 Informe General sobre Nuevas formas de la delincuencia de menores: su origen*, New York, 1960; del mismo autor: *Criminología de la Juventud*.

favorecían su educación y arrepentimiento. En definitiva, el menor delincuente era una anomalía. Su falta de madurez les eximía de las habituales consecuencias del delito, si bien se prevenía para ellos otro tipo de medidas «*tutelares*» destinadas a frenar su iniciación en el sendero del crimen.

En consecuencia, la primera aproximación legislativa sobre menores delincuentes mantuvo una tónica eminentemente tuitiva y proteccionista. En España, esta manera de entender y prevenir la delincuencia juvenil cristalizó en las denominadas Leyes de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM) que consideraron al menor inimputable *iuris et de iure* mediante la fórmula biológica pura, o *iuris tantum* mediante la técnica del discernimiento (4).

---

Estudios y Experiencias. Ariel, Barcelona, 1964. La definición amplia de «delincuencia juvenil» aún se mantiene en el mundo anglosajón, en donde siempre se ha considerado que las infracciones cometidas por los jóvenes difieren «en especie y en motivo» que los típicos delitos cometidos por adultos. Es por ello que en las normativas inglesa y estadounidense los menores pueden ser enjuiciados y condenados por conductas que en el caso de los adultos no se consideran hechos delictivos conforme al ordenamiento jurídico-penal. Es lo que se conoce como *status offenses*. Al respecto, *Vid.* WEST, D. J., *La delincuencia juvenil*. 2.<sup>a</sup> ed., Labor, Barcelona, 1973, p. 11. Por otra parte, autores como SCHNEIDER o, en nuestro país, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, definieron, con anterioridad a la instauración de los modelos de responsabilidad o justicia juvenil, la delincuencia juvenil desde una perspectiva estricta como todos aquellos comportamientos que, de haberlos cometido un adulto, se denominarían delito en el sentido jurídico-penal. Tal concepción remite, por tanto, a las conductas expresamente tipificadas en los Códigos y Leyes penales, conforme al principio de legalidad («no hay delito sin previa Ley»); *Vid.* SCHNEIDER, H. J., «Naturaleza y manifestaciones de la delincuencia infantil y juvenil», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 3, 1994, p. 824; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 31. De forma temprana, también en contra de la arbitrariedad del sistema tutelar y el concepto amplio de delincuencia juvenil, véase LÓPEZ REY Y ARROJO, M., «Enfoques actuales de la delincuencia juvenil», en *Revista IICD La Plata*, núm. 5, 1961; BARBERO SANTOS, M., «Delincuencia Juvenil, tratamiento», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo XXIV, fascículo III, 1972; el mismo artículo puede consultarse publicado en VV. AA., *Delincuencia juvenil*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, Vigo, 1973.

(4) Así, nuestro primer Código Penal de 1822, de los siete a los diecisiete años, se determinará responsabilidad en base al discernimiento y malicia del infractor. La pena, en caso de existir discernimiento en el menor, estará atenuada con una duración no superior de «la cuarta parte a la mitad de la pena señalada al delito». El Código Penal de 1848 eleva la minoría de edad penal a los nueve años. Se entiende que el menor de esta edad es incapaz de ser responsable de los actos delictivos y el Derecho penal no actúa para él. De los nueve años a los quince, se establece la indeterminación de la imputabilidad, nuevamente sometida al criterio de discernimiento. La demostración del discernimiento del menor se transforma en una presunción de culpabilidad *iuris tantum*. Respecto al discernimiento del menor, PACHECO argumenta que «discernir no es sólo juzgar, ni discernimiento es cualquier juicio (...); discernimiento es el

Así, el menor de edad delincuente sería considerado irresponsable desde el punto de vista estrictamente penal, pero susceptible de una tutela especial como consecuencia de sus actos. El internamiento se relegaría a los casos más graves, con una especie de exigencia de dolo o malicia por parte del menor en la comisión del acto punible, que se une a su capacidad de discernimiento. No deja de ser curioso cómo, en una legislación de carácter tutelar-protectora, se exigiera el dolo como requisito para establecer un internamiento en un centro del Estado.

Tal sería la situación hasta la promulgación del CP de 1928, con el que se relega al olvido el criterio de discernimiento (5), que pasa a ser sustituido por un concepto de inimputabilidad penal basado en un criterio puramente biológico (6).

---

juicio recto, por cuyo medio se distinguen las cosas diferentes. Tanto, pues, hacen alusión estas expresiones a la fuerza vital, activa del ánimo, como al conocimiento de lo que ésta fuera de nosotros»; PACHECO, F. J., *Estudios de Derecho Penal, lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 3.ª Ed., M. Tello, Madrid, 1868, p. 399; DE ARAMBURU Y ARREGUI, J. D., *Instituciones de Derecho penal español*, arregladas al Código reformado de 30 de junio de 1850. Benito González, Oviedo, 1860, p. 104. El articulado del CP 1870 declaraba la exención de responsabilidad (presunción *iure et de iure* de la inexistencia de discernimiento, al no haber cumplido la edad) de los menores de nueve años; a los mayores de nueve años pero menores de quince de no haber obrado con discernimiento. El CP 1870 fue uno de los más duraderos en la turbulenta historia de la España decimonónica. No obstante, su articulado hubo de soportar la acometida de diferentes proyectos de reforma que, en algunos casos, se pronunciaban acerca del tratamiento del menor: el Proyecto de SALMERÓN de 1873; el de ALONSO MARTÍNEZ, de 1882; el de FRANCISCO SILVELA de 1884; el de FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE, de 1891; y el proyecto MONTILLA de 1902, realizado por don CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, y el Proyecto de Ley de Bases para la reforma del Código penal de 1870 del Ministro JAVIER DE UGARTE. En algunos de ellos la reforma se centraba en la minoría de edad penal, deseando ampliar la horquilla donde el discernimiento jugaba el papel relevante para desentrañar la responsabilidad penal, éste es el caso del proyecto de 1882; DE UGARTE PAGÉS, J., *Reformas en la Administración de Justicia*, Madrid, 1906; LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española*. Codificación penal, 5, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 526; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Primeras normas e Instituciones protectoras de la Infancia Delincuente en España», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 24, UNED, 2004, p. 190. En el Código Penal de 1928, bajo el abrigo de la filosofía tutelar y de los Tribunales de Menores, se indica la etapa de irresponsabilidad indeterminada por el discernimiento hasta los dieciséis años.

(5) *Vid.* CUELLO CALÓN, E., *Penología, las penas y las medidas de seguridad*. Su ejecución. Reus, Madrid, 1920, p. 310; VENTAS SASTRE, R., «Artículo 19», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*. Tomo II, artículos 19 al 23. Edersa, Madrid, 1999, p. 77.

(6) *Vid.* SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.ª I., *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*. Comares, Granada, 1998, p. 75; MARTÍN LÓPEZ, M.ª T., «Consideraciones sobre la delincuencia de menores», en MARTÍN LÓPEZ, M.ª T. (Coord.): *Justicia con menores, menores infractores y menores víctimas*. Universidad de Castilla-La Mancha,

El criterio biológico puro quedaría consagrado también en el antecedente directo de la actual LORRPM, la LO 4/1992, que reforma el texto de la LTTM, si bien, tras el escollo constitucional sufrido por los TTM, no fueron pocas las voces que se alzaron reclamando una normativa de carácter penal que preservara las debidas garantías y los límites del *Ius Puniendi* para los menores infractores. Sin embargo, la LO 4/1992, al igual que sus antepasados legislativos, no era, en puridad, una verdadera Ley penal y su naturaleza de norma provisional de carácter urgente, de parche legislativo en definitiva, hasta la aprobación de una nueva Ley Penal del Menor, abrió el debate sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones legislativas para menores infractores y, por consiguiente, de su imputabilidad penal.

El anterior CP de 1973 recogía la mayoría de edad penal en los 16 años (art. 8.2 CP 1973), contraviniendo las indicaciones internacionales contenidas en la CDN (7). En consecuencia, se consideraba imputables penalmente a todos los menores de dieciséis a dieciocho años, a los que se les aplicaría, como única diferenciación respecto al régimen sustantivo y de ejecución penal de los adultos, una atenuación de la pena «por menor edad» (art. 9.3 CP 1973), una rebaja obligatoria en grado –potestativamente dos grados– de la pena correspondiente (art. 65 CP 1973) y un régimen penitenciario suavizado (8).

Actualmente, uno de los principales foros de discusión en el ámbito de la Justicia Juvenil ha sido la controversia acerca de la imputabilidad o inimputabilidad del menor infractor y, por consiguiente, su capacidad para ser responsable penalmente.

El artículo 19 CP recoge entre las causas que eximen la responsabilidad criminal la minoría de edad penal, estableciendo también, de este modo, la mayoría de edad penal, indicando literalmente que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor» (9). La LORRPM

Cuenca, 2000, p. 115; SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D., «Legislación penal de menores en España. Antecedentes históricos», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., y SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D. (ed.), *Derecho Penal Juvenil*. 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, 2007, p. 281.

(7) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., «El artículo 19 del CP ¿entre la inimputabilidad y la abstención de penar?», en *Revista Jurídica de la UAM*, núm. 25, 2012, p. 109. Sin embargo, el ATC 286/1991, en sus Fundamentos Jurídicos 1.º, 2.º y 3.º, afirmaba que ninguna contradicción ni inconstitucionalidad podría extraerse de la aplicación del régimen penal de adultos a los menores de dieciséis años.

(8) Vid. STC 9/1994, fundamento jurídico 4.º

(9) La disposición final 7.ª de la LORRPM estableció que en su fecha de entrada en vigor, el día 13 de enero de 2001, entrarían también en vigor los artícu-

establece en su artículo 1.1 su competencia para «exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales», sin embargo, no adjetiva el término responsabilidad, si bien queda claro que la misma vendría determinada por la comisión de un hecho delictivo. Por otra parte, excluye a los menores de catorce años de toda responsabilidad conforme a su ámbito de actuación, derivándoles a la legislación civil de protección (10). En su artículo 5, además, la normativa reguladora de la responsabilidad del menor establece una serie de bases para establecer la responsabilidad de los menores (nuevamente, no se refiere a responsabilidad penal de forma concreta), con el tenor siguiente:

«1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.

2. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras *d*) y *e*), de la presente Ley.»

De este modo, la LORRPM establece una suerte de elemento negativo de determinación de la responsabilidad (penal) del menor, como son las eximentes de la responsabilidad criminal. Además de ello, podemos encontrar una graduación en la responsabilidad de los menores por razón de la edad, atendiendo, al parecer, al mayor grado de madurez y, por tanto, de culpabilidad del sujeto activo. Así, en el artículo 10 LORRPM, establece claramente una diferenciación en la aplicación de las medidas sancionadoras en dos tramos: catorce-quinque años y dieciséis-diecisiete años (11). De esta manera, las

los 19 y 69 del CP. Así ocurrió con el artículo 19, pero no con el artículo 69 como ya hemos comentado en capítulos anteriores.

(10) Así lo determina el artículo 3 LORRPM, que expone que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes».

(11) Según indica el artículo 10 LORRPM, «(...) a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respecti-

consecuencias jurídicas derivadas del ilícito cometido variarán dependiendo de la edad del infractor.

Así el panorama legislativo actual, continúan existiendo ciertas dudas acerca de la verdadera naturaleza –penal, especial o correccional– de la responsabilidad del menor en España y, en consecuencia de su plena, especial o nula imputabilidad y culpabilidad conforme a los criterios de la Teoría General del Delito válida para nuestro actual Derecho penal adultos. Y es que, cuando se formularon los distintos proyectos legislativos de Justicia Juvenil, nuestros pre-legisladores oscilaron constantemente entre un Derecho Correccional del Menor y un Derecho penal de Menores (12), de tal modo que fruto del consenso y las dificultades para encontrar un modelo que satisficiera a todas las partes, finalmente se estableció un sistema híbrido de responsabilidad que mantenía una terminología «dudosa» que daba lugar a la diferente interpretación.

## II. LA POSICIÓN CORRECCIONAL. LA INIMPUTABILIDAD PENAL *IURIS ET DE IURE* DEL MENOR POR RAZÓN DE LA INMADUREZ

Desde la concepción correccional, se diferencia la responsabilidad del menor de la imputabilidad del mismo, en los términos siguientes, expuestos por Mendizábal Osés:

*vos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.*

(...)

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.»

(12) Vid. CÁMARA ARROYO, S., «La utopía correccional de Bueno Arús», en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. extra, 2013, pp. 24 ss.

«La idea de imputabilidad lleva aparejada, como a algo propio, la de responsabilidad, aunque ambas ideas no puedan confundirse. En la imputabilidad, la acción se considera en relación directa con su agente productor. En cambio, la responsabilidad contempla aquella acción en cuanto afecta a un tercero. La imputabilidad que es imprescindible para todas las acciones morales y su subsiguiente calificación, se diferencia de la responsabilidad, en que ésta sólo surge de las acciones que de alguna forma lesionan o perjudican a un tercero. (...) La responsabilidad es la consecuencia y nunca la causa de la imputabilidad.

(...) Si nos planteamos qué causas son las que deben excluir o eliminar la imputabilidad, y, su derivada, la responsabilidad, veremos cómo únicamente pueden imputarse las acciones y las omisiones que emanan de la voluntad libremente manifestada por el sujeto. Por eso, todas aquellas causas que incidan sobre la voluntad individual, alterando o excluyendo la libre autodeterminación, eliminan *ipso facto* la imputabilidad. Pero siempre que tales causas sean extrínsecas al sujeto, y no hayan sido queridas o buscadas a propósito por él.

(...) Y es por esto, por lo que esencialmente se requiere el pleno señorío sobre nuestro hacer y no hacer para que la imputabilidad exista, y este señorío solamente lo poseemos cuando gozamos de pleno conocimiento. En este conocimiento se fundamenta el que se nos puedan imputar las propias acciones, o el que nosotros podamos imputar la comisión de las ajenas, con sus buenas o malas cualidades y consecuencias, responsabilizando, en todo caso, al autor de las mismas.

Y este pleno señorío sobre la voluntad únicamente lo posee el sujeto que es plenamente capaz. Capacidad que sólo obtiene el hombre cuando ha logrado el integral y armónico desarrollo de la personalidad» (13).

De tal posicionamiento, de carácter eminentemente iusnaturalista (14), se deriva que el reconocimiento de la personalidad inmadura del menor excluye su responsabilidad penal (15). Dicho en otros términos, los menores no podrían ser objeto de un procedimiento penal porque carece de «madurez como pilar básico de la imputabilidad» (16). En las infracciones cometidas por los menores

(13) Cfr. MENDIZÁBAL OSES, L., *Derecho de Menores. Teoría General*. Pirámide, Madrid, 1977, p. 31-33.

(14) Vid. MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción al Derecho correccional de menores (construcción dogmática de la inimputabilidad de la minoría de edad)*. Instituto de la Juventud, Madrid, 197417, 82 y 98; el mismo autor: *Derecho de Menores...*, p. 33; LEGAZ Y LACAMBRA, L., «Prólogo», en MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción al Derecho correccional de menores (construcción dogmática de la inimputabilidad de la minoría de edad)*. Instituto de la Juventud, Madrid, 197411. Un similar planteamiento seguía el Prof. Bueno Arús, tal y como expone en su crítica al concepto de dogmática o ciencia del Derecho penal; BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 322.

(15) Vid. MENDIZÁBAL OSES, L., *Introducción...*, *ob. cit.*, p. 56.

(16) Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor ante la Ley Penal*. Comares, Granada, 1993, p. 129.

faltaría, en definitiva, el elemento de culpabilidad (17). En consecuencia, debería recogerse una presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad del menor de edad (18).

Tal fue la postura defendida por la comisión redactora del Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil, de 30 de enero de 1997 (19) (ALOJJ 1997), que más tarde se convertiría en la LORRPM, y uno de los principales caballos de batalla del Prof. Bueno Arús en el sostenimiento de la verdadera naturaleza –quizás debiera decirse, de la naturaleza jurídica pretendida– de la normativa de justicia juvenil (20).

En términos generales, podemos definir la imputabilidad (21) como «la capacidad de actuar culpablemente, capacidad que se le reconoce, en principio, a todo hombre por estar dotado de inteligencia y libertad que le permite conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente. Así, hay que considerar imputable al que reúne aquellas características bio-psíquicas que, con arreglo a la legislación vigente, le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos. Decimos que un sujeto es inimputable cuando no tiene la capacidad necesaria de entender la norma penal» (22). La actual construcción de la imputabilidad penal no se funda, en suma, «tanto en la conexión psicológica entre hecho y autor cuanto en el juicio de valor que merece la situación psíquica en que se encuentra el autor» (23) (concepción normativa de la imputabilidad).

(17) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., «Menores infractores: una alternativa», en *Alandar*, núm. 80, 1991, p. 7; el mismo: *El menor infractor...*, *ob. cit.*, p. 199.

(18) Vid. MENDIZÁBAL OSÉS, L., *Derecho de Menores...*, *ob. cit.*, p. 355.

(19) Posteriormente desarrollado con el nombre de Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores de 1 de julio de 1997. Al respecto, Vid. CÁMARA ARROYO, S., *La utopía...*, *ob. cit.*, p. 25.

(20) Acerca del principal redactor de los Proyectos y Anteproyectos de la LORRPM, véase mi trabajo CÁMARA ARROYO, S., *La utopía...*, pp. 23 ss. En el aspecto más personal y directo, véanse los homenajes de GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. Extra, 2013, pp. 51 ss.; TAVERA BENITO, E., «Francisco Bueno Arús: Funcionario, Jurista, Profesor», también en el mismo número pp. 11 ss.

(21) Acerca de las múltiples posiciones doctrinales sobre la imputabilidad, véase, MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Tiran lo Blanch, Valencia, 2005; URRUELA MORA, A., *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Comares, Granada, 2004; y, especialmente referida al menor infractor, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.<sup>a</sup> I., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, pp. 6 ss.

(22) Vid., FIGUEROA NAVARRO, C., y MARTÍNEZ GALINDO, G., *Imputabilidad*, en GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): *Diccionario de Ciencias Penales*. Edisofer, Madrid, 2000 299.

(23) Vid. DIÉZ RIPOLLÉS, J. L., «Aspectos generales de la imputabilidad», en PANTOJA GARCÍA, F. y BUENO ARÚS, F. (Dir.): *Actual doctrina de la imputabilidad penal*. CGPJ, Madrid, 2006, pp. 16 y 17.

Básicamente, como exponen Ortiz Valero y Ladrón de Guevara y Guerrero, «todo individuo que realiza determinadas acciones u omisiones, en definitiva, que sigue una conducta concreta, es imputable de la misma. Otra cuestión es que si dicha conducta es antijurídica, deba responder penalmente de la misma (...). La imputación entraña una normalidad y presupone que el individuo ha alcanzado un cierto grado de madurez psicofísica. Conlleva también que el individuo, como perteneciente a una comunidad, es susceptible de ser motivado por sus normas y, por ello, su incumplimiento da lugar a un reproche jurídico, con su sanción correspondiente» (24).

Por lo tanto, realizando una recapitulación de lo expuesto hasta ahora, serían requisitos de la imputabilidad penal, dependiendo de la posición doctrinal que se siga, los siguientes criterios:

1. Capacidad intelectual y volitiva (concepto psicológico de culpabilidad), progresivamente sustituidas por la capacidad de comprensión de la antijuridicidad y de actuar conforme a esa comprensión (concepción formal o puramente normativo de la culpabilidad). El elemento intelectual no es sinónimo de salud mental, puesto que ello derivaría en una concepción muy simplista a la vista de los distintos factores que en la actualidad se exigen para configurar el mismo, tanto desde las ramas jurídicas como desde las ciencias de la conducta humana (25).

2. Libre albedrío (26) o capacidad de actuar libremente.

3. «Normalidad» bio-psíquica, o ausencia de anomalías que impidan la comprensión de un hecho o actuar conforme a dicha comprensión (ausencia de causas que eximen la responsabilidad criminal según el artículo 20 CP).

4. Cierta grado de madurez psico-física, que debe entenderse como grado suficiente de madurez (27).

5. Capacidad de entender y ser motivado por la norma penal. La capacidad de comprensión de la antijuridicidad no debe limitarse a un

---

(24) Vid. ORTIZ VALERO, T., y LADRÓN DE GUEVARA Y GUERRERO, J., *Lecciones de psiquiatría forense*. Comares, Granada, 1998, p. 55.

(25) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 102.

(26) Como explicaré más adelante, no todos los autores sostienen la necesidad de la existencia del libre albedrío, como concepto indemostrable en la realidad, por lo que entienden que es posible un concepto de imputabilidad que prescindiera de esta supuesta libertad en el individuo, atendiendo exclusivamente a la motivación del sujeto por la norma penal y a la necesidad de la imposición de una sanción penal. Sin embargo, Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*. Dykinson, Madrid, 1999, pp. 342 ss.

(27) Vid. COBO DEL ROSAL, A. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 576; Bonilla Correa, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 102 y 103.

mero conocimiento de la ilicitud del hecho o contrariedad al Derecho, sino que debe traducirse en una capacidad valorativa del sujeto (28).

Las posiciones correccionalistas han reclamado precisamente el argumento de la falta de madurez del menor (29) para excluirlo del concepto de imputabilidad y, consecuentemente, del de culpabilidad (30). Así, algunos autores se mostraban partidarios de la anterior regulación de la edad penal contenida en el CP 1973 estimando que en nuestro sistema punitivo «los menores de 18 años no tienen propiamente capacidad criminal y deben seguir siendo considerados como inimputables, a pesar de la redacción vaga del artículo 19 del CP de 1995 (que ha de ser modificado)» (31).

(28) Vid. GARCÍA ANDRADE, J. A., *Psiquiatría criminal y forense*. Ceura, Madrid, 1993, p. 1993.

(29) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, p. 122; Bueno Arús, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 343.

(30) También partidarios de la inimputabilidad del menor de 18 años: BUSTOS RAMÍREZ, J., *Imputabilidad y edad penal*, en ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., y DENDALUCE SEGUROLA, I. (coords.), *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastian, 1989, pp. 471-482; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, pp. 117 ss., y 199; el mismo: «La ley de responsabilidad penal de los menores: Cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso», en *Revista ICADE*, núm. 53, 2001, p. 10; PANTOJA GARCÍA, F., «La justicia del menor: edades penales, realidades y expectativas», en *Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 10, 1997, p. 166; sin embargo, el citado autor parece haber ido cambiando progresivamente de criterio: «El hecho delictivo y el interés del menor», en *El País*, 7 de julio de 2005, donde indica que el menor posee «una distinta imputabilidad» al adulto; y también: «Unas notas sobre la imputabilidad penal de los menores y su tratamiento en la Ley de responsabilidad penal de los menores», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., y CRUZ BLANCA, M. J., *El Derecho penal de menores a debate*. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil. Dykinson, Madrid, 2010, p. 149, donde el autor citado expone que la edad de 14-18 años «permite castigar y en su caso dar una respuesta socio-educativa eficaz, a la luz de la imputabilidad penal»; en el mismo sentido: «Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 15, 2011, p. 309; POLAINO NAVARRETE, M., «La minoría de edad penal en el Código Penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000», en *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 1, 2001, pp. 145 y 146; ALONSO DE ESCAMILLA, A., «La minoría de edad penal», en *La Ley penal*, núm. 18, 2005, p. 6; PÉREZ MACHÍO, A. I., *El Tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006– (aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*. Tirant lo Blanch, Monográficas 412, Valencia, 2007, p. 40.

(31) Vid. BUENO ARÚS, F., «El Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de Menores elaborado por el Ministerio de Justicia», en *Eguzkilore*, núm. 11, 1997, p. 160; también publicado en «Líneas fundamentales sobre la reinserción de los menores delincuentes», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1836-37, Madrid, 1999, pp. 48-63.

La posición de Bueno Arús acerca de la inimputabilidad del menor de edad se fue volviendo progresivamente taimada hasta la aprobación de la LORRPM (para después recrudescerse tras las reformas operadas en la norma), si bien en este primer estadio ya se advertían las dudas que suscitaba para el autor la aceptación de la imputabilidad penal del menor infractor conforme al concepto doctrinal de delito (32), que comentaré en los párrafos siguientes.

Sin embargo, al no poder establecer un criterio científico exacto para determinar el grado de madurez, se hace depender esta cuestión del grado de socialización del menor en las sociedades actuales (33). La concepción correccional se refiere siempre al menor como «inadaptado», esto es, proveniente de un ambiente familiar desestructurado, con carencias afectivas, etc. (34), creando, de este modo, una tautología insostenible que no concibe que un menor «normal» pueda delinquir (35). Considerar al adolescente infractor como inimputable de forma automática, supone convertir una conducta social, como es la delincuencia en los menores de edad, en una patología.

Además de ello, desde la disciplina de la psiquiatría y la psicología del desarrollo, hoy en día se reconoce que la maduración y el desarrollo de la personalidad es un proceso continuo que se extiende a lo largo de toda la vida (36). De este modo, el momento exacto de madurez del menor puede variar en cada supuesto y depender de muy diver-

---

(32) Vid. BUENO ARÚS, F., «Imputabilidad de los menores», en *IV Congreso Andaluz de Ciencias Penales*. El Puerto de Santa María, Cádiz, 1998, pp. 37-56; el mismo: *Líneas fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 10; «Aspectos sustantivos de la ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Revista ICADE*, núm. 53, 2001, pp. 6 y 7; y también: «La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., y MAYORAL NARROS, I. V. (coord.), *Jornadas sobre Derecho de los Menores*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 316.

(33) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, pp. 125 ss.

(34) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, pp. 47 ss.

(35) Cuando en realidad es perfectamente posible que un menor integrado y no afectado por disfunciones psico-biológicas pueda delinquir; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 353.

(36) Sobre esta cuestión, Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia Juvenil, consideraciones penales y criminológicas*. Colex, Madrid, 2003, pp. 214 ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, pp. 256 ss.; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 103, con referencias al DSM-III-R y el DSM-IV-R sobre los periodos de maduración; CRUZ Y CRUZ, E., *Los menores de edad...*, *ob. cit.*, pp. 276. Desde el ámbito de la psiquiatría forense, Vid. KAPLAN, V. A. & SADOK, B. J., *Sinopsis de la psiquiatría*. Ciencias de la conducta/Psiquiatría clínica. Madrid, 1999, p. 18.

sos factores (biológicos, psicológicos, emocionales, cognitivos y sociales), siendo necesario realizar un estudio individual de cada supuesto (37). De la misma manera, tampoco parece posible concretar con exactitud la edad límite que permita definir el periodo de la niñez y la adolescencia (38). Más aún, el concepto de adolescencia no puede ser encorsetado a una cuestión puramente biológica, sino que mantiene una marcada significación cultural (39).

Es por ello que ante tal clima de inseguridad e incertidumbre científica, la imputabilidad penal del menor deberá atender, en mayor proporción que en el caso de los adultos, a las circunstancias personales del menor. De hecho, será necesario que la medida sancionadora-educativa (o, en algunos supuestos, pena juvenil, como defenderé *infra*) se adecue también al estudio de la personalidad del menor. Estas prerrogativas son perfectamente compatibles con la imputabilidad penal del menor, y deben ser valoradas conjuntamente con la gravedad del hecho cometido (culpabilidad), sin que ello suponga, necesariamente, y en esto me sitúo completamente de acuerdo con el argumento de Bueno Arús, que se transforme el Derecho penal del Menor en un Derecho penal de Autor (40).

Posteriormente, Bueno Arús daría un mayor desarrollo a su concepto de inimputabilidad por minoría de edad, fundamentado en la denominada naturaleza de las cosas, de cariz welzeliano, basada en la concepción finalista del Derecho penal. Según el autor, si el Legislador

(37) Véase, al respecto, el estudio de VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM (ER), Madrid, 2002, pp. 54 y 55. Del mismo modo, algunos autores han expuesto que el juicio de culpabilidad, esto es la imputabilidad penal, también mantiene una orientación individualizadora, TORIO LÓPEZ, A., «El concepto individual de culpabilidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 38, Fas. II, 1985, pp. 285 ss.; GARCÍA ANDRADE, J. A., «Política criminal y edad penal», en VV. AA., *Política criminal y reforma penal homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 505. Desde el ámbito de la psicología, Vid. DAVIDOFF, L. L., *Introducción a la psicología*. McGraw-Hill, México, 1984, pp. 84 ss.

(38) Vid. DSM-III-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1988: 31 ss.; DSM-IV-R: *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Barcelona, 1995: pp. 39 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.<sup>a</sup> I., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 139; VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 56.

(39) Vid. GARCÍA-PABLOS, A., «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (Dir.), *Menores privados de Libertad. Cuadernos de Derecho Judicial XV, CGPJ*, Madrid, 1996, p. 257; VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 67.

(40) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 360.

declarara una edad de responsabilidad penal concreta, no sería más que un ejercicio de voluntarismo (41), una imposición jurídica, desligada de las estructuras lógico-objetivas de la realidad. Siguiendo este posicionamiento, existiría una «lógica elemental abstracta», ajena al Derecho positivo, y con base en la estructura cultural mínima de nuestra sociedad que no podría ser quebrantada, sin contrariar el sistema de conocimientos de nuestra sociedad (42). Para esta posición, por tanto, la naturaleza de las cosas es el límite absoluto de la tarea legislativa (43).

Al no poder establecerse científicamente y de forma segura una edad de madurez a efectos de responsabilidad jurídico-penal, y ante el fracaso, por la inseguridad jurídica en la que derivaba (44), de la pretérita teoría del discernimiento, el legislador solo podría cambiar los límites de edad penal basándose en razones político-criminales (45) que ignorarían la mencionada naturaleza de las cosas. Tal clase de técnica legislativa, en palabras de Bueno Arús, supone una «práctica abusiva» del Legislador (46). Ciertamente, si atendemos al tenor literal de la competencia de edades de la LORRPM, ésta se limita a establecer un tramo inferior de

(41) Vid. BUENO ARÚS, F., *Líneas fundamentales...*, *ob. cit.*, p. 8; el mismo: 2001, p. 2; 2003, p. 313 y 315; 2005, p. 302; y también, 2006, pp. 321, 347, 348 y 349. Posteriormente, hablaría de voluntarismo político, en «Sombras y lagunas de la política criminal española en torno a la responsabilidad penal de los menores», en *Revista ICADE*, núm. 70, 2007, p. 18.

(42) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 306 y 326.

(43) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 302; 2006: 362; el mismo: 2007, p. 37.

(44) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 344; el mismo: 2007, p. 3.

(45) Como sostiene actualmente un amplio sector de la doctrina: GONZÁLEZ ZORRILLA, C., «Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad», en *Documentación jurídica*, vol. I, núm. 37.040, 1983, p. 178; GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «La nueva ley de justicia juvenil en España: un reto para el 2000», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (Dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de Derecho comparado. CGPJ*, Madrid, 1999, p. 118, nota al pie 18; VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 82-85; CARMONA SALGADO, C., «La delincuencia de jóvenes y menores: hacia una nueva regulación jurídica», en VV. AA., *Protección Jurídica del Menor*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Antonio Machado de Baeza, Granada, 1997, pp. 137 y 138; la misma autora: «Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la LO 5/2000, de 12 de enero», en VV. AA., *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, pp. 114 y 115; Herrero Herrero, C., *Criminología. Parte General y Especial*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 360 ss.; el mismo autor: *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 352; quien ha expuesto que «la mayoría de edad, sea desde una vertiente civil o penal, es un concepto eminentemente político-jurídico, amalgamado con algunos elementos psicológicos y sociales. No siempre es un concepto que responda a la realidad de las cosas»; en similares términos, GARRIDO GENOVÉS, V., *Delincuencia Juvenil*, Alhambra, Madrid, 1987, p. 11.

(46) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 351.

edad de responsabilidad penal, los catorce años, en el que «no se está haciendo mención alguna a criterios como la motivación, la madurez, desarrollo intelectual, el autocontrol, la moral social, etc., sino a las consecuencias jurídicas de las normas que contiene la Ley» (47).

Tal fundamento, sin dejar de ser completamente legítimo, puede ser confrontado. No puede afirmarse, desde la tesis de la naturaleza de las cosas, que todo menor de determinada edad carezca de la madurez suficiente para cometer un delito puesto que la naturaleza de las cosas es relativa a efectos de desarrollo de la personalidad.

Dicho de otro modo, la naturaleza de las cosas no puede determinarse científicamente, por lo que el establecimiento de una edad de responsabilidad penal será relativo (48). No obstante, ello no es óbice para ignorar completamente criterio objetivo alguno en su determinación (49). La política-criminal, como acertadamente aseguraba Bueno Arús, no es ninguna panacea. Baste decir, al respecto, que la decisión del Legislador debe estar apoyada y sustentada en razones biológicas, cognitivas, psicológicas, sociales, culturales (50) y de política criminal (51) (e incluso, por qué no, en el propio sentido común y las denominadas «estructuras lógico-objetivas»; esto es, una naturaleza aproximada de las cosas) por mucho que estas no sean científicamente exactas.

Desde las ciencias de la psicología y la psiquiatría se ha establecido que es posible que, a partir de la temprana edad de 12 años, el sujeto establezca una relación con la norma (52). Por otra parte, también se ha demostrado que durante la adolescencia el menor «desarrolla la capacidad de considerar y examinar las posibilidades no inmediatas» (53). Finalmente, Harbauer sitúa los límites de la edad de

(47) Cfr. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 112.

(48) En este aspecto, no puede seguirse el esquema dibujado por el Prof. Bueno Arús, cuando explicaba que «*lo primero es determinar la naturaleza de las cosas, luego legislar conforme a ella y, tercero, justificar con algún rigor cualquier cambio que se produzca en el fondo o en la forma*»; BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 354.

(49) Vid. NAVARRO FRÍAS, I., «El necesario regreso del principio de culpabilidad al Derecho penal de menores», en SOLA RECHE, E., HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., FLORES MENDOZA, F., y GARCÍA MEDINA, P. (eds.), *Derecho Penal y psicología del menor*. Universidad de la Laguna, Granada, 2007, p. 121.

(50) Como han indicado algunos autores, los estudios realizados desde la Psicología y la Psiquiatría, como es la diferenciación de distintas etapas de desarrollo en el menor, no pueden dejar de tener cierta relevancia jurídica.

(51) Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 256 y nota al pie 53.

(52) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen de la minoría de edad penal (artículo 19)*, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El Nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 169.

(53) Vid. VENTAS SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 64.

madurez entre los 9 y 13 años (54), mientras que otros autores, como Davidoff, lo delimitan entre los 13 y los 18 años (55). Durante la adolescencia, según los estudios de Darley Glucksberg y Kinchla, se desarrolla el vínculo con la norma y se interiorizan los valores sociales y de responsabilidad, respeto a la autoridad, cumplimiento del deber y mantenimiento del orden social (56). Como ha expuesto Bonilla Correa, «es a partir de los once o doce años, con la pubertad, cuando se produce la interiorización de las normas, donde se puede hablar de capacidad de culpabilidad, pero con una serie de consideraciones, puesto el proceso de aprendizaje es todavía débil, y no sólo eso, sino que los mecanismos inhibidores no se han desarrollado plenamente» (57). A partir de los catorce años, se entiende que el sujeto ya ha desarrollado la capacidad de comprender que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico y actuar de acorde con esa comprensión, por lo que, en principio, y salvo demostración en contrario, se tratarían de personas completamente imputables (58).

Por tanto, como se puede apreciar, la imputabilidad del menor no carece tampoco de cierta «base científica», ni el Legislador eleva la personalidad de los menores «taumatúrgicamente» (59). No obstante lo indicado hasta ahora, conforme al principio de mínima intervención que debe primar en toda norma penal y con base en la normativa internacional, las razones político-criminales podrán primar de forma benévola al considerar demasiado temprana una determinada edad de responsabilidad penal. Quizá este sea un argumento de peso a favor del establecimiento de una edad fija a partir de la cual se puede comenzar a imponer medidas de carácter penal a los menores edad (60), puesto que, como

(54) Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.<sup>a</sup> I., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, pp. 139 y 140.

(55) Vid. DAVIDOFF, L. L., *Introducción a la psicología*. 3.<sup>a</sup> ed., traducción de J. A. Pérez Jaimes, México, 1989, p. 473.

(56) Vid. DARLEY, GLUCKSBERG y KINCHLA, *Psicología*. 4.<sup>a</sup> ed., Prentice-Hall Hispanoamericana, México, 1990, p. 528; al respecto, Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 106.

(57) Cfr. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 107; en el mismo sentido, Vid. Vázquez González, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 213; Lacruz López, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 256.

(58) Vid. Vázquez González, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 215 ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 257.

(59) Utilizando la expresión del propio autor, Bueno Arús, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 304; el mismo: 2006, p. 354.

(60) Si bien la edad de los 14 años no ha sido acogida de forma unánime por parte de la doctrina. Al respecto, Vid. CONDE PUMPIDO, C. (Dir.): *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Trivium, Madrid, 2001, p. 74; BERISTAIN IPIÑA, A., «Delincuencia juvenil», Ponencia presentada al Senado ante la Comisión de relaciones con el Defensor del

puede apreciarse, todo indica que estamos ante una presunción *iuris tantum* de imputabilidad penal de los adolescentes. En este sentido, como bien apunta Lacruz López, «si ahondamos un poco en el análisis, resulta evidente que la propia naturaleza del desarrollo de la personalidad choca con el establecimiento de un límite objetivo, de una presunción *iuris et de iure*, en la exigencia de responsabilidad penal» (61).

Por otra parte, añadiremos a la crítica de la postura correccionalista sobre la inimputabilidad penal del menor que su punto de vista pudiere pasar por alto la necesidad multidisciplinaria de cualquier sistema de justicia de menores. Ciertamente, el Legislador no podría reservarse todas las materias concernientes a la determinación exacta del alcance de capacidad penal del menor (62), en tanto que ésta debería ser determinada, en primer lugar, por los agentes sociales (psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, criminólogos) (63) que conforman el Equipo Técnico que presidirá el proceso penal de menores.

En este aspecto, puede seguirse la exposición realizada por Bustos Ramírez (64) y recogidas por Bonilla Correa (65) y Lacruz López (66) con especial atención a los menores, advirtiéndose que la edad biológica y el grado de madurez no es el único criterio relevante para determinar la imputabilidad penal del menor, habiéndose seguido históricamente varias fórmulas: naturalístico-biológico-psiquiátricas, psicológicas y psicológico-jurídicas. La primera de ella se encargaría de definir las causas que eximen la responsabilidad criminal, de carácter biológico o psiquiátrico, extrayéndose la definición doctrinal de imputabilidad personal a raíz de las mismas. La segunda se corresponde con el ya mencionado concepto psicológico de culpabilidad, como capacidad de entender o querer del sujeto, atendándose al proceso psicológico del individuo en el momento de la comisión del hecho delictivo. Por último, las fórmulas psicológico-jurídicas se

---

Pueblo y de los Derechos Humanos, de la Sesión celebrada el día 14 de abril de 1988, Diario de Sesiones del Senado, p. 2; RÍOS MARTÍN, J., 1993: 139; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 111.

(61) Cfr. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 259.

(62) Y, por tanto, no podrá apartarse completamente de la naturaleza de las cosas, BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 351.

(63) Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 515.

(64) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*. Parte especial. 2.<sup>a</sup> ed., Ariel, Barcelona, 1991, pp. 379 y 380. Al respecto, también Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*. Parte General III. Teoría jurídica del delito II, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 53 ss.

(65) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 108.

(66) Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., «Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D. (Eds.): *Derecho penal juvenil*. 2.<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 250.

corresponden con el concepto de culpabilidad normativa, donde lo importante será la posibilidad de comprender el injusto y la actuación conforme a esa comprensión, en la que es necesaria una cierta base biológica de madurez. El uso de una fórmula exclusivamente biológica conduciría a la inimputabilidad del menor por debajo de la edad que marque el legislador, mientras que una forma psicológica pura resultaría inaplicable a la hora de conformar la irresponsabilidad por razón de la edad (67). Por ello, indica Bonilla Correa, la fórmula mixta es preferible (68), trasladándose el problema a la fijación de una edad en el que tanto parámetros biológico-psicológicos como normativos puedan conjugarse para conformar la imputabilidad penal del menor.

Para la postura defensora de la inimputabilidad penal del menor, admitir la imputabilidad del menor supondría modificar los principios básicos y establecidos de la teoría jurídica del delito (69). Indicaba, al respecto, el Prof. Bueno Arús, que si admitimos que el menor carece de la suficiente madurez (70) para conocer todas las implicaciones que se derivan de un ilícito penal, «la consecuencia, no sé si pretendida de tal actitud, es que obligará a la doctrina a modificar el concepto tradicional de delito, en uno de estos dos sentidos: a) o bien desvincular el elemento imputabilidad (=madurez) del concepto de delito, no identificándolo con la capacidad de autodeterminación que se venía estimando hasta ahora como propia de los adultos sin anormalidades psíquicas o de percepción; b) o bien ampliar su concepto, considerando imputables o capaces de autodeterminación a los efectos del reproche social y de la determinación de responsabilidad sancionadora también a los mayores de la edad que se fije en la nueva Ley» (71).

El concepto tradicional de imputabilidad en la teoría jurídica del delito se transformaría en una inimputabilidad *sui generis*, presunta, en definitiva, «en un nombre, en una sombra, en un dato que se da por presupuesto en la sentencia» (72). A pesar de los esfuerzos por argumentar la cuestión de la inimputabilidad de los menores de edad, actualmente esta concepción ha sido progresivamente abandonada por la doctrina.

(67) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., pp. 222 y 223.

(68) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 108.

(69) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, ob. cit., p. 336; 2006: 339 ss.; y también: 2007: 55.

(70) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, ob. cit., pp. 347, 349 y 363.

(71) Vid. BUENO ARÚS, F., *Líneas fundamentales...*, ob. cit., p. 10; el mismo: 2001, pp. 6 y 7; y también: 2005, pp. 314 y 315.

(72) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, ob. cit., p. 363.

### III. POSICIONES INTERMEDIAS: IMPUTABILIDAD PENAL DISMINUIDA, RELATIVA O ESPECÍFICA. MOTIVACIÓN NORMATIVA Y TESIS DE LA NECESIDAD DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL JUVENIL

Llegados a este punto, caben diferentes hipótesis en cuanto a la tipología de la imputabilidad penal del adolescente infractor (73). Un sector de la doctrina entiende que se trata de una imputabilidad penal disminuida o atenuada (74), específica (75) [*sui generis* (76)] o causa de inimputabilidad relativa (77).

En mi opinión, aunque tal tesis pudiera ser completamente válida (78), no es necesario acudir a un concepto dogmático nuevo (79). En primer lugar, no puedo estar de acuerdo con la afirmación de Bueno

(73) Al respecto, también véase JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., «Edad y Menor», en MORILLA CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.): *El menor como víctima y víctima de la violencia social (Estudio Jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 57 ss.

(74) Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «La evolución del sistema de justicia juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales», en *Actualidad Penal*, tomo III, núm. 33, 2000, pp. 683 y 684; CEREZO MIR, J., *Curso...*, p. 95 y nota núm. 48; BARATTA, A., «Elementos de un nuevo derecho de infancia y la adolescencia, a propósito del Estatuto del Niño y el Adolescente del Brasil» en *Ius et Veritas*, Año V, núm. 10, 1995, p. 53; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.<sup>a</sup> I., La nueva Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor», en *Actualidad Penal*, núm. 33, 2000, pp. 710 y 716; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal*. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 534 y 535, quienes hablan de responsabilidad atenuada. Sin embargo, el último autor citado también expone la cuestión de la causa de exención de la punibilidad por razones político-criminales.

(75) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 55 y 56; MIR PUIG, S., 2008: 591 y 592; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*. Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal de menores*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 85. Jiménez Díaz sostiene que los menores de edad son imputables, pero están sujetos a una responsabilidad penal peculiar y especialmente configurada para ellos, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Edad...*, *ob. cit.*, p. 60.

(76) Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de los menores», en VV. AA., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 434; NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario...*, *ob. cit.*, p. 113 y 118; LANDECHO VELASCO, C. M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español*. Parte General. 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004, p. 383; en un similar sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 363.

(77) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997, p. 84.

(78) También, sobre una crítica a esta posición, BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 365.

(79) Como ya comenzaba a atisbar en CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 539. Según expone Bueno Arús, toda postura que entienda la imputabilidad del menor de edad es una «inimputabilidad *sui generis*, porque es una

Arús acerca de la construcción de un modelo de inimputabilidad penal *sui generis* en la LORRPM. A *sensu contrario*, bien podría argumentarse que hasta el decaimiento del modelo tutelar el Legislador entendía la inimputabilidad del menor como una imputabilidad *sui generis*, pues se demostrase o no su grado de madurez se le consideraba incapaz de responsabilidad penal; sin embargo, se le imponían medidas de internamiento por la comisión de hechos que constituyen delito.

Cabe recordar, asimismo, que la imputabilidad penal es susceptible de gradación. Frente a pretéritas concepciones que consideraban que un individuo sólo es imputable o inimputable, actualmente se establecen otros estadios intermedios, como el de semi-imputabilidad (80). Además de ello, debemos tener en cuenta la separación entre inteligencia y conducta/comportamiento a la hora de imputar un delito. Así, se dan casos en los que una determinada patología psiquiátrica (psicopatía) no excluye la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad del hecho, y afecta tan sólo a su conducta, de tal modo que carece de inhibiciones a la hora de actuar acorde con ese conocimiento (o no) y, en caso de actuar *voluntariamente* –aunque, insisto, sin inhibiciones morales– de forma contraria a Derecho, se le considerará *culpable* de un delito. Idéntica situación puede darse en el caso de los menores infractores (81). En efecto, indica Bonilla Correa, lo que suele faltar en los menores de edad no es tanto el elemento intelectual, que se ha desarrollado notablemente de forma normal durante la adolescencia, sino el elemento volitivo, el carácter, la madurez social, la fuerza de voluntad para oponerse a la comprensión material del injusto (82).

Sin embargo, aplicar el grado de semi-imputable al menor no termina de ser convincente, toda vez que de esta denominación se desprende un significado cercano al concepto de situación irregular.

---

*imputabilidad presunta, debida a la necesidad de mantener el sistema*»; BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, p. 363; el mismo: 2005, p. 327.

(80) Sobre una crítica a la consideración de los menores como semi-imputables, NAVARRO FRÍAS, I., «El necesario...», *ob. cit.*, pp. 117 y 118.

(81) *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., «El necesario...», *ob. cit.*, p. 114, nota al pie n.º 40; Higuera Guimerá, J. F., *Derecho Penal Juvenil*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 276; CUELLO CONTRERAS, J., «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. E. y CRUZ BLANCA M. J. (Dir.): *El Derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 125; del mismo autor, también: «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01, 2010.

(82) *Vid.* BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 113.

Además, en los supuestos de semi-imputabilidad lo normal es la aplicación de una medida de seguridad, de forma autónoma o conjunta con una pena, o una atenuación de ésta última. El pensamiento correccionalista rechaza también la denominada imputabilidad disminuida del menor, basada en la gradación de la responsabilidad criminal y, por consiguiente, de la culpabilidad del sujeto menor de edad. Según explica acertadamente Bueno Arús, tal postura, si bien conciliadora y respetable (83), no puede sostenerse, pues de otro modo lo más correcto sería aplicar una atenuante en el propio texto del CP 1995 (84).

De hecho, en el artículo 19 CP no se establece atenuante alguna por minoría de edad «con la que cualquier otra circunstancia no prevista en la Ley pueda tener analogía por el cauce del artículo 21.6 CP, sino que, simplemente, señala el límite que marca la diferencia entre la responsabilidad penal del mayor de edad y la del menor» (85).

Otro argumento contrario a esta consideración es que la LORRPM puede ser aplicada en aquellos casos en los que el menor infractor se encuentre en un estado de semi-imputabilidad (86). Esto quiere decir que la norma penal de menores entiende la normalidad del menor infractor y admite la gradación, e incluso exclusión, de su responsabilidad penal. En definitiva, no tendría sentido alguno partir de una supuesta *semi-imputabilidad* cuando existen tales previsiones en el propio texto legislativo que distinguen diferentes estadios de imputabilidad personal en los menores de edad (art. 5 LORRPM).

Finalmente, algunos autores aportan un interesante argumento en contra de esta posición, con base en lo dispuesto en el artículo 8 LORRPM (87), por el que se establece que la duración de las medidas

(83) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, pp. 364 y 365.

(84) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 333; el mismo: *Sombras y lagunas...*, *ob. cit.*, p. 42. De la misma opinión, LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 254.

(85) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, J. L., Código penal comentado y con jurisprudencia. 2.ª Ed., *La Ley*, Madrid, 2007, p. 71.

(86) Contrariamente a lo que sostienen los partidarios de la imputabilidad disminuida del menor, que basan su tesis en la regulación exclusiva de las eximentes completas en el artículo 5.2 LORRPM, pero no de las eximentes incompletas; GARCÍA PÉREZ, O., *La evolución...*, *ob. cit.*, p. 683 y 684; MACHADO RUIZ, M. D., «Minoría de edad e imputabilidad penal», en *Actualidad Penal*, núm. 3, tomo I, 2003, p. 128. En realidad, sin embargo, es perfectamente posible imponer medidas terapéuticas (tratamiento ambulatorio) a los menores que se encuentren bajo un estadio de disminución, pero no eliminación, de la culpabilidad, por lo que el argumento, en mi opinión, no es determinante.

(87) Que, literalmente, establece: «Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le

sancionadoras educativas privativas de libertad no siempre ha de suponer una disminución de la pena aplicable al adulto en las mismas circunstancias, lo que sería insostenible de considerarse a los menores como semimputables (88).

Ahora bien, no han faltado voces críticas que, desterrando de la teoría del delito el elemento de la culpabilidad (89) y apoyándose en la idea de la necesidad de la pena en atención a consideraciones preventivas, se apoyen en la función de motivación de las normas penales (90) para considerar al menor infractor no merecedor de un castigo penal (91). Tal es la *tesis de la necesidad de la pena* de Gimbernat Ordeig que, coherentemente con el planteamiento expuesto, llega a la conclusión de que «desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales o a los menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario; pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales» (92). De este modo, la cuestión se traslada a razones de prevención –especial y general– que hacen que la pena sea o no necesaria en los menores de edad (93).

El CGPJ parecía recoger en parte el planteamiento de la incapacidad del menor para ser motivado por la norma penal, cuando en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menores (Pleno del 25 de julio de 1995), recomendaba que la legislación que se dictara «*necesariamente habrá de tomar en cuenta que el menor es una persona en desarrollo que no ha podido internalizar dichas normas, por lo que no se puede partir de la base de que se ha*

---

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».

(88) Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 448; en el mismo sentido, LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, pp. 254 y 255.

(89) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la parte general del Derecho penal español*. Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 36; el mismo: «¿Tiene futuro la dogmática juridicopenal?», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> Ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 126; del mismo autor, también: «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> Ed., Civitas, Madrid, 1981.

(90) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., 1981: pp. 146 ss. Matizaciones posteriores de la «teoría de la motivación» pueden encontrarse en MIR PUIG, S., *Derecho penal*. Parte General. Reppertor, Barcelona, 2011; y también en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría jurídica del delito*. Derecho penal. Parte General. Civitas, Madrid, 1984, pp. 456 ss.

(91) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, p. 130.

(92) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Tiene futuro...*, *ob. cit.*, p. 125.

(93) Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 203; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 98.

*defraudado las expectativas que la sociedad pudiera tener respecto de él, sino que ni siquiera, en gran número de supuestos, esa misma sociedad le ha dado la oportunidad de adquirir la maduración necesaria para la interiorización de las normas» (94).*

Pues bien, además de existir algunas críticas doctrinales a esta concepción de la culpabilidad (95), podría abducirse que la interpretación de la tesis de necesidad de la pena y la motivación de la norma penal ha sido utilizada por los correccionalistas tergiversando (96), en gran medida, su significado. Y es que, en líneas generales, puede apoyarse la tesis del Prof. Gimbernat Ordeig sin llegar a las erróneas conclusiones que excluyen al menor de edad de la motivación de la norma.

En primer lugar, el argumento de la necesidad de la pena no excluye, *de facto*, que exista una verdadera necesidad de penar ciertas conductas especialmente graves (delitos) cometidos por los menores de determinada edad (97). Precisamente, en nuestro país se ha vivido en la última década un progresivo recrudecimiento del Derecho penal de Menores, precisamente basado en consideraciones –no siempre bien entendidas u orientadas por parte del legislador– preventivo generales (98) o, lo

(94) Al respecto, SÁNCHEZ YLLERA, I., *Comentarios al Código penal de 1995*, en Vives Antón (coord.), Volumen I, Valencia, 1996, pp. 110 y 111.

(95) Así, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito II*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 28 ss.; GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española», en *Actualidad Penal*, 1993, p. 557. En concreto, desde la perspectiva que aquí interesa, se ha puesto de manifiesto que la teoría de la necesidad de la pena vuelve a caer en el estigma de la anormalidad del menor de edad, no siendo correcto calificar como inimputables a los sujetos no motivables por la norma. Al respecto, *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., *La imputabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 80 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, *ob. cit.*; SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal...*, *ob. cit.*, p. 68; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 98.

(96) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 519.

(97) Sobre la culpabilidad de los menores de edad atendiendo a tales teorías, si bien partiendo de la inimputabilidad penal de los menores, *Vid.* CRUZ Y CRUZ, E., *Los menores de edad...*, *ob. cit.*, pp. 255 ss.

(98) *Vid.* GARCÍA PÉREZ, O., «Capítulo II. La competencia de los órganos de la Administración de Justicia de menores», las bases de la responsabilidad penal de estos y el Derecho supletorio (arts. 2, 3, 4, 5, y 6 del Título Primero y arts. 10, 11 y 12 del Título Segundo)», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E., «Justicia de Menores: una justicia mayor». *Manuales de Formación Continuada 9, CGPJ*, Madrid, 2001, p. 59. Algunos autores hablan de carácter disuasorio; *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 116. En la Exposición de Motivos se expone claramente que la prevención especial a modo de «intimidación» del sujeto, es uno de los principios rechazados por la norma. Así queda expresado en el punto II. 7: «rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma». Sorprendentemente, a pesar de que se niega el carácter intimidatorio de la sanción por la falta de madurez en los menores infractores, en ocasiones ha sido esgrimido como argumento por los tribunales. Es el

que es peor, puramente defensoras (99) y simbólicas (100). Actualmente, el argumento del alarmismo social y la necesidad de reafirmación de la norma en el caso de los delitos cometidos por los menores de edad ha sido un argumento tristemente esgrimido por el legislador para establecer una serie de reformas en la LORRPM. La colectividad ha dejado de ser indiferente ante la posible impunidad de los delitos cometidos por los menores de edad y, al menos en los supuestos limítrofes con la mayoría de edad, se admite la necesidad de la amenaza de la pena. Se trata, en mi opinión, de la afirmación de la necesidad de la pena para la delincuencia juvenil, si bien la vía no ha sido, desde luego, la correcta.

Más aún, también desde el punto de vista de las necesidades preventivo especiales, se estaría incurriendo en una concepción acotada del Derecho penal (y la pena), considerándolo como un mal *en sí mismo* y no un *mal necesario* (101). Por otra parte, Gimbernat Ordeig habla de motivación de las normas penales en plural (o, si se quiere, en general), por lo que nuevamente deberemos estar al concreto marco de referencia legal específico del que se extraerán las pertinentes consecuencias jurídicas al delito.

Argumentar lo contrario sería poner en la pluma del maestro emérito de la Universidad Complutense de Madrid palabras que no pueden encontrarse en su argumentación o realizar una interpretación extensiva (y, por tanto, errónea o exaltada) de su doctrina. Entiendo, en suma, que Gimbernat no establece que el menor sea considerado

---

caso de la Sentencia del Juzgado de Menores de Alicante (Número 2), 203/2004, de 9 de julio, transcrito por Sánchez Lázaro en su artículo sobre las respuestas jurídico penales en menores infractores (*ob. cit.*, p. 72), en el que se puede leer, como fundamento de la dura sentencia por un crimen especialmente violento: «la frialdad demostrada en el acto de la vista rota al final de la misma con tenues lágrimas que denotan más su temor ante las consecuencias judiciales que pudieran tener sus actos que un sincero arrepentimiento». Al respecto *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 535 y 536. En la Exposición de Motivos I.5, de la LORRPM; se dispone que las medidas recogidas en la ley «fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor». A mi juicio, en términos semánticos debe interpretarse la voz fundamentalmente como «razón principal», principio que en el origen inspira la medida, pero no único.

(99) Es decir, tienen una finalidad de defensa social, *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y 60; ABEL SOUTO, M., «Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)», en *Actualidad Penal*, Tomo I, núm. 6, 2002, p. 106.

(100) Al respecto, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 560 ss., y las obras allí citadas.

(101) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 516.

como «anormal» a efectos de imputabilidad, sino que las finalidades de la pena impuesta conforme a esa imputabilidad no son análogas o, mejor aún, no se encuentran en la misma proporción que en el adulto.

Ciertamente, como expone Silva Sánchez (102), la teoría de la necesidad de la pena habla de la innecesariedad de la aplicación de una «pena común» a los menores infractores, puesto que tal consecuencia jurídica carecería de legitimidad al no cumplir con sus objetivos preventivo generales y especiales. Ahora bien, nada impide la construcción de una sanción penal adecuada a la realidad –biológica, psicológica y social– del menor, y, por tanto, capaz de «motivarle» (103): la denominada pena juvenil (104). Tal pena, denominada como tal y no como medida, deberá mantener unas características propias, estar especialmente orientada a la prevención especial positiva y deberá ser aplicada, como cualquier pena, cuando sea estrictamente necesario (última ratio). Además de ello, no existe merma alguna en el ámbito de la prevención, puesto que se impondrán unas consecuencias jurídicas de carácter penal, pero más efectivas para educar y reinsertar en sociedad al menor de edad. Al respecto, continúa argumentando el autor citado, no hay tampoco merma en la prevención general positiva, puesto que la sociedad tiene asumido que existe un grupo de personas, en atención a la edad, que deben ser objeto de diferente valoración (105).

Sobre la cuestión de la motivación en los menores de edad, Muñoz Conde ha expuesto la necesidad de conjugar los argumentos de prevención con el desarrollo de las facultades físicas y psíquicas mínimas para que se produzca tal vínculo con la norma (106). Por tanto, «si no se mantienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente (...) no puede haber culpabilidad y tampoco se les podrá poner ninguna pena, ya que la intimidación y la prevención general difícilmente puede alcanzar a un sector de la población todavía poco accesible a los mandatos normativos» (107). Finalmente, para el autor citado, las facultades intelectivas y volitivas de un sujeto

(102) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, ob. cit., p. 170 ss. Al respecto, también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.<sup>a</sup> I., *Minoría de edad...*, ob. cit., pp. 23 y 24.

(103) Pues también en la adolescencia se desarrolla la capacidad del menor para ser motivado por las normas, Ventas SASTRE, R., *Estudio de la Minoría de edad...*, ob. cit., p. 66.

(104) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, ob. cit., p. 171.

(105) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, ob. cit., pp. 171 y 172; siguiendo al autor citado, Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 110.

(106) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., pp. 98 y 99.

(107) Vid. MUÑOZ CONDE, F., «Prólogo», en VV. AA., *La responsabilidad penal de los menores*. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 10.

están condicionadas por factores psíquicos y socio-culturales, lo que supone que la capacidad de culpabilidad depende también de procesos de interacción social, convivencia y comunicación que conformarán en el individuo la motivación con la norma. Si tal capacidad no ha llegado a desarrollarse por razón de la inmadurez no podrá hablarse de culpabilidad (108). Esta posición, ecléctica respecto a la tesis de la motivación de la norma y la imputabilidad por razón de la madurez, también traslada la cuestión de la culpabilidad de los menores de edad a una presunción *iuris tantum*, en la que tendrán que verificarse tanto factores de tipo psicológico como socio-culturales.

Al respecto, acertadamente Hernández Alarcón ha anotado que «la motivación suficiente del adolescente no se encuentra ligada a su capacidad como ser humano en desarrollo, sino básicamente a sus posibilidades de motivación teniendo en cuenta las prestaciones positivas que la sociedad debe de realizar para el ejercicio pleno de sus derechos, es motivable por la norma en la medida que tiene no la capacidad, sino la posibilidad de conocerla, esencialmente mediante el sistema educativo» (109). En este sentido, como ha indicado nuestro TS, «si el juicio se refiere a motivabilidad del autor por medio de normas jurídicas, los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la capacidad del autor» (110).

Sobre esta última consideración jurisprudencial, con gran acierto Cobos Gómez de Linares ha señalado que con esta Sentencia y las que cita en su apoyo se puede verificar la importancia de las ciencias auxiliares del Derecho penal tanto como a la inevitable preponderancia de las consideraciones normativas a la hora de decidir sobre la capacidad penal del sujeto. El autor, concluye tajante que «la desaparición del artículo 20 de cualquier referencia a los menores hace desaparecer asimismo toda referencia a los mismos cuando el TS versa sobre inimputabilidad y sus grados, porque la minoría de edad *per se* no es un supuesto de inimputabilidad ni de imputabilidad disminuida» (111).

En esta última línea de pensamiento podríamos situar la posición de Mir Puig, quien entiende que el fundamento de la responsabilidad penal se encuentra en la normalidad o anormalidad de la motivación (112). Así, en aquellos casos en los que no falta absolutamente

---

(108) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 139 y 140.

(109) Vid. HERNÁNDEZ ALARCÓN, C., *El debido proceso y la justicia penal juvenil*. Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2005, p. 55.

(110) STS 733/1997, de 22 de mayo.

(111) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, p. 112.

(112) Vid. MIR PUIG, S., «La imputabilidad en Derecho penal», en VV. AA., *Psiquiatría forense. Centro de Estudios Judiciales*, Madrid, 1994, pp. 35 ss. Al res-

toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo la posibilidad de un acceso normal a la misma, tiene sentido dirigir el mensaje normativo al sujeto, que podrá infringir la norma de determinación, pero no será legítimo considerarle penalmente responsable (113). En el caso de los menores de edad, si falta toda posibilidad comprensión del sentido y alcance de la conminación penal o el sujeto se encuentra inmerso en unas condiciones psíquicas que obstaculizan la normal eficiencia de la motivación de la norma, nos encontraremos ante una menor capacidad para cumplir el mandato normativo y, por tanto, no sería adecuado imponer la misma sanción que a aquellos que se encuentran en una situación de motivación normal (114). Finalmente, el autor citado indica que «la minoría de edad penal puede hallarse por encima del momento en que efectivamente se alcanza el discernimiento, en buena medida porque la introducción de medidas específicas para el menor ha venido a suplir con ventaja la necesidad de la pena» (115).

Nuevamente, la argumentación nos remite a una presunción *iuris tantum* de normalidad de motivación de la norma en aquellos sujetos que hayan llegado, al menos, a la post-adolescencia, según parecen indicar los nuevos avances de las ciencias de la conducta humana. Por otra parte, también sería válido, en estos supuestos, la construcción de una sanción penal adecuada a la motivación de la norma para los menores de edad, en los términos antes expuestos. Finalmente, esta teoría no está exenta de críticas, entre las más obvias: la utilización de términos de normalidad y anormalidad, que redundan en la consideración de una posición de inferioridad de los menores de edad frente a los adultos, o la derivación hacia políticas de prevención general positiva, pues «si de lo que se trata es de que un individuo interiorice una norma, es decir, se motive, la pena debería estar dirigida a cumplir una mera función simbólica, cuál sería la de contribuir al afianzamiento de la conciencia jurídica, de la confianza institucional y, en última instancia, a la integración social» (116).

Además del fundamento antes expuesto, algunos autores, con acertado criterio, han indicado que «la inclusión de los menores de entre 14 y 18 años en el ámbito de la aplicación de esta Ley [LORRPM] significa que se les considera motivables por la norma, que se les presume

---

pecto, Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 99.

(113) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 547.

(114) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 548 y 549.

(115) Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 548 y 549.

(116) Cfr. SOTOMAYOR ACOSTA, J. O., *Imputabilidad y sistema penal...*, ob. cit., p. 70.

capaces de comprender a ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, y de hecho se les conmina con la imposición de determinadas medidas de naturaleza penal para evitar la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas» (117). Ciertamente, si tenemos en cuenta la naturaleza penal de la LORRPM –cuestión, por otra parte, muy discutida en la doctrina (118)–, no parece tener sentido preguntarse por la motivación de la norma, cuando de facto se ha construido un sistema de sanciones penales expresamente para los menores de edad.

Otros autores, como Cárdenas Dávila, entienden que, en el caso de los menores, imputabilidad «debe ser entendida como inaplicación de las penas para adultos» y concluye que «los menores son inimputables, pues no merecen las penas de los adultos por su especial situación, pero si son responsables de acuerdo a su capacidad de entender y comprender los alcances de su conducta de acuerdo a su proceso de formación y medio de desarrollo» (119). Si bien estoy de acuerdo en cuanto al marco de referencia legal específico para los menores, ello no excluye que la imputación de los mismos sea una imputación penal. El principio de especialidad está fundamentado en razones de prevención especial y de política criminal, no en la construcción de una responsabilidad especial de los adolescentes infractores (si bien así se habría pretendido en un primer momento).

Habiendo establecido que la responsabilidad penal es una consecuencia de la imputabilidad penal, una teoría de la responsabilidad penal sin imputabilidad (120) no sería coherente en un ordenamiento

(117) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho penal*. Tomo I. Parte General. 6.ª Ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 191.

(118) Al respecto, Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 504 ss.; el mismo: *La utopía...*, *ob. cit.*, pp. 29 ss.

(119) Cfr. CÁRDENAS DÁVILA, N. L., *Menor infractor y justicia penal juvenil*. Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 2009, pp. 54 y 55.

(120) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Imputabilidad y edad Penal», en *Justicia Penal y Sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, núm. 8, 1998, pp. 123 ss.; en el mismo sentido, CÁRDENAS DÁVILA, N. L., *Menor infractor...*, *ob. cit.*, p. 56. En contra, HERNÁNDEZ ALARCÓN, C., *El debido proceso...*, *ob. cit.*, p. 52 y ss; quien, con acierto, ha expresado que «al mantener la inimputabilidad del adolescente, como criterio para incluirlo dentro de otro sistema de responsabilidad distinto al de la culpabilidad, no teniendo en cuenta que justamente la imputabilidad es el criterio básico que posibilita la atribución de la responsabilidad o la culpabilidad, termina así equiparado al enajenado mental con el adolescente al realizar una diferencia entre el derecho penal y el derecho penal criminal, señalando que los adolescentes y los demás inimputables se encontrarían dentro del derecho penal pero no criminal. Consideramos que si bien es necesaria una respuesta del Derecho Penal distinta a la de los adultos frente a los delitos y faltas cometidos por adolescentes, el criterio de esta repuesta se encuentra en la consideración de su inimputabilidad, sino únicamente en un distinto juicio de exigibilidad, –que es el segundo nivel de análisis crítico de la imputabilidad–. Consecuentemente, si bien al

garantista como pretende ser el Sistema de Justicia Penal de Menores, pues se estaría atribuyendo una responsabilidad a quien previamente se ha considerado como incapaz de asumirla o no tiene la capacidad de entender el ilícito o actuar de otro modo (121).

En una línea muy cercana a este planteamiento, podría indicarse que los menores de edad entran dentro de la categoría de inimputables, pero no por ello están exentos de respuesta desde el marco penal, mediante una medida de seguridad que no atendería a su culpabilidad, sino a su peligrosidad. Bien, al respecto, hay que recordar que nuestra actual norma penal de menores sí tiene en cuenta la gravedad del hecho delictivo a la hora de imponer las medidas sancionadoras-educativas, si bien, como ha señalado García Pérez, «la comisión de un delito y su gravedad constituyen una base insuficiente para poder pronosticar que su autor vaya a volver a delinquir en el futuro» (122).

Otros autores, han indicado que la previsión contenida en el artículo 19 CP se refiere, en realidad, a una causa de exención de la punibilidad (123) basada en una cuestión personal (la menor edad). No obstante, como ha expresado con claridad Cobos Gómez de Linares, «ni desde el punto de vista legislativo ni del judicial puede entenderse que se produzca una abstención de penar» (124), pues como ya he tenido oportunidad de argumentar, algunas de las medidas sancionadoras-educativas de la LORRPM son verdaderas penas juveniles y, en todo caso, se pueden aplicar algunas sanciones privativas de libertad con una duración muy aproximada a la pena de prisión del ordenamiento penal de adultos. Tampoco tendría sentido, desde el punto de vista de una política criminal despenalizadora, haber adoptado medidas tendentes al endurecimiento de las medidas de la LORRPM si la intención del Legislador era la de establecer una exclusión de la punibilidad para los menores de edad.

Por estas razones, en todo caso podría hablarse, no de una exención de la punibilidad sino de una remisión a una Ley Penal Especial que trate las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de hechos

---

adolescente no se le puede exigir como a un adulto, se le puede exigir como a un adolescente, por ser totalmente imputable y responsable de sus actos como tal».

(121) Vid. CHUNGA LAMONJA, F. G., «El Adolescente Infractor y la Ley Penal». *Editora Jurídica Grijley*, Lima, 2007.

(122) Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores», en PANTOJA GARCÍA, F. (Dir.): «La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual». *CGPJ*, Madrid, 2005, p. 413.

(123) Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones...*, *ob. cit.*, pp. 535 y 536.

(124) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, p. 115.

delictivos por parte de menores de edad (125). Algunos autores, al respecto, han indicado que tal remisión supone una manifestación más del llamado principio de oportunidad (126). Si bien tal argumento parece viable, lo cierto es que, a mi juicio, no es necesario recurrir al mismo, puesto que la propia LORRPM mantendrá, a su vez, el principio de oportunidad en aquellos supuestos en los que el menor pueda ser derivado a mediación penal. Sobre esta cuestión, parece más plausible acudir simplemente a razones de política-criminal (127).

A pesar de lo hasta ahora indicado, aún podrían establecerse otros argumentos que apoyen la inimputabilidad del menor. Uno de los puntos fuertes de la argumentación de Bueno Arús era que aceptando la imputabilidad penal del menor a partir de los catorce años se estaría recogiendo un régimen mucho más duro y, por tanto, injusto o retrógrado, que el establecido en el modelo correccional-tutelar (128).

El argumento en este punto es irrefutable, pero solamente desde una visión formal y de *lege lata*. En efecto, la actual configuración de los modelos de responsabilidad penal de los menores ha iniciado una escalada de continuo endurecimiento, una transformación o aproximación del Derecho penal de adultos o común. Por otra parte, un modelo punitivo parece, a priori, siempre más gravoso para las libertades individuales que un modelo de carácter civil.

Sin embargo, el modelo tutelar-correccional demostró un déficit de garantías que lo invalidó en la mayor parte de los países que lo habían acogido. Por otra parte, de *lege ferenda*, que un determinado sistema de Justicia Juvenil sea penal no significa necesariamente –ni debe significar– que sea menos progresista que un modelo civil o correccional. Más bien al contrario, pues puede desembarazarse del excesivo paternalismo del régimen tutelar y dotar de unas mayores garantías a la ejecución de

---

(125) Tal y como proponía Quintero Olivares, «*la tensión no sería tanta si se contara con un sistema en el que el cumplimiento de una edad, incluso quince años, sólo supusiera el paso a un tratamiento juvenil, con sus correspondientes sanciones y medidas especiales, centros especiales, etc., pero no cuando la edad estricta determina automáticamente la aplicación de la pena clásica con, a lo sumo, la apreciación de una atenuante*»; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*. 3.ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 568. Esta línea de pensamiento apoya mi tesis principal acerca de la especialización de la LORRPM respecto a la legislación de adultos como una cuestión eminentemente penitenciaria, esto es, de ejecución penal especializada y no tanto sustantiva.

(126) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, pp. 115 y 116.

(127) El propio autor antes citado afirma que «*el artículo 19 cumple más bien una función de causa de exención derivada del principio de oportunidad equivalente a razones de política criminal*»; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, *ob. cit.*, p. 116.

(128) Vid. BUENO ARÚS, F., *Menor edad...*, *ob. cit.*, pp. 355 y 356.

las medidas impuestas a los menores. Todo ello dependerá del contenido con el que se dote a norma. La edad de responsabilidad penal no debe convertirse en la edad mínima penal a efectos de consecuencias jurídicas al delito. Lo que me lleva a pensar que la protesta no debe dirigirse contra la formación de un Sistema Penal Juvenil, sino contra el contenido del actual modelo de Justicia Penal Juvenil.

Finalmente, uno de los argumentos más importantes que apoyarían la inimputabilidad del menor es la interpretación conforme a las normativas internacionales (129). En concreto, la CDN no establece un límite absoluto en la edad de los dieciocho años (art. 1 CDN), sino que se hace referencia al reconocimiento de la mayoría de edad penal en general, siendo este concepto diferente del de responsabilidad penal del menor como ya se ha expuesto. Debe implantarse, por lo tanto, en los sistemas jurídicos de los distintos países una edad de responsabilidad penal, es decir, una edad a partir de la cual el menor se encuentra capacitado para responder por sus infracciones penales conforme a una ley penal especial para él [art. 40.3.a) CDN]. En contra de esta interpretación, Bueno Arús indicó que si bien el concepto de niño, desde el punto de vista de la responsabilidad, se encuentra muy difuminado en la CDN, la interpretación conjunta con otras normas internacionales, como las Reglas de Beijing, en las que se indica (Regla 4) que la mayoría de edad penal «no deberá fijarse a una edad demasiado temprana», establecen el límite de imputabilidad en la edad de dieciocho años (130).

No obstante, las propias Reglas de Beijing, en su Regla 2.2.c) comprenden como menor infractor a «todo menor o joven al que le haya sido imputado la comisión de un delito o se le haya considerado culpable de la comisión de un delito». Se incluyen elementos propios del Derecho penal general, como la imputabilidad. Nos encontramos pues, ante la afirmación de una verdadera responsabilidad penal de los menores, capaces, a tenor de la redacción citada, de cometer actos típicos antijurídicos y culpables.

Finalmente, el 5 de noviembre de 2008, se elabora 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 (131), de carácter

---

(129) Para el Prof. Bueno Arús, la actual redacción del artículo 19 CP y la propia LORRPM no responderían al modelo de justicia juvenil internacional y contravendrían las normativas supranacionales; BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 289 y 290. Acerca de la vulneración de las normativas internacionales, también del mismo: 2007: p. 9 ss.

(130) *Vid.* BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, pp. 287 y 304.

(131) Para consultar un estudio más completo de las *Reglas europeas para los menores delincuentes que son objeto de sanciones y otras medidas*, véase *World Cus-*

eminentemente protector del menor y basado en los modelos de bienestar. Se desarrolla a lo largo de 142 Reglas, dirigidas a los Estados miembros, para la mejora de los sistemas de justicia juvenil.

Como González Tascón expone certeramente, estas reglas, «seguramente están llamadas a constituir uno de los principales textos de referencia sobre el tratamiento de la delincuencia juvenil del Consejo de Europa» (132). En este sentido, estas recomendaciones pueden considerarse la respuesta del Consejo Europeo a la creciente demanda de una legislación comunitaria sobre justicia juvenil. Son, como ha indicado la autora citada (133) la adaptación a los menores de otras dos reglas europeas: las Reglas penitenciarias europeas de 2006 (134) y las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad. Sin embargo estas reglas van más allá que cualquiera de estos instrumentos y deberían ser la primera fuente de referencia para el tratamiento de todos los infractores menores de edad que entren dentro de su ámbito de aplicación (135). Así, las Reglas de 2008 son el intento de construir una política penitenciaria y de ejecución de medidas común para los menores infractores a nivel europeo.

---

*toms Organisation, Council of Europe: European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions Or Measures*, Estrasburgo, 2009, pp. 33 ss.; 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 114-140; 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. En nuestro idioma, véase los comentarios a esta normativa en Consejo de Europa: *Comentario a las Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas*. Traducción realizada por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Abril de 2010.

(132) *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 *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009 5 y 6; la misma autora: *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea*. Lex Nova, Madrid, 2010, p. 113.

(133) *Vid.* GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *El tratamiento...*, *ob. cit.*, p. 113 y nota al pie.

(134) Recomendación (2006) 2, aprobada por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006.

(135) *Vid.* Consejo de Europa: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 2.

Conforman una serie de encomiendas que abarcan todos los campos de actuación de los sistemas penales, incluida la posible imputabilidad penal del menor y su relación con el hecho delictivo (136):

a) La edad de responsabilidad penal no deberá ser demasiado baja y se encontrará recogida expresamente en la ley (137). Para las Reglas, menor delincuente es toda persona menor de dieciocho años sospechosa de haber cometido una infracción, entendida, a su vez, como acción u omisión que viole el Derecho penal. De la misma manera, los límites de edad también deben estar claramente establecidos por la ley. El principio de legalidad también se aplica a otro tipo de intervenciones. La edad de responsabilidad penal debe corresponder «a una edad reconocida como aceptable por la comunidad internacional» (138). Aunque podría resultar difícil encontrar un consenso europeo general, esta edad mínima no debería ser muy baja y debería estar vinculada a la edad a la que los menores asumen responsabilidades civiles en otras esferas, como el matrimonio, el final de la escolarización obligatoria y el derecho a trabajar. La mayoría de países han establecido una edad mínima entre los catorce y los quince años, y en Europa se debería seguir esta norma (139).

b) Las medidas deberán tener en cuenta el interés superior del menor y también las circunstancias específicas del mismo en su aplicación y duración. Ello implica evaluaciones periódicas a cargo de trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras u otros profesionales. Por otro lado, el interés superior del menor no debería ser un pretexto para intervenciones excesivas o desproporcionadas. Generalmente las medidas que promueven la reinserción social son en beneficio del interés superior del menor (140).

c) Ultima ratio de las medidas privativas de libertad. Se desprende de la Regla 9 sobre intervención mínima y destaca que la privación de libertad sólo debería ser una medida de último recurso; normalmente, antes se deberían haber probado otras medidas menos drásticas. Además, también se deberá restringir la privación de libertad al periodo mínimo necesario (141).

---

(136) Para una síntesis más extensa de los principios fundamentales de las Reglas de 2008, véase GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *El tratamiento...*, ob. cit., pp. 113-115.

(137) Sobre la diferenciación de la edad de responsabilidad penal del menor en los países del ámbito europeo: PRUIN, I., 2010: 1535 y ss.

(138) Véase el Comentario General núm. 10 (2007) § 32, del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC/C/GC/10) de 25 de abril de 2007.

(139) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, ob. cit., p. 6.

(140) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, ob. cit., p. 7.

(141) Vid. Consejo de Europa: *Comentarios...*, ob. cit., p. 10.

d) Los jóvenes adultos delincuentes pueden ser considerados como menores y tratados en consecuencia (142). Las Reglas consideran joven adulto delincuente a toda persona de edad comprendida entre los 18 y los 21 años que sea sospechosa de haber cometido o que haya cometido una infracción penal.

En síntesis, la política criminal del Consejo de Europa en la Reglas de 2008 no difiere demasiado de la que podemos encontrar en las normativas de las NN. UU., siendo sus líneas principales, siguiendo a González Tascón, las siguientes (143):

1. Prevención: políticas sociales previas a la intervención penal de los menores y jóvenes infractores.

2. Atención a la naturaleza del hecho que motiva la sanción: se apuesta por el concepto de delincuencia juvenil restringido al ámbito de la Ley penal. No obstante, se deja una puerta abierta a las legislaciones más aperturistas en este sentido, con ánimo de no contrariar ningún ordenamiento nacional.

3. Ampliación del marco legislativo de Justicia Juvenil a los jóvenes adultos. Según expone el propio Consejo de Europa en sus comentarios a la Reglas de 2008, la aplicación de las sanciones o medidas estipuladas en el derecho penal de menores no implica que a los jóvenes adultos les sean impuestas automáticamente sanciones menos duras que a los adultos de más de veintiún años; pero, cuando proceda, se deberían beneficiar de la diversidad de sanciones y medidas educativas estipuladas para los infractores menores (144).

4. Desjudicialización: introducción de mecanismos alternativos al proceso penal de menores. La mediación y otras medidas de justicia restaurativa se han convertido en formas importantes de intervención en los sistemas de bienestar y justicia de menores. Estas estrategias se deberían tener en cuenta en todas las etapas del tratamiento con menores y se les debería dar prioridad, dadas sus ventajas preventivas tanto para los infractores menores de edad como para las víctimas y la comunidad (145).

5. Pleno reconocimiento de las garantías y derechos del menor. Se prohibirán todas las violaciones de los derechos humanos y no

(142) Sobre la asimilación de los jóvenes adultos en los regímenes para menores infractores en las normas internacionales, DÜNKEL, F., y PRUIN, I.: *Juvenile Justice Systems...*, *ob. cit.*, pp. 1558 y 1559, y sobre los jóvenes adultos en los sistemas de justicia juvenil europeos, consúltese, de la misma obra las páginas 1568 y ss.

(143) *Vid.* GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *El tratamiento...*, *ob. cit.*, pp. 116-118.

(144) *Vid.* Consejo de Europa: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 16.

(145) *Vid.* Consejo de Europa: *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 12.

existirá justificación alguna para otorgar a los menores menos derechos que a los adultos (146).

6. Predominio de la prevención especial positiva (reinserción social y reeducación del menor infractor) en los modelos de intervención. Todos los sistemas de protección social y justicia de menores se basan en los principios de integración social y de educación. En el campo de la justicia de menores se acepta que la personalidad de los menores todavía está en proceso de desarrollo y abierta a influencias positivas. Es preciso hacer hincapié en la posibilidad de reinserción de las personas jóvenes, incluso si, en algunos casos, este objetivo sólo puede conseguirse mediante esfuerzos educativos y terapéuticos intensivos. La regla sobre reinserción social, por lo tanto, no permitiría medidas de seguridad a largo plazo o penas de cadena perpetua que tienen como único objetivo proteger a la sociedad de los infractores menores, y no ofrecerles la posibilidad de ser puestos en libertad después de un periodo razonable (147).

7. Principio de especialidad: se pretende crear una jurisdicción y unas instituciones propias para los menores de edad infractores. Las características de los menores exigen un enfoque multidisciplinario y en el que participan diferentes organismos. Según el Consejo de Europa, las disciplinas clave que debe incluir este enfoque son psicología, trabajo social y educación (148).

#### IV. IMPUTABILIDAD PENAL DEL MENOR CONFORME A LA LORRPM. TOMA DE POSTURA

Si realizamos, en este punto, una recapitulación de lo expuesto hasta ahora, podremos concluir que, más allá de la crítica al mayor endurecimiento de las condiciones del menor infractor respecto a la anterior regulación, parece difícil sostener la doctrina de la inimputabilidad penal del menor de catorce años en nuestro actual ordenamiento jurídico-penal. Tampoco la concepción de una responsabilidad atenuada o especial parecen ofrecer una respuesta definitiva, por lo que deberán explorarse las opciones restantes, a saber: plena imputabilidad penal (149); y, de forma más matizada,

(146) *Vid. Consejo de Europa: Comentarios..., ob. cit.*, pp. 9 y 12.

(147) *Vid. Consejo de Europa: Comentarios..., ob. cit.*, p. 4.

(148) *Vid. Consejo de Europa: Comentarios..., ob. cit.*, p. 14.

(149) *Vid. LANDROVE DÍAZ, G.*, «Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario La Ley*, núm. 5084, 2000, p. 2, el mismo autor: *Derecho Penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001,

una imputabilidad normalizada pero conforme a la legislación penal específica para menores infractores siguiendo un criterio de

---

p. 212; MATA LLÍN EVANGELIO, A., «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 22, 1999-2000, p. 90; TERRADILLOS BASOCO, J., «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. y NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 53; NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario...*, *ob. cit.*, p. 116 y 124. También han reconocido la imputabilidad penal de los menores: CANTARERO BANDRÉS, R., *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*. Montecorvo, Madrid 1988, p. 122; la misma autora: «Los menores y el Derecho penal», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, 1995, p. 21; y también: «Responsabilidad penal del menor y teorías clásicas de la culpabilidad», en ALONSO ÁLAMO, M., y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (Coords.): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2006, p. 180; CHOCLÁN MONTALVO, J., «La futura Ley penal juvenil», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 214, 1995, p. 3, quien ha señalado que «la exención de responsabilidad criminal con arreglo al Derecho de los adultos del menor de dieciocho años no se basa ya en la presunción de inimputabilidad, sino sobre todo en que no resulta conveniente aplicar el mismo régimen punitivo que a los adultos»; SÁNCHEZ YLLERA, I., «Artículo 19», en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.): *Comentarios al Código penal de 1995*. Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 109; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., «La imputabilidad», en *La Ley*, 1996, p. 1609; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, *ob. cit.*, p. 164, 173 y 174; DOLZ LAGO, J. M., «Algunos aspectos de la legislación penal de los menores», en *La Ley*, núm. 4540, 1998, nota núm. 11; el mismo: *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 82; y también: *Comentarios a la Legislación penal de menores. Incorpora las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 96; con ciertos matices, VENTAS SASTRE, R., «Comentarios al artículo 19», en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código penal, tomo II*, Madrid, 1999, p. 86; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código Penal», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Torío López Comares*, Madrid, 2000, p. 304; CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 49 y 50; el mismo autor: 2010, p. 125, donde el autor indica que «la minoría de edad penal no constituye un supuesto de inimputabilidad, ya que a los catorce años, por no decir a los dieciséis o dieciocho, el menor ya ha aprendido a diferenciar los contenidos vivenciales que habilitan para controlar la realidad. No son pues razones relacionadas con la capacidad de culpabilidad las que justifican la irresponsabilidad penal del menor conforme al CP, sino de otra índole político-criminal»; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Artículo 5. Bases de la responsabilidad de los menores», en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.): *La Ley de la responsabilidad penal de los menores*. Trivium, Madrid, 2001, pp. 115 ss.; CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores con las reformas introducidas en el articulado de las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000*. Bosch, Barcelona, 2001, p. 11; MORA ALARCÓN, J. A., *Derecho penal y procesal de menores (doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 38; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006,

especialización, como es el marco de referencia legal para el menor delincuente (150).

de 4 de diciembre», en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (Eds.): Nuevo Derecho Penal Juvenil: Una perspectiva Interdisciplinar ¿Qué hacer con los menores delincuentes?, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 101 y 102; MACHADO RUIZ, M. D., «Minoría de edad e imputabilidad penal», en *Actualidad Penal*, núm. 3, Tomo I, 2003, pp. 93 ss.; VAELO ESQUERDO, E., «Algunos aspectos sustantivos de la LORRPM reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Diario la Ley*, 2001, punto 3; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *et al.*, Curso de Derecho penal. Parte General. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 336; GARCÍA RIVAS, N., «Aspectos críticos de la legislación penal del menor», en *Revista Penal*, núm. 16, 2005, p. 105; BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M. A., «Justicia penal juvenil en España. Una legislación a la altura de los tiempos», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 18, 2006, p. 51; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. D., *Derecho penal de menores*. 4.<sup>a</sup> Ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 38; DE LA ROSA CORTINA, J. M., DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Novedades en el sistema de justicia juvenil sobre las medidas imponibles y sus reglas de determinación», en *La Ley Penal*, núm. 36, 2007, p. 50; aunque el autor acepta el concepto de culpabilidad atenuada; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, pp. 232 ss.; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 254, si bien, la mayor parte de los autores, dota la imputabilidad penal de unas características específicas derivadas de la propia naturaleza de los menores de edad. Posteriormente, sin embargo, el último autor citado matiza sus palabras, que parecen más acorde con nuestro planteamiento: «en definitiva, las reformas que se han ido produciendo en el sistema de responsabilidad penal del menor apuntan a una clara desvinculación del concepto de menores responsable de la idea de la imputabilidad. Sólo frente a aquellos menores de edad penal que quedan fuera de la regulación podremos afirmar que son declarados inimputables. Frente al resto, que se encuentran bajo el paraguas de la aplicación de la LORRPM, alejados del sistema penal común, lo único que podemos decir es que, siendo imputables, determinadas razones, fundamentalmente preventivo especiales en su vertiente educativa, así como la salvaguardia de los derechos e intereses del menor, hacen necesario un tratamiento específico, en el que las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión del delito estén adaptadas a su concreta realidad» (p. 255). A mi juicio, el concepto de imputabilidad penal de los menores no es el continente del principio de especialidad, sino que éste se traslada a la norma de referencia, esto es, a las consecuencias jurídicas imponibles al menor de edad imputable por la comisión de un hecho delictivo.

(150) Postura que defiende doctrinalmente en mi obra CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 539. Me apoyo en la acertada explicación de De la Cuesta Arzamendi, cuando indica que la edad penal mínima de 18 años «se configura más como un límite personal a la aplicación del Código que como propia y verdadera causa de inimputabilidad»; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., 1999: 304; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 109 y 110, lo explica claramente del siguiente modo: «se abandona el criterio que se había seguido hasta ahora al considerar a los menores de edad penal como inimputables, serán responsables, sí, pero de acuerdo a un Derecho penal propio del Derecho Penal Juvenil, con unos criterios y unos principios exclusivos; eso hace que nos encontremos no ante un Derecho Penal atenuado, sino ante un Derecho Penal independiente en atención al propio sujeto al que va dirigido». Y también, FIGUEROA NAVARRO, M. C., «La medida de internamiento en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en RODRÍGUEZ BLANCO, M. (Dir.): *La libertad religiosa de los menores en*

Una tercera vía, defendida por algunos autores, entiende la plena imputabilidad del menor de edad, pero diferencia la responsabilidad penal (responsabilidad *sui generis*) que deriva de ella como un nuevo género, por razón de las circunstancias específicas del sujeto activo (151). Se trata de una posición muy similar a la que aquí defiendo pues, al fin y al cabo, deriva la especialidad de la LORRPM a las consecuencias jurídicas diferentes a las de los adultos que se derivan de la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad (152). Además de ello, esta corriente se encuentra apoyada por la definición de responsabilidad del menor contenida en la EM de la LORRPM, tal y como he expuesto *supra*. Sin embargo, considero, una vez más, innecesario acudir a un concepto teórico nuevo de responsabilidad penal, pues no parece congruente que de la plena imputabilidad penal normalizada pueda surgir una responsabilidad penal juvenil diferenciada, cuando, en realidad, algunas de las sanciones de la LORRPM, como tendré oportunidad de comentar más adelante, apenas se diferencian de las penas aplicables a los adultos (por ejemplo, la inhabilitación absoluta).

A mi juicio, conviene desplazar la atención del criterio de especialidad a un asunto de política-criminal, fundamentalmente basado en la necesidad de dar un adecuado tratamiento en la ejecución de las medidas sancionadoras al menor condenado, pues tendrá siempre mayores posibilidades de recuperación social que el delincuente adulto (153).

En efecto, como han explicado claramente Orts Berenguer y González Cussac, los menores desde los catorce años «son imputables para el Derecho penal en su conjunto, aunque no conforme al CP» (154). Por tanto, no se excluye de forma absoluta la imputabili-

---

*los centros de internamiento*. Comares, Granada, 2012, p. 3. En contra, Vid. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*. Comares, Granada, 2002, p. 55.

(151) Vid. MIR PUIG, S., Parte General. 8.<sup>a</sup> Ed., Reppertor, Barcelona, pp. 591 y 592.

(152) Al respecto, Jiménez Díaz, ha expresado respecto a la imputabilidad de los menores de edad a partir de 14 años que «su responsabilidad penal no debe ser exigida conforme a los parámetros clásicos, sino que ha de configurarse como una responsabilidad *sui generis* en atención a las características especiales de los sujetos infractores, lo que finalmente se traduce en el establecimiento de un sistema de consecuencias penales acorde con los fines perseguidos, que no son otros que educar al menor y recuperarle, en la medida de lo posible, para la sociedad»; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Edad...*, *ob. cit.*, p. 65.

(153) También la postura antes citada admite estas razones, JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Edad...*, *ob. cit.*, p. 66; CUELLO CONTRERAS, J., *Reflexiones...*, *ob. cit.*, p. 85.

(154) Cfr. ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal*. Parte General. 2.<sup>a</sup> Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 190.

dad del menor, que, en todo caso, deberá demostrarse, sino que se establece una edad de responsabilidad penal conforme a una norma penal específica diferente al CP de adultos. La presunción de imputabilidad debe conformarse como *iuris tantum*, es decir, admitiendo prueba en contrario si se demuestra que el menor se encuentra en un estado de exención de la responsabilidad criminal y atendiendo a las circunstancias personales del menor, su grado de madurez y socialización, etc. En este sentido, los informes del Equipo Multidisciplinar serán determinantes. De este modo, nuestro actual sistema penal de menores traslada la cuestión de la imputabilidad del menor a las reglas del concepto normativo de la culpabilidad que rigen en el Derecho penal de adultos (capacidad para comprender el injusto y actuar conforme a dicha comprensión), y no a la pretérita tesis del discernimiento (155) que, además, pretendía demostrar la capacidad de dolo del menor o excluir su punibilidad por incomprensión de la antijuridicidad del hecho.

Como ha expresado Silva Sánchez para el caso español, «el menor podrá, con todo, ser irresponsable, en sentido estricto, en dos situaciones concretas: por un lado, en tanto en cuanto no alcance el mínimo de madurez psicológica; por otro lado, en la medida en que concurren en su actuación eximentes genéricas de responsabilidad criminal por falta de culpabilidad» (156).

Por estas razones, para algunos autores no resulta convincente la solución aportada por el legislador al establecer una condición objetiva de culpabilidad a partir de una determinada edad, puesto que, atendiendo al desarrollo de la personalidad del menor y sus circunstancias personales aunque se hayan alcanzado los catorce años, puede haber menores que se encuentren en un estadio de madurez insuficiente (157). Por el contrario, podemos encontrarnos con menores de

(155) Cuya vigencia no ha desaparecido según exponen Choclán y Calderón, cuando afirman que «el Derecho penal Juvenil, a diferencia del criterio biológico puro del Derecho penal tradicional, establece el criterio del discernimiento conforme al cual se hace depender la aplicación de la Ley penal a que el menor o el joven posean capacidad de culpabilidad. El Derecho penal de jóvenes se basa, pues, en el condicionamiento de la exigencia de la responsabilidad a la prueba de su imputabilidad, a la capacidad de motivación por comprensión de la antijuridicidad»; CHOCLÁN, J. A. y CALDERÓN, A., *Derecho penal*. Tomo I. Parte General. Bosch, Barcelona, 1999, p. 215.

(156) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El régimen...*, *ob. cit.*, pp. 159 y 160.

(157) *Vid.* LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 258; en un similar sentido, *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Principales aspectos sustantivos del nuevo Derecho penal juvenil español», en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Ed.): *El nuevo Derecho penal juvenil español* (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor, celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001). Monogra-

edad que no han alcanzado la edad de responsabilidad penal y que, sin embargo, muestren un alto grado de madurez para la comprensión del delito. Precisamente debido a ésta última posibilidad, se han erigido propuestas que pretenden ampliar el ámbito de actuación de la LORRPM a los menores de doce años (158). En otros casos, atendiendo a la presunción *iuris tantum* de imputabilidad penal de los menores de edad, se han propuesto soluciones basadas en la flexibilización del tramo inferior de edad en la LORRPM (159). Entre estas propuestas, destaca la de Bonilla Correa, quien indica que «se debía haber distinguido un nuevo tramo, entre doce y hasta catorce años, donde el criterio para aplicar la Ley sería mixto, se partiría del criterio biológico de la edad, pero sería corregido por el psicológico de la madurez; la razón de aplicarla a unos determinados delitos obedece, a mi juicio, a la peligrosidad del sujeto, sólo cuando haya cometido delitos graves, así como a razones de prevención general, pues son precisamente estos delitos los que causan más conmoción en la sociedad» (160).

Aunque se esté de acuerdo con el autor en la posible imputabilidad penal de determinados menores de trece años, no se puede compartir su conclusión. En primer lugar, las ciencias de la conducta humana y la mayor parte de las teorías del desarrollo de la personalidad antes expuestas parecen establecer como límite mínimo de vinculación con la norma la edad de los doce años, por lo que una política penal juvenil adecuada no permitiría ajustar tanto el criterio de imputabilidad penal a tan inestable borde de edad. Una cuestión es admitir la presunción con prueba en contrario de la imputabilidad personal de los menores, y otra establecer una política criminal dura y excesiva si atendemos a razones preventivo especiales, que siempre deben primar en Derecho penal de Menores frente a las especiales. Por otra parte, tampoco podemos fundar las razones de este nuevo tramo en la peligrosidad de los menores de trece años que cometen hechos delictivos, pues de ser así lo lógico es la aplicación de medidas de seguridad o

---

fías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 44; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., p. 235; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La responsabilidad...*, ob. cit., p. 445 y nota al pie n.º 28.

(158) Que fueron promovidas desde el ámbito político por el grupo parlamentario de CIU en 1996, y apoyadas por un sector de la doctrina, con base en fundamentos de política criminal; Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 356.

(159) Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Ley de responsabilidad...*, ob. cit., pp. 74 y 75.

(160) Cfr. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 112.

correccionales ya que, de demostrarse la imputabilidad, se les impondrían las mismas consecuencias jurídicas que a los mayores de catorce años. Tal rebaja de la edad de responsabilidad penal debe rechazada de pleno (161), básicamente por razones de índole criminológica y político criminal (162), debido al escaso éxito de la intervención penal en estas tempranas edades (163) y el reducido número de delitos graves que se comenten a tales edades (164). Además de estas razones,

(161) Vid. BUENO ARÚS, F., *La ley de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 299. La actual Fiscal de la Sala de Menores es partidaria de afrontar estos casos desde el ámbito de la protección civil y no del sistema de Justicia Penal Juvenil, basándose principalmente en la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad de los menores de 14 años, además de los ya citados principios internacionales; DOLZ LAGO, M. J., «La Ley penal del menor española: una década después (2001-2011)», en *Anuario de Justicia Juvenil*, núm. XI, 2011, p. 70. Si bien el argumento de la inimputabilidad penal de los menores de catorce años no me parece definitivo, pues, en todo caso, estaremos ante una presunción *iuris tantum* que admitiría prueba en contrario, las razones de política criminal para una intervención penal restringida para un número de supuestos poco elevados son lo suficientemente poderosas como para desechar la rebaja de la edad de responsabilidad penal del menor, siendo preferible la adecuada separación entre los sistemas de reforma (penal) y protección (civil, asistencia social) y la intervención preventivo-educativa en los (pocos) casos en los que se produzcan hechos delictivos por parte de menores de catorce años. No hay que olvidar, como se ha expuesto, que la maduración y el desarrollo de la personalidad es un proceso continuo que se extiende a lo largo de toda la vida. De este modo, el momento exacto de madurez del menor puede variar en cada supuesto y depender de muy diversos factores (biológicos, psicológicos, emocionales, cognitivos y sociales), siendo necesario realizar un estudio individual de cada supuesto.

(162) En resumen, dejar fuera de la intervención penal a los menores de edades muy tempranas, en los que normalmente incluso el sistema penal juvenil puede ser contraproducente. En este sentido, será especialmente importante una adecuada interpretación del principio de interés superior que limita el Derecho penal de Menores; BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 114.

(163) Vid. BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 112.

(164) Como, de hecho, parece recoger la exposición de motivos de la propia LORRPM cuando afirma que «la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado» (EM, I.4). Apoyando esta solución de política criminal, Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «Joven delincuente y Derecho penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 54, 1994, p. 1038; en contra, BONILLA CORREA, J. A., *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, p. 112. En realidad, debemos estar de acuerdo con la postura despenalizadora atendiendo a la realidad estadística y los datos cuantitativos y cualitativos: Apenas un 8% de los menores de 14 años cometen hechos delictivos, BERNÚZ BENEITEZ, M. J., FERNÁNDEZ MOLINA, E., y PÉREZ JIMÉNEZ, F., «El tratamiento institucional de los menores de 14

como ya he tenido oportunidad de exponer, las fuentes supranacionales que inspiran la confección de los sistemas de justicia juvenil también recomiendan que, de establecerse una edad fija a partir de la cual pueda establecerse la imputabilidad penal de los menores de edad, esta no debe ser demasiado temprana.

En el primer supuesto antes indicado, sin embargo, apunta Lacruz López, la cuestión sería plantearse cómo responder en la práctica ante un menor de catorce años y hasta cumplir los dieciocho que carece del grado de madurez suficiente. Parece claro que, a no ser que se encuentre inmerso en alguna de las causas que excluyen la responsabilidad criminal del artículo 20 CP (165), «no podemos aplicar directamente causa de inimputabilidad alguna: no es correcto concluir que quien simplemente sufre un retraso más o menos acusado en el desarrollo de su personalidad se encuentra automáticamente inmerso en una situación de anomalía, enfermedad o trastorno mental transitorio. En definitiva, sólo cuando el retraso en el desarrollo de la personalidad sea de la entidad suficiente para poder ser calificado de anómalo estaremos en condiciones de aplicar esta eximente. Sin embargo, el carácter objetivo del límite de los catorce años resulta demasiado rígido y simplificador como para afirmar que todo menor que ha cumplido esa edad y no cuenta con la capacidad de entender el carácter ilícito de la conducta o de actuar conforme a dicho entendimiento sea «anómalo» desde un punto de vista psíquico. Por otra parte, existe el peligro cierto de que aunque sea así, los tribunales, llevados por la tendencia –errónea– a vincular inimputabilidad y enfermedad, acaben por no aplicar la eximente. Estamos por tanto ante una solución parcial al problema» (166). Por tanto, el autor citado propone la aplicación por la vía de la analogía de la eximente de anomalía o alteración psíquica, en aquellos casos en los que se produzca un leve retraso en el desarrollo de la personalidad del menor que no están comprendidos en el tenor literal ni en el espíritu del artículo 20.1 CP, pero que son semejantes a los allí recogidos (analogía *in bonam partem*).

---

años», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 4, 2006; PÉREZ JIMÉNEZ, F., *Perfil del menor infractor y de los ilícitos cometidos*, en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (dirs.): *El Derecho penal de menores a debate*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 232. E, incluso, parece mostrar una tendencia a la baja en los últimos años, DOLZ LAGO, M. J., *La Ley penal...*, *ob. cit.*, p. 73.

(165) Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «El problema de la imputabilidad de los menores y de los jóvenes en la LORRPM», en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Ed.): *El nuevo Derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001)*. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2002, pp. 74 y 88.

(166) Cfr. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, *ob. cit.*, p. 258.

No obstante, el propio autor admite las dificultades que también presenta esta última posición a la luz del artículo 4.3 CP (167), por lo que propone una última opción de *lege ferenda*, debiéndose establecer una flexibilización del límite objetivo recogido en la LORRPM, de modo que pueda realizarse un análisis del desarrollo de la personalidad del menor de edad, caso por caso, para comprobar si efectivamente posee la capacidad de entender la antijuridicidad del hecho y actuar conforme a esa comprensión (168). No se trataría, en opinión del autor, de volver al antiguo criterio del discernimiento, sino de aplicar una solución parecida a la contenida en el sistema alemán, de modo que «establecido un límite objetivo a partir del cual se considera que el menor es responsable, se incorpora como requisito imprescindible para la imposición de una medida sancionadora educativa la comprobación de su imputabilidad. Si el sujeto no tiene la necesaria capacidad de culpabilidad, a pesar de haber superado una determinada barrera de edad, no podrá ser objeto de aplicación de lo que, en definitiva, tiene naturaleza de pena. Con ello la realización del principio de culpabilidad es plena» (169). Ciertamente, esta última solución, que pasa por establecer un análisis concreto de cada caso y es compatible con el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad basada en las razones antes anotadas, parece ser el camino correcto (170).

No obstante, en mi opinión, las salvedades antes expuestas no son óbice para que se pueda tener en cuenta el grado de madurez del menor de catorce años en el juicio de imputabilidad conforme al actual sistema introducido por la LORRPM e, incluso, llegar a aplicar una suerte de «eximente» o «atenuante» de la responsabilidad penal en aquellos supuestos en los que el desarrollo de la personalidad del menor muestre importantes carencias.

---

(167) Que establece determinados límites a la analogía *in bonam partem* al indicar expresamente que «Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

(168) Vid. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, ob. cit., p. 259.

(169) Cfr. LACRUZ LÓPEZ, J. M., *La minoría de edad...*, ob. cit., p. 260.

(170) No obstante, también conlleva importantes dificultades, como es evitar la inseguridad jurídica o el automatismo en la comprobación de la culpabilidad del menor. Acerca de estas críticas, Vid. GARCÍA PÉREZ, O., «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: Un análisis crítico», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1999, pp. 70 ss.; ALASTUEY DOBÓN, M. C., «El Derecho penal de menores: evolución y rasgos esenciales de la Ley Orgánica 5/2000», en VV. AA., *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo* (Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir), Tecnos, Madrid, 2002, p. 1548, nota al pie n.º 53.

Una vez que se ha delimitado el campo en el que nos movemos –el penal–, y que sabemos que el menor infractor es un sujeto plenamente imputable (aunque se le impongan otra clase de penas por la comisión de delitos), será necesario atender a un posible régimen de circunstancias modificativas de tal responsabilidad criminal. Se trata de una cuestión práctica de suma importancia. Sin embargo, lo habitual será que ni siquiera se haga referencia a conceptos como atenuantes y agravantes en el caso de los menores. En la LORRPM no se hace referencia expresa a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Principalmente ello se debe a que, en el caso de los menores de edad que hayan cometido una infracción penal, prima la valoración conjunta de todas las circunstancias personales que le rodean.

No obstante, en mi opinión, esto no excluye en modo alguno la existencia de circunstancias que eximen o gradúan la responsabilidad criminal del menor. Así, como se ha visto *supra*, en el artículo 5.2 LORRPM se establecen las bases de la responsabilidad penal del menor y se indican las posibles causas que eximen la responsabilidad criminal del menor de edad. Por otra parte, en el artículo 7.3 LORRPM se indican los criterios de valoración y reglas generales de determinación de las medidas. Finalmente el artículo 27 LORRPM hace alusión al informe que el equipo técnico debe valorar a efectos de adoptar la medida más conveniente para el menor infractor. Por tales razones, tal vez cabe la posibilidad de invocar los efectos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de los arts. 21, 22 y 23 CP, ante el silencio de la LORRPM, cuestión de la que me ocuparé más adelante.

Así, parece que la imputabilidad penal del menor infractor mantiene el mismo fundamento que la del adulto, pero tendrá un referente y destinatario distinto: una ley penal especial (171). La responsabili-

---

(171) Como expone claramente HIGUERÁ GUIMERÁ, en nuestro país el Derecho penal Juvenil o Derecho penal de Menores, es un Derecho penal especial y es una parte o sector integrante del Derecho penal; HIGUERÁ GUIMERÁ, J. F., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 33.. Siguiendo la doctrina alemana enunciada por ALBRECHT (ALBRECHT, P. A., *Derecho penal de menores*. PPU, Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J., Barcelona, 1990, p. 94), y seguida por la doctrina mayoritaria española, el Derecho penal Juvenil es Derecho penal, pero un Derecho penal adaptado o, por mejor decir, especializado para menores de edad y jóvenes delincuentes. Entre otros, ha recogido la cita del alemán: BUSTOS RAMÍREZ, J., *Imputabilidad...*, *ob. cit.*, p. 478; MOVILLA ÁLVAREZ, C., «Jurisdicción de menores y constitución», en VV. AA., *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*. Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1983, p. 67; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La futura...*, *ob. cit.*, p. 214; GARCÍA PÉREZ, O., *Los actuales...*, *ob. cit.*, p. 62; ZAMORANO AGUIRRE, P., «Los jóvenes del siglo XXI: Proyecto de Ley de Justicia Juvenil», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (Dir.): «Legislación de Menores en el Siglo XXI: análisis de derecho comparado», *Estudios de Derecho Judicial 18*, CGPJ, Madrid,

dad del menor frente al delito será, por tanto, penal –igual a la del adulto– lo que no quiere decir necesariamente que las consecuencias jurídicas sean las mismas.

En conclusión: el menor de catorce años será imputable penalmente conforme a la disposición legal específica para él que regule las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito. No cambia, en suma, el significado concreto de la imputabilidad penal; lo que varía, siguiendo un criterio de especialización, es el marco de referencia legal para el menor infractor (172). Será este marco legal específico el que dote al denominado *Derecho penal de Menores* de

---

1999, p. 341; GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., *La nueva Ley...*, *ob. cit.*, p. 117; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.<sup>a</sup> I., *La nueva Ley...*, *ob. cit.*, p. 709; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 17; DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 45; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *El Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 1534; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad...*, pp. 28 y 44; ABEL SOUTO, M., *Las medidas...*, *ob. cit.*, p. 105; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Delincuencia juvenil...*, *ob. cit.*, p. 297 y 298, el mismo autor: «La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores: aspectos sustantivos», en VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. y SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D. (eds.): *Derecho penal juvenil*. 2.<sup>a</sup> Ed., Dykinson, 2007, p. 320; DOLZ LAGO, M. J., *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 59; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Artículo 5...*, *ob. cit.*, p. 57; MARTÍN CRUZ, A., *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*. Comares, Granada, 2004, p. 309; BARQUÍN SANZ, J., y CANO PAÑOS, M. A., *Justicia penal juvenil...*, *ob. cit.*, pp. 40 y 63; implícitamente, CERVELLÓ DONDERIS, V., *La medida de internamiento en el Derecho penal del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 13 y 19; cabe destacar la opinión de CEZÓN GONZÁLEZ, que distingue entre el antiguo Derecho reformador y el Derecho penal juvenil actual; CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva...*, *ob. cit.*, p. 9 ss.; igualmente interesante es la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L., «Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M., y GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.): *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 80; para quienes «las diferencias entre el Derecho penal de adultos y el Derecho penal de menores, sólo se encuentran en el sistema de consecuencias jurídicas y poco más, al haberse desdeñado la oportunidad de otorgar un tratamiento singular a ciertos aspectos a las reglas de autoría y participación, tentativa, desistimiento, actos preparatorios, error (especialmente el error sobre la ilicitud), imprudencia, comisión por omisión, eximentes y circunstancias modificativas...». En contra, de esta denominación y favorables al Derecho Correccional de Menores, GAJARDO, S., *Protección de menores*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1955, p. 15; FUCHSLOCHER PETERSEN, E., *Derecho de menores. Delincuencia juvenil y menores inadaptados*. Tribunales de menores. Leyes de Protección en Chile. Valparaíso, Chile, 1965, pp. 44-46; y, en España, fundamentalmente: MENDIZÁBAL OSES, en sus obras ya citadas de 1974 y 1977; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor infractor...* *ob. cit.*; BUENO ARÚS, F., en sus obras ya citadas de 1999, 2001, 2003, 2005 y 2006.

(172) Me apoyo en la acertada explicación de De la Cuesta Arzamendi, cuando indica que la edad penal mínima de 18 años «se configura más como un límite perso-

una finalidad y un fondo diferente al de adultos por motivos preventivos y político-criminales (173). Cuestión distinta será la adecuación o no de la *praxis* legislativa utilizada en la *construcción* de este marco de referencia legal a esas finalidades y objetivos.

Este argumento se refuerza si atendemos a lo establecido en la Disposición Final Primera, que establece que «tendrán el carácter de normas supletorias, *para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica*, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales» a la normativa de justicia juvenil. En ausencia de una definición de la imputabilidad especial del menor en la LORRPM y, por tanto, de culpabilidad juvenil, deberá estarse a lo que disponga el CP. Sin embargo, la LORRPM sí establece una especialización de la responsabilidad del menor respecto de la del adulto, fruto de las pretensiones correccionales iniciales que parecen haberse quedado progresivamente olvidadas en las sucesivas reformas. Así, en la Exposición de Motivos de la LORRPM se puede leer que «*la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justicia-ble*» (EM, I, 4). Sin embargo, obsérvese que se adjetiva la responsabilidad como «penal» y que, a lo sumo, se establece una diferencia no en la imputabilidad del menor en sí misma, sino en las consecuencias jurídicas que derivan de la misma: el procedimiento penal y la sanción aplicable.

Más aún, la propia LORRPM en su artículo 5 al regular las bases de la responsabilidad de los menores parece confirmar tal aproxima-

---

*nal a la aplicación del Código que como propia y verdadera causa de inimputabilidad*»; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Imputabilidad...*, *ob. cit.*, p. 304.

(173) *Vid.* NAVARRO FRÍAS, I., *El necesario...*, *ob. cit.*, p. 110; MIR PUIG, S., *Derecho penal...*, 2011, *ob. cit.*, p. 597; quien ha expresado con sucinta claridad que «Doble es, pues, el fundamento de la actual eximente de minoría de edad. Por una parte, se basa en la suposición de que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad. Este aspecto es decisivo respecto a los niños de corta edad. Por otra parte, y respecto a los menores de mayor edad que bien pudieran resultar efectivamente imputables en términos clásicos, se funda en la idea político-criminal de que, pese a ello, es más adecuado para los menores un tratamiento educativo específico que el puro castigo. Esta distinción puede explicar el distinto tratamiento que prevé la Ley de responsabilidad penal del menor para los menores de 14 años (entre los que se incluyen niños verdaderamente inimputables) y para los mayores de esa edad (a los que se reconoce cierta imputabilidad que permite hacerles capaces de una forma especial de responsabilidad penal)». No obstante, como puede apreciarse el autor citado termina por denominar a la responsabilidad penal del menor «especial», cuando, en realidad y siguiendo su exposición, podríamos afirmar que la responsabilidad penal del menor no se diferencia de la del adulto, pero sí lo hacen las consecuencias jurídicas y el procedimiento que derivan de ellas.

ción, al remitirse a las eximentes de la responsabilidad criminal del artículo 20 CP. Por tanto, es fácilmente deducible que la LORRPM establece, si bien de forma bastante parca y remitiéndose a las disposiciones del CP, un régimen de eximentes de la responsabilidad criminal y de medidas de seguridad aplicables, con carácter terapéutico. Por tanto, podrá invocarse durante el procedimiento penal de menores cualesquiera situaciones de inimputabilidad contenidas en la legislación penal de adultos. Tales situaciones deberán ser valoradas exactamente igual que en el caso de un proceso penal de adultos, con la única salvedad de la especial importancia del informe del Equipo Técnico del propio Juzgado (art. 27 LORRPM).

Por otra parte, el sentido literal del artículo 19 CP en ningún caso excluye la imputabilidad penal del menor de edad, ya que establece simplemente que «no serán responsables criminalmente *con arreglo a este Código*», sino que lo harán conforme a una norma especial que regule su responsabilidad penal. Por consiguiente, debemos diferenciar los conceptos de minoría de edad penal y edad de responsabilidad penal del menor. El primero de los conceptos correspondería con la edad mínima de un individuo para ser juzgado conforme al CP de adultos, mientras que el segundo hace alusión a la edad regulada para serlo conforme a una ley penal especial.

Indica Cobos Gómez de Linares que la interpretación literal del artículo 19 CP apoya la imputabilidad penal del menor, toda vez que «en el apartado segundo sí se afirma la responsabilidad –que ya no denomina «criminal»– del menor, pues «podrá ser responsable» penalmente. Resulta realmente confusa la manera en que se usan los términos ya que, por un lado parece que el adulto es un responsable criminal, mientras que el menor es un responsables penal a pesar de que ambos términos deberían usarse de forma indistinta o mejor, desaparecer el primero, ajeno a la tradición legislativa continental» (174).

En definitiva, como puede apreciarse de lo anteriormente expuesto, la cuestión se traslada a la ejecución penal y no al concepto de culpabilidad ni de imputabilidad penal del menor. Lo que varía, en consecuencia, y en cumplimiento del principio de especialidad que informa la legislación penal de menores, es la adopción de un proceso y unas sanciones que, sin renunciar a su naturaleza penal, mantienen un mayor contenido educativo-resocializador, cuya imposición deviene de una verdadera responsabilidad penal del menor de edad (a partir de los catorce años) que no mantiene un fundamento dogmático diferente a la del adulto.

---

(174) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., *El artículo 19...*, ob. cit., p. 114.

## V. INIMPUTABILIDAD PENAL DE LOS MENORES DELINCUENTES. PSIQUIATRÍA Y PSICOLOGÍA CRIMINAL DEL MENOR INFRACTOR: DIAGNÓSTICO Y TIPOLOGÍA

### 5.1 Eximentes de la responsabilidad criminal en la LORRPM

El artículo 5.1 LORRPM indica expresamente que «*los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal*». El anterior precepto queda completado con lo dispuesto en su numeral segundo «*a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e)*». Por tanto, es fácilmente deducible que la LORRPM establece, si bien de forma bastante parca y remitiéndose a las disposiciones del CP, un régimen de eximentes de la responsabilidad criminal y de medidas de seguridad aplicables, con carácter terapéutico (175).

Por tanto, podrá invocarse durante el procedimiento penal de menores cualesquiera situaciones de inimputabilidad contenidas en la legislación penal de adultos (176). Tales situaciones deberán ser valoradas exactamente igual que en el caso de un proceso penal de adultos (177), con la única salvedad de la especial importancia del informe del Equipo Técnico del propio Juzgado (art. 27 LORRPM).

El Equipo Técnico se configura como un órgano auxiliar en el proceso (178), un verdadero «tribunal facultativo de oficio», que realiza-

(175) Fundamentalmente, como veíamos en la exposición antes realizada, las contenidas en los artículos 7.1.d) y e) de la LORRPM. En el mismo sentido, *Vid.* LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 262. No obstante, respecto a la problemática de la comparativa entre medidas sancionadoras educativas y medidas de seguridad en este punto *Vid.* ORNOSA FERNÁNDEZ, M.ª R., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 190 y 191.

(176) *Vid.* LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 261.

(177) Lo que conlleva la exigencia de peligrosidad criminal del menor inimputable o semimputable; *Vid.* CEREZO MIR, J., *Curso...*, *ob. cit.*, p. 93; siguiendo al autor citado, LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 262 y nota núm. 70.

(178) Al respecto, *Vid.* DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Comentarios...*, *ob. cit.*; los mismos autores: La Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007; y, especialmente acerca de la figura del equipo técnico, DE URBANO CASTRILLO, E., «Los equipos técnicos en la Ley penal del menor», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, 2001, disponible consulta en: [www.madrid.org](http://www.madrid.org)

ran una suerte de informes periciales con el objetivo de determinar la situación personal del menor. Su función será fundamental para el análisis de las circunstancias personales de menor, entra las que se incluyen (179): 1. La situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante. 2. Propuesta de intervención socio-educativa. 3. Informe sobre la posibilidad de una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 LORRPM. 4. Propuesta de sobreseimiento.

De este modo, el Equipo Técnico se convierte en el eje sobre el que orbita gran parte del proceso penal de menores. En muchas ocasiones, el Equipo Técnico se convertirá en el mejor aliado de la defensa del menor, puesto que realizará las convenientes indagaciones acerca de su situación psicológica y social. En otras, el letrado del menor deberá intentar refutar lo establecido en el informe del Equipo Técnico, por considerar que la propuesta del mismo no es favorable a sus intereses. Cuestión, esta última, bastante ardua, por cuanto se supone que el Equipo Técnico tendrá siempre en cuenta el interés superior del menor en sus pesquisas y propuestas, por lo que el abogado del infractor y su argumentación bien podrían quedar relegadas a un segundo plano. Se trata de la primacía del interés superior del menor frente al interés del cliente.

En todo caso, una vez elaborado el informe del Equipo Técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor. Por tanto, el letrado del menor podrá complementar el informe (o intentar rebatirlo) acudiendo a aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado: colegios, institutos, fundaciones, etc.

## 5.2 Circunstancias modificativas que atenúan la responsabilidad criminal del menor

Como se expuso en el anterior epígrafe, en la LORRPM no se hace mención expresa a ningún tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (180). Si bien esto es cierto, no lo es menos que en la redacción de algunos preceptos podemos encontrar alusiones a circunstancias que deberán ser valoradas por el Juez de

(179) Vid. Artículo 27 LORRPM y artículo 5 Reglamento de la LORRPM.

(180) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, ob. cit., p. 85; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 204.

Menores y que mantienen una fuerte analogía con las circunstancias de los arts. 21 y 22 CP. Además de ello, hay que tener en cuenta que ante el silencio de la LORRPM se prevé el uso del CP como norma supletoria.

Parece oportuno interpretar que si el Legislador no ha recogido expresamente la posibilidad de aplicar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal indicadas en el CP a la LORRPM —como si lo ha hecho, sin embargo, con las eximentes y eximentes incompletas (181)— es porque no desea que sean aplicadas al caso de los menores. El fundamento de esta omisión ha sido puesto de manifiesto por algunos autores (182), indicando que la propia naturaleza especial de la norma penal de menores atiende de un modo más individualizado a las circunstancias personales y al interés general del menor. Desde esta perspectiva, la aplicación de una agravante o atenuante puede ser pasada por alto por el Juez de Menores, aunque se cumplan sus requisitos, si va en contra del interés superior del menor.

Es cierto que la LORRPM tiene sus propias reglas para la determinación de las medidas sancionadoras-educativas, fundamentalmente insertas en el artículo 7.3 LORRPM. Sin embargo, en mi opinión, al tratarse de una analogía *pro-reo* y teniendo en cuenta la supletoriedad del Derecho penal común, nada obsta para aplicar las atenuantes del artículo 21 CP. De hecho, nuestra jurisprudencia admite sin reparo alguno la aplicación de eximentes incompletas, que no dejan de ser una modalidad de atenuante.

En efecto, tal y como ha expuesto Ornos Fernández, respecto a las circunstancias atenuantes hay que tener en cuenta que la doctrina suele admitir la analogía *pro reo*, determinada por el principio de pro-

---

(181) En efecto, como ya se ha indicado pese a que la LORRPM no hace mención expresa a la figura de los menores semimputables, en este punto tiene carácter supletorio el CP, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera; CADENA SERRANO, F. A., *Las medidas de la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal del Menor*, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Ed.): «El nuevo Derecho penal juvenil español (Jornadas sobre la nueva Ley Penal del Menor)», celebradas en la Universidad de Zaragoza los días 4, 10 y 11 de mayo de 2001). *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 104; LACRUZ LÓPEZ, J. M., *Minoría de edad penal...*, *ob. cit.*, p. 261 y nota al pie n.º 68. Sin embargo, como indica el último autor citado (pp. 261 y 262) en este caso habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 7.3 y 39.1 LORRPM, como cuestiones a tener en cuenta de forma flexible en la determinación de la medida.

(182) *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, pp. 85 y 86; exponen que conforme a la doctrina plasmada en la STC 36/91, de 14 de febrero, en el Derecho penal de menores está limitada la utilización del catálogo de circunstancias con todo su rigor; *Vid.* COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 204.

porcionalidad (art. 8 LORRPM), en el artículo 21.6 CP y, sobre todo, indica la autora citada «porque por muy beneficiosa que pueda resultar, en principio, para el menor la medida propuesta para él, siempre deben primar las garantías judiciales, aunque ello suponga la reducción del tiempo de la medida solicitada o incluso que se deba acordar otra de menor gravedad» (183).

Además de ello, como exponen Cervelló Donderís y Colás Turégano, «los jueces de menores en sus valoraciones no están vinculados de manera taxativa a la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Siendo ello así, cabe no obstante destacar que en la nueva ley se han concedido especial trascendencia a una serie de situaciones que nos recuerdan a dos de las circunstancias modificativas de la responsabilidad relacionadas con el texto punitivo adulto» (184): la reparación del daño y la reincidencia.

En realidad, y pese a que se ha argumentado en contra de esta postura acudiendo a la mayor libertad de criterio del Juez de Menores a la hora de imponer la medida al menor, no se entiende por qué un menor de edad no puede beneficiarse de una rebaja en una medida de internamiento por razón de un estado pasional (185) o, por poner un ejemplo mucho más objetivo, por unas dilaciones indebidas en el procedimiento. Parece que la conquista de derechos y garantías penales en el proceso penal del menor no ha alcanzado aún estas cuestiones.

Sin duda alguna, la especialidad de la LORRPM puede justificar esta laguna, pero contra esto podría argumentarse que el Legislador no ha tenido reparos en establecer algunos criterios que obligan al Juez de Menores a imponer una determinada medida, incluso por un tiempo mínimo, y restar, sin empacho alguno, flexibilidad a ese «libertad de criterio» (186). En Derecho penal, y recordemos que el Derecho penal de menores también lo es, lo que sorprendentemente y en contra del principio de legalidad, se permite *in malam partem*, debe estar permitido, con más razón aún si cabe, para lo positivo (187).

(183) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> R., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 189.

(184) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 87.

(185) Teniendo en cuenta que la delincuencia juvenil se caracteriza por una mayor impulsividad en sus comportamientos delictivos.

(186) Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 551 ss., donde se adjuntan numerosas notas al pie sobre tal cuestión.

(187) Como ocurre, por ejemplo, en el caso de la reincidencia en la LORRPM. Para apreciar la reincidencia, el culpable, al cometer el delito, ha de haber sido ya condenado en sentencia firme por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que ambos delitos sean de la misma naturaleza. La inclusión de este requisito planteaba como ha expuesto Aguirre Zamorano, un problema fundamental: es prácti-

En definitiva, y al margen de estas apreciaciones, todo lo más que podría afirmarse es que el Juez de Menores no está acotado a la apreciación de un catálogo cerrado de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal aplicables al menor. Sin embargo, la LORRPM sí que da una mayor primacía a determinadas circunstancias personales –y también objetivas– a la hora de valorar una graduación de la responsabilidad penal.

Me centraré brevemente solamente en aquellas circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal y que podrían hacerse valer en el procedimiento como causas que rebajan la imputabilidad personal del menor:

a) Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para la determinación de la medida.

– *La edad*: la LORRPM regula una especie de circunstancia mixta (atenúa o agrava) por razón de la edad y madurez del menor. En definitiva, indica el mayor o menor grado de madurez y responsabilidad, así como una diferente situación y perspectivas personales (188). En sus arts. 10.1 y 10.2, la LORRPM establece dos tramos de edad a los que corresponde una diferente penalidad (de los catorce a los quince años y de los dieciséis a los diecisiete). Aunque se trata de una circunstancia objetiva, lo cierto es que en el propio precepto se indica que el Juez deberá valorar también el interés superior del menor, lo que implica, en mi opinión, que también la madurez intelectual del menor puede influir en la cuantía final de la medida a imponer, siempre de los límites que marca el artículo 10 LORRPM.

---

camente imposible que los menores de dieciocho años tuvieran antecedentes penales; AGUIRRE ZAMORANO, P., *Capítulo III...*, *ob. cit.*, p. 97. Ante esta problemática, la interpretación de la Fiscalía General del Estado, mantenía que «para la apreciación de la reincidencia, a efectos de determinar la extrema gravedad del caso, será suficiente, por tanto y si no se quiere vaciar de contenido la norma, una condena firme anterior dictada de acuerdo con el procedimiento que regula la LORPM; esta interpretación, además, no supone en ningún caso una aplicación analógica de la ley penal, ni siquiera una interpretación extensiva de la misma, ya que el artículo 22 del CP –supletoriamente aplicable– habla de condena ejecutoria por delito, sin especificar el procedimiento en que la misma haya recaído»; Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado... cit. Punto V.3. Sobre esta cuestión, *Vid. CÁMARA ARROYO, S., Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, p. 554.

(188) *Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): La Ley de responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 179; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 85; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 204.

– *Las circunstancias personales, familiares y sociales del menor:* obligan, según criterio doctrinal (189), a ponderar vínculos y realidades familiares, su solidez o conflictividad (con especial atención a las denominadas familias desestructuradas, al maltrato infantil en el núcleo familiar, violencia doméstica, abusos sexuales, etc.) y las sociales, en las que es especialmente importante la relación con los pares según criterios de la Criminología, pero que también tienen en cuenta los hábitos de sociabilidad en los diferentes estadios (sociabilidad primaria en la familia; secundaria en sus relaciones con otros menores en la escuela o en el instituto y terciaria con el mundo de los adultos y sus instituciones), las relaciones sentimentales (190) y su entorno social como factor ecológico (el barrio, los espacios de ocio, etc.).

– *La personalidad, que también implica realizar un juicio de madurez o psicológico.* Los principales criterios de valoración serán el carácter del menor, su equilibrio psicológico (posibles trastornos de la personalidad), salud, y otros factores exógenos que explique la configuración de la personalidad del menor (191).

– *El interés superior del menor,* término que informa toda la LORRPM y, en concreto, también el procedimiento judicial de menores. Se entiende por interés superior del menor que todas las decisiones tomadas en el proceso deben estar orientadas al beneficio último del menor y a las pretensiones de resocialización y reeducación marcadas por la norma.

Este principio se configura como el eje central que informa todo el Derecho penal de menores. Proviene de la redacción del artículo 3.1 CDN y también se reproduce en la Exposición de Motivos

(189) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *La Ley de responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 180; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 8; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 204 y 205.

(190) Aunque se trate de menores, debe tenerse en cuenta la proliferación de la denominada violencia de género entre la población juvenil. Al respecto, *Vid.* MILLÁN DE LAS HERAS, M. J., «La jurisdicción de menores ante la violencia de género», en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 86, 2009; PÉREZ DEL CAMPO, A. M., «Las jóvenes frente a la violencia de género», en *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 86, 2009; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Violencia de género: menores víctimas y menores victimarios», en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.): *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*. Dykinson, Madrid, 2010.

(191) *Vid.* CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *La Ley de responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 180; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, *ob. cit.*, p. 85; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, p. 205.

LORRPM (192). Se trata de un concepto jurídico indeterminado, de difícil definición y contenido amplio que pretende otorgar una protección jurídica específica, particularmente intensa, a los menores de edad. Puede ser utilizado de varias formas (193):

- Como elemento de interpretación del sentido y alcance de las normas para menores de edad.
- Como elemento integrador y esclarecedor del resto de los principios del Derecho de Menores.
- Como elemento complementario para suplir posibles lagunas jurídicas.

Algunas de las dudas sobre la interpretación del precepto han sido despejadas recientemente por el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General, núm. 14 de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y que define el interés superior del menor como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. El objetivo del concepto de interés superior del niño es «garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana».

Además de ello, el Comité establece una triple dimensión del concepto de interés superior del menor:

a) *Como derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una

---

(192) Con el tenor siguiente: «La redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor» (II, 6). Y también, ««En el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia» (II, 7).

(193) Para una aproximación al significado del término y a su contenido práctico, *Vid.* COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 85 ss.

cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

b) *Como principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) *Como norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

b) Circunstancias atenuantes que inciden en el proceso penal de menores.

La LORRPM está dotada de una mayor flexibilidad a la hora de establecer vías alternativas a la imposición de medidas, e incluso a la normalizada continuidad del proceso. La clave de estas prerrogativas se encuentra en el artículo 19 LORRPM y en el nuevo paradigma de la denominada Justicia Restaurativa.

En efecto, entre las ciencias penales que estudian el fenómeno de la delincuencia juvenil cabe destacar, por su especial importancia en el campo del Derecho penal de Menores, la denominada Justicia Restaurativa (o, si se quiere, su especialización: Justicia Juvenil Restaurativa (194)) cuyo concepto es difícil de definir y, desde luego, no es unánime entre los autores que se han ocupado de ella, pero que podríamos conceptuar desde una perspectiva objetiva como el conjunto de valores, principios, métodos y normas jurídicas de carácter heterogéneo (penal sustantivo, penitenciario, procesal y civil indemnizatorio), que informan y regulan los procesos alternativos o complementarios al procedimiento penal (en lo que se refiere a nuestro objeto de estu-

---

(194) Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Justicia Restaurativa Juvenil», en *La Ley Penal*, núm. 67, 2011, pp. 20-43.

dio, el proceso penal especial de menores) y a las penas y medidas privativas de libertad (lo que incluye también las medidas de internamiento de la LORRPM), así como los medios de reparación del daño, con el objetivo de recuperar tanto al autor como a la víctima del delito para la comunidad social, intentando restaurar el orden social y dando cumplimiento a los principios de resocialización y humanidad que presiden nuestro ordenamiento jurídico penal. La Justicia Restaurativa pone su acento en el estatuto de la víctima (reparación del daño, conciliación, encuentro entre víctima y agresor), pero ofrece también otras vías de resolución de conflictos, ya sean sustitutivas o anexas al proceso penal (círculos, mediación penal y penitenciaria), e incluso a las penas y medidas privativas de libertad (trabajos en beneficio de la comunidad, libertad vigilada, reparación a la víctima, etc.).

Así, pueden distinguirse dos circunstancias que atenúan de un modo especial la responsabilidad penal del menor (195) o que, al menos, desvían el curso normal de actuación procesal.

1. *Conciliación*: el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima. Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas.

2. *Reparación del daño con clara analogía con el artículo 21.5 CP*: si el menor ha asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva.

Se exigen, por tanto, algunos requisitos para la aplicación de estas modalidades atenuadas: 1. *Voluntariedad de ambas partes*: no obstante, parece ser que la disposición por parte del menor podría ser valorada positivamente por parte del Juez de Menores, atendiendo particularmente a lo dispuesto en el artículo 19.4 LORRPM. En este sentido, es muy importante el valor que la LORRPM concede al compromiso por parte del menor. Es decir, nuestra legislación valora encarecidamente la predisposición a colaborar y la voluntad positiva del menor. 2. *Valoración de la*

---

(195) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal...*, ob. cit., pp. 87 ss.; COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, ob. cit., pp. 206 ss.

*gravedad y circunstancias de los hechos*: circunstancia objetiva de dudosa validez si atendemos a que lo más importante es el interés superior del menor. 3. *Falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos*: suele ser habitual en los delitos cometidos por jóvenes que exista una mayor agresividad, lo que no debe traducirse en absoluto en una mayor peligrosidad o gravedad del hecho. En cualquier caso, el precepto adjetiva la violencia o intimidación como «grave», pero deja sin definir esta cuestión que quedará sometida a valoración por parte del Ministerio Fiscal y el Juez de Menores.

### 5.3 Tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal

Siguiendo a Herrero Herrero (196), a los sujetos activos de la delincuencia de menores, al igual que a los adultos, cabe analizarlos desde su dimensión «individualizada» y desde su vertiente «grupal», cuando participan en el delito de forma colectiva o en bandas.

En el presente epígrafe me ocuparé exclusivamente de la primera de las categorías, dejando la siguiente a los estudios dedicados a las bandas juveniles que, por su importancia dentro de la delincuencia juvenil, merece un mayor desarrollo.

Vaya por delante que las tipologías de delincuentes son una generalización aproximada, fruto de la observación empírica de diferentes grupos de sujetos que mantienen unas características comunes. Cada delincuente juvenil es un sujeto singular, cuyas circunstancias personales pueden ser únicas y, por tanto, todos los supuestos se deberán tener en cuenta de modo completamente singularizado. Además de ello, debemos comprender que existen muchos prejuicios alrededor de la figura del joven delincuente, hasta tal punto que García-Pablos asegura que el estereotipo del joven delincuente es una elucubración injusta en términos tan generales: «encuestas de victimización y trabajos empíricos sobre el problema del miedo al delito constatan un dato objetivo: la sociedad asocia al joven –más que al adulto– la imagen de delincuente. La juventud es uno de los rasgos característicos del delincuente –tipo, del perfil de éste. La sociedad teme, sobre todo, al joven. Estadísticamente, sin embargo, tales estereotipos carecen de justificación, del mismo modo que tampoco cuenta con respaldo empírico el temor que inspira el joven» (197).

---

(196) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 93.

(197) Vid. GARCÍA-PABLOS, A., *Presupuestos...*, *ob. cit.*, p. 268.

Las clasificaciones y tipologías de delincuentes quizás se encuentren ya algo obsoletas, pues pertenecen a un modo de clasificación propio de la Criminología clásica, preocupada por la escrupulosa aplicación de los criterios de las ciencias del comportamiento y por otorgar una gran atención al empirismo científico (positivismo y determinismo). También es habitual encontrar algunas tipologías de delincuentes juveniles desde el modelo interaccionista de la criminología, sobre todo en lo concerniente a las tesis del etiquetamiento («desviación», «labelling approach», «reacción social») (198). No obstante, como indica Herrero Herrero, «puede decirse que las tipologías sobre delincuentes son legítimas siempre que las mismas se fundamenten en características (externas e internas) generalizables a distintos delincuentes (biotipo, temperamento, registros delictivos, *modus operandi*...), pero sabiendo que, al fin y al cabo, cada delincuente es inintercambiable como ser humano que es» (199).

Fundamentalmente, podemos clasificar a los delincuentes juveniles en dos grandes categorías que parten de criterios atinentes a la personalidad o a factores de corte psico-social (200).

#### 5.4 Menores delincuentes con anormalidad patológica

Se trata de una categoría de menores definida por algún tipo de patología psiquiátrica (psicosis, neurosis, enfermedades orgánicas, etc.), es decir, en esta clase de menores la comisión de hechos delictivos vendría definida por una anomalía psiquiátrica diagnosticada. En algunos supuestos, estos menores podrán ser considerados como inimputables, puesto que el trastorno psiquiátrico que padecen puede impedirles comprender el injusto realizado o comportarse conforme a dicha comprensión. No obstante, en otros supuestos, al igual que ocurre con los adultos psicópatas, la anomalía patológica solamente afectará a su voluntad, y no al conocimiento de la realidad criminal, de tal modo que podrán ser considerados plenamente imputables. Para los primeros, será posible la imposición de medidas puramente terapéuticas (tratamiento ambulatorio, internamiento terapéutico), con base en la peligrosidad, que actuarán a modo de medidas de seguridad.

---

(198) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., «Tipos de menores delincuentes», en VV. AA., *Niños y Jóvenes criminales*. Prevención. Tipología. Procedimiento y Derecho correccional de menores. Medidas y Ejecución. Comares, Granada, 1995, p. 49.

(199) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 93.

(200) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, pp. 94 ss.

Dentro de esta categoría general se incluirían los menores delincuentes afectados por una psicosis.

Entre las psicosis, Herrero Herrero ha destacado la presencia entre los menores delincuentes de algunas formas de esquizofrenia (201): la esquizofrenia simple y la hebefrénica.

En efecto, desde Kraepelin, que la denominaba «*Dementia Praecox*» (202), la esquizofrenia se ha tenido por una enfermedad mental precoz, cuyo comienzo temprano afecta principalmente a la criminalidad juvenil. Su significado semántico proviene del término *skizeb-phrenos*, que viene a significar «*mente escindida*» (203). Según se expone en la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales (CIE-10), la esquizofrenia «se caracteriza por distorsiones fundamentales y típicas de la percepción, del pensamiento y de las emociones, estas últimas en forma de embotamiento o falta de adecuación de las mismas. En general, se conservan tanto la claridad de la conciencia como la capacidad intelectual, aunque con el paso del tiempo pueden presentarse déficits cognoscitivos. El trastorno compromete las funciones esenciales que dan a la persona normal la vivencia de su individualidad, singularidad y dominio de sí misma». Por tanto, la esquizofrenia afecta al componente volitivo de la imputabilidad, pues aunque el enfermo mantenga un alto grado de inteligencia, difícilmente podrá abstenerse de actuar de otro modo diferente del que erróneamente percibe:

«El enfermo cree que sus pensamientos, sentimientos y actos más íntimos son conocidos o compartidos por otros y pueden presentarse ideas delirantes en torno a la existencia de fuerzas naturales o sobrenaturales capaces de influir, de forma a menudo bizarra, en los actos y pensamientos del individuo afectado. Este se siente el centro de todo lo que sucede. Son frecuentes las alucinaciones, especialmente las auditivas, que pueden comentar la propia conducta o los pensamientos propios del enfermo. Suelen presentarse además otros trastornos de la percepción: los colores o los sonidos pueden parecer excesivamente vividos o tener sus cualidades y características alteradas y detalles irrelevantes de hechos cotidianos pueden parecer más importantes que la situación u objeto principal. La perplejidad es frecuente ya desde el comienzo, la cual suele acompañarse de la creencia de que las situaciones cotidianas tienen un significado especial, por lo general siniestro y dirigido contra el propio enfermo. En el trastorno del pensamiento característico de la esquizofrenia los aspectos periféricos e irrelevantes de un concepto, que en la actividad mental normal están soterrados, afloran a la superficie y son utiliza-

---

(201) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 95.

(202) Vid. KRAEPELIN, E., *Clínica psiquiátrica*. S. Calleja, Madrid, 1905.

(203) Vid. BLEUBER, E., *Tratado de psiquiatría*. Calpe, Madrid, 1924.

dos en lugar de los elementos pertinentes y adecuados para la situación. Así el pensamiento se vuelve vago, elíptico y oscuro y su expresión verbal es a veces incomprensible. Son frecuentes los bloques e interpolaciones en el curso del pensamiento y el enfermo puede estar convencido de que un agente extraño está grabando sus pensamientos.»

Aunque dentro del grupo de las esquizofrenias existen múltiples subcategorías (paranoide, catatónica, etc.) nos centraremos en las dos categorías antes citadas, por ser las que más pueden afectar a la comisión de hechos delictivos por parte de menores de edad.

La primera de ellas, la simple, puede aparecer en la adolescencia de manera súbita, imprevista, produciendo un deterioro en las capacidades intelectivas y volitivas del menor, debilitando su autocontrol e inhibición. Se caracteriza habitualmente por «un comportamiento extravagante, de una incapacidad para satisfacer las demandas de la vida social y de una disminución del rendimiento en general. No hay evidencia de alucinaciones y ni de ideas delirantes y el trastorno es no tan claramente psicótico como los tipos hebefrénico, paranoide y catatónico» (CIE-10). Como consecuencia de ello, el menor puede llegar a realizar hechos delictivos graves, tendentes a comportamientos agresivos (lesiones, injurias, agresiones, etc.).

La hebefrénica (hebe es igual a juvenil) es característica de personas jóvenes y suele significar una mayor desconexión con la realidad, pudiendo llegar a ocasionar alucinaciones ópticas (imágenes) o fonéticas (sonidos). Los menores afectados por esta patología pueden llegar a cometer hechos delictivos arrumbados por el imperativo de estas alucinaciones. Según el CIE-10, la esquizofrenia hebefrénica es «una forma de esquizofrenia en la que los trastornos afectivos son importantes, las ideas delirantes y las alucinaciones son transitorias y fragmentarias y es frecuente el comportamiento irresponsable e imprevisible y los manierismos. La afectividad es superficial e inadecuada y se acompaña con frecuencia de risas insulsas o sonrisas absortas como de satisfacción de sí mismo, de un modo despectivo de actuar, de muecas, manierismos, burlas, quejas hipocondriacas y de frases repetitivas. El pensamiento aparece desorganizado y el lenguaje es divagatorio e incoherente. Hay una tendencia a permanecer solitario y el comportamiento carece de propósito y de resonancia afectiva. Esta forma de esquizofrenia comienza por lo general entre los 15 y los 25 años de edad y tiene un pronóstico malo por la rápida aparición de síntomas negativos, en especial de embotamiento afectivo y de abulia. Además de las alteraciones afectivas y de la voluntad, destaca el trastorno del pensamiento. Pueden aparecer alucinaciones e ideas

delirantes pero no son predominantes». En efecto, «el comportamiento esquizofrénico, generalmente se encuentra acorde con su actividad delirante-alucinatoria, pudiendo manifestar conductas agresivas y en alguna ocasión realizar actos delictivos y criminales» (204).

Según relata Jiménez Cubero, en el aspecto delictógeno, estas modalidades de esquizofrenia infantil, si bien no demasiado frecuentes, pueden derivar en ilícitos penales especialmente graves y brutales: «el hecho delictivo se caracteriza por la estructura mórbida del crimen, su carácter forzado en la ejecución, el estilo provocador de la defensa o la confesión, la incomprensibilidad de los motivos, su carencia de significación y como dice Lacan: la compulsión por una fuerza a la que es imposible resistir» y que en Criminología psicoanalítica constituyen los momentos fecundos del delirio, presidido todo por la indiferencia afectiva» (205).

Respecto a la afamada esquizofrenia paranoide, cabe también destacar su influencia en las conductas delictivas (206), puesto que se trata del cuadro clínico esquizoide más frecuente en todo el mundo, caracterizado por «las ideas delirantes relativamente estables, a menudo paranoides, que suelen acompañarse de alucinaciones, en especial de tipo auditivo y de otros trastornos de la percepción» (CIE-10). No obstante, el desarrollo de la esquizofrenia paranoide es más tardío que en el caso de la simple o hebefrénica, por lo que suele ser más habitual en sujetos adultos.

Es frecuente tanto en los trastornos psíquicos como las esquizofrenias que éstas se manifiesten en distintas fases de intensidad, lo cual será trascendente en sede de la culpabilidad, pudiendo darse la comisión de hechos delictivos en fases en las que las capacidades intelectual y volitiva del menor no se encuentren completamente eliminadas (seminimputabilidad por eximente incompleta) o en aquellas denominadas fases de crisis, en las que la afección psiquiátrica será determinante (eximente completa de la responsabilidad criminal).

Respecto a los desencadenantes de esta patología en los menores de edad, Leal Medina ha indicado que uno de estos factores ambientales más comunes está relacionado con los malos tratos sufridos por el sujeto a edades tempranas: «abusos sexuales, abandono familiar, atentar de

(204) Cfr. CASAS BARQUERO, N., «Criminalidad de las psicosis esquizofrénicas», en VV. AA., *Estudios penales y jurídicos*. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, p. 155.

(205) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 71.

(206) Así, expone CASAS BARQUERO, «son principalmente los delirios de auto-referencia o persecución, donde el sujeto está firmemente convencido de que le vigilan o van a hacerle daño, lo que le va a motivar un determinado comportamiento»; CASAS BARQUERO, N., *Criminalidad...*, ob. cit., p. 155.

manera continuada contra la integridad física y psíquica del menor, o no dotarle de los medios y atenciones imprescindibles durante los primeros años de vida, en la pubertad o incluso en la juventud, es motivo suficiente para generar por sí un trastorno mental en el sujeto, que puede llevarle a una pobreza emocional, a una falta de comunicación o de atrofia sentimental, lo que unido a otras circunstancias y síntomas como la inseguridad, la hipersensibilidad a las críticas o la fobia social, sobre todo en pacientes con trastornos esquizoafectivos, que son los que muestran los indicios psicóticos más acusados, pueden sentar las bases para una conducta futura violenta» (207). Asimismo, se ha establecido una relación entre las aceleraciones de pensamiento que padece el esquizofrénico con los malos tratos infantiles (208).

Otro factor importante señalado por el autor antes citado es el consumo de alcohol y estupefacientes, pues el abuso prolongado de estas sustancias puede llegar a ocasionar enfermedades mentales (209), impidiendo al individuo controlar los impulsos violentos sobre todo en los más jóvenes, y un deterioro neuronal significativo, frustrando, por la muerte de muchas células nerviosas que organizan y vertebran la estructura mental, la llegada de información a las diversas áreas del cerebro donde se ubican el raciocinio y el juicio (210).

También en esta categoría general se encontrarían los menores delincuentes psicópatas. Las formas de psicopatía se caracterizan por la incapacidad del sujeto que la padece para manifestar emociones y alguna clase de empatía, no sufriendo las inhibiciones (211) derivadas de la relación afectiva con sus semejantes. Habitualmente, las psicopatías no afectan a la inteligencia del sujeto, que suele mostrar unas aptitudes elevadas para el engaño y la manipulación («depredadores sociales»). Tal falta de rasgos emocionales suele resultar en comportamiento antisociales que pueden llegar a mostrar gran crueldad y saña, por lo que se ha denominado a esta clase de delincuentes –tanto adultos como menores de edad–, conocidos por su frialdad, como «psicópatas amorales» (Prichard) o

---

(207) Cfr. LEAL MEDINA, J., «Derecho penal y enfermedad mental. Un análisis particular del trastorno esquizofrénico. Causas que lo explican y relación de sentido entre brote psicótico y delito», en *Diario La Ley*, núm. 7543, Año XXXII, 2011.

(208) Vid. GRISOLIA, S., *Factores psicobiológicos, Violencia y psicopatía*. Ariel, Barcelona, 2000, p. 123

(209) Vid. CANGAS DÍAZ, A. J. y OLIVENCIA LORENZO, J. J., «Alteraciones de la personalidad asociadas a las conductas adictivas», en *Apuntes de Psicología*, vol. 30, núm. 1, 2012, pp. 305-310.

(210) Vid. LEAL MEDINA, J., *Derecho penal y enfermedad mental...*, *ob. cit.*

(211) Expone Herrero Herrero que la psicopatía «le dificulta intensamente, o le impide, inhibirse respecto de conductas o comportamientos contrarios a las normas»; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 96.

«desalmados» (Schneider). En estos casos, los menores no reconocerán el sufrimiento ajeno, ni se sentirán identificados con sus pares.

Debemos tener en cuenta, no obstante, que la psicopatía, tanto en menores como en adultos, es un fenómeno patológico poco común y «que los rasgos psicopáticos en sí no implican un comportamiento agresivo o delictivo, sino que más bien son una ausencia de barreras –conciencia– para aquella persona que tenga tales tendencias» (212).

El concepto de psicópata es diferente de la patología conocida como sociopatía (trastorno de personalidad antisocial), con el que conductualmente puedan mostrar similitudes. Se trata de «una patología de índole psíquica, que deriva en que las personas que la padecen pierden la noción de la importancia de las normas sociales, como son las leyes y los derechos individuales. Se puede detectar antes de los 15 años una sintomatología similar, pero no tan acentuada, conocida como el trastorno disocial de la personalidad» (213).

En lo referente al diagnóstico y tratamiento de los jóvenes delincuentes psicopatas, los menores psicopatas se muestran más difíciles en el trato que los niños que no sufren esta patología: son más traviosos, agresivos, manipuladores y mentirosos, pero, sobre todo, menos susceptibles a la influencia y a las instrucciones, mostrándose desafiantes ante la autoridad y los límites de la tolerancia social (214). La Dr. Martín, explica algunas pautas para su pronto diagnóstico. Así, «en los primeros años de la escuela se acentúan ciertas señales: Mentiras repetitivas, despreocupadas y aparentemente inconscientes; indiferencia aparente o incapacidad para entender frente a los sentimientos, esperanzas y dolor de los demás; desafían a los padres, a los profesores, y en general, a las normas; están continuamente metidos en problemas y no se responsabilizan frente a las reprimendas y amenazas de castigos; roban a otros niños y a los padres» (215).

El DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) no establece ninguna categoría que recoja todos los detalles de la personalidad psicopática en niños adolescentes. Describe una clase de Trastornos de la Alteración de la Conducta caracterizados por un comportamiento socialmente destructivo.

(212) Vid. HARE, ROBERT. D., *Sin Conciencia: el inquietante mundo de los psicópatas que nos rodean*. Piados, Barcelona, 2003.

(213) Vid. LÓPEZ-IBOR ALIÑO, J. J. y VALDÉS MIYAR, M. (Dir.): *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*. Texto revisado. Masson, Barcelona, 2002.

(214) Al respecto, Vid. ROMERO TRIÑANES, E.; LUENGO MARTÍN, M. A.; GÓMEZ FRAGUELA, J. A.; SOBRAL FERNÁNDEZ, J., y VILLAR TORRES, P., «Evaluación de la psicopatía infanto-juvenil: estudio en un muestra de niños institucionalizados», en *Anuario de psicología jurídica*, núm. 15, 2005, pp. 23-37.

(215) Vid. MARTÍN, M. S., en [www.psicologiaespecial.com.ar](http://www.psicologiaespecial.com.ar).

Respecto al tratamiento de los menores psicópatas, es palpable la dificultad de establecer una adecuada respuesta. En cualquier caso, indican Jordá y Besteiro que «los jóvenes que desarrollan el rasgo de la psicopatía requieren procesos más intensos de aprendizaje en estadios muy iniciales de su infancia. Así, se llega a tres conclusiones principales:

1. La relevancia de la pronta detección e intervención, lo que, lógicamente, implica la clara necesidad de estudios relacionados con la psicopatía en menores, tanto adolescentes como niños pequeños.

2. La mayor efectividad en tratamientos que cumplan una serie de características: intensivos, estructurados, cognitivo-conductuales, multimodales y que cubran las necesidades criminogénicas y estilos de aprendizaje individual.

3. La aceptación de la psicopatía como rasgo esencial de la personalidad, no tratando de cambiarla si no de focalizarse en los déficits en materia social» (216).

El principal problema de la intervención con menores psicópatas en el ámbito del Derecho penal Juvenil es la ineficacia del castigo penal. El menor delincuente psicópata no suele ser motivable por las medidas educativo-sancionadoras habituales. Como advierten Halty et Al., «resulta muy complicado socializar a un niño que no es capaz de aprender del castigo, que no procesa de la misma manera que los demás las expresiones emocionales de los otros asociadas a la tristeza o al miedo y que, por lo tanto, no tiene los frenos naturales para su comportamiento. (...) El hecho de que los niños con este tipo de problemas emocionales y de comportamiento tengan estas dificultades de socialización requiere medidas diferentes. Es preciso encontrar la manera de conseguir que estos sujetos sigan las normas y, por lo tanto, saber qué técnicas de disciplina son las más adecuadas para lograr que los niños internalicen la norma» (217). Sobre esta última cuestión, los autores citados destacan la obra de Kochanska (218), en la que resalta dos elementos relevantes: primero, da importancia a factores del temperamento por parte del niño, como la dimensión de temor, ya que se ha encontrado que los niños con niveles altos en esta dimensión mues-

(216) Vid. JORDÁ, S. C. y BESTEIRO Y. I., «La psicopatía en menores infractores: retos para su investigación e intervención», en *Revista Criminalidad*, núm. 55 (3), 2013, p. 277.

(217) Cfr. HALTY, L.; MARTÍNEZ, A.; REQUENA, C.; SANTOS, J. M., y ORTIZ T., «Psicopatía en niños y adolescentes: modelos, teorías y últimas investigaciones», en *Revista de Neurología*, núm. 52, Supl. 1, 2011, p. 25.

(218) Vid. KOCHANSKA G., «Multiple pathways to conscience for children with different temperaments: from toddlerhood to age 5», en *Developmental Psychology*, núm. 33, 1997 228 ss.

tran niveles altos en el desarrollo de la consciencia, es decir, resulta más fácil socializarlos y que lleguen a internalizar la norma. Y, segundo, enfatiza la idea de que las diferentes prácticas de socialización por parte de los progenitores pueden provocar diferencias a la hora de internalizar la norma. Por lo tanto, es importante desarrollar estrategias de socialización que no estén basadas en inducir al niño miedo o ansiedad, ya que hay niños que por temperamento no son capaces de experimentar estas sensaciones.

También dentro de las patologías que pueden afectar a los menores como agente criminógeno, nos encontramos con las neurosis. Según explica Herrero Herrero, los menores infractores que sufren esta patología sufren «una grave perturbación o trastorno relevante del psiquismo, de carácter no constitucional, sino sobrevenido, manifestado en desórdenes conductuales» (219). Por tanto, la neurosis se distancia de las patologías antes mencionadas en su origen, pues tiene su origen en un trauma externo (fracaso escolar, profesional, amoroso, frustración, situaciones de abandono o muerte de seres queridos, exceso de disciplina, etc.).

En cuanto al aspecto criminológico, expone el autor precitado que el neurótico «cambia angustia por delito. Trata de hacer desaparecer, o al menos amortiguar, su consciente situación de angustia, nacida del complejo de culpabilidad, procediendo a cometer delitos (injurias, calumnias, robos, hurtos...) con el fin de que se le castigue. No oculta, por ello, los indicios de su autoría o participación en ellos. Esto vale también para los menores neuróticos que, por lo demás, son muchos menos que los adultos» (220). Es lo que Jiménez Cubero denomina mecanismo de la conversión, pues lo que se busca en última instancia con el delito es la sanción, lo que depara al menor placer y vergüenza al mismo tiempo (221). Será determinante en el diagnóstico, por tanto, la observancia de un complejo de «culpabilidad» del menor.

Finalmente, otros trastornos psicológicos menos graves pueden llevar al menor a cometer hechos delictivos. Entre ellos, por el sujeto objeto de estudio –el menor de edad– debemos destacar la tipología de los jóvenes delincuentes por autorreferencias sublimadas de la realidad. Se trata, siguiendo nuevamente a Herrero Herrero, de menores en los que se da la confluencia de predisposiciones psicobiológicas (excesiva fantasía, mala orientación psicopedagógica, etc.) que los lleven a «vivir fuera de la realidad» (222). En conjunción con otras patologías más graves puede resultar en conductas peligrosas (crimen del

---

(219) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 96.

(220) *Vid.* HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 96.

(221) *Vid.* JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, *ob. cit.*, pp. 65 y 66.

(222) *Vid.* HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 97.

«juego de rol», «asesinato de la katana»). En realidad, debemos tener en cuenta que en estos supuestos primará fundamentalmente la mala praxis en la dirección educativa y psicológica ejercida por el menor y no las aficiones a los juegos y fantasías propias de su edad.

Jiménez Cubero también se refiere a esta tipología de menores delincuentes, si bien la intitula de forma técnica como menores delincuentes por trastorno disociativo (de conversión) transitorio de la infancia o la adolescencia (también conocido, tras la obra de Girard, como bovarismo en referencia al fantasioso personaje de Madame Bovary, si bien en nuestro caso valdría un símil más patrio con el hidalgo Don Quijote de la Mancha). Según expone el autor precitado, estos menores llevan al extremo sus fantasías y juegos (que configuran un proceso psicológico completamente normal y sano) hasta el punto de cometer delitos o desarrollar patologías más graves, como el trastorno de personalidad múltiple (223).

### 5.5 Menores delincuentes con anormalidad no patológica (224)

Dentro de esta tipología, podemos encontrar distintas categorías siendo las más relevantes (225): los menores delincuentes con trastorno de la personalidad antisocial, los menores delincuentes con trastorno límite de la personalidad (borderline), los menores delincuentes con reacción de huida, y los menores delincuentes con reacción asocial agresiva.

Como explica Román Pérez, por su frecuencia y estadística, las dos primeras categorías mantienen un mayor alto índice de prevalencia e importancia médico-legal (226).

(223) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, *ob. cit.*, pp. 67 y 68.

(224) Aunque seguimos la clasificación general de la obra de Herrero Herrero, lo cierto es que algunas de las categorías que el autor incluye en este epígrafe son perfectamente trasladables, a mi juicio, al anterior, puesto que se configuran como verdaderas patologías psiquiátricas que afectan a los menores de edad con especial intensidad. Tal es el caso del trastorno de la personalidad antisocial, que ha sido someramente tratado en el epígrafe anterior para diferenciarlo de los psicópatas. No obstante, ambas categorías mantienen una diferenciación clara respecto al origen de la patología: somático en el primer caso, conductual o psicológico en el segundo.

(225) Vid. NAVARRO PARDO, E.; MELÉNDEZ MORAL, J. C.; SALES GALÁN, A., y SANCERNI BEITIA, M.<sup>a</sup> D., «Desarrollo infantil y adolescente: trastornos mentales más frecuentes en función de la edad y el género», en *Psicothema*, vol. 24, núm. 3, 2012, pp. 377-383.

(226) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., «Perfil del menor infractor. Aspectos médico legales», en BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. y CRUZ BLANCA, M. J. (Dirs.): *El Derecho penal de menores a debate*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 245.

Según indica el CIE-10, los trastornos de la personalidad son anomalías graves del carácter constitutivo y de las tendencias comportamentales del individuo, que normalmente afectan a varios aspectos de la personalidad y que casi siempre se acompañan de alteraciones personales y sociales considerables. Los trastornos de la personalidad tienden a presentarse en la infancia y adolescencia y a persistir durante la edad adulta. Por ello es probable que un diagnóstico de trastorno de personalidad sea adecuado antes de los dieciséis o diecisiete años. A diferencia de las anomalías patológicas, los trastornos de la personalidad requieren la presencia de una alteración de la personalidad no directamente atribuible a una lesión o enfermedad cerebral importante, o a otros trastornos psiquiátricos.

Esta categoría incluiría a aquellos menores delincuentes con un importante déficit de socialización, que suele derivar en un enfrentamiento directo con la sociedad (227).

Los menores con trastorno antisocial (disocial) de la personalidad muestran unas características excepcionales desde el punto de vista conductual (del comportamiento): hiperactividad, excitabilidad, ausencia de sentimientos de culpa, fracaso escolar, crueldad, dificultades de comunicación, etc. (228). Habitualmente, no es posible aislar un único factor que lleva al desarrollo de esta personalidad atípica, siendo su aparición resultado de un proceso en el que se da una pluralidad de factores.

Así, es posible distinguir entre factores ambientales (aquellos externos al menor y que provienen de su ámbito social) y personales (229) (intrínsecos al menor), o predisponentes (base congénita, ausencia de autoridad paterna) y actualizantes (230) (permanente abandono, situación de riesgo social, desviación de la socialización primaria). Asimismo, han sido tradicionalmente dos modelos los que han intentado explicar esta clase de trastorno de la personalidad: el biológico o médico (se ha ocupado del estudio de la herencia genética, lo orgánico, neuropsicológico) y el psicológico (conductismo, neoconductismo, cognitivism, neuropsicológico).

Se trata de un trastorno que provoca un constante alejamiento de las normas sociales, siendo el tipo de personalidad anómala que más frecuentemente se encuentra entre los jóvenes delincuentes (231).

---

(227) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 51.

(228) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 98.

(229) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., p. 246.

(230) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., pp. 53 y 54; HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., pp. 99 y 100.

(231) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., p. 246.

Según explica el CIE-10 trata de un trastorno de personalidad que, normalmente, llama la atención debido a la gran disparidad entre las normas sociales prevalecientes y su comportamiento; está caracterizado por:

1. Cruel despreocupación por los sentimientos de los demás y falta de capacidad de empatía.
2. Actitud marcada y persistente de irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales.
3. Incapacidad para mantener relaciones personales duraderas.
4. Muy baja tolerancia a la frustración o bajo umbral para descargas de agresividad, dando incluso lugar a un comportamiento violento.
5. Incapacidad para sentir culpa y para aprender de la experiencia, en particular del castigo.
6. Marcada predisposición a culpar a los demás o a ofrecer racionalizaciones verosímiles del comportamiento conflictivo.
7. Puede presentarse también irritabilidad persistente. La presencia de un trastorno disocial durante la infancia y adolescencia (sobre todo a partir de los quince años) puede apoyar el diagnóstico, aunque no tiene por qué haberse presentado siempre.

Desde el punto de vista criminológico, Román Pérez sugiere que la propensión a la conducta delincuente podría justificarse, para estos menores, en el déficit de autocontrol, pues son tendentes a querer tener el placer de disfrutar de sus deseos cuando ellos lo requieran («aquí y ahora»). Según el autor citado, los delitos cometidos por estos menores presenta tres rasgos propios: precocidad de los actos delictivos, falta de sentimientos de culpa y reincidencia de la conducta delictual (232).

En la revisión frecuente del Manual de la American Psychiatric Association, el DSM-V, se incluyen los criterios de diagnóstico para la detección de este trastorno de la personalidad delictógeno (233), con el tenor siguiente:

Un patrón general de desprecio y violación de los derechos de los demás, que se producen desde los 15 años de edad, como se indica por tres (o más) de los siguientes indicios:

1. Si no se ajustan a las normas sociales en lo que respecta al comportamiento legal, como lo indica perpetrar repetidamente actos que son

(232) Vid. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., pp. 247 y 248.

(233) Anteriores criterios del DSM-III pueden encontrarse recopilados en JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 52.

motivo de detención. En este sentido, expone Jiménez Cubero, estos menores delincuentes «son incapaces de aprovechar la experiencia como un todo y tropiezan una y mil veces con la misma piedra» (234).

2. El engaño, la mentira repetida, el uso de alias, estafar a otros para beneficio personal o por placer.

3. Impulsividad o incapacidad para planificar el futuro.

4. Irritabilidad y agresividad, caracterizados por peleas físicas repetidas o agresiones.

5. Temerario desprecio por la seguridad propia o de otros.

6. Irresponsabilidad consistente, según lo indicado por la incapacidad de mantener una ocupación o comportamiento constante y estable o cumplir las obligaciones financieras.

7. Falta de remordimientos, como lo indica la indiferencia o la justificación del haber dañado, maltratado o robado a otros.

8. El individuo tiene menos de dieciocho años de edad.

9. Hay evidencia de trastorno de conducta con inicio antes de los quince años.

10. La aparición de comportamiento antisocial no es exclusivamente durante el curso de la esquizofrenia o el trastorno bipolar.

Por otra parte, los menores delincuentes con reacción asocial agresiva manifiestan su comportamiento de forma explosiva (reacciones en corto-circuito), de tal modo que su respuesta ante determinados estímulos no pasa por la capa racional-reflexiva del individuo (235). Se caracterizan por mostrar una gran frustración y una extraordinaria sensibilidad, emitiendo respuestas muy agresivas y desproporcionadas (insultos, agresiones, etc.).

Según explica Jiménez Cubero, siguiendo a autores como Meeks y Aichhorn, el origen de este trastorno de la personalidad puede deberse a un marcado rechazo paterno desde la primera infancia (privación de afecto, severo conflicto con los padres, maltrato, etc.) o, por el contrario, por una hiper-protección irreal. Estos menores no habrían conocido un modelo coherente de disciplina, y muestran una gran dependencia hacia las figuras paternas adultas (236). Sus conductas suelen ser fruto de una gran frustración y se manifiestan a través de descontroladas rabietas, insultos, agresiones, vengatividad y destructividad. Muestran, en líneas generales, grandes dificultades para mantener el autocontrol, incluso desde una perspectiva fisiológica, por ejemplo, suelen sufrir de incontinencia urinaria.

(234) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, *ob. cit.*, pp. 51 y 52.

(235) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 101.

(236) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, *ob. cit.*, p. 55.

Como ya hemos comentado, a diferencia del trastorno antisocial de la personalidad, la agresividad del menor rara vez se encuentra encaminada a la obtención de un beneficio, éxito o placer concreto, sino más bien se trata de una respuesta dirigida a obtener cierto control de la situación (237) (ante la falta de autocontrol, se busca con la agresión «ser el dueño de la situación»).

Otra categoría cercana a la del menor delincuente sociópata (trastorno de la personalidad antisocial), es la del menor delincuente con trastorno narcisista de la personalidad (238). Según indica el citado Manual de Diagnóstico, los menores con trastorno de personalidad antisocial y trastorno narcisista de la personalidad comparten una tendencia a ser obstinados, simplistas, superficiales, explotadores, y carecen de empatía. Sin embargo, el trastorno narcisista de la personalidad no incluye características de la impulsividad, la agresión y el engaño. Además, las personas con trastorno antisocial de la personalidad no suelen ser tan necesitados de la admiración y la envidia de los demás.

Según expone Cuello Contreras (239), el trastorno narcisista de la personalidad en menores infractores se caracteriza principalmente por el hecho de que debido a no ha sido enseñado el niño en la primera infancia por la madre a controlar el impulso de satisfacer inmediatamente las necesidades, aplazándolo en la confianza de que aquélla las atenderá después, se desarrolla una tendencia a sustituir a la madre ausente en el momento en que la necesitó para adquirir seguridad en sí mismo, con otros objetos que la suplan, como, por ejemplo, la propia grandiosidad. Los individuos con trastorno de personalidad narcisista anhelan la atención de los demás y, por lo general, quieren elogios por su «superioridad».

Según el DSM V, los principales hitos para diagnosticar correctamente este trastorno de la personalidad son los siguientes:

Un patrón general de grandiosidad (fantasía o comportamiento real), necesidad de admiración y falta de empatía, como lo indican cinco (o más) de los siguientes requisitos:

---

(237) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, *ob. cit.*, p. 56.

(238) Vid. HEREDIA MARTÍNEZ, F., «La personalidad narcisista. Aspectos clínicos, psicoanalíticos y médico legales», en *La Ley Penal*, núm. 100, 2013.

(239) Vid. CUELLO CONTRERAS, J., *Reflexiones...*, *ob. cit.*, p. 128; el mismo autor: «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo. Con una aportación al tratamiento de delincuentes jóvenes con trastorno narcisista de la personalidad», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-01, 2010.

1. Tiene un grandioso sentido de la propia importancia (exagera los logros y talentos, espera ser reconocido como superior sin logros acordes).
2. Está preocupado por fantasías de éxito ilimitado, poder, brillantez, belleza o amor ideal.
3. Considera que él o ella es «especial» y único y sólo puede ser comprendido por, o debería asociarse exclusivamente con, otras personas especiales o de alto estatus.
4. Requiere admiración excesiva.
5. Tiene un sentido de titularidad (*Entitlement*), es decir, unas expectativas poco razonables de trato favorable por el mero hecho de ser quien es o conformidad automática con sus expectativas.
6. Es interpersonalmente explotador, lo que quiere decir que se aprovecha de otros para lograr sus propios fines.
7. Carece de empatía: no está dispuesto a reconocer o identificarse con los sentimientos y necesidades de los demás.
8. Es a menudo envidia de los demás o cree que los otros son envidiosos de él o ella.
9. Muestra comportamientos o actitudes arrogantes.

Desde el punto de vista delictivo, los menores infractores con trastorno narcisista de la personalidad suelen tender a imponerse a otros, a los que consideran inferiores, y pueden llegar a cometer agresiones al reaccionar de manera soberbia e impetuosa. Las injurias y calumnias, con la intención de desprestigiar a otros, suelen ser frecuentes.

Los individuos con trastorno antisocial de la personalidad y el trastorno de personalidad histriónica pueden compartir una tendencia a ser impulsivos, superficiales, imprudentes, seductores y manipuladores, pero las personas con trastorno histriónico de la personalidad tienden a ser más exagerados en sus emociones y no se involucran en conductas antisociales. Las personas con trastornos de la personalidad histriónica y borderline son manipuladores para ganarse el favor de los padres, mientras que las personas con trastorno de personalidad antisocial son manipuladoras para obtener beneficios, poder o alguna otra gratificación material. Los individuos con trastorno antisocial de la personalidad tienden a ser menos inestables emocionalmente y más agresivos que las personas con trastorno límite de la personalidad. Aunque el comportamiento antisocial puede estar presente en algunos individuos con trastorno paranoide de la personalidad, no es por lo general motivado por un deseo de ganancia personal o para explotar a los demás como en el trastorno antisocial de la personalidad, sino que es más a menudo atribuible a un deseo de venganza.

Acerca del tratamiento de los menores infractores con trastorno antisocial de la personalidad, requieren una observación constante, con un gran esfuerzo por establecer relaciones amistosas, sin emplear ninguna presión (240). En ocasiones el internamiento es la única solución debido al importante grado de desocialización de estos menores, e incluso la separación con la familia. La paciencia del personal facultativo será puesta a prueba por el menor, que constantemente se enfrentará con cualquier imposición que venga de otro.

En cuanto a los menores delincuentes con trastorno límite o borderline de la personalidad, «la conducta delictiva de la personalidad borderline se centra en la falta de control de los impulsos. Desde el punto de vista de la imputabilidad, parece fuera de toda discusión que la anormalidad psíquica de dichas personas ha de provocar, en un principio, atenuación de la pena» (241).

El DSM-V recoge algunos criterios de diagnóstico que pueden ayudar a distinguir este trastorno de la personalidad, como sigue:

Un patrón general de inestabilidad en las relaciones interpersonales que afecta a la autoimagen, marcada impulsividad, comenzando en una edad temprana y continuando en la edad adulta en una gran variedad de contextos, como lo indican cinco (o más) de los siguientes criterios:

1. Esfuerzos frenéticos para evitar un abandono real o imaginado (no incluye comportamientos suicidas o de automutilación que se recogen en el Criterio 5).
2. Un patrón de relaciones interpersonales inestables e intensas caracterizado por la alternancia entre los extremos de idealización y devaluación.
3. Perturbación de la identidad: acusada y persistentemente inestable autoimagen o sentido de sí mismo.
4. Impulsividad en al menos dos áreas que son potencialmente dañinas para sí mismo (por ejemplo, el sexo, abuso de sustancias, conducción temeraria, atracones de comida).
5. Comportamiento suicida recurrente, gestos o amenazas, o comportamiento de automutilación.
6. Inestabilidad afectiva debida a una notable reactividad del estado de ánimo (por ejemplo, episodios de intensa disforia, irritabilidad o ansiedad, que suelen durar unas horas y rara vez más de unos pocos días).
7. Sentimientos crónicos de vacío.

---

(240) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 57.

(241) Cfr. ROMÁN PÉREZ, O., *Perfil del menor...*, ob. cit., p. 250.

8. Comportamientos inapropiados, ira intensa o dificultades para controlar la ira (por ejemplo, muestras frecuentes de mal genio, enfado constante, peleas físicas recurrentes).

9. Estados de ánimo transitorios, ideación paranoide relacionada con el estrés o síntomas disociativos graves.

Los menores delincuentes con reacción de huida comparten algunos antecedentes con aquéllos que sufren un trastorno asocial agresivo de la personalidad: el rechazo o abandono paterno. No obstante, explica Jiménez Cubero, mientras que los primeros responden con la huida, los segundo, como ya hemos visto, lo hacen mediante la agresión (242). Si bien el abandono del hogar es uno de los requisitos principales del diagnóstico de esta clase de delincuentes juveniles, hay que entender que a diferencia de las meras escapadas, «el menor con reacción de huida, psicológicamente débil, elige la huida sin plazos (...) como finalidad. No se está aquí, pues ante la huida ocasional (aventurera) no, tampoco ante el simple vagabundeo» (243). El alejamiento del hogar debe ser reiterado, como patrón conductual propio de esta tipología (244).

Estos niños y jóvenes muestran aversión hacia su hogar, principalmente debido a la asociación con malas experiencias o situaciones de desestructuración familiar. De este modo, el menor huye del mal ambiente que se ha generado en su propio hogar. Las fugas son, precisamente, las fases de crisis del trastorno de la personalidad de reacción de huida.

Según advierte Jiménez Cubero, «es difícil su tratamiento, cuando sea posible se debe intentar mejorar el ambiente familiar y de no conseguirlo se debe trasladar al niño a una atmósfera más adecuada. Hay que fomentar su autoconfianza y las relaciones con los demás. No hay que esperar rápidos progresos, puestos estos niños presentan un grado de privación emocional como no se encuentra en el resto de la psicopatología humana» (245).

En el aspecto criminológico, la huida del hogar lleva a estos menores a cometer habitualmente pequeños hurtos, tienen tendencia a unirse con otros menores que se encuentran su misma situación y a actuar como «delincuentes pasivos» (no suelen verse involucrados en delitos violentos), por lo que son un blanco fácil para los grupos de delincuencia organizada, que habitualmente los reclutan (246).

(242) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 57.

(243) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 101.

(244) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 57.

(245) Cfr. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., p. 58.

(246) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., pp. 101 y 102.

El principal problema a la hora de tener en cuenta los trastornos de la personalidad en el caso de los menores delincuentes es que habitualmente, pese a la gravedad de algunos casos y la mayor afectación que suponen a estas tempranas edades, no suponen una merma absoluta de la imputabilidad penal (247). Sobre esta cuestión, también la jurisprudencia del TS ha mantenido criterios dispares (248), de tal modo que en el caso de los menores de edad, una vez corroborado el pertinente informe psicológico del Equipo Técnico (249), lo más pertinente sería estimar una importante merma en la responsabilidad penal del menor en los casos más graves (tratamiento terapéutico), siempre que el trastorno tenga relación directa con el hecho delictivo (250), y, en los supuestos leves, lo lógico es que también afectara a la duración de la medida sancionadora educativa, como si de una atenuante analógica se tratara, o activara alguno de los aspectos terapéuticos de la LORRPM, como la imposición de medidas complementarias de tratamiento ambulatorio (251).

---

(247) La doctrina jurisprudencial otorga una relevancia relativa a los trastornos de la personalidad y estima que su influencia en la imputabilidad penal no responde a una regla general; *Vid.* STS 831/2001, de 14 de mayo.

(248) Las SSTS 2177/2002, de 23 de diciembre, y 1377/2011, de 19 de diciembre, consideran que los trastornos de personalidad y las psicopatías pueden ser consideradas dentro del artículo 20.1 del Código Penal. La STS 696/2004, considera que los trastornos de personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes pueden ser objeto de una atenuación simple. La STS 1363/2003 considera que, por lo general, los trastornos de personalidad se valoran como atenuantes analógicas, y la STS 588/2010, de 22 de junio, añade que además puede ser valorada como eximente incompleta. Sin embargo, el ATS 1508/2012, de 28 de julio, en el que se discute un caso de trastorno narcisista de personalidad, considera que no ha lugar a la eximente incompleta del artículo 21 del CP. La STS 1363/2003, de 23 de octubre, reserva esta última calificación en los supuestos de un trastorno de personalidad grave asociados a otras patologías. La STS 879/2005 recoge que los trastornos de personalidad que influyan en la conducta delictiva pueden ser calificados como atenuantes analógicas, reservando la eximente incompleta cuando el trastorno es de especial gravedad o está asociado a otras anomalías: consumo de tóxicos: alcoholismo agudo o crónico, toxicomanía, u otras alteraciones, oligofrenia en grados iniciales, histeria, etc. Al respecto, *Vid.* HEREDIA MARTÍNEZ, F., *La personalidad narcisista...*, *ob. cit.*

(249) La STS 7788/2009, de 11 de diciembre, establece la necesidad de acreditar los trastornos de la personalidad mediante exámenes médicos.

(250) *Vid.* SSTS 51/2003, de 20 enero y 25/2004, de 26 de febrero.

(251) Sobre esta cuestión, una de las principales problemáticas es la de la voluntariedad del tratamiento ambulatorio de los menores semimputables; *Vid.* DÍEZ GARCÍA, H., «La protección de menores en conflicto social son conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, p. 217; sobre la voluntariedad del tratamiento terapéutico en la LORRPM, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...*, *ob. cit.*, pp. 623 ss.

### 5.6 Menores delincuentes con rasgos de la personalidad estadísticamente normales o próximos a la normalidad

La mayoría de los delincuentes menores de edad no muestran en su personalidad ningún rasgo anómalo o patológico. Se trata de individuos, desde el punto de vista psicológico, completamente «normales» (252).

Tal conclusión, que puede parecer bastante obvia en términos actuales, no ha sido siempre objeto de consenso. Como he tenido oportunidad de comentar con anterioridad desde el modelo tutelar en muchas ocasiones los menores de edad delincuentes eran tratados como sujetos enajenados, inimputables, o que sufrían alguna patología del comportamiento («enfermedad social»). En definitiva, muchos de los delitos cometidos por menores de edad pueden explicarse por «contenidos de socialización» (253), esto es, por la confluencia de determinados factores de riesgo que los llevan a cometer hechos delictivos. Ciertamente, ello no es incompatible con ciertas cuestiones de índole biológico.

Entre los múltiples ejemplos que podemos encontrar sobre tipologías delincuenciales de «normalidad» en las que los menores de edad pueden participar, Herrero Herrero destaca las siguientes (254):

1. Los que llevan a cabo actos de simple vandalismo.
2. Los que cometen robos, hurtos y pequeños fraudes por motivos de autoafirmación personal ante los demás y prestigio.
3. Los que cometen delitos contra la propiedad o el patrimonio, contra la libertad e indemnidad sexual de las personas, mostrando tendencias hedonistas basadas en el «placer» a toda costa.
4. Los que delinquen por falta de control social formal o informal.
5. Los menores que delinquen por aprendizaje directo e imitación.
6. Los menores que delinquen para satisfacer apetencias consumistas.
7. Los menores que delinquen cometiendo malos tratos, agresiones, lesiones, abusos sexuales, etc. por haber sido víctimas primero. Sobre esta cuestión, Jiménez Cubero admite como una tipología de menores infractores a aquellos que delinquen como reacción de interacción entre el delincuente y la víctima (255). Ciertamente, la victimación primaria es un demostrado factor de riesgo para la comisión de determinados crímenes (malos tratos, crímenes contra la libertad e indemnidad sexual, etc.).

(252) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 102.

(253) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., p. 103.

(254) Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, ob. cit., pp. 104-106.

(255) Vid. JIMÉNEZ CUBERO, F., *Tipos de menores...*, ob. cit., pp. 62 ss.

8. Los que delinquen efectuando tráfico de estupefacientes por enriquecimiento (ánimo de lucro).

9. Los que delinquen a través de las nuevas posibilidades abiertas por las nuevas tecnologías: piratería, daños informáticos, falsificación, etc.

Otras clasificaciones de menores infractores «normales», hoy superadas, se basaban en los factores de inadaptación social, la constitución individual del menor e incluso en su estamento social (factores ambientales). Así, Sabater Tomás recogía la pretérita clasificación de Mendoza, que distinguía entre (256):

Tipología de la delincuencia juvenil de Mendoza por constitución individual:

1. El gamberro energúmeno: aquél que ostenta poder y coraje extraordinarios. Impetuoso e impulsivo. Muestra rasgos de asocialidad respecto a la familia. Era considerado un pre-delincuente.

2. El gamberro ocioso: improductivo y vago. Muestra signos de inadaptación social.

3. El gamberro sádico: muestra signos de antisocialidad, sobre todo en referencia al sexo opuesto (delincuencia sexual).

4. El gamberro embustero: completamente socializado, suele participar en delitos patrimoniales (estafas, robos, hurtos, etc.).

Tipología de la delincuencia juvenil de Mendoza por factores ambientales:

1. El gamberro campesino: no presenta demasiada actividad delictual, debido principalmente a que se encuentra alejado de las ciudades, principales focos de la criminalidad juvenil.

2. El gamberro proletario: se trata de jóvenes con graves problemas de socialización (factores de riesgo de exclusión social), provenientes de barrios empobrecidos y adscritos a ideologías radicales. Fundamentalmente, participan en disturbios y motines callejeros.

3. El gamberro burgués: muestra problemas socialización, normalmente debidos a un exceso de protección y permisividad.

4. El gamberro intelectual: muestra oposición al régimen político y participa en focos de contracultura.

Como puede apreciarse, actualmente estas categorías –baste con decir que el término «gamberro» era aquí sustitutivo de delincuente juvenil o menor inadaptado– han sido completamente abandonadas. Sin embargo, pueden ayudarnos a comprender la amplitud del fenómeno de la delincuencia juvenil, siendo algunos de los factores

(256) Vid. SABATER TOMÁS, A., *Juventud inadaptada...*, *ob. cit.*, pp. 16 y 17.

ambientales aún útiles al estudio. Así, no hace demasiado tiempo se creía que la delincuencia juvenil era un fenómeno localizado en las clases sociales más bajas, cuando en realidad, es un proceso que puede afectar a todo el espectro social (257). En este sentido, como ha expuesto De la Cuesta Aguado, «es lugar común afirmar que la trascendencia de los delitos cometidos por los jóvenes de clases sociales deprimidas o marginales tienen distinta proyección social que los realizados por jóvenes de clases sociales acomodadas» (258).

En este sentido, es posible afirmar la existencia de una tipología de menores delincuentes según rasgos sociográficos. Sobre esta cuestión, ha expuesto Herrero Herrero que «las tipologías de menores delincuentes no son, pues, desde el punto de vista sociológico, privativas de menores marcados por la pobreza física y cultural, sino también las integradas, de forma muy notable, por el resto de las clases sociales. (...) Tan sólo añadir (...) que estos menores, delincuentes de las clases medias y, sobre todo, medias altas, difieren de los otros, al menos en parte, por su orientación delictiva. Y es que los delitos más complejos o sofisticados por su contenido o formas de comisión, o que requieren, para hacerse presentes, capacidad notable de ideación y planificación, gran iniciativa y liderazgo, conocimientos electrónicos o técnicos y la posesión de los medios adecuados para convertirlos en reales, no pueden ser llevados a cabo, precisamente, por jóvenes desocializados» (259). No deja de ser un dato curioso que, atendiendo a la población criminal juvenil, observemos cierta polarización de la misma: tanto las clases más bajas como las clases media-alta suelen mostrar una mayor población de delincuencia juvenil.

Otra interesante clasificación puede encontrarse en la obra de Gibbons, en la que se distinguen inicialmente 14 tipos de delincuentes juveniles (260) que, posteriormente, en un trabajo más maduro, serán reducidos a 9. La clasificación quedaría sintetizada en las siguientes categorías (261):

(257) Así, por ejemplo, en nuestra doctrina, Ríos Martín sostiene que «los menores infractores forman parte de la infancia marginada. Es necesario ahondar en el estudio de sociológico del proceso de exclusión social de los estratos sociales más pobres»; RÍOS MARTÍN, J. C., *El menor...*, *ob. cit.*, pp. 33 ss.

(258) Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Delincuencia Juvenil: características y tipología*, en NAVARRO GUZMÁN, J. I. y RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (coord.): *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 2004, p. 261.

(259) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores...*, *ob. cit.*, p. 109.

(260) GIBBONS, D. C., «Problems and Prospects of Delinquent Typology», en *Sociological Inquiry*, vol. 32, 1962, pp. 235-244.

(261) Vid. GIBBONS, D. C., *Delincuentes juveniles y criminales. Su tratamiento y rehabilitación*. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pp. 109 ss.

1. El pandillero ladrón: frecuentemente asociado a otros jóvenes, con los que conforma bandas. Propenso a la delincuencia vandálica y a los delitos contra la propiedad. Normalmente, pertenece a la clase obrera y vive en entornos urbanos.

2. El pandillero pendenciero: también inclinado a la asociación grupal y el vagabundeo. Su delincuencia se caracteriza por las luchas con otros grupos de la calle.

3. El pandillero casual: se mantiene en la periferia de las operaciones de las bandas juveniles, siendo su participación en la delincuencia juvenil grupal esporádica e intermitente. Son delincuentes ocasionales.

4. El delincuente casual no pandillero: no pertenece a ningún grupo. Aunque puede asociarse temporalmente con otros (cómplices), muestra inclinación a cometer delitos de modo individualista.

5. El ladrón de automóviles («paseador escandaloso»): se dedican principalmente al robo de automóviles, no con afán de lucro, sino para participar en festejos y carreras de vehículos. Suelen tener una personalidad «libertina» y «desenfadada». No se consideran a sí mismos delincuentes y pueden llegar a mostrar un alto índice de socialización.

6. El drogadicto: aunque muchos jóvenes delincuentes se inician en el mundo de las drogas blandas, esta categoría la integraría los jóvenes infractores que consumen drogas que atacan gravemente contra la salud (heroína, cocaína) y cuya grave adicción influye en su trayectoria criminal. Su único propósito es conseguir dinero para proporcionarse la droga que necesitan.

7. El agresivo de peligrosidad extrema («matón»): jóvenes delincuentes agresivos que inician agresiones sin motivo aparente. Pueden padecer un trastorno antisocial de la personalidad.

8. La joven delincuente: las menores delinquen en una proporción muy baja respecto a los menores infractores. La mayor parte de sus «delitos» son, en realidad, «*status offenses*» relacionados con comportamientos inmorales (prostitución, exhibicionismo y actitud obscena, rechazo a la autoridad).

9. El delincuente juvenil psicópata con una predisposición obsesiva: esta categoría viene a ser, en palabras del autor precitado, «un casillero donde incluir al resto de trasgresores que perpetran delitos extravagantes de carácter individualista y casi siempre de un orden grave (...). Los trasgresores aquí incluidos suelen recibir a menudo un diagnóstico clínico de neuróticos o de pre-psicópatas» (262).

---

(262) Vid. GIBBONS, D. C., *Delincuentes juveniles...*, ob. cit., p. 133.

Desde una perspectiva sociológica, los grupos del 1 al 4 concentran la delincuencia grupal, mientras que las categorías 4 y 5 muestran dos formas de delincuencia que predominan entre los menores de clase media. Los tipos restantes no parecen estar vinculados a ninguna clasificación sociológica en particular, y pueden encuadrarse en factores psicológicos o patológicos (psicopatía, peligrosidad extrema) y puramente biológicos (delincuencia juvenil femenina).

También desde una vertiente puramente sociológica, aunque introduciendo importantes factores atinentes al control social de la delincuencia juvenil, encontramos una clasificación más moderna en el trabajo de De la Cuesta Aguado, que entiende que, para establecer una tipología de delinquentes juveniles, sería precisa una primera división entre menores infractores que son frecuentemente detectados por los medios de control social y delinquentes que difícilmente son detectados por los medios de control social y pasan a engrosar la cifra negra de la criminalidad juvenil (263).

Así, podríamos establecer dos tipos de delinquentes juveniles:

1. Los que aparecen con reiteración en las estadísticas oficiales, caracterizados por:

- a) Su extracción social entre grupos sociales económicamente más deprimidos.
- b) Marginalidad.
- c) Fracaso escolar y escasa formación profesional.
- d) Desarraigo familiar.
- e) Altos índices de drogadicción.

2. Los que no aparecen en las estadísticas criminales.

- a) Delincuencia de «fin de semana» entre estudiantes.
- b) La delincuencia juvenil contra la propiedad intelectual e industrial (nuevas tecnologías, pirateo, hackers, etc.).
- c) Delincuencia en las aulas (violencia escolar, *bullying*).
- d) Violencia en el ámbito familiar y violencia de género entre jóvenes.
- e) Vandalismo lúdico (pintadas, daños menores contra la propiedad).

Esta tipología nos lleva inevitablemente a la posibilidad de realizar una última clasificación de los delinquentes juveniles basada, no en factores psico-sociales, sino en las distintas tipologías de delitos que estos jóvenes infractores pueden llegar a cometer. De este modo,

(263) Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Delincuencia juvenil...*, ob. cit., pp. 264 ss.

será posible agrupar categorías delictuales por el delito cometido (264). Cada una de estas tipologías delictivas tendrá unas características propias y comunes, de tal forma que el menor que cometa un determinado tipo de delitos posiblemente mostrará un carácter, situación personal-social y *modus operandi* muy similar a otros que también hayan perpetrado esta clase de infracciones.

---

(264) Vid. COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho penal...*, *ob. cit.*, pp. 34 ss.

# Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario

MONTSERRAT LÓPEZ MELERO

Doctora en Derecho  
Profesora Ayudante Grado Criminología  
UNIR

## RESUMEN

*La pena privativa de libertad consiste en la reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado de su libertad y sometido a un específico régimen de vida. Por tanto, el condenado a pena de prisión, será recluso en un Centro penitenciario donde tendrá lugar la ejecución de la misma y en el que deberá permanecer durante el tiempo fijado en la sentencia, sometido a un régimen especial de vida y a un tratamiento rehabilitador, como declara el artículo 25.2 de la CE. Todo ello dará lugar al nacimiento de una relación jurídica entre el Estado y el condenado, que nuestro Tribunal Constitucional ha calificado de relación de sujeción especial y de la que nacerán derechos y deberes recíprocos para ambas partes.*

*Palabras clave: Pena privativa de libertad, tratamiento penitenciario, régimen penitenciario, reeducación y reinserción social.*

## ABSTRACT

*The imprisonment of freedom consists of the confinement of the condemned in a penal institution in which he is deprived of his freedom and subjected to a specific regime of life. Therefore, the sentenced to prison, will be held in a detention center where the execution will take place in the same and which must remain during the time stipulated in the sentence, subject to a special regime of life and to a rehabilitative treatment, as stated by the article 25.2 of the EC. This will lead to the birth of a legal relationship between the State and the condemned, that our Constitutional Court qualified relationship special clamping and that will be born reciprocal rights and duties for both parties.*

Key words: *Custodial Sentence, prison treatment, the prison system, the prison system, Rehabilitation and social reintegration.*

SUMARIO: 1. Consideraciones generales y una breve reseña histórica.–2. Una definición para el tratamiento penitenciario.–3. Sistema penitenciario, régimen penitenciario o tratamiento penitenciario.–4. Principios por los que opera el tratamiento penitenciario. 4.1 Principio de objetividad en la personalidad del preso. 4.2 Diagnóstico de personalidad criminal. 4.3 Principio de individualidad en el tratamiento. 4.4 Principio de integración de métodos. 4.5 Principio de programación. 4.6 Principio de continuidad y dinamicidad. 4.7 Principio de voluntariedad.–5. Tratamiento penitenciario: derecho fundamental o mandato penitenciario.–6. Soluciones para reinsertar a través del tratamiento.–7. Es la reinserción un derecho del preso o de la sociedad.

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES Y UNA BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Todos los derechos reconocidos en el artículo 4 del RP tienen como meta la reinsertión y reeducación o, al menos, respetando esos derechos fundamentales se puede conseguir un avance en la persona del recluso.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión y en la necesidad del mismo, se debe recordar que el tratamiento penitenciario existe, y debe existir, por un imperativo legal. Este imperativo se encuentra recogido en el artículo 25.2 de la CE, teniendo su continuidad en el artículo 1 de la LOGP al subrayar que «las Instituciones Penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinsertión social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tiene a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados» (1). El tratamiento penitenciario, en suma, consiste en la preparación para la reinsertión.

El estudio exhaustivo de estos dos preceptos sirve para entender qué es el tratamiento penitenciario, cuál es su contenido y su finalidad. Para ello, hay que tener en cuenta las aportaciones de diferentes autores a la hora de establecer un concepto adecuado, así como para explicar aquellas doctrinas que tienen por objeto las críticas hacia el

(1) En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 2 del RP, y el artículo 4 lo regula como derecho.

mismo. Llegando al planteamiento de si, verdaderamente, existe un tratamiento y, en el caso de que así sea, si es eficaz, es decir, si consigue los objetivos, fines y metas con el que ha sido creado. Es por ello por lo que cabe hacerse la pregunta de si verdaderamente se consigue este fin en las cárceles o, quizás, la prisión no es sitio adecuado para conseguir la rehabilitación del delincuente.

Hay que señalar que, por su situación procesal, a los presos preventivos se les niega el tratamiento o, por lo menos, pasan a un segundo plano, teniendo preferencia los sentenciados, en base a la masificación que existe, un preso preventivo raramente podrá beneficiarse de este derecho. Ahora bien, teniendo en cuenta que gozan del principio de presunción de inocencia, principio recogido en el artículo 5 *in fine* de la LOGP, que dictamina: «El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos», parece factible que el tratamiento sólo es para los penados con penas largas, y, además, es voluntario e, incluso, en algunos casos no es necesario, se plantea que, en estos casos, la imposición de la pena no tendría sentido (2).

El tratamiento penitenciario aparece regulado en la Regla 65 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, bajo los principios de voluntad, aptitud, fomento y desarrollo. Pero, como conjunto de técnicas dirigidas a la reeducación y reinserción, aparece por primera vez en el Decreto 162/1968, de 25 de enero, que modificaba algunos artículos del vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956 (3). Con posterioridad, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 sustituye el sistema progresivo del cumplimiento de las penas por el de individualización científica, separada en grados. Así, en su artículo 59.2, pretende hacer del preso una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, al igual que de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

En el ámbito penitenciario lo que se practica es un *tratamiento reeducador*. En este sentido, Muñoz Conde (4) puntualiza que tanto el

---

(2) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Tratamiento penitenciario y concepción de la pena», *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*, t. I, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 39-40.

(3) Se encontraba regulado en los artículos 48-50, «colocando como eje del aún denominado sistema progresivo la noción de tratamiento», MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *El sistema de individualización científica y libertad condicional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 13.

(4) MUÑOZ CONDE, F., «Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles», *La Reforma Penal, cuatro cuestiones fun-*

sujeto pasivo (individuo a resocializar) como el activo (el que va a llevar a cabo la tarea resocializadora) deben aceptar el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Afirmando que una resocialización que no cuente con esta coincidencia va a traducirse en un dominio y sometimiento de individuo al grupo.

Mas, sería el Real Decreto de 3 de junio de 1901 el que regula el tratamiento individual de los presos, siendo, definitivamente, el Real Decreto de 22 de abril de 1903 el que utilice el término *tratamiento correccional de los internos*. Con posterioridad, el Real Decreto de 18 de mayo de 1903, regula el régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, firmado por el Ministro de Gracia y Justicia (5). En el ámbito constitucional nos remontamos al artículo 295 de la Constitución de 1812 al dictaminar que «Las cárceles se dispondrían de tal manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia y separados lo que el juez mande tener sin comunicación: pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos [...]» y el artículo 8 de la Constitución de 1873 (no promulgada): «Toda persona tiene derecho, en caso de caer en culpa o delito a la corrección y a la purificación por medio de la pena».

## 2. UNA DEFINICIÓN PARA EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Al abordar el tema, se vislumbra un problema fundamental consistente en la multiplicidad de definiciones, dificultando, en consecuencia, el concepto exacto de *tratamiento penitenciario*. Las discusiones entre las doctrinas criminológicas, es decir, entre la Criminología Clínica, la Criminología Crítica, la Teoría Organizacional, etc., y en la Psicología y Sociología han dado lugar a conceptualizaciones diversas.

Partiendo de la normativa penitenciaria, se define el *tratamiento* en el artículo 59 de la LOGP como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados», fines que suponen una concepción restrictiva del tra-

---

*damentales*, Universidad de Madrid, 1982, p. 109. Las teorías más radicales como las psicoanalistas y las marxistas defienden que la resocialización que hay que realizar no es la del delincuente sino de la sociedad ya que produce el delito.

(5) Es de especial importancia la Real Orden de 9 de octubre de 1919 por la que se crea la Institución Concepción Arenal encaminada al tratamiento corrector y educativo de los menores delincuentes. GAES, G., «Correctional Treatment», en TONRY, M., (ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 712-738.

tamiento, según Alarcón Bravo (6). Para este autor, dichos fines son peligrosamente amplios y van más allá del concepto de resocialización legal. Indica que el tratamiento es una ayuda, basada en las Ciencias de la conducta, aceptada de forma voluntaria para que pueda elegir o conducirse con mayor libertad (7). Además, la normativa penitenciaria señala que el tratamiento está regido bajo el principio de especialización y debidamente coordinadas (8). Pero hace que haya sido considerado como «el eje y esencia de toda ortopedia penitenciaria» (9) o «como el eje de abscisas y ordenadas de nuestro sistema penitenciario» (10). En un sentido similar, mi maestro García Valdés (11) concibe la prisión bajo la idea de cárcel procesal y modo utilitario de cumplimiento de condena para pasar a la idea de que las penas privativas de libertad han de servir para que el sujeto busque y encuentre la corrección, a través del arrepentimiento, para luego mudar al objetivo institucional del tratamiento con el fin de conseguir que el penado sea capaz de vivir con posterioridad respetando la ley penal.

Además, Alarcón Bravo (12) también la define como «la acción individualizada, tendente a modificar favorablemente aquel sector de

(6) ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 21, 28 y 38.

(7) Igualmente, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 154.

(8) Artículo 71.2 de la LOGP. *Vid.* el artículo 73.3 del RP en cuanto a concepto y fines del régimen penitenciario al especificar que las actividades del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas.

(9) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, 4.º ed., Madrid, 2005, p. 128.

(10) MANZANARES CODESAL, J. R., «El Tratamiento Penitenciario», *Comunicación presentada a la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 195.

(11) GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 7. Obra a tener en cuenta para quienes quieran ampliar conocimientos sobre la historia de la corrección, LIPTON, D., MARTINSON, R. y WILKS, J., *The effectiveness of correctional treatment. A survey of treatment evaluation studies*, Praeger Publishers, Nueva York, 1975.

(12) ALARCÓN BRAVO, J., «Tratamiento penitenciario», en GARRIDO GENOVÉS, V. y VIDAL DEL CERRO, M.ª B., *Lecturas de pedagogía correccional*, NAU llibres, Valencia, 1987, pp. 203-204. De definición similar es la de García Valdés, citado por GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y Tratamiento Penitenciario: una aproximación*, Derechos Reunidos, Madrid, 1982, p. 14, también citado por Garrido es Bergalli, quien asevera que «se puede hablar hoy de tratamiento como del objeto general de la corrección o readaptación para crear un sistema de influencias sobre la personalidad del condenado en orden a modificar esto y en un modo particular sus manifestaciones externas de conducta» (p. 14). *Vid.*, a JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, 1.ª ed., Madrid, 2011, pp. 116-117.

la personalidad del interno que influye, facilitando o provocando, su delincuencia o estado peligroso; él asevera que, atendiendo al lenguaje cotidiano penitenciario». Subrayando que otra definición sería la de «acción individualizada de tipo médico-biológica, psiquiátrica, psicológica, pedagógica o social que tiene el fin de evitar la reincidencia del sujeto considerado y conseguir su readaptación social o su reinserción social», con esta definición se parte de un modelo de sociedad previamente aceptado o impuesto, con respecto al cual se intenta la readaptación o la reinserción, de esta manera el tema de tratamiento se sitúa en un nivel de planteamiento político del que no es necesario caer.

Sin embargo, se habla del *tratamiento* como «tipo o clase de ámbito (o medio) y modo de vida o régimen de vida en que va a tener lugar la ejecución de la pena o de la medida» o «como ambiente general de un establecimiento penitenciario, regulado por las correspondientes normas –en principio, administrativas–, resultantes de la conjugación de la disciplina, el trabajo, la instrucción, el mayor o menor control personal, la mayor o menor relación con el exterior, etc.», así como que se contraponen régimen y tratamiento, entendiendo que estas definiciones sirven para el régimen no para el tratamiento (13).

De modo que el régimen debe ser el adecuado para que el tratamiento se desarrolle como es debido en los Establecimiento penitenciarios, en realidad lo que se pretende es que el preso acepte los valores impuestos por la sociedad, válidos para el resto de los ciudadanos no reclusos (14). En este sentido, el pronóstico final debe emitirse para los internos a los que se haya aplicado el tratamiento y a los que estén próximos a la libertad y no se les haya aplicado. El pronóstico y el juicio de probabilidad deben ser tenidos en cuenta, en puridad técnica, dado que los esquemas de predicción criminológicos y las tablas de pronóstico son mucho más científicos que el «ojo de buen cubero» (15).

(13) ALARCÓN BRAVO, J., «Tratamiento penitenciario», en GARRIDO GENOVÉS, V. y VIDAL DEL CERRO, M.<sup>a</sup> B., *Lecturas de pedagogía, ob. cit.*, p. 205.

(14) Asociación Pro Derechos Humanos, *¿Reinserción social del ex-recluso?*, Madrid, 1985, p. 106, establece que «se consigue por un lado con la “vida regimental”, es decir, disciplina, trabajo, escuela, horarios, actividades comunes, se intenta que vayan impregnando sus mentes de la elemental noción de que más les vale conducirse con docilidad y mostrarse “unánimes”, desechando cualquier permiciosa tentación de ser distintos. También se consigue con lo que técnicamente llamamos *tratamiento*, se parte de la vieja historia judeo-cristiana del pecado y el arrepentimiento: el delincuente ha de reformarse, “regenerarse”». FERNÁNDEZ ALBOR, A., «La evolución del tratamiento (III)», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1982, pp. 979-980.

(15) GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios, ob. cit.*, p. 212.

De otro lado, Garrido Guzmán (16) lo define como «el trabajo en equipo de especialistas, ejercido individualizadamente sobre el delincuente, con el fin de anular o modificar los factores negativos de su personalidad y dotarle de una formación general idónea, para así apartarle de la reincidencia y lograr su readaptación en la vida social», idea que es compartida por la mayoría de la doctrina, es decir, Mapelli Caffarena, García Valdés, Manzanares Samaniego, Rivera Beiras o Bueno Arús, etc. (17) En definitiva, el tratamiento se ha venido considerando el núcleo de toda actividad penitenciaria, existiendo siempre el peligro de que las prisiones se terminen convirtiendo en clínicas terapéuticas (18).

Matizando más, Bergalli (19) entiende por *tratamiento* la creación de influencias sobre la personalidad del condenado. Hay que tratar al delincuente como persona, y tratarle como responsable social y legal por el delito cometido (20). Frente a esta posición, se desarrolla la Teoría de las Expectativas, en la que se entiende que es el propio sujeto el que tiene que determinar el fin del proceso resocializador (21). Esta teoría hace que se confunda el término de *resocializa-*

(16) GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1983, p. 291.

(17) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 248; ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978; GARCÍA VALDÉS, C., «Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario», *Arbor*, núm. 364, 1976, pp. 591 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Concepto, voluntariedad y principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente)», *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985, pp. 907 y ss.; RIVERA BEIRAS, I., *La devaluación de los Derechos Fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de 2.ª categoría*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 215; BUENO ARÚS, F., «Panorama comparativo de los modernos sistemas penitenciarios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, Madrid, 1969, p. 293, establece que por su finalidad reeducadora, por su carácter individualizado, [...] el sistema penitenciario se ha convertido en tratamiento penitenciario, dada su analogía con los tratamientos médicos, psicológicos, pedagógicos; del mismo, «La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 15 de setiembre de 1980; GÓMEZ PÉREZ, J. M., «El ámbito del tratamiento penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 8, 1979, pp. 65 y ss.

(18) MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 249.

(19) BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución de la pena?*, Instituto de Criminología, Madrid, 1976, p. 63.

(20) Ver DOLCINI, E., «La rieducazione del condannato tra mito e realta», *Revista de Dirección Procesale Penale*, 1979, pp. 469-521.

(21) Se basan en terapias sociales y pedagogía de autodeterminación.

*ción* con el de *socialización*, es decir, el hombre desde su nacimiento necesita someterse a un proceso gradual de conocimientos y aprendizajes para ser sujetos socialmente activos, para Muñoz Conde esto hace que haya enfrentamiento entre intereses particulares y colectivos (22). En otro sentido, Baratta (23) piensa que hay que reconstruir integralmente como derechos los contenidos posibles de toda actividad que puede ser ejercida, aún en las condiciones negativas de la cárcel, por ello piensa que el concepto de tratamiento debe ser redefinido como *servicio*.

Por último se debe señalar como definición de *tratamiento penitenciario* la que realiza el Defensor del Pueblo (24), por acercarse más a la realidad, ella es la de «la oferta de unas condiciones materiales suficientes que permitan la adquisición o mantenimiento de unas pautas de aseo personal y limpieza de la propia celda y demás espacio habitable, o la oferta de unas condiciones materiales que posibilitan la toma del desayuno, comida y cena en unos dignos comedores y con utensilios adecuados, o la oferta suficiente de actividades, de índole formativa, laboral y ocupacional. Tratamiento es, en definitiva, toda aquella oferta de instrumentos para la formación de la voluntad del interno y para la asunción responsable de su propio destino. Instrumentos que, voluntariamente aceptados, le permitan el reingreso en la sociedad tras el cumplimiento de la condena».

En definitiva, el tratamiento penitenciario consiste en un conjunto de medios y de actos que el Establecimiento penitenciario debe dirigir a los reclusos como grupo diferenciado de la sociedad, con la intención de que no suponga la prisión un espacio de exclusión social, y con la pretensión de que sea eficaz para la consecución del respeto de unos valores sociales para que no vuelva a delinquir (25).

El hecho de que el tratamiento pretenda hacer del preso una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal,

---

(22) MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 1.

(23) BARATTA, A., «Resocialización o control social: por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado», *Ponencia presentada en el Seminario de Criminología Crítica y Sistema Penal*, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.

(24) DEFENSOR DEL PUEBLO. Estudio sobre la situación penitenciaria y los depósitos municipales de detenidos, 1988-1996, «Boletín Oficial de las Cortes Generales», núm. A-91 de 12 junio de 1997, p. 132.

(25) En cuanto al término de recluso como grupo diferenciado véase mi artículo, LÓPEZ MELERO, M., «Consideración de los presos como sujetos de derechos fundamentales», en «Cuadernos electrónicos de derechos humanos y democracia», núm. 7, 2012, <http://www.portalfio.org/inicio/publicaciones/cuadernos-electronicos.html>

además de subvenir a sus necesidades; habiendo de procurar, en lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general (26), ha sido objeto de discrepancias doctrinales. Así, Cobo del Rosal y Vives (27) entienden que este precepto (se refiere al art. 59 de la LOGP) excede del ámbito propio del Derecho al dirigirse no sólo al aspecto externo de la conducta sino a la intención, lo que supone un quebranto inadmisibles de los principios limitadores de un Derecho penal del hecho propio del Estado democrático. De otro lado, nos encontramos con los que opinan –como Bergalli o García Valdés– que es suficiente con la conducta en su aspecto externo consistente en que el sujeto no vuelva a delinquir (28). Otro sector doctrinal –Mapelli, Zúñiga, Cervelló Donderis– mantiene que el que se refiera a términos como *intención* o *capacidad de vivir* parece aludir al fuero interno, argumentando que la normativa penitenciaria no es un Código de moral (29). Contrariamente a lo manifestado por los autores antes citados, Bueno Arús (30) sostiene que es válido defender la finalidad resocializadora de la pena, por razones morales y utilitarias.

### 3. SISTEMA PENITENCIARIO, RÉGIMEN PENITENCIARIO O TRATAMIENTO PENITENCIARIO

El *sistema penitenciario* consiste en una serie de principios y directrices creados para la ejecución de las penas privativas de libertad. Hace de la prisión el sistema punitivo actual, esto significa que la prisión sólo se ha de utilizar en aquellos casos en que no sea posible

(26) Artículo 59.2 de la LOGP.

(27) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES, L., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 48.

(28) BERGALLI, R., *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Publicaciones del Instituto de Criminología, Madrid, 1976; GARCÍA VALDÉS, C., «Reforma penitenciaria», *Derecho Penitenciario, escritos, 1982-1989*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

(29) MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, 1989, pp. 103-104; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario», en VV.AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 314; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 179.

(30) BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?» *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, 1989, p. 90.

imponer un castigo más humano (prisión como *ultima ratio*) y limitar su duración de acuerdo con los estándares de humanidad (*limitación del uso de la prisión*). Otro de los aspectos es el de hacer que las condiciones de vida en prisión se acerquen lo más posible a las de las personas en libertad (*normalización de la vida en prisión*) y, por último, posibilitar que durante la ejecución de la pena de prisión la persona participe en programas de tratamiento que puedan dar lugar a su liberación, total, parcial o anticipada (*rehabilitación en prisión*) (31).

Estos tres aspectos han sido recogidos en el precepto 25.2 de la CE al prescribir que la persona condenada a pena de prisión goce de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y que la pena esté orientada a la reeducación y reinserción social. Y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando en diversas resoluciones enuncia que el sacrificio de la libertad personal debe reservarse a aquellos casos en que no sea posible utilizar vías menos gravosas, aludiendo al principio de proporcionalidad como límite de la duración de la sanción (32). En síntesis, es donde se desarrolla el tratamiento penitenciario, con la condición de que se debe fomentar al recluso para que participe en la planificación y ejecución de su tratamiento, debiendo colaborar y ser estimulado (33).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en las Sentencias 2/1987, de 21 de enero y 120/1990, 27 de junio, ha asentado su tesis tratando de teorizar sobre el compromiso del sistema penitenciario con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

---

(31) CID MOLINÉ, J., «El sistema penitenciario en España», disponible en *dialnet.unirioja.es*, última consulta el 10 de mayo de 2010, artículo cuyo origen consta bajo el título «Le système pénitentiare en Espagne» al número monográfico sobre «Administration et politiques pénitentiaires», *Revue française d'administration publique*, núm. 99, 2001, pp. 501-511.

(32) SSTC 161/1997, de 2 octubre, Fj. 11; 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 20 y 26.

(33) Artículo 61 de la LOGP. Al respecto, GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, 3.<sup>a</sup> ed., rev., Tecnos, Madrid, 1987, p. 144; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho Penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 245-246; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, *ob. cit.*, pp. 180-181; TAMARIT SUMALLA, J. M., «El tratamiento penitenciario», en VV.AA., *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 258-260; GARRIDO GUZMÁN, L., «La participación del recluso en la vida prisional», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 371 y ss., según este autor, la participación del recluso puede ser incluida dentro del Derecho a la libertad de información, expresión y actuación, uno de los derechos humanos fundamentales; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 242, mantiene que la participación se hace más necesaria puesto que los presos hacen más intensa la vida en comunidad.

Se acude a la teoría de las relaciones especiales de sujeción para justificar una grave reducción de los derechos fundamentales de los internos (34).

El *régimen penitenciario* opera como un conjunto de normas originadas por el Estado para regular la vida de los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad en los Establecimientos penitenciarios. Un sector de la doctrina –entre ellos, De la Cuesta Arzamendi (35)– considera que, si la pena privativa de libertad debe orientarse a la reeducación y reinserción social, la resocialización no puede ser sólo meta del tratamiento (que entendido en un sentido estricto sólo afecta a una parte reducida de la población penitenciaria), sino que también ha de afectar al resto de aspectos no terapéuticos de la prisión, también el régimen penitenciario debe ser un régimen penitenciario resocializador. Desde esta perspectiva, López Rey (36) postula que el régimen es el tipo de vida resultante de la aplicación del sistema que se traduce en el tratamiento.

En un sentido crítico, Bueno Arús (37) opina que se ha confundido el régimen penitenciario, consistente en el trabajo, disciplina, visitas y comunicaciones, asistencia sanitaria y religiosa, instrucción y educación, etc., con las actividades científicas que configuran el tratamiento, argumentando que un tratamiento terapéutico-asistencial es aquel en el que la Administración penitenciaria está obligada a establecer los medios necesarios para evitar la reincidencia. Y De la Morena Vicente (38) se pronuncia argumentando que el régimen debe crear un

---

(34) RIVERA BEIRAS, I., *Tratamiento Penitenciario, ob., cit.*, pp. 17 y ss., nota n. 4 dice que «la ejecución penal constituye una especial relación de poder, en cuyo ámbito la administración está justificada para tomar o regular, en forma general o especial, todas las medidas necesarias para la realización de la ejecución de la pena, en el sentido de sus finalidades jurídicamente reconocidas», p. 45 de Schüler-Springorum en el libro *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*.

(35) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva*, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, pp. 152 y ss.; y «Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización», *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 2, 1989, pp. 59 y ss.

(36) LÓPEZ REY, M., *Criminología, teoría, delincuencia juvenil, prevención, predicción y tratamiento*, t. I, Aguilar, Madrid, 1981, p. 491.

(37) BUENO ARÚS, F., «La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario», *ob. cit.*, pp. 195 y ss., citado por GARCÍA VALDÉS, C., «Derecho Penitenciario español: notas sistemáticas», en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDES, C., y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Colección Aula Abierta, 2.ª ed., Europa Artes Gráficas, S.A., Salamanca, 1989, p. 45.

(38) DE LA MORENA VICENTE, E., «Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria», *La normativa laboral penitenciaria. Situación y desarrollo*, Primeras Jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982, p. 67.

ambiente y utilizar los medios para dirigir la actividad, de modo que el tratamiento debe utilizar este ambiente.

Ahora bien, interesa concretar que el régimen penitenciario tiene que tener como base unos principios, principios exigibles en un Estado social y democrático de Derecho (39). A título ilustrativo, ellos son el de legalidad, deduciéndose del artículo 2 de la LOGP cuando dicta que «la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales» (40), y el de que se está legitimado por ley para tratar a los presos; el principio de subordinación, en el sentido de que la finalidad de reeducación y reinserción tiene carácter preferente sobre el régimen, cosa que se deduce del artículo 25 de la CE; el principio de coordinación entre el régimen y el tratamiento penitenciario (41); y el principio diferencial entre presos condenados y presos preventivos.

En consecuencia, interesa concretar que por *régimen penitenciario* se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos. Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios, para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos. Y, por último, las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas (42).

Por último, en cuanto al *tratamiento penitenciario*, teniendo en cuenta las numerosas definiciones, él consiste en un trabajo de especialistas, ejercido individualmente sobre el delincuente con el fin de reeducarle y reinsertarle socialmente. Es la *columna vertebral* del Derecho Penitenciario, hasta el punto que, al menos teóricamente, se subordina el régimen penitenciario al tratamiento, distinguiéndose éste de aquél y ganando el tratamiento autonomía y sustantividad pro-

---

(39) Para saber más sobre los principios, NISTAL BURÓN, J., «El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pp. 135 y ss.

(40) *Vid.* artículos 9.3, 17.1 y 25.2 de la CE, artículo 3 del Código Penal, y artículo 3 del RP.

(41) También se habla de correlación entre el tratamiento penitenciario y las normas de régimen por JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, 1.ª ed., Madrid, 2011, p. 117.

(42) Artículo 73 del RP. En este sentido, ALARCÓN BRAVO, J., «Tratamiento Penitenciario. Su práctica», Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 74.

pia (43). Teniendo en cuenta que el fin del régimen es lograr un ambiente adecuado para el éxito del tratamiento (44).

Frente al tratamiento, nos encontramos con el término *intervenir*, siendo Gómez Pérez quien formuló, por vez primera en España, la intervención en las prisiones clasificándolo en tres niveles (45): a) intervención profiláctica, destinada a preservar a los internos de la adquisición de nuevas conductas delictivas; b) intervención sobre el comportamiento actual dentro del Establecimiento que pretendía unos cambios ambientales más favorables; y c) intervención para incidir sobre la conducta fuera de los reclusos diseñando programas específicos de tratamiento (46). Además, De la Cuesta Arzamendi (47) indica que, entendiendo el tratamiento desde un punto de vista amplio, al no poderse separar con facilidad el régimen del tratamiento, hace que toda intervención penitenciaria haya de considerarse por sí misma tratamiento, con independencia de que se oriente directamente o no a la reeducación y reinserción. En la doctrina no se sigue tal sentido amplio, sino el estricto, es decir, la distinción entre régimen y tratamiento, que incluso aparece en los textos legales, lo que en ningún caso significa una renuncia a la relación entre régimen penitenciario y resocialización.

Este autor, De la Cuesta Arzamendi, considera que la relación entre régimen y tratamiento no excluye la relación entre régimen y resocialización, ya que la resocialización no es sólo la meta, el objetivo al que han de tender las actividades terapéuticas, sino que legalmente constituye también el fin primordial de las Instituciones penitenciarias en su conjunto. Ahora, si las Instituciones penitenciarias tienen ese fin primordial, no cabe duda de que difícilmente podrán tender a él sin el apoyo de un régimen penitenciario, de una ordena-

---

(43) MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011, p. 63.

(44) Artículo 71.1 de la LOGP. *Vid.* artículo 73.2 RP.

(45) Citado por REDONDO, S., «Evaluar e intervenir en las Prisiones. Análisis de la conducta aplicado», PPU, Barcelona, 1992, p. 32.

(46) No han faltado los autores que consideran que es conveniente olvidar los términos de *régimen* y *tratamiento* y hablar de *intervención*, así GARCÍA (1987), CORROCHANO (1984), LÓPEZ TAJUELO (1986) el cual realza los componentes políticos e ideológicos que subyacen a la intervención y ha sugerido como objetivo de la misma la humanización de la pena. De otro lado, se encuentran aquellos en los que afirman que el término a utilizar más conveniente es el de *tratar* (tratamiento), argumentando que no toda intervención penitenciaria constituye un tratamiento, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, citado por REDONDO, S., «Evaluar e intervenir en las Prisiones. Análisis de la conducta aplicado», *ob. cit.*, pp. 35 y ss.

(47) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización», *ob. cit.*, p. 59.

ción de la vida en prisión, plenamente volcada al servicio del mismo postulado resocializador. En resumen, como redacta el artículo 3.3 del RP, «principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se haya excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma».

Desde este punto de vista, si se entiende el tratamiento en un sentido amplio, se confunde con el régimen penitenciario. De otro lado, mientras que en la doctrina italiana se establece una distinción entre tratamiento penitenciario y tratamiento reeducador, en la doctrina española se habla de tratamiento reeducativo como tratamiento rehabilitador (48).

A efectos de nuestro estudio, interesa concretar que, *sistema, régimen o tratamiento*, todos ellos, se basan en la figura del recluso, en evitar su reincidencia (49), anulando o modificando de forma individualizada la personalidad del mismo (50). En éste sentido, si la finalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad es la reeducación y la reinserción social, es de entender que todos los medios empleados son básicos del sistema donde opera el tratamiento penitenciario, siendo entendida, la reinserción social como el cambio en la persona reclusa en cuanto al respeto de la ley penal en libertad y de los valores sociales exigidos por el Estado de Derecho. Supone una ayuda en cuanto a la concepción de valores, de responsabilidades, de respeto, encaminado a superar situaciones individuales. Con esta perspectiva, cabe subrayar que el *tratamiento penitenciario* consiste en aportaciones externas propias del sistema penitenciario hacia el preso, de manera que con la actividad de profesionales y la práctica en la prisión de esas actividades es suficiente, en principio, para concluir que el recluso se ha reeducado y puede ser reinsertado, siendo garante de nuevos valores, valores predominantes en la vida social.

Ya hemos mencionado que el tratamiento de los condenados a una pena privativa de libertad debe tener por objeto inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, tesis seguida por la Asociación Diferencial, expuesta por el sociólogo norteamericano Southerland (1966). Encaminado a fomentar el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de

---

(48) TAMARIT SUMALLA J. M., «Curso de Derecho Penitenciario (adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 209.

(49) En este sentido, MAPELLI, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 249.

(50) En este sentido, se pronuncia Garrido Guzmán, afirmando que «el tratamiento [...], con el fin de anular o modificar los factores negativos de su personalidad y dotarle de una formación general idónea para así apartarle de la reincidencia y lograr su readaptación a la vida social, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, *ob. cit.*, p. 291.

responsabilidad. De otro lado, se recuerda que para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral (51). En la actualidad la asistencia religiosa no es, en particular, el contenido del tratamiento, pero sí la educación y el trabajo.

Pese a ello, no faltan las distintas posturas doctrinales sobre el contenido del tratamiento y su papel en el sistema penitenciario. Por ejemplo, de una parte, Mapelli sustenta que el tratamiento es un auténtico espejismo, y que es simbólico no siendo muchos los reclusos que han finalizado un sistema diseñado en la ley. Afirma que, «el tratamiento, como proceso terapéutico, habrá fracasado cuando no logre la pacífica reincorporación social y jurídica del delincuente, [...], la reincorporación a la sociedad no es una meta ni un objetivo, sino una consecuencia deseada como respuesta a un trato más humanizado» (52).

Ahora bien, a la luz de lo examinado, un tratamiento penitenciario consiste en un cambio de aptitud por parte del recluso, en un proceso terapéutico encaminado a la consecución de valores sociales. De manera que, con independencia del delito que se haya cometido, se incidirá en la personalidad del mismo y en vista de que el tratamiento ha de ser individualizado teniendo en cuenta la diversidad de condicionantes que a un sujeto le rodea para cometer un delito, existen tratamientos por ejemplo para los maltratadores (53) consistentes en programas pro-feministas cognitivo-conductuales que se basan en el entendimiento de que la forma de violencia llevada a cabo se encuentra relacionada con las diferencias de poder y autoridad en la pareja.

Muchos de estos programas que eran voluntarios han pasado a formar parte del sistema penal, así ocurre en Estados Unidos. Hoy día, en España, se siguen estudiando y buscando posibilidades de tratamiento

---

(51) Reglas 65 y 66 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

(52) MAPELLI CAFFARENA, B., «Sistema progresivo y tratamiento», en BUENO ARÚS, F., GARCÍA VALDÉS, C. y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá- ICE, Madrid, 1989, pp. 144 y 170.

(53) Vid., DOBASH, R. P. y DOBASH, R. E., «Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores», CID MOLINÉ, J. y LARRAURI, E., (coord.), *La delincuencia violenta, ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 147 y ss.; de los mismos, *Woman, violence and social change*, Londres y Nueva York, Routledge, 1992; de los mismos, «Criminal justice programmes for men who assault their partners», HOLLIN, C. R., (ed.), *Handbook of Offender Assessment and Treatment*, Chichester, John Wiley and Sons, 2000; PENCE, E. y PAYMAR, M., *Education Groups for men who batter*, Nueva York, 1993; ASHWORTH, A., «Criminal Justice, Rights and Sentencing», *Paper to the Australian Institute of Criminology Sentencing Conference*, Canberra, 1986.

penitenciario para que los reclusos no vuelvan a delinquir. Para el tratamiento y reinserción de los presos con salud mental desequilibrada (54), en cuanto al internamiento de enajenados (55), etc. Por lo que se refiere al tratamiento con drogodependientes (56), destacan los que se orientan a modificar el pensamiento impulsivo, egocéntrico y rígido, así como a fomentar la enseñanza de valores y normas prosociales, el desarrollo del autocontrol y estrategias de afrontamiento eficaces. Lo que significa que la figura del médico juega un papel importante. Se utiliza el modelo transteórico del cambio propuesto por Prochaska y Diclemente (57), utilizando un proceso motivacional por el cual una persona decide iniciar el cambio de conducta respecto a las drogas y posteriormente trabajar en el mantenimiento del cambio. Para el tratamiento de los delitos de agresión sexual, muchos Centros siguen las pautas de Garrido y Beneyto (58). Por último, los programas para los psicopáticos son escasos, normalmente se remite a

(54) *Vid.*, VICÉNS PONS, E., «Oportunidades y límites de la reinserción comunitaria en salud mental desde el ámbito penitenciario», en DE CASTRO ANTONIO, J. L. y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 47 y ss., aseverando que el fundamento es la peligrosidad social. Ver los artículos 95 y 20 del CP. De otro lado, históricamente la imputabilidad era considerada como la capacidad de entender y querer, en este sentido BALAGUER SANTAMARÍA, J., *Régimen jurídico de los enfermos mentales en el sistema penitenciario español. Psiquiatría forense*, Jornadas sobre psiquiatría forense, vol. 3, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

(55) Artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; GARRIDO GUZMÁN, L., *Tratamiento penitenciario de la enajenación mental. Psiquiatría legal y forense*, vol. II, S. Delgado Bueno, Madrid, 1994.

(56) *Vid.*, GAÑÁN DURÁN, A., «El tratamiento de la drogodependencia en el medio penitenciario», en DE CASTRO ANTONIO, J. L. y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., (dirs.), *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 61 y ss.; Circular 5/95, de 15 de febrero, donde se señala las estrategias de ejecución de programas dirigidos a presos drogodependientes.

(57) *Vid.* PROCHASKA, J. O. y PROCHASKA, J. M., «Modelo transteórico de cambio para conductas adictivas», en BRUGUÉ, M. C. y GOSSOP, M., (eds.) *Tratamientos Psicológicos en Drogodependencias: Recaída y Prevención de Recaídas*, Neurociencias, Barcelona, 1993, pp. 85-136; PROCHASKA, J. O., VELICER, W. F., ROSSI, J. S., GOLDSTEIN, M. G., MARCUS, B. H., RAKOWSKI, W., FIORE, CH., HARLOW, L. L., REDDING, C. A., ROSENBLUM, D. y ROSSI, S. R., «Stages of change and decisional balance for 12 problem behaviors», *Health Psychology*, núm. 13, 1994, pp. 39-46; PROCHASKA, J. O. y DICLEMENTE, C., «Transactional therapy: toward a more integrative model of change», en *Psychotherapy: theory, research and practice*, núm. 19, 1982, pp. 276-288.

(58) GARRIDO, V. y BENEYTO, M. J., *El control de la agresión sexual. Un programa de tratamiento par delincuentes sexuales en prisión y en la comunidad*, Ministerio Interior, Madrid, 2006; LÖSEL, F., «¿Sirve el tratamiento para reducir la reincidencia de los delincuentes sexuales?», trad. de REDONDO ILLESCAS, S., *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002.

psiquiatría donde se le suministra medicamentos. En suma, supone el conocimiento de la personalidad y entorno social del preso (59).

En otro sentido se pronuncia Haffke (60), postulando que cuando se establecen los fines del tratamiento, que se trata de una relación de dominio respecto del sujeto que es él el que debe fijar los límites y aspiraciones del proceso resocializador, hay que respetar la libre autonomía individual junto al ofrecimiento al recluso de toda la ayuda necesaria para superar los problemas que le condujeron a delinquir.

A la luz de lo examinado se desprende que lo pretendido es la superación de la subcultura carcelaria, haciéndoles entender el concepto de reinserción. Lo que hay que cuestionar es la cárcel en sí misma como una realidad inevitable, ya que, como alega Muñoz Conde (61), «por muy humana que sea –que no lo es–, y muy bien organizado que esté el sistema carcelario –que no lo está–, mal se puede ofrecer solucionar los problemas del recluso, cuando el primero y el principal problema que tiene es estar precisamente en la cárcel». No olvidemos que se trata de una convivencia obligada, dentro de un espacio reducido y hacinado (62).

#### 4. PRINCIPIOS POR LOS QUE OPERA EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

##### 4.1 Principio de objetividad en la personalidad del preso

El tratamiento estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del

(59) Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., «Delincuentes con trastorno de psicopatía», *El tratamiento Penitenciario: posibilidades de intervención*, I Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, 2000, p. 15. La psicopatía se constituye en la actualidad como una de las materias olvidadas del sistema de justicia español, tanto en su detección, diagnóstico como en su tratamiento.

(60) Vid. HAFKKE, B., «Übre den Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exempliziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes», *ZSTW*, núm. 88, 1976, pp. 645-646; RUNDE, P., «Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem», en KAUFMANN, A., *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe, 1971, p. 119.

(61) MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, pp. 98 y ss.

(62) Vid. RIOS MARTÍN, J. C., «El principio de oportunidad en el procedimiento disciplinario: la mediación penitenciaria», en DE CASTRO ANTONIO, J. L. y SEGOVIA BERNABÉ, J. L., (dir.) *El juez de vigilancia penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 111; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *El Derecho penal práctico al alcance de todos. Régimen Penitenciario*, Popular, Madrid, 1987.

sujeto a tratar, así como por su sistema dinámico-motivacional y por el aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma que se recogerá en el protocolo del recluso (63). En palabras de Alarcón Bravo (64), este principio se refiere a la observación o estudio científico de la personalidad, tarea previa a todo tratamiento. La concepción de personalidad que pergeña es amplísima, pues abarca la totalidad del ser psíquico individual, va desde lo constitucional a lo social, lo que facilita la tarea penitenciaria. Llevó a cabo una organización tipológica para el estudio de la personalidad, así estableció cuatro tipos: leptosomático, eran delgados y muy altos; pícnico, bajos y corpulentos, con el tronco redondeado; atlético, eran en cuanto al esqueleto fuertes, con mucha musculatura; y, displásico, se trataba de aquellos que tiene una mezcla de todos los anteriores. Aquí destacan numerosos estudios en torno a la personalidad del individuo, los más conocidos son los de Kretschmer (65) y Sheldon (66) mediante técnicas biotipológicas basadas en la constitución de los sujetos, en los años 60 en la Central de Observación (67). Junto a estos estudios, destacan otros por su importancia como los que indican que el temperamento se encuentra íntimamente unido a la constitución de la persona (68); aquellos que estudian en los Centros penitenciarios el carácter del delincuente (69). Es decir, su conducta o comportamiento; los que investigan la aptitud, la disposición del

(63) V. artículo 62 de la LOGP y artículos 110, 111 y 113 a 117 del RP.

(64) Vid. ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España», en JIMÉNEZ BURILLO, F. y CLEMENTE, M., *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 240.

(65) Vid., SANDÍN, B., «Biología y personalidad: tipologías somáticas y hormonales», en BERMÚDEZ MORENO, J., *Psicología de la personalidad*, t. I, cap. XII, UNED, Madrid, 1994, pp. 272-273.

(66) A través del estudio de fotografías llega a la conclusión de la existencia de tres diferencias: endomorfia, forma redondeada y blanda; mesomorfia, robustez; y, ectomorfia, frágil y delicada.

(67) Esta Central fue creada por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967, se ubicó dentro de la Prisión Provincial de Carabanchel, a través de un laboratorio fotográfico y antropométrico se hacía un examen médico-biológico, es decir, un informe tipológico de Kretschmer incluyendo antecedentes familiares, orígenes, salud, constitución endocrina, estado actual y exploraciones, estructura corporal, sistema piloso, talla, peso, medidas del cráneo, medidas de todas las extremidades, y una calificación numérica según el componente morfológico de Sheldon donde se incluía la displasia, textura, hirsutismo, ginandromorfia y ginandrofrenia. Para saber más ver ALARCÓN BRAVO, J., *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal, Central Penitenciaria de Carabanchel*, Artes Gráficas, Madrid, 1970.

(68) Vid., MISCHÉL, W., *Introducción a la personalidad*, trad. de J. C. Pecina, Interamericana, México, 1979.

(69) Vid. VIGNOLA, J., *Los test psicológicos*, De Vecchi, Barcelona, 1972.

sujeto bien para hacer una tarea o aptitudes mentales (70); o bien los que se centran en los sistemas de captación de los motivos, la evolución de la personalidad, etc.

#### 4.2 Diagnóstico de la personalidad criminal

El tratamiento penitenciario guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global al que se refiere el apartado anterior, lo que también ocurre con el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto (71). Para llevar a cabo tal prospección, se basan en los esquemas de personalidad criminal de Pinatel (72), considerando que el estado de peligrosidad es originado por la capacidad criminal y la inadaptación social (73). Sin entrar en profundidad en el estudio psicológico de la inadaptación social, lo que hace la Ley y el Reglamento penitenciarios son juicios de valores sobre el comportamiento del recluso amparándose, además, en informes por la Junta de Tratamiento. No obstante, no hace referencia al tipo criminológico pero sí al diagnóstico de personalidad criminal, en palabras de Garrido Genovés (74), por su poca fiabilidad.

En consecuencia, existe alguna Circular (75), Orden Circular 5/95, de 15 de febrero, de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios del Ministerio de Justicia e Interior, en la que se presentaba el perfil

---

(70) Vid. ZIMMERMAN, I. L., *Interpretación clínica de la escala de inteligencia de Wechsler para adultos*, trad. de S. Cubero, TEA, Madrid, 1979.

(71) En opinión de García Valdés, fue un acierto mantener el término «personalidad criminal» puesto que es el empleado por la doctrina dominante en Criminología clínica, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, ob. cit., p. 198.

(72) Vid. PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, trad. de L. Rodríguez Ramos, Aguilar, Madrid, 1979. Manifiesta que tanto la capacidad criminal como la inadaptabilidad social son factores anormales, es la acción e interacción lo que hay que considerar, pues el núcleo de la personalidad criminal es una resultante y no un dato, pp. 80-81.

(73) Vid., ALARCÓN BRAVO, J., *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, ob. cit., p. 60, y GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*, ob. cit., p. 50.

(74) Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario*, ob. cit., pp. 62-63.

(75) Recordemos que las circulares o instrucciones dictadas por la Administración penitenciaria al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y

del delincuente drogodependiente o, con posterioridad, la Instrucción 20/96, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, incorpora un modelo de propuesta de clasificación y destino, basados en identificación, datos penales, datos penitenciarios, datos objetivos de comportamiento, motivación y documentación anexa del acuerdo.

### 4.3 Principio de individualidad en el tratamiento

El diagnóstico será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales en relación a la personalidad del interno (76). Uno de los fundamentos de que el tratamiento sea individualizado no es, exclusivamente, que los sujetos no son iguales, ni viven las mismas circunstancias, sino que la normativa penitenciaria establece claramente una distinción para el caso del tratamiento penitenciario de los sentenciados respecto de los presos preventivos.

Fue Alarcón Bravo (77) el que presentó un cuadro con los métodos de tratamiento. Así, en cuanto a la utilización de métodos médico-biológicos, incluye los quirúrgicos y los farmacológicos, esto es, los antidepressivos, ansiolíticos y neurolépticos o antipsicóticos. No olvidemos que no se pueden utilizar como métodos de tratamiento penitenciario los quirúrgicos, como la castración, o los estéticos, los cuales son frecuentemente utilizados en los Centros penitenciarios para aliviar situaciones de deficiencias físicas o de complejos producidos por las mismas (78). En cuanto a los métodos psiquiátricos y psicológicos, Alarcón habla de psicoterapia individual y de grupo, el psicodrama-sociodrama (79), la orientación o asesoramiento en grupo

---

deberes de los reclusos en los Centros penitenciarios. Al respecto, la STS 17/3/2009, de 17 de marzo, sobre FIES.

(76) Encuentra como antecedentes el artículo 49 del Reglamento de Servicios de Prisiones en la reforma de 1968, y en el artículo 240 del RP de 1981. *Vid.* artículos 100 a 109, 111 y 112 del RP.

(77) *Vid.* ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario*, *ob. cit.*, p. 27.

(78) Para un estudio más detallado, PABLO RABASSÓ, J., *Psicofarmacología y terapia de conducta*, Fundación Universidad-Empresa y Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1996; ARANDA CARBONEL, M.<sup>a</sup> J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento Penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, D. L., Madrid, 2009, p. 82.

(79) Es un método mediante el cual se penetra en la verdad de la psique a través de ciertas actitudes. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 253. En cuanto al tratamiento individualizado para aquellos presos que no quieran sujetarse al mismo, Mapelli propone un sistema pro-

(*group counselling*) (80), el asesoramiento psicológico, técnicas de modificación de actitudes, terapia de comportamiento o modificación de conducta y orientación escolar y profesional (81). Los métodos pedagógicos pueden ser generales, es decir, dirigidos a cualquier preso y, especiales, dirigidos a aquellos que presentan alguna deficiencia o discapacidad. Y, por último, están los métodos sociológicos consistentes en la labor asistencial que, según indica el artículo 1 de la LOGP, constituyen una finalidad de las Instituciones Penitenciarias, una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados (82). Igualmente, se pronuncia el artículo 2 *in fine* del RP «[...] la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares».

Para García Valdés (83), «[...] grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrá organizar en los Centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica». En cuanto al principio de que ha de ser individualizado, la doctrina –Alarcón Bravo, García Valdés y Zúñiga Rodríguez– entiende que es la consecuencia de que en los regímenes penitenciarios exista la clasificación en grados (84).

---

gresivo tradicional, MAPELLI CAFFARENA, B., «Sistema progresivo y tratamiento», en BUENO ARÚS, F. y OTROS, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1989, pp. 137 y ss. De opinión similar es Quintero Ripolles, ver BAEZA AVALLONE, V., *La rehabilitación*, Edersa, Madrid, 1983, p. 146, cita de comentarios al código penal en p. 456.

(80) Este sistema consiste en resolver los problemas más inmediatos.

(81) Al respecto, CABALLERO, J. J., «Terapia de grupo en prisiones», *Cuadernos penitenciarios*, núm. 7, 1979, p. 29; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 253; SANCHA MATA, V., «Modelos de tratamiento», *Ponencia de I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Jerez de la Frontera, 1982, pp. 65-66; GARRIDO GENOVÉS, V., *Técnicas de tratamiento para delincuentes*, Cap. V «Proceso y habilidades de «counselling». El modelo de Egan», Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 123 y ss.

(82) No obstante, hay que advertir que según el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha establecido que los fines reeducadores y resocializadores no son los «únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad» y que, por ello, no puede considerarse contraria a la Constitución «la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista», Autos TC 985/1986, de 19 de noviembre, y 1112/1988, de 10 de octubre, y la STC 19/1988, de 16 de febrero.

(83) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, *ob. cit.*, p. 207; SANCHA MATA, V. y GARCÍA GARCÍA, J., «Tratamiento psicológico-penitenciario», *Papeles del Psicólogo*, núm. 30, 1987.

(84) En este sentido, Alarcón Bravo comenta que con la clasificación se completa la trílogía, observación-clasificación-tratamiento, ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario*, *ob. cit.*, p. 33. Contrariamente, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La clasificación», en VV.AA., *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2,

De otro lado, se encuentra la individualización científica (85), es decir, como hemos venido reiterando, no existe diferenciación en el método del tratamiento según los grados de clasificación ya que el tratamiento se efectúa en función de las circunstancias personales de los reclusos y no en función de los grados. No obstante, la individualización científica no constituye una alternativa en base a presupuestos subjetivos frente al sistema progresivo clásico (86), ya que se produce tanto la progresión como la regresión en grados. Además se habla de *sistema de dominación*, entendiendo que los grados de clasificación del recluso lo vinculan a un régimen de vida concreto dentro de la cárcel que va desde regímenes cerrados en primer grado, a ordinarios en segundo grado y a semiabiertos y abiertos en tercer grado y libertad condicional. Ahora bien, el objetivo principal es mantener el equilibrio regimental del propio sistema penitenciario y no resocializar al preso.

Por tanto, se resalta la importancia del tratamiento individualizado, puesto que es importante para ello conocer la personalidad y el ambiente de cada penado. Ya lo indicaba Ruíz Funés al dictaminar que era necesario diseñar un tratamiento penitenciario (individualizado) que permitiera rehacer la personalidad anormal del delincuente. No debemos olvidar los presos preventivos, los cuales no reciben un tratamiento penitenciario, en su sentido más estricto, pero sí que son objeto de un modelo individualizado de intervención (a la espera de sentencia), «Los reclusos preventivos debieran poder acceder a las instituciones penitenciarias de corte resocializador; y ello ha de ser así, aun no tratándose de sujetos condenados y aunque no hayan sido clasificados y, por tanto, establecido un tratamiento individualizado. O incluso aunque algunas legislaciones tan sólo prevean tales medios tratamientos (como ocurría en la legislación española con anterioridad al Reglamento penitenciario de 1996) para los penados. La pretendida

---

Edersa, Madrid, 1986, pp. 952-953; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario», en VV.AA., *Manual de Derecho Penitenciario*, ob. cit., p. 316. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, ob. cit., p. 160, considera que la clasificación penitenciaria es clave en el tratamiento. Por otro lado, el artículo 102.2 del RP indica «Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento».

(85) Artículo 72.1 de la LOGP. Así se observa, además, de los artículos 36 y 90 del CP en cuanto a la pena privativa de libertad, y los artículos 100 a 108 y 192 a 201 del RP, en cuanto a la clasificación de los penados.

(86) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», ob. cit., p. 108.

prioridad tratamental no puede sino ceder ante el principio de no desocialización» (87).

#### 4.4 Principio de integración de métodos

En general, será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado. En opinión de Mapelli (88) se trata de un precepto «carente casi absolutamente de significación». No obstante, la doctrina considera que el tratamiento ha de darse en condiciones idóneas para conseguir el fin resocializador, para ello en la prisión se tiene que dar, además, la condición del ambiente adecuado, no sólo los medios.

#### 4.5 Principio de programación

El tratamiento será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores (89). Esta programación se hace con apoyo en los principios de seguridad y orden para una convivencia ordenada, es por ello por lo que se procede a la clasificación penitenciaria, siendo la programación de un tratamiento diferente atendiendo al grado de reclusión. El Equipo Técnico es el encargado de ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios (90).

#### 4.6 Principio de continuidad y dinamicidad

Y será de carácter continuo y dinámico, no obstante, hay que tener en cuenta la evolución de la personalidad del preso durante el cumplimiento de la condena. Para Manzanares Samaniego (91) constituye

---

(87) SANZ DELGADO, E., «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad en prisión», en *Anuario Facultad de Derecho*, T. IV, Universidad de Alcalá, 2011, pp. 89-90.

(88) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 266.

(89) Tal precepto también tiene sus antecedentes en la Regla 69 de las Naciones Unidas, Reglas 103-104 de la Recomendación (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre RPE.

(90) Artículo 275 a) del RP.

(91) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Principios inspiradores del tratamiento (valoración de la personalidad y del ambiente)», *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 945.

una variante del principio de individualidad. No obstante, pese a que la dirección del programa de tratamiento señalado ha de ser, en principio, continuado, tendrá aquél que ir evolucionando y adaptándose a las diversas facetas por las que vaya atravesando la personalidad del interno (92). Esta continuidad la observamos cuando cada seis meses, como máximo, los internos deban ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial (93). Por ello se basa en, el tratamiento, el estudio tanto de factores internos (personalidad, actitudes, aptitudes...) como de factores externos o ambientales (familiares, sociales...) de cada interno, individualmente, uno de los componentes o principios defendido por la escuela correccionalista.

#### 4.7 Principio de voluntariedad

No se establece, dentro de este listado, como principio, que es voluntario (94). En un sentido crítico, Muñoz Conde (95) cree que un tratamiento impuesto no es tratamiento, es una imposición y una limitación de los derechos del interno. Un tratamiento aceptado voluntariamente es una simple oferta que la Administración penitenciaria debe hacer al recluso para que éste la acepte si le interesa. El problema que plantean los métodos de tratamiento no es, pues, el de su eficacia en la modificación del comportamiento o la personalidad del interno, sino su propia licitud o compatibilidad con los derechos fundamentales».

---

(92) Vid. GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria, ob. cit.*, p. 298. Con anterioridad ya había sido reflejado por Pinatel, PINATEL, J., «Investigación científica y tratamiento», *Revista de Estudios penitenciarios*, núm. 182, 1968, p. 539.

(93) Artículos 105.1 RP y 273 f) del RP en cuanto a la posibilidad que tienen los reclusos de formular peticiones y quejas sobre su clasificación, tratamiento o programa de intervención.

(94) Pero se deriva del artículo 61.1 de la LOGP al manifestar «Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos». V. artículo 112 del RP. Con anterioridad, el tratamiento era de carácter obligatorio, tanto por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, que reformaba el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956, como en la posterior reforma por el Decreto 2273/1977, de 29 de julio. El Proyecto de la LOGP actual indicó la obligatoriedad en términos similares, suprimiéndose como uno de los deberes del preso de participar en el tratamiento pasando a ser voluntario. Actualmente aparece recogido en el artículo 112 del RP.

(95) Vid. MUÑOZ CONDE, F., «El Tratamiento Penitenciario», en *Derecho Penitenciario y Democracia*, Fundación El Monte, Sevilla, 1994, pp. 202-203.

La doctrina mayoritaria es de la opinión de que el tratamiento no ha de ser obligatorio, entre ellos Mapelli Caffarena, García Valdés, Muñoz Conde, Mir Puig, etc. (96). No es ocioso recordar aquí y ahora que la experiencia demuestra que el tratamiento, para que sea eficaz, debe ser voluntario.

Ahora bien, como pieza clave de este entramado, un sector doctrinal –entre ellos Tamarit Sumalla, Zúñiga Rodríguez o Rodríguez Alonso– manifiesta que los principios mencionados inciden en dos momentos del tratamiento: en la fase de estudio de la personalidad del preso y en la fase de ejecución del tratamiento (97).

Diferentes son los principios básicos para el tratamiento de los reclusos adoptados y proclamados por la Asamblea General en la Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990, sirviendo de apoyo a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que nada tienen que ver con el tratamiento penitenciario, pero sí con el sistema (98).

---

(96) Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, *ob. cit.*, p. 267, indicando que el recluso debe consentir y colaborar en su propio tratamiento; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, *ob. cit.*, p. 194; MUÑOZ CONDE, M., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», *ob. cit.*, p. 12, manifiesta que el deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuanto ese tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores; MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, *ob. cit.*, p. 65; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 575, asevera que si el tratamiento se llevase a cabo de manera coactiva se confundiría la pena con la medida de seguridad. Por su parte Garrido Guzmán habla de que al recluso hay que hacerle corresponsable de su propio tratamiento, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, *ob. cit.*, pp. 296-297. En un sentido más crítico, Morris asevera que debe ser obligatorio hasta que es conocido por el recluso, momento en el cual puede ser rechazado; MORRIS, N., *El futuro de las prisiones. Estudios sobre crimen y justicia*, Siglo XXI, Madrid, 1978, p. 41.

(97) *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J. M., «El tratamiento penitenciario», *ob. cit.*, p. 260; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., «El tratamiento penitenciario», *ob. cit.*, p. 315. Rodríguez Alonso alude a tres fases en el ejercicio del tratamiento penitenciario como proceso de resocialización: Fase previa, intermedia, y de ejecución, RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Comares, Granada, 2003, pp. 318-320.

(98) Son, de forma resumida: «todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen; no existirá discriminación; es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar; seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados; todos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas; se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria; se crearán condiciones que permitan realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral; tendrán acceso a los servicios

## 5. TRATAMIENTO PENITENCIARIO: DERECHO FUNDAMENTAL O MANDATO PENITENCIARIO

Por un lado, se asevera que el tratamiento es incompatible con los objetivos de reeducar y reinserir porque, en realidad, desvirtúan el sentido de la pena, es decir, que si la pena es concebida como forma de castigo, con el tratamiento no se consigue la prevención general. De otro lado, atendiendo al artículo 10 de la CE que garantiza el libre desarrollo de la personalidad y teniendo en cuenta que con la reeducación lo que se pretende es obtener nuevos valores sociales, puede suponer, en suma, una vulneración de la raíz de todo derecho fundamental. A estas críticas se añaden aquellas que bajo la fundamentación anarquista rechazan totalmente el tratamiento, ya que se repudia la prisión y todo lo que ella conlleva. Y, desde la posición crítico-marxista, se piensa que la pena de prisión es un invento burgués. Se atribuye al tratamiento el ser una manipulación ilegal antidemocrática de la personalidad. Sin embargo, el sistema marxista acaba utilizando la prisión para este fin (99).

En definitiva, como bien señala Bueno Arús (100), «La importancia del tratamiento penitenciario radica en que, con mayor o menos precisión científica, el tratamiento está íntimamente vinculado a la ejecución de la pena de privación de libertad con una finalidad de prevención especial positiva (llámese *corrección*, *reeducación*, *reinserción social*, *resocialización*, o de cualquier otro modo parecido), y ésta es la única o la preponderante finalidad de la pena que las normas del Estado de Derecho aceptan expresamente del amplio abanico de posibilidades definido por la doctrina y puesto en práctica en otras épocas históricas, en las que las dificultades para el reconocimiento de los derechos de las personas provenían sobre todo del carácter absoluto del poder real o del establecimiento de una situación de dominio del Estado nacional en el ámbito económico, merced a circunstancias

---

de salud; se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.

(99) Vid. LEGANÉS GÓMEZ, S., «La crisis del tratamiento penitenciario», disponible en [www.personal5.iddeo.es/](http://www.personal5.iddeo.es/), última consulta el 15 de enero de 2007; MARTINSON, «What Works»-Questions and Answers About Prison Reform.» In J. W. Marquart and J. R. Sorensen (eds.), *Correctional Contexts: Contemporary and Classical Readings*. Los Angeles, CA: Roxbury, 1997, pp. 290-311, en cuanto a programas de tratamiento.

(100) Vid. BUENO ARÚS, F., «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *Revista de Estudios Penitenciarios*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, núm. 252, 2006, p. 11.

como el protectorado, el colonialismo, o simplemente la declaración de guerra a los pueblos que se resistiesen».

La tesis más defendida es aquella que argumenta que la prisión no es el medio más adecuado para llevar a cabo una reeducación y una reinserción y, que el tratamiento es ineficaz deduciéndose de la reincidencia, hablándose de «crisis del tratamiento penitenciario» (101). Incluso se declara la inutilidad del tratamiento penitenciario *a priori* (102). Mapelli (103) aborda la crisis del tratamiento argumentando que, si se parte del artículo 59.1 de la LOGP, el cual dictamina que «El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados», en cuanto al término *directamente* parece dejar claro que no toda actividad penitenciaria dirigida a dichas metas forme parte de éste (se refiere al tratamiento). De manera que ni el trabajo ni la formación son tratamiento lo que no quiere decir que determinadas ocupaciones de una y otra naturaleza no constituyan elementos imprescindibles para la actividad tratamental. Por ello, considera que deben entenderse por tratamiento las actividades que, en un sentido estricto, se orientan hacia la resocialización a partir de las investigaciones de los técnicos y dentro de una estrategia y planificación general.

Se observa, en este sentido, como el tratamiento rehabilitador no es un derecho fundamental de los presos sino un mandato de orientación de la política penal y penitenciaria (104). Mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, puede servir como parámetro para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las Leyes Penales (105).

Para los que no aceptan el tratamiento penitenciario supone, prácticamente, una renuncia a la progresión de grado, a los permisos de salida, a la libertad condicional, etc., supone una retención en cuanto al tiempo fijado en su sentencia como condena a cumplir. Bueno Arús,

---

(101) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *ob. cit.*, pp. 99-112.

(102) Vid. CLEMENTE, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaría*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 81-82.

(103) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», *ob. cit.*, p. 102. Es de la opinión de que el tratamiento está condenado al fracaso, con independencia del consentimiento.

(104) Vid. las SSTC 2/1987, de 21 de enero, 28/1988, de 23 de febrero y 112/1996, de 24 de junio.

(105) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Curso de Derecho Penitenciario (adaptado al nuevo Reglamento Penitenciario de 1996)*, *ob. cit.*, STC 2/87, de 21 de enero y Auto 486/85, de 10 de julio, p. 39.

siguiendo esta línea, además, plantea que la consideración de los beneficios son los instrumentos con que cuenta el sistema penitenciario para desarrollar o estimular el proceso resocializador, comprendido como incorporación pacífica del interno a la sociedad (106).

La mayoría de los autores creen que el tratamiento real es muy escaso en los Centros penitenciarios, es el caso de Ríos Martín, Cervelló Donderis, García-Pablos, Martínez Escamilla, etc. (107). En opinión de Rivera Beiras (108), «la cárcel se encuentra diseñada desde el exclusivo punto de vista de la seguridad tanto por lo que se refiere a la dotación presupuestaria, como a la arquitectura o al régimen. En el tratamiento, afirmado pomposamente como principio, resulta inexistente en la práctica, y queda condicionado y supeditado a la seguridad y al régimen».

Ahora bien, como pieza clave de este entramado normativo, se hace la pregunta de que si la prisión no reinserta o el tratamiento penitenciario aplicado no reeduca y, por tanto, no reinserta, cuál es la fun-

(106) Vid. BUENO ARÚS, F., *Lecciones de derecho penitenciario*, Facultad de Derecho de la Universidad Alcalá-ICE, 1984, p. 155. Diferente es la opinión de García Valdés ya que afirma que la legislación penitenciaria contiene dos tipos de deberes diferenciados en sus consecuencias. Los deberes que podemos calificar de propios, relacionados por lo general con cuestiones regimentales, cuya inobservancia conlleva la aplicación de una sanción disciplinaria y los deberes impropios -como sería el caso del deber de colaborar en el tratamiento- que no afectan ni tienen consecuencias inmediatas regimentales, ni disciplinarias.

(107) Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, 2.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2001 (y 4.<sup>a</sup> ed., de 2007), p. 63; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, ob. cit., pp. 187 y ss., según determina el artículo 122 RP, la imposición del tratamiento por parte de la Administración penitenciaria es una violación de los derechos del recluso; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002, pp. 14 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 984, opina que «el ideal resocializador sigue siendo aún muy ambiguo e impreciso» pero que puede dejar de ser un mito cuando se alcance un consenso en el debate científico entorno a los «objetivos concretos que se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores», a los medios y técnicas de intervención idóneos y eficaces en cada caso y a los límites que no debe superar jamás cualquier clase de intervención; GARCÍA VALDÉS, C., *Estudios de derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 86, plantea que la Administración penitenciaria no puede imponer la reeducación al recluso; por el contrario, GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*, ob. cit., pp. 18 y ss., opina, siguiendo a Alarcón, que «el fin de la pena privativa de libertad radica en la resocialización del delincuente [...] si prescindimos del tratamiento a voluntad del penado (cuando éste lo necesita), ¿no estamos condenando a la sociedad a sufrir los ataques de esa personalidad antisocial no corregida?».

(108) Vid. RIVERA BEIRAS, I., «La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)», en BERGALLI, R., y OTROS, *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 381.

ción exacta de la prisión, y se responde que sigue siendo, a pesar de los intentos de un tratamiento reinsertador, el de retribución y castigo. Además, el rechazo del tratamiento también proviene de las Teorías del Etiquetamiento (109) o *labeling approach*, que surgen en Estados Unidos en los años 1960 (110), basándose en el rechazo que sufre el preso una vez es puesto en libertad. El fundamento es la consideración de la resocialización como ineficaz para prevenir delitos, ya que se configura al mismo de una manera individual y dependiente de un tratamiento individualizado. Los defensores piensan que el proceso resocializador habría que centrarlo en las estructuras sociales (111), rechazando la reinsertión social como medio de prevención del delito, puesto que lo que hay que modificar es la sociedad generadora de la delincuencia.

Grosso, defensor de la Teoría del Etiquetado, lo argumenta en función de que ofrece cierta alternatividad respecto a las Teorías Etiológicas de la conducta desviada en tanto que se enfrenta a sus métodos estrictamente analítico-descriptivos (112). Y, por su parte, Mapeilli (113) habla, además, de *crisis de la resocialización* no del tratamiento, así «la crisis del concepto de resocialización no debe entenderse como la crisis de las posibilidades de modificar el sentido de la pena de prisión, sino que se trata únicamente de una sobreestimación errónea de los medios y las condiciones en que se desarrolla aquella».

Se podría hablar de tres espacios estructurales que configuran el tratamiento disciplinario: los lugares de aislamiento (la celda), los

---

(109) Vid. CID MOLINÉ, J. y LARRAURI PIJOAN, E., *Teorías criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, 1.ª ed., Barcelona, 2001, pp. 199 y ss.; MANZANOS BILBAO, C., *El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores*, Instituto internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Sociology of Penal Control Within the Framework of the Sociology of Law, Oñati, I.I.S.L., Vitoria-Gasteiz, 1991, pp. 195-231.

(110) Vid. LEMERT, E., *Social Pathology*, S. Traub y C. Little Theories of Deviance, Itasca, F.E. Peacock, 1985; ERIKSON, K. T., *Notes on the sociology of deviance*, Problems, vol. 9, pp. 307-314, 1962; SCHUR, E.M., *Labeling Deviant Behavior*, Its sociological implications, Nueva York, 1971.

(111) Es el caso de SANCHA MATA, V., GARRIDO GENOVÉS, V. y OTROS, *Tratamiento Penitenciario; su práctica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 220.

(112) Vid. GROSSO GALVÁN, M., «Nueva criminología y dogmática jurídico penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 10, 1980, pp. 47-74; BARATTA, A., «Criminología crítica y Derecho Penal», *Revue Int. De Droit Pénal*, núm. 1, 1978, pp. 43-55.

(113) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 59. En un sentido muy similar, Eser entiende que se produce un paradójico acotamiento del pensamiento resocializador, pues, si resocialización significa capacidad para la autoafirmación y autodirección propia, difícilmente podrá conseguirse este fin cuando se satisface por medio de un proceso fundado exclusivamente en la adaptación represiva.

espacios de trabajo, actividades y rituales de vida en común (galerías, comedor, taller, etc.) y las actividades de «tratamiento penitenciario» (patio, escuela, sala de estar, etc.). Indicando que, dentro de esta estructura, el tratamiento penitenciario hace referencia a lo que hemos denominado *actividades de tratamiento correccional*. Desde estas coordenadas, habría que resocializar (114), pero la resocialización de la administración carcelaria tiene más que ver con nuevos modelos de integración social y política de la misma, para ello nos deberíamos apoyar en varios pilares básicos: principio de adecuación de la realidad a la legalidad: con lo que se pretende evitar un conflicto con respecto a las garantías de los derechos y libertades fundamentales, como son el derecho a la intimidad, a un trato digno, la salud, etc.; el principio de territorialidad en la adecuación de la respuesta penal al contexto social donde se producen las realidades delictivas, esto es, que el sistema español se caracteriza porque no ha tenido en cuenta la realidad social de cada territorio, al tipo de plazas carcelarias, o las modalidades de Centros; el principio de participación social democrática en los criterios y estructuras a desarrollar para la prevención y lucha contra el delito; y el principio de diversificación de la respuesta penal y penitenciaria, adecuada para cada situación y persona infractora de normas penales, esto es, programas laborales, sustitución de pena privativa de libertad por otras formas rehabilitadoras, etc. (115).

Lo dicho me lleva a concluir que el tratamiento no va dirigido al cambio de la personalidad del recluso, sino a garantizar unas condiciones para la posterior reintegración, y la crisis está motivada, fundamentalmente, por la imposibilidad de seguir aceptando otros criterios más amplios dentro de un sistema penal que se asienta sobre el principio del respeto a la libertad de la persona. El delincuente aparece como un elemento negativo y disfuncional para el sistema social y el tratamiento es el crisol que produce el milagro de la readaptación (116).

Ahora bien, también concurre el problema de la peligrosidad, es decir, si el tratamiento llevado a cabo en los Centros penitenciarios actualmente no cumple el objetivo deseado, ¿qué tratamiento se ha de imponer a aquellos delincuentes que por su peligrosidad requieren

---

(114) Vid. MANZANOS BILBAO, C., «Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras», en RIVERA BEIRAS, I., (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Tercera Ponencia: «Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites», Bosch, Barcelona, 1994, pp. 129, 135-136.

(115) *Ibidem*, pp. 136-139.

(116) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario*, ob. cit., p. 63.

una pena superior saltándose los límites de la proporcionalidad y sobre los que se desea una pena de duración indeterminada? Consistiría en educar para la legalidad, pero no en educar para la moralidad (117). A mi juicio, tiene que haber un equilibrio entre la legalidad y la moralidad, ya que de nada sirve que se educase a un recluso en las normas de la sociedad y no en los valores que encierran esas normas.

En consecuencia, parece adecuado que el tratamiento, para que sea eficaz, deba ser llevado a cabo por un organismo diferente e independiente de la Dirección General de Prisiones. Si el tratamiento está basado en el principio de voluntariedad del recluso, nunca va a haber reeducación si el preso no lo desea. Debe comprenderse como la única alternativa de labor en la prisión con ofrecimiento de servicios semejantes a los que disponen los demás ciudadanos en libertad y no como voluntario u obligatorio atendiendo al caso concreto. Siguiendo con la tesis de Baratta (118) hay que dar una serie de servicios que van desde la instrucción general y profesional hasta los sanitarios y psicológicos, como una oportunidad de reintegración y no como aspectos de la disciplina carcelaria, incluyéndose el trabajo tanto dentro como fuera de la cárcel.

Por tanto, el tratamiento penitenciario se lleva a cabo para una adecuada reeducación y reinserción social de los presos. Así un adecuado tratamiento en el centro penitenciario supone una adecuada reeducación de los presos.

## 6. SOLUCIONES PARA REINSERTAR A TRAVÉS DEL TRATAMIENTO

Se barajan infinidad de tesis para que los presos se resocialicen, algunas de ellas se pueden resumir en los siguientes puntos: Desvincularse de la sociedad en los aspectos negativos que le han llevado a la comisión del hecho delictivo, y, en consecuencia, a la privación de libertad; reforzar los vínculos familiares y allegados, tanto en visitas como en comunicaciones, una familia es la condición más imprescindible, supone el refuerzo de los lazos con los miembros de su hogar ante las situaciones de desvinculación y conflicto que han deteriorado

---

(117) Vid. SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfico Horizonte, Lima-Perú, 1999, pp. 73 y ss.

(118) Vid. BARATTA, A., «Resocialización o control social: por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado», *Ponencia presentada en el Seminario «Criminología crítica y sistema penal»*, Comisión Andina Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1990.

la vida familiar como núcleo de pertenencia y de referencia primaria; necesidad de un trabajo que le aporte estabilidad e independencia; cambiar de grupo de relaciones, círculos de relación donde priman la actividad vinculada a la actividad delictiva; acercamiento de medios de transporte público a los centros penitenciarios para evitar el aislamiento y favorecer la posibilidad de aproximación a las familias y a la vida ordinaria donde debe reinsertarse el preso.

Hay autores que hablan de un acercamiento ecológico a la prisión, es decir, argumentan que «uno de los nuevos caminos que debemos empezar a recorrer implica considerar a la institución penitenciaria como un escenario de conducta, donde las relaciones que se producen entre el ambiente y sus moradores han de estudiarse con objeto de disponerla para obtener su mejor función y rendimiento. Aún en nuestra idiosincrasia y sistema social ni siquiera el mayor optimismo al respecto puede vislumbrar el final de las organizaciones penitenciarias. De este modo la pregunta relevante es: ¿cómo orientar su manejo para que resulte apropiada como el primer paso hacia una rehabilitación eficaz? Se precisa entender con urgencia que (...) la institución penitenciaria es un *setting* o ambiente donde reclusos y funcionarios interactúan y se influyen de manera continua. Recordemos que la adopción de una estructura organizacional determinada tiene mucho que ver con las conductas que en ella se generan» (119).

Por tanto, las funciones resocializadoras de la pena privativa de libertad han de proyectarse con preferencia en la actividad penitenciaria; excediendo de la mera labor de custodia, ha de centrarse, por ello, en que la ayuda se convierta en realidad para que no se vuelva a delinquir, no debiendo confundir el sentido de la persona humana con el acto llevado a cabo.

Hay que hacer que el preso tenga responsabilidades y tener en cuenta que «un mal paso, una desgracia fatal, un tropiezo en la vida, puede tenerlo cualquiera en circunstancias adversas. Lo que hace falta es entereza para reconocer el error y voluntad para encaminarse por nuevos senderos hacia metas más nobles y tareas más patrióticas (120).

Manzanos Bilbao (121), manifiesta que ¿Si tenemos una Ley Orgánica General Penitenciaria tan progresista, qué pasa en las cárceles, que las personas presas no se resocializan, están hacinadas, en celdas compartidas, se viola derechos como la intimidad, el trato

---

(119) Es el caso de Garrido Genovés, ver la cita que hace de él REDONDO, S., «Evaluar e intervenir», *cit.*, pp. 68-69.

(120) *Vid.* FERNÁNDEZ CUEVAS, V., «Regeneración del preso», *Temas españoles*, núm. 27, Publicaciones Españolas, Madrid, 1953, pp. 4-5.

(121) *Vid.* MANZANOS BILBAO, C., «Funciones y objetivos», *cit.*, pp. 10 -11.

digno, etcétera? Parece ser que el Reglamento y las Circulares Internas, de dudosa legalidad en muchos casos, provocan la devaluación de derechos. Sin embargo, no reparamos en que a lo mejor la cárcel es una demostración de que muchas instituciones y comportamientos sociales se regulan y gobiernan mediante dispositivos legitimados (permitidos, invisibles, aceptados implícitamente) de trasgresión de la legalidad, y no mediante el respeto a la misma, y además, lo hacen con la impunidad que supone poder funcionar al margen de la ley. Claro que se trasgreden los derechos pero, es que esta trasgresión es necesaria y consustancial a la propia gobernabilidad de la cárcel y a la necesidad de esa corporación de someter a los reos para garantizar el «orden y buen funcionamiento del establecimiento», que en realidad es el objetivo primordial de la cárcel como estructura encargada de materializar la ejecución penal fundamentada en la privación de libertad. Dicho de otro modo, el sistema carcelario no tiene como objetivo la resocialización de las personas presas, sino como todo sistema, su objetivo es auto reproducirse, perpetuarse, y para ello se alimenta de sus propias paradojas y auto justificaciones (122).

Se deben de llevar a cabo una serie de soluciones en dicho ámbito como tener en cuenta que la tortura no es la solución de la reinserción del preso, fin último y primordial de toda prisión, hay que establecer un sistema de garantías que permitan al preso denunciar ante los Juzgados los actos violentos y los abusos de poder realizados por personal de las Instituciones Penitenciarias, una rápida y mayor intervención por parte del Ministerio Fiscal en la investigación de los posibles malos tratos y abusos de poder, así como la exigencia de responsabilidades por las conductas imprudentes de la autoridad que pueden provocar desde una enfermedad hasta la muerte del preso. Otra solución sería, el no aplicar normas innecesarias a conductas de los presos, así como considero que sería necesario un cambio legislativo donde se modificasen los distintos grados a los que puede pertenecer un preso atendiendo al delito cometido y agresividad del preso o modificar castigos como las celdas de aislamiento que pueden traer consecuencias

---

(122) Sobre las lamentables condiciones materiales en prisiones, véanse los recientes informes de la Asociación pro Derechos Humanos de Madrid, realizados por encargo de la propia Dirección General de Instituciones Penitenciarias y publicados íntegramente en Fundamentos, bajo el título de Informe sobre la situación de las prisiones en España, Madrid, 2000, o el estudio sociológico de RÍOS MARTÍN, J. C., *Mil voces presas*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; y un análisis pormenorizado sobre la devaluación de los derechos de las personas presas lo encontramos en la tesis doctoral de RIVERA BEIRAS, I., «La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La cárcel, los movimientos sociales y una cultura de la resistencia», Barcelona, 1993.

destructivas así como una tortura psicológica añadida a lo que supone el estar en prisión.

El problema es que la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos sino que hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento (123), y en virtud de tales criterios se ha comprobado la viabilidad de los siguientes efectos:

- Disminución de la nocividad de la prisión: aislamiento y sanciones deben ser excepcionales para conseguir la humanización de la prisión.
- Tratamiento educativo dirigido a cubrir necesidades sociales: instrucción, formación laboral, habilidades sociales.
- Tratamientos específicos: adicciones, libertad sexual, violencia doméstica, ...
- Duración razonable de la condena ya que si es desmesurada produce daños irreversibles.

Todos estos objetivos chocan con la situación real de la prisión no solo en España sino también en otros países europeos, que pese a reconocer la ineficacia e injusticia de la prisión son testigos inermes ante la expansión de la prisión.

Debemos tener en cuenta como solución para reinsertar, y como programa de tratamiento penitenciario, todo lo relacionado con la educación y el trabajo (124). En nuestra Norma Suprema hay una aceptación generalizada por parte de la doctrina de que el derecho a la educación supone una educación en valores, donde se pretende equilibrar la libertad de enseñanza con la igualdad de oportunidades, y en este caso que aquí nos ocupa, una oportunidad para todos los reclusos. En cuanto al trabajo es un derecho de todos, todos tienen acceso a realizar actividades laborales en condiciones similares. Se tiene por objetivos el verificar que se trata de un mecanismo de reeducación y de reinserción, comprendiéndose que con el trabajo resocializador y con la educación en valores las tasas delictivas

---

(123) *Vid.* GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. «Tendencias del actual Derecho Penal» en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED Madrid 2001, p. 49. Se encuentra recogido además, CERVELLÓ DONDE-RIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217-233.

(124) *Vid.*, mi artículo LÓPEZ MELERO, M., «La educación y el trabajo como parte del tratamiento penitenciario en la legislación española», *Revista La Ley Penal*, núm. 111, noviembre-diciembre, 2014, pp. 86-95.

disminuirían. Y, se obtiene como resultados la necesidad de la no discriminación por parte de la sociedad con la condición social en la que se encuentra el privado de libertad, por tanto, lo que se pretende es concretar un derecho a la educación y un derecho al trabajo que tenga las mismas garantías que para los ciudadanos libres, y a través del tratamiento penitenciario lo que se tiene por objetivo es prepararlos para la participación social cuando estén en libertad. En este sentido, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas 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, afirman que, para la consecución del tratamiento de los condenados, cuya finalidad no será sino la de inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, se deberá recurrir, entre otros instrumentos, «a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades de cada recluso» (reglas 65 y 66). Matizando la cuestión, una de las funciones de la educación es la socialización de toda persona a través del principio, valor y derecho de igualdad, en este caso, de oportunidades. Es una tarea democrática consistente en «preparar para la participación en la vida social el ejercicio de los derechos y libertades, y de una labor que salvaguarde el progreso de la sociedad» (125). Se hace necesaria, de otro lado, la mención de la Unidad Terapéutica y Educativa como un nuevo modelo de tratamiento penitenciario. Es un medio alternativo no sólo a la prisión sino también un medio alternativo al sistema penitenciario y a la intervención de los internos, supone este medio, por tanto, un espacio con formas y no normas «más éticas, humanizadoras y facilitadoras de generar cambios sociales cívicamente competentes».

Por lo que respecta al trabajo penitenciario, la mayor parte de la doctrina –De la Cuesta Arzamendi, entre ellos– entiende que la actividad laboral es el elemento central del régimen penitenciario, a modo de organización de la convivencia en prisión y que el trabajo es la única vía efectiva contra la tan nociva vida penitenciaria, ociosidad de los internos, aludiéndose también a sus importantes virtudes discipli-

---

(125) Vid. DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, vol. II, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 211 y ss.

narias (126). Esta idea, de que el trabajo está orientado a la consecución de la reinserción, es dominante en la doctrina científica (127), pese a ello, Muñoz Conde y García Arán, consideran que «el trabajo en las prisiones debería concebirse no como actividad resocializadora dirigida a inculcar hábitos en el recluso sino, simplemente, como medio para evitar los efectos gravemente desocializadores de la prisión» (128). Mas dónde mejor se observa la finalidad del trabajo penitenciario es en la Exposición de Motivos del ya derogado Decreto 2705/1964, de 27 de julio, sobre el régimen y funcionamiento de Trabajos Penitenciarios al estimar que «el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad normal del recluso que se pretende sea realizada en condiciones similares a las del trabajador, libre, sin embargo, porque a su naturaleza respecta, prevalece con carácter fundamental la finalidad de servir de base a: tratamiento del recluso en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad con su primordial función resocializadora» (129). Atendiendo a la legislación penitenciaria actual, el trabajo es considerado como una actividad básica en la vida del Centro, y atendiendo al artículo 26 de la LOGP, como elemento fundamental del tratamiento, pese a que el artículo 132 del RP indique que se considerará como tal cuando únicamente resulte de la formulación de un programa individualizado (130).

(126) Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Un deber (no obligación) y Derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», en BUENO ARUS, F., GARCÍA VALDES, C., y otros, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Colección Aula Abierta, 2.ª ed., Europa Artes Gráficas, S.A., Salamanca, 1989, p. 99.

(127) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 216 y ss.; DE LA MORENA VICENTE, E., «Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria», en *La normativa laboral penitenciaria. Situación y desarrollo*, Primeras jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, Madrid, 1982, pp. 45 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *El trabajo penitenciario en España*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979, pp. 29 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El trabajo de los internos en el Derecho penitenciario español», en VV.AA. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 207.

(128) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *A Derecho penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Universidad de Sevilla, 1983, pp. 573-574.

(129) En este sentido resocializador también se pronuncia el TEDH, Sala 2.ª, en Sentencias de 30 de mayo de 1992 y 18 de febrero de 1994.

(130) Vid. las SSTC 25/1981, de 14 de julio y 163/1986, de 17 de diciembre, al aseverar que sí debe reconocerse una situación jurídica plenamente identificable con un derecho fundamental del interno, con la doble condición de derecho subjetivo y elemento esencial del ordenamiento jurídico, exigible frente a la Administración Penitenciaria en las condiciones legalmente establecidas. V. las SSTC 172/1989, de 19 de octubre y 17/1993, de 18 de enero.

## 7. ES LA REINSECCIÓN UN DERECHO DEL PRESO O DE LA SOCIEDAD

Atendiendo a las Teorías de la Prevención Especial la reinsección del preso es un derecho de la sociedad para evitar que el sujeto en cuestión vuelva a reincidir en la delincuencia. A la pregunta ¿a qué clase de sociedad deseamos pertenecer? (131), se responde que si aceptamos la cárcel como indicador de la sociedad, no podemos gobernar las prisiones en diferente dirección al modelo de Estado en que nos encontremos, ya que la cárcel es la cara más amarga de la sociedad que le da vida (132). En este sentido, Kriegsmann (133), asevera que cuanto más duro es el espíritu de un época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales; cuanto más influjo alcancen los impulsos de humanidad, o aun de sentimentalismo, tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciario. Es Foucault (134) el que defiende que las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad y se pueden extender, aumentar o multiplicar y la cantidad de crímenes y criminales se mantiene estable, y lo que es peor, aumenta.

Igualmente, me parecen muy ilustrativas las palabras de García Valdés (135), al entender que en la cárcel existen dos tesis: las conservadoras y las revolucionarias. En cuanto a aquélla, se fundamenta en cambiar la sociedad y no cambiar de sociedad, variar el Derecho penal y penitenciario, no variar de Derechos punitivos; transformar, no mantener ni destruir. Para mayor abundamiento, Ruíz Miguel (136) sostiene que la cárcel es un reflejo de las desigualdades sociales. Desde

(131) Vid. CHRISTIE, Nils., «Problems of Imprisonment in the World Today», en *Monitoring prison Conditions in Europe* (report of a European seminar held in Marly-le Roi, France on 25-27, October 1996, París, 1997, p. 33. Ver también su obra *La industria del control del delito. ¿la nueva forma del holocausto?* Buenos Aires, 1993.

(132) Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario y revolución telemática.*, cit., p. 23.

(133) Vid. KRIEGSMANN, N. H., *Preceptiva penitenciaria*, Madrid, 1917, p. 223.

(134) Vid. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, 3.<sup>a</sup> ed., en castellano, Siglo XXI, Madrid, 1988, p. 269.

(135) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación*, cit., p. 21; en este sentido, la STC 89/1987, de 3 de junio, Fj. 2; la STC 120/1990 de 27 de junio; la STC 201/1997, de 25 de noviembre; STC 218/2002, de 25 de noviembre, entre otras tantas, en todas ellas vienen a admitir que la pena privativa de libertad, la prisión, tiene un efecto y consecuencias degradantes para la persona, supone, asimismo una restricción de la intimidad de la misma.

(136) Vid. RUIZ MIGUEL, A., «Principio de igualdad y Derecho penitenciario», en *Poder Judicial*, núm. 45, Madrid, 1997, p. 58.

este punto de vista, Gudín Rodríguez (137) adopta la postura de que frente al fenómeno criminológico y los delincuentes, hay una relación de interdependencia que se produce entre la pobreza económica e intelectual y el delito.

Con esta perspectiva, cabe subrayar, como señala Cervelló, que «[...] a primera vista parece que la pena de prisión no beneficia a nadie: ni al Estado, ni al delincuente, ni a la víctima» (138). Esta tesis, conlleva a afirmar que al Estado le supone un coste elevado el que una persona esté en prisión, y al delincuente lo único que le beneficia es el *supuesto* tratamiento penitenciario. En este mismo sentido crítico, Gudín (139) indica que realmente cabría pensar que la cárcel sólo subsiste por un sentimiento retributivo que se esconde en el corazón humano.

Pero, el punto de partida, es la Exposición de Motivos de la LOGP al indicar que la cárcel es un mal necesario, con esta perspectiva, cabe añadir, de otro lado, que es una exigencia para mantener el orden en la sociedad (140). En consecuencia, es contradictoria la situación de querer reinsertar a los reclusos cuando, en realidad, no queremos que las prisiones estén cercanas al núcleo de la sociedad (141). La experiencia ha demostrado que para llevar una reeducación y una re inserción es necesario que la prisión se ubique en zonas próximas al núcleo urbano.

No es ocioso recordar aquí la tesis de Hobbes ya que entendía que el hombre no es social por naturaleza sino por necesidad de supervivencia, es la llamada *Teoría del Pacto o Contrato Social* (142), afir-

(137) Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario*, *cit.*, p. 27. Postura apoyada en la tesis de Howard, HOWARD, J., *El estado de las prisiones*, «the State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observations, and Account of Some Foreign Prisons», Routledge/Thoemes Press, Londres, 2000.

(138) CERVELLÓ DONDERIS, V., «La reforma sancionatoria en el marco del sistema punitivo español», en *Poder Judicial*, núm. 28, 2.ª época, Madrid, 1992, p. 50.

(139) GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Sistema penitenciario*, *cit.*, p. 32.

(140) En un sentido crítico, se afirma que la sociedad es responsable de sus actos, como lo es cada individuo, se trata de establecer un equilibrio entre libertad y orden, FRANKL, V., *El Hombre busca su sentido*, Barcelona, 1979, p. 110.

(141) Para saber más sobre el tema de cómo se gestiona, qué condiciones se necesitan para la creación de un Centro Penitenciario y el impacto que supone el crear una prisión, ver «Impacto Socio-Económico de la implantación de un Centro Penitenciario», Ministerio del Interior, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Sociedad estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (SIEP), Noviembre 2007, en la obra destaca la consideración de los Centros Penitenciarios como obras públicas de interés general.

(142) Esta teoría, que está en la base del liberalismo clásico, ha sido defendida por autores como Hobbes, Locke y Rousseau. En contraposición se encuentra la teoría de la naturaleza social del hombre, sostenida por Aristóteles y Tomás de Aquino,

mando que la sociedad humana tiene su origen y fundamento en un pacto entre los individuos. Así, Hobbes consideraba que la naturaleza humana es esencialmente egoísta y antisocial, más que asociarse los hombres tendían a soportarse mutuamente, ya que, al poseer la misma igualdad natural, todos tienen las mismas aptencias, los mismos anhelos y las mismas necesidades.

Después de este paréntesis, cabe subrayar que no se puede resocializar al margen de la sociedad, es decir, «no es lo mismo ser un buen preso que ser un buen ciudadano» (143). Para mayor abundamiento, Millares hace hincapié en que la cárcel no es un mundo aparte, sino otro ámbito social que reproduce en su seno las características sociales que nutren los demás ámbitos, la jerarquía social con la imposición de autoridad por costas y la corrupción a ella conectada, sin control directo, abierto a la arbitrariedad del más fuerte (144). En consecuencia, se ha demostrado ya de manera irrefutable, pese a los esfuerzos que puedan hacer la Administración central y las autonómicas, que tienen competencias asumidas en este campo, que la realidad degradante y corruptora de la cárcel impide de cualquier manera poner en práctica medidas institucionales que tiendan a paliar las falencias sociales y asistenciales en el camino del retorno de los internos a la vida en libertad (145).

Pese a ello, a mi juicio, la cárcel, en cuanto a su existencia, simboliza el fracaso a la hora de imponer, a través de un tratamiento, normas básicas para la convivencia, ya que la sociedad ha generado a personas inadaptadas socialmente. De manera que al preso se le adapta para que viva nuevamente a 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 (146). Se puede entender que nos encontramos

---

entre otros, caracterizada porque el fundamento de la sociedad radica en la propia naturaleza humana que tiene una inclinación natural de vivir en sociedad.

(143) Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La cárcel electrónica*, cit., p. 149.

(144) *Ibidem*, p. 151. Surge así el término «prisionización», concretamente en 1940 por Clemmer que alude al grado de asimilación del código del recluso.

(145) Vid. BERGALLI, R., «Ideología de la resocialización. La resocialización como ideología. La situación en España», en *Papers d'Estudis i Formació*, abril de 1987, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Barcelona, p. 59. En el mismo sentido se expresa el penalista MUÑOZ CONDE, F., «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en *Papers d'Estudis i Formació*, abril de 1987, Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Barcelona, p. 79.

(146) Vid. RODRÍGUEZ CASADO, J. N., *Vivir en Centro Penitenciario. Análisis criminológico del internamiento*, Bilbao, 2005, en el que se detalla los trastornos somáticos y los efectos psicológicos. PINATEL, J., *La sociedad criminógena*, Aguilar, Madrid, 1979; BAYÓN GUAREÑO, F., *Entrenamiento en habilidades sociales comple-*

con una sociedad que quiere que el delincuente se resocialice, pero a la vez le etiquetamos, y en razón de lo mismo es rechazado, principalmente y en primer lugar, por el Estado operando como el creador de las cárceles para reeducar a personas inadaptadas, más concretamente, podemos advertir que es el propio Estado el que establece la primera distinción entre derechos del ciudadano y derechos del preso, como por ejemplo, en el caso de contratar a alguien como funcionario el cual no debe tener antecedentes penales. En este mismo sentido crítico se sitúa Rodríguez Casado, cuando afirma que el ex presidiario pierde credibilidad social en lo referente a su honradez personal, laboral (147).

Estamos, pues, ante una función preventiva del sistema penal y, con independencia de que sea general o especial, en lugar de prevenir futuras conductas delictivas, las promueve (148). La alta reincidencia es una muestra de que el Sistema Penal es uno de los factores determinantes de brillantes y verdaderas carreras criminales, después de un proceso de marginación que suele iniciarse en la infancia y termina en la cárcel (149). En palabras de Manzanos Bilbao, «el mismo sistema, que crea y necesita la existencia de la marginación, precisa de las cárceles para garantizar la fidelidad a sus normas mediante la dinámica premio-castigo. En estas condiciones, una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelario, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la

---

*mentado con tecnología videográfica como técnica de reducción de conductas agresivas de los internos de Instituciones Penitenciarias*, Escuela de estudios penitenciarios, Ministerio de Justicia, 1992.

(147) Vid. RODRÍGUEZ CASADO, J. N., *Vivir en Centro Penitenciario*, cit., p. 61.

(148) Vid. SÁNCHEZ CONCHEIRO, M.<sup>a</sup> T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Sociedad y Opinión, Barcelona, 2006, p. 87.

(149) Afirma que el Sistema Penal selecciona personas pertenecientes a determinados grupos y no acciones delictivas, se trata del individuo etiquetado de peligroso y que asume su rol. SÁNCHEZ CONCHEIRO, M.<sup>a</sup> T., *Para acabar con la prisión. La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*, Icaria, Sociedad y Opinión, Barcelona, 2006, p. 87-88. En palabras de Zaffaroni «el sistema penal, por injusto que sea, debe tener en cuenta que debe ser más o menos represivo según las personas a las que se dirige», ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 36; del mismo, «El enemigo en los discursos jurídico-penales y criminológicos», en *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 81-107.

vida social» (150), es decir, se trata de convertir al recluso en alguien que no sea problemático para la prisión.

Una solución, sería la seguidora de la teoría de la Asociación Diferencial (151), que al considerar que las motivaciones, los valores, y los comportamientos de actos criminales son aprendidos, se habla de sub-cultura delictiva, debiendo ser la familia la encargada de transmitir al individuo una serie de valores de respeto a la ley. Atendiendo a la Regla 5 de las Reglas Penitenciarias Europeas la cual dictamina que la vida en la prisión se adaptará en la medida de lo posible a los aspectos positivos de la vida en el exterior de la prisión se concluye que para Mapelli (152), la cárcel debe ser un reflejo de la sociedad libre. No hay razón para que la vida dentro de una prisión se trate de prisionalizar, como dice la Regla 7: «La cooperación con los servicios sociales externos y, en tanto que sea posible, la participación de la sociedad civil en la vida penitenciaria debe de garantizarse». Lo que operaría como «la cultura de la emergencia» (153) con la creación de leyes penales, procesales y ejecutivo-penales, ya que la privación de libertad se representa con cárceles de custodia y cárceles de máxima seguridad, es decir, se pretende un control social a situaciones de emergencia (entre ellas el terrorismo).

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, de un lado, tiene como objetivo y fin la reinserción, de otro, da lugar a la desocialización y desvinculación del mundo real. En suma, la función

---

(150) Vid. MANZANOS BILBAO, C., «Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras», en RIVERA BEIRAS, I., (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Tercera Ponencia: «Resocialización y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites», p. 128. Desde este punto de vista Manzanos considera que «el tratamiento penitenciario se convierte en un medio, en un instrumento, en uno de los recursos tecnológicos fundamentales para garantizar la custodia y vigilancia en las prisiones». ADELANTADO GIMENO, J., *Orden cultural y dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias*. Tesis Doctoral. Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, 1991.

(151) Teoría expuesta por el sociólogo norteamericano SUTHERLAND, 1966, deduce que «el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y se expresan en sistemas de trabajo, ideas y modos de relación comunes».

(152) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, núm. 8, publicado el 7 de marzo de 2006, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc). Lo llama principio de normalización social indicando que se llega a ella por los caminos de la humanización del castigo mejor que con pretensiones rehabilitadoras. La prisión no puede añadir más castigo al condenado que la privación de su libertad ambulatoria.

(153) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., «Cárcel y Derechos Humanos», en *Revista 7*, disponible en [www.cienciaspenales.org](http://www.cienciaspenales.org), Barcelona, 21 de febrero de 1991.

principal del Estado social (154) y democrático de Derecho no es que las cárceles desaparezcan, pero sí que se mejore la calidad de vida en las mismas. La actividad laboral de los presos en los Establecimientos penitenciarios se incluye en 1976 en el ámbito del Derecho del trabajo. Para que el trabajo sea resocializador debe estar encaminado a que, una vez cumplan la pena privativa de libertad, consigan un empleo, debiendo ser, por tanto, el trabajo resocializador un trabajo equiparado al que hay en el exterior (155).

---

(154) Para un concepto de Estado social, véase entre otros a BARCELONA, P., «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social», trad., al castellano de Eduardo Díaz-Otero H., en OLIVAS CABANILLAS, E., (Coord.) *Problemas de legitimación en el Estado social, cit.*, pp. 29 y ss., este autor manifiesta que el Estado social se reconstruye como modelo del compromiso socialdemócrata (p. 33).

(155) *Vid.* mi artículo, LÓPEZ MELERO, M., «Especial consideración del tratamiento penitenciario a través del trabajo», en *La Ley Penal*, núm. 105, 2013, versión online. Cuestiones relevantes son tratadas en dicho artículo como: el trabajo como derecho y deber constitucionalmente reconocidos, las modalidades o tipos de actividades que se realizan en la cárcel como tratamiento, la repercusión de la renta básica en el ámbito penitenciario y la necesidad del trabajo en los centros penitenciarios.

# El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Doctor en Derecho  
Profesor adjunto de la UDIMA

## RESUMEN

*El presente trabajo trata de abordar el origen del concepto de la reeducación y reinserción social, finalidad máxima del tratamiento penitenciario, así como el fundamento y sentido que mantiene en la Constitución Española y en la Ley General Penitenciaria. Se analizará el gran debate que doctrinal y jurisprudencialmente ha existido y que se mantiene en la actualidad, relativo a si la resocialización constituye un derecho fundamental; un principio constitucional, penal o penitenciario; una orientación política dirigida hacia el legislador español; o un mero instrumento encaminado a evitar la desocialización de los condenados a penas privativas de libertad, en el espacio intramuros*

*Palabras claves: Reinserción social; resocialización; desocialización; tratamiento; derecho fundamental; voluntariedad.*

## ABSTRACT

*This paper seeks to address the origin of the concept of rehabilitation and social reintegration, as higher purpose of prison treatment, as well as the foundation and direction that keeps the Spanish Constitution and the General Penitentiary Law. The great debate that will analyze, doctrinal and jurisprudential, has been and remains today whether the re-socialization is a fundamental right; a constitutional, criminal or penal principle; a policy orientation towards the Spanish legislator; or a mere instrument to avoid de-socialization of those sentenced to imprisonment.*

Key words: *Social reintegration; re-socialization; de-socialization; treatment; fundamental right; voluntariness.*

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos del concepto de reinserción social. De las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas a la normativa actual.–2. La Constitución española de 1978 y la Ley General Penitenciaria.–3. La reeducación y la reinserción social en la Constitución española.–4. La resocialización como orientación, fin de las penas privativas de libertad, o derecho fundamental.–5. Análisis del tratamiento resocializador en la normativa penitenciaria.–6. La voluntariedad del tratamiento encaminado a la reeducación y reinserción social.–7. Conclusiones.

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCEPTO DE REINSECCIÓN SOCIAL. DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS A LA NORMATIVA ACTUAL

En España, históricamente ha predominado una legislación penal rígida, atrasada con respecto a Europa y, en muchos casos, cruel; acompañada en su evolución de una normativa penitenciaria más humana y moderna. La práctica prisional española, desde sus más remotas manifestaciones, tuvo así que crear sus propias estrategias de actuación suavizando un sistema excesivo, mirando hacia la persona, y avanzando en la línea de desarrollo de la resocialización y humanización en la ejecución de las penas privativas de libertad.

Las prisiones supusieron un avance respecto de los métodos de castigo que históricamente predominaban en España en el Antiguo Régimen. Si bien es cierto, la finalidad reformadora (1) conectada con la privación de libertad aparece inicialmente en la Edad o Moderna, en las denominadas «instituciones de corrección (2)» (3), cuyo objeto no era otro que el de reformar a mendigos y vagabundos. Sería, no obstante, a partir del siglo XIX, con la proliferación de doctrinas de la prevención especial positiva, derivadas del correccionalismo español (Salillas y Dorado Montero lo representan en su

(1) *Vid.*, por todos, acerca de la ideología reformadora propia del siglo XIX en relación a las personas privadas de libertad, GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*. Madrid, 2006, pp. 11 ss.

(2) *Vid.*, al respecto, FERNÁNDEZ MORENO, A., «Corrección». Bilbao, 1921, *passim*.

(3) *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva». San Sebastián, 1982, pp. 41 ss.

versión moderna), cuando comienza a emerger la finalidad resocializadora en las penas privativas de libertad (4), a tenor de la incorporación de las ciencias de la conducta en el campo prisional. Así, el gran Dorado manifestaba que la intervención penitenciaria debía girar en torno a la mejora, enmienda y corrección de los condenados (5), para «tornarlos de malos en buenos, o dígase de peligrosos en no peligrosos» (6). Por tanto, «la noticia de la reforma del delincuente marca un hito en la historia penal; he aquí y así el momento: se pasa del concepto de su eliminación al de retener a la persona procurando su adaptación a la sociedad, (...). Esta idea de un sustancial cambio futuro, es lo que anima el auge de la enmienda correccional» (7).

La confusión había sido la tónica dominante en los encierros procesales durante centurias hasta el siglo xx, a salvo de aquellos de carácter político. Desde el fin correccional, afianzado en el último tercio del siglo xviii y característico del periodo decimonónico, asignado a la pena privativa de libertad, se evoluciona hacia el concepto actual de reinserción social del delincuente, esto es, el concepto de mínimos que supone que el penado, tras pasar por la pena, será capaz de vivir respetando la ley penal, al prójimo, y a la sociedad en general.

Desde una breve perspectiva histórica, hallamos lejanos precedentes patrios de lo que hoy constituirían incipientes modelos de intervención o asignación de modalidades de vida (casi siempre relacionadas entonces con la ocupación a desarrollar), tras el estudio individual de los

---

(4) Las penas privativas de libertad fueron introducidas por primera vez en el Código Penal de 1822, el primero de los cuerpos legales punitivos.

(5) En relación a la importancia que obtuvo la enmienda del delincuente, Lardizábal, jurisconsulto criollo español, elaboró su discurso, habida cuenta de los malos resultados que la práctica demostraba que imperaba en España respecto de la reforma de los criminales. *Vid.* LARDIZÁBAL Y URIBE, M., «Discurso sobre las penas. Contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma», reproducido en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, julio-septiembre, 1966, p. 181.

(6) Cfr. DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector de los criminales*. Madrid, 1915, p. 201.

(7) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional...*, *op. cit.*, p. 12. El autor hace hincapié en el concepto de la enmienda correccional, destacando a otros protagonistas que se pronunciaron con anterioridad sobre el mismo, *Vid.*, entre ellos, por todos, SALILLAS, R., «Evolución penitenciaria de España, I». Madrid, 1918, p. 23; CADALSO, F., «Instituciones penitenciarias y similares en España». Madrid, 1922, pp. 164 ss.; y más recientemente, al respecto, SANZ DELGADO, E., «El humanitarismo penitenciario español del siglo xix». Madrid, 2003, pp. 45 ss.; y, en relación a las conexiones con la reclusión provisional o preventiva, el mismo: «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LVI, 2004, pp. 261 ss.

penados, ya en las actividades del Coronel Montesinos, entregado a la corrección de sus reclusos cuando ostentaba la Dirección del Presidio Correccional de Valencia, y para quien, en sus palabras: «perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda á destruir ó entorpecer su sociabilidad impedirá su mejoramiento» (8). Poco más de medio siglo más tarde, Rafael Salillas y Panzano, rescatador de su figura y realizaciones, abundaba en la atención singularizada del penado y en los procesos individualizadores, reivindicándolos y, desde sus responsabilidades e iniciativas en la institución, rompía con los moldes establecidos, impulsando las aspiraciones de la Criminología clínica en el sistema tutelar que, de su mano, marcaba un definitivo punto de inflexión, insertado en el revolucionario Decreto de 18 de mayo de 1903 (9). Un diseño normativo apuntalado con la formación de los profesionales penitenciarios, bajo aquel mismo prisma pre-tratamental, a través de la Escuela de Criminología. Desde allí se impulsaba un modelo científico de tratamiento que, atendiendo a la especificidad de cada penado, perseguía su readaptación, y ello haciendo uso declarado de la Criminología como ciencia, y de las ciencias de la conducta en el desarrollo y ejecución de las penas privativas de libertad. Así pues, del concepto de corrección tradicional, de la mano de la tradición católica, se evoluciona hacia el de reforma, y de ahí hasta el concepto actual de resocialización.

Desde el ecuador del siglo xx, una serie de normas relativas a los derechos inherentes a la persona, universalmente conocidos como Derechos Humanos, han sido aceptadas por la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas y vinculados también a la actividad penitenciaria. Destacan entre las mismas el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como tratados legalmente vinculantes para todos los países que los han ratificado o aceptado, conteniendo referencias específicas al tratamiento de las personas privadas de su libertad. Las mismas se complementan con distintos documentos sobre derechos humanos regionales, que tratán-

---

(8) Cfr. MONTESINOS, M., «Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia. Reforma de la Dirección General del Ramo, y sistema económico del mismo». Valencia, 1846. Reproducido por la *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, p. 290.

(9) Sobre el innovador Decreto de 1903, *Vid.*, por todos, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 274 ss.; el mismo: «Dos modelos penitenciarios y divergentes: Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios penitenciarios*, Extra 2006, pp. 202-206; el mismo: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXXV, 2013, pp. 164 ss.

dose de Europa, hallamos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o las Reglas Penitenciarias Europeas, entre otras (10).

La intervención o tratamiento resocializador, entendido desde su más amplia acepción como modo de tratar a las personas reclusas, se había así reconocido internacionalmente antes de incorporarse a la normativa española, a partir del conjunto de Reglas debatidas en el Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes, celebrado en Ginebra entre el 22 de Agosto al 3 de Septiembre de 1955, formando el trascendental compendio de Reglas *mínimum*, y siendo aprobadas por la Comisión de asuntos sociales del Consejo Económico y Social. Más adelante, en 1967 se llevaba a cabo una revisión completa de tales Reglas *Mínimas* de 1955, en virtud de la Comisión Europea de Problemas Criminales, cuyo resultado fue la Resolución (73) 5 del Comité de Ministros (Adoptada el 19 de enero de 1973) (11).

Las Reglas *Mínimas* de las Naciones Unidas, de carácter absoluto y fundamental, constituyen por ello principios básicos y mínimos, y como tal, se deben poner en práctica en todas partes y en todo momento, recibiendo el apoyo de instrumentos de las Naciones Unidas (NNUU) para proteger y garantizar los derechos humanos (12), y conseguir así un sistema resocializador que alcance niveles *mínimamente* humanos y efectivos (13).

El carácter distintivo reseñado en las Reglas descansaba en ciertos principios, a saber, el de minimizar el sufrimiento normalizando en lo posible la vida en la prisión; fomentar un modo de vida de respeto a la ley después de la liberación; facilitar un regreso gradual a la sociedad; y enfatizar que el preso continúa siendo parte de la comunidad (14). En este sentido, se considera que «exacerbar las privaciones del encar-

---

(10) Vid. COYLE, A., «La Administración Penitenciaria en el contexto de los Derechos Humanos», Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, pp. 9 y 10.

(11) Posteriormente, ya en el año 2006, se aprobaron las nuevas Reglas que actualmente rigen y se dirigen a todos los países y Estados. Sobre las mismas, Vid., ampliamente, TÉLLEZ AGUILERA, A., «Las nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)». Madrid, 2006, *passim*.

(12) Vid. REFORMA PENAL INTERNACIONAL, *Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. 3.<sup>a</sup> ed. San José, 2002, p. 21.

(13) Vid. REFORMA PENAL INTERNACIONAL, *Manual de Buena Práctica Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 23.

(14) Vid. *Reforma Penal Internacional, Manual de Buena Práctica Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 116.

celamiento no sólo es injustificable (15), sino que también reduce las oportunidades de reinserción al salir en libertad» (16), y que las relaciones con el mundo exterior constituyen una parte esencial de la vida carcelaria (17) y la base de los programas para la reinserción en sociedad, los cuales deberán de comenzar a la mayor brevedad, para así aprovechar los mecanismos resocializadores en consonancia con el régimen penitenciario (18), quedando patente la idea de que una intervención tratamental con la condena muy avanzada puede no surtir los efectos esperados. Es por ello por lo que ofrecer un tratamiento resocializador individualizado supone ofrecer diferentes programas enfocados a las características personales y necesarias de cada individuo, a su futura resocialización, quedando la sociedad protegida para cuando queden los reclusos en libertad.

Es de resaltar que ya en 1955 se determinaba que «el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Solo se alcanzará este fin si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y satisfacer sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo» (Regla 58); así como que «(...) el régimen penitenciario debe emplear todos los medios (...), y todas las formas de asistencia de que puede disponer, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes» (59); y que «Estos principios exigen la individualización del tratamiento que, a su vez, requiere un sistema flexible de clasificación en grupos de los reclusos (...) donde cada grupo pueda recibir el tratamiento necesario» (63.1). Claramente tales prescripciones marcaban el futuro de los sistemas penitenciarios y supondrían la influencia más notable para el legislador español. El principio resocializador o rehabilitador exigía unos mínimos básicos desde los que desarrollarse. La normalización del *modus vivendi* de los internos implica asegurar condiciones de vida dignas, debe enfocarse a la futura vida postpenitenciaria, encontrando

---

(15) La Regla 57 establece al respecto que «(...) el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación».

(16) Cfr. REFORMA PENAL INTERNACIONAL: *Manual de Buena Práctica Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 118.

(17) La Regla 61 prescribe que «En el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella».

(18) Al respecto, también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, recogía en su artículo 10 (3) que «El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados».

solo ciertos límites en las exigencias de la fase procesal provisional o aquellos dispuestos en la sentencia condenatoria.

Y es que, como bien señala Andrew Coyle: «Un recluso rehabilitado no es quien aprende a sobrevivir bien en una prisión, sino quien logra vivir en el mundo exterior después de su puesta en libertad» (19).

## 2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA LEY GENERAL PENITENCIARIA

Los redactores de la LOGP se verían influenciados por las tendencias aperturistas del penitenciarismo internacional y comparado más avanzado y desarrollado del momento. Recibiendo influencia de las citadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, así como las posteriores del Consejo de Europa de 1973, además de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1966, y las legislaciones de los países de nuestro entorno, la redacción de una ley penitenciaria, a la par que un precepto constitucional dedicado al legislador penal y penitenciario español, vaticinaba toda una garantía para el Estado Social y Democrático de Derecho que se proyectaba.

Así, la promulgación de la Constitución Española de 1978, la cual constituía un mandato hacia el legislador español para orientar la política penal y penitenciaria, incluía la resocialización de los penados (o lo que en términos penales se denomina prevención especial positiva), en el nuclear artículo 25.2. El precepto establece que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (20) y no podrán consistir en trabajos forza-

(19) Cfr. COYLE, A., *La Administración Penitenciaria en el contexto...*, op. cit., p. 84.

(20) Es importante resaltar, en este sentido, que el TC reiteradamente ha rechazado que la «reinserción social» pueda considerarse como un derecho fundamental, recordando que se trata simplemente de un mandato dirigido al legislador para que oriente la política penal y penitenciaria. Vid. STS 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 72/1994, de 3 de marzo; 112/1996, de 24 de junio; 75/1998, de 31 de marzo. No sólo considera que no es un derecho fundamental, sino que tampoco es el único objetivo asociado a las penas privativas de libertad. Vid. STC 191/1988, de 16 de febrero; 55/1996, de 28 de marzo; 120/2000, de 10 de mayo. Por otra parte, también se ha pronunciado el alto Tribunal en relación a las condenas de corta duración, las cuales impiden la consecución de la resocialización. Aunque es cierto que la lesión al bien jurídico protegido por la norma punitiva no refleja por su gravedad una elevada necesidad de reinserción social, también lo es que el tratamiento requiere un período de duración que no sea fugaz. En este sentido es donde se ha pronunciado el TC en Sentencia 19/1988, de 16 de febrero, reconociendo

dos. El condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo a excepción de los que se vean expresamente limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad». No caben dudas acerca de la similitud con el espíritu del Decreto de 1968, que empleaba semejantes términos de «reeducación y reinserción social» (21). Así, su Exposición de Motivos describía que respecto de dicho tratamiento, se apreciaba «la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la Ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y reinserción social de los delincuentes (...)». La importancia del tratamiento a raíz de la reforma de 1968, y concretamente más aún, a partir de la LOGP, es de tal magnitud que no sólo la Exposición motivadora del texto legal antepone el mismo frente al régimen, sino que además, «es el eje cardinal sobre el que gira la ejecución de la pena privativa de libertad» (22).

Resulta necesario delimitar el significado de la pena privativa de libertad, aproximándonos a la idea expuesta por Landrove Díaz, que la define como aquella «reclusión del condenado en un establecimiento penal en el que permanece privado, en mayor o menor medida, de su libertad y sometido a un específico régimen de vida» (23).

Queda consolidada la idea de que existe un antes y un después a raíz de 1979 (24). La ley progresista, garantista y reinsertadora vino a constituir un estandarte para la consolidación de España como un Estado social y democrático de derecho, en armonía con el artículo 1.1 de la Constitución Española (25). Al mismo tiempo, configuró el marco nor-

---

las dificultades de efectuarse el mandato constitucional del artículo 25.2 para las penas de escasa duración.

(21) Fue la reforma de 1968, al Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956, la que incorporaba el tratamiento resocializador tal cual llega prácticamente a nuestros días, al haber definitivamente introducido la –medio siglo antes, anhelada y propuesta por Salillas– rama criminológica en la ciencia penitenciaria.

(22) Cfr. ZARAGOZA HUERTA, J., *Derecho penitenciario español*. México D. F., 2007, p. 159.

(23) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid, 2005, p. 47.

(24) Vid. MARTÍNEZ ZATO, J. J., «Instituciones Penitenciarias. El recuerdo de una Experiencia Inolvidable», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra 1, 1999, pp. 45 ss.

(25) Vid. NISTAL BURÓN, J., «30 años de legislación penitenciaria bajo el prisma del Tribunal Constitucional. Un breve apunte», en *La Ley*, núm. 7250, septiembre, 2009.

mativo específico de la ejecución de las penas privativas de libertad en España. La Ley Penitenciaria ofreció un planteamiento garantista por los derechos e intereses jurídicos de los reclusos no afectados por la condena, todo lo cual posibilitó un cambio sin precedentes del mundo penitenciario en los tiempos de nuestra transición política (26). Así pues, la LOGP, primera ley con carácter orgánico del período constitucional, aprobada por aclamación unánime, partió de la idea de que mantener a los internos alejados de la sociedad de manera absoluta no es compatible con el fin resocializador. Y es que, ya resultaba evidente que es «muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad, puesto que la vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica a la que ha de adaptarse el recluso si quiere sobrevivir, a las normas que le imponen sus compañeros» (27), lo cual se conoce como prisionización, fenómeno que empeora más que corrige al interno, inculcándole lo peor de la prisión, empeorándolo, agudizando su perfeccionamiento delictivo. Para evitarlo, la Administración debía contar con todos los medios y recursos necesarios para proporcionar a los reclusos las oportunidades que precisen, depurando todos los obstáculos que se posicionen en el camino tratamental, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la LOGP y RP, respectivamente, como expondremos en el apartado correspondiente. El concepto de reeducación, reinserción social, rehabilitación, readaptación, etc., ha dado lugar a tanta controversia doctrinal y jurisprudencial, que puede catalogarse incluso de contener cierta magnitud de ambigüedad (28).

Hemos de traer a colación también que los artículos 3 de la LOGP, y 4 del RP, configuran el denominado estatuto jurídico del recluso, elemento básico y necesario para que, a la postre, pueda conseguirse el mandato constitucional, el cual se configura como garante del reconocimiento de derechos para todo recluso (29), con la consecuente

(26) Sobre la situación de las prisiones en el momento de la elaboración de la Ley, *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C./TRÍAS SAGNIER, J., «La Reforma de las Cárceles». *Ministerio de Justicia*, 1978, *passim*. Asimismo, esta apasionante experiencia se describe en GARCÍA VALDÉS, C., «A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: Algunos recuerdos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 1999, pp. 31-44; el mismo: «Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 2013, pp. 51-68.

(27) Cfr. FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Principios fundamentales de la ejecución penitenciaria», en VV. AA., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, I. (Coord.): *Manual de Derecho Penitenciario*. Salamanca, 2001, p. 135.

(28) *Vid.* GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., «La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, 1979 pp. 655 ss.

(29) En este sentido, y respecto de los derechos fundamentales que conservan los condenados en el espacio intramuros, así como todos los derechos que conservan,

obligación de la Administración de satisfacer tales previsiones, a tenor de las recomendaciones establecidas por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, aprobadas en 1955, y sus versiones posteriores, hasta la actualidad, como se ha expuesto.

Resulta destacable también que la LOGP apostó directamente por la proclamación del sistema de individualización científica (30) «como paradigma de preponderancia de los aspectos individuales del condenado en la clasificación penitenciaria» (31).

En definitiva, lo que asumirá el protagonismo de las páginas que siguen, es el concepto y el sentido del término resocialización, con un profundo análisis doctrinal y jurisprudencial, constituyendo así, y desde mitad del siglo XX, «uno de los bloques temáticos» (32) del derecho de ejecución penal, a la vez que uno de los dos pilares sobre los que gravita el sistema penitenciario español desde la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Los dos pilares del sistema, régimen y tratamiento, interrelacionados desde años atrás y sistemáticamente diferenciados en la norma orgánica de 1979, vienen a coadyuvar a los fines constitucionales de la pena privativa de la libertad.

---

no sólo fundamentales, sino civiles e individuales, políticos, sociales, económicos y culturales, además de penitenciarios, *Vid.* ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 2, 1977-1978, p. 39; GARCÍA VALDÉS, C., «Comentarios a la legislación penitenciaria española». Madrid, 1982, p. 194; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid, 1983, p. 294; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*. Barcelona, 1983, pp. 251 y 252; LAMARCA PÉREZ, C., «Régimen penitenciario y derechos fundamentales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1993, XVI, p. 220. En una línea similar, *Vid.* LÓPEZ MELERO, M., *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*. Alcalá de Henares, 2011, pp. 186 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, I., «La corrección del delincuente. Orígenes del sistema penitenciario español (siglos XIX-XX)», *UNED*, 2012, pp. 277 ss.; RODRÍGUEZ AVILÉS, «El Ordenamiento jurídico penitenciario español vigente: carencias y disfunciones». Tesis Doctoral. Universidad de Granada, 2013, pp. 277 ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Privación de libertad y derechos fundamentales en la legislación penitenciaria española*, en VV. AA., COBAS COBIELLA, M. E (Dir.): *Derechos humanos en el siglo XXI*. Universidad de Valencia, 2014, pp. 25-40.

(30) En este sentido, *Vid.*, ampliamente, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y Tratamiento en prisión*, Madrid, 2014, pp. 479 ss.

(31) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., «Los fines de la pena en la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP*. Madrid, 2005, p. 245.

(32) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Curso de Derecho Penitenciario*, Valencia, 2001, p. 249.

### 3. LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La propia exposición de motivos de la ley que desarrolló nuestra Carta Magna, incorporaba en su contenido una premisa que no iba a pasar desapercibida con el transcurso de los años, y es que tal y como dispuso, «las prisiones son un mal necesario y, no obstante la indiscutible crisis de las penas privativas de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo (33).

En este sentido, la Constitución Española, aprobada el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español el 6 de diciembre, promulgada por el Rey el 27 de diciembre, y publicada y con entrada en vigor el 29 de diciembre del mismo año, en el Título I («De los Derechos y Deberes fundamentales»), Capítulo II («Derechos y Libertades»), Sección 1.<sup>a</sup> («De los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas»), se establece en el artículo 25.2 que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Esta norma constitucional reconoce un catálogo de derechos fundamentales a todos los ciudadanos (34), si bien es cierto, determinadas circunstancias especiales pueden limitar el ejercicio de tales derechos, como es el caso de las personas que se encuentran privadas de libertad. La reinserción social se configura como una proyección que debe de ser garantizada para los condenados a pena de prisión, debiendo el Estado en todo caso remover aquellos obstáculos que pudieran encontrarse en el camino resocializador, y, poniendo asimismo en práctica, todos los medios e instrumentos necesarios para que la tarea reinsertadora surta los efectos esperados, en armonía con

(33) Cfr. Proyecto de Ley General Penitenciaria. Exposición de Motivos. Boletín Oficial de las Cortes, núm. 148, de 15 de septiembre de 1978. En un sentido similar, Landrove cataloga a la pena como una amarga necesidad. *Vid.* LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas...*, *op. cit.*, p. 17.

(34) *Vid.* PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid, 1993, pp. 323 y 324.

lo dispuesto en la Constitución española, Ley General Penitenciaria, y su Reglamento de desarrollo.

Así pues, lo dispuesto en el artículo 25.2 CE garantiza el catálogo de derechos fundamentales que se encuentran tipificados, a los condenados a pena privativa de libertad y medida de seguridad, a excepción de los que se hallen limitados por el fallo condenatorio, sentido de la pena, y la ley penitenciaria. Empero, no podemos dejar de lado las penas accesorias estipuladas en el Código Penal de 1995, las cuales también pueden limitar el ejercicio de tales derechos (35), y que aunque no vienen limitados conforme a lo establecido en el artículo 25.2 CE, provocan que algunos derechos resulten de imposible ejercicio (36). En este sentido, no podemos obviar que la relación existente entre el Estado y el condenado se la ha calificado, jurisprudencialmente, como una relación de especial sujeción (37), implicando un recíproco elenco de derechos y deberes recíprocos.

Pudiera parecer, a tenor de la ubicación del precepto en el texto constitucional, que estamos en presencia de un derecho fundamental absoluto. Sin embargo, el criterio del más alto órgano judicial, intérprete de la norma constitucional, ha considerado que se trata, más bien, de un mandato conductual hacia los poderes públicos, un principio constitucional (38) orientador de la política penal y penitenciaria española. En relación a lo expuesto, Peces-Barba, catalogado como uno de los padres de la Constitución Española de 1978, expuso que los derechos fundamentales son «aquellas dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia en los que el Derecho actúa a través de la atribución de un derecho subjetivo a los individuos en el marco de la satisfacción de necesidades fundamentales de la condición humana» (39). No obstante, y como

---

(35) Vid. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., «Garantía penal (Comentario al artículo 25 de la Constitución)», en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*. Tomo III. Madrid, 1983, p. 97. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, F., «Eficacia de los Derechos fundamentales reconocidos a los reclusos en el artículo 25.2 de la Constitución española», en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los Derechos Fundamentales*. Vol. II. Madrid, 1988, p. 1094.

(36) Vid. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J., «Derechos fundamentales del condenado. Reeducción y reinserción social». *Derecho penal y Constitución. Comentarios a la legislación penal y constitucional*. Vol. I. Madrid, 1982.

(37) Vid. SSTC 74/1985, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 120/1990, de 27 de junio, entre otras.

(38) Vid., Sentencias del Tribunal Constitucional, 2/1987 y 29/1988, que en relación a este principio, han manifestado que «no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en él contenido».

(39) Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1990, p. 323.

resulta lógico y coherente, al igual que pudiera suceder con algunos derechos fundamentales, el Estado no puede asegurar siempre la consecución de los objetivos perseguidos por aquellos, lo cual no implicaría que por esta razón no puedan ser considerados derechos no fundamentales (40). Así, creer que todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución deben de ser satisfechos y garantizados por el Estado, implicaría vaciar el catálogo (41) de derechos fundamentales constitucionales en un Estado Social, Democrático y de Derecho.

No podemos relegar a un segundo plano que gran parte de la doctrina científica ha identificado el concepto de reeducación y reinserción social con el de resocialización y el de prevención especial (42) positiva (43), y no negativa (44). Sin embargo, nuestra

(40) Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada, 2001, p. 37.

(41) Vid. ZAPICO BARBEITO, M., «¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, p. 933.

(42) Sin entrar en el análisis relativo al concepto y fin de la prevención especial en las penas, es destacable el estudio practicado por Von Liszt, que recalca su articulación a través de la corrección, intimidación e inocuización de los delincuentes. Vid. VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho Penal*, traducción de Pérez del Valle, Granada, 1995, pp. 80 ss. Así mismo, Vid., también, entre otros, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal, Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed. Anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. y Beneytez Merino, L. Madrid, 1986, pp. 49-51; CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español. Parte general*, 1, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, p. 22; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996, p. 39; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*. Montevideo, 2002, p. 246. Si bien es cierto que autores de la talla de Cerezo Mir se muestran escépticos a la idea de la prevención especial, Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 24. Sin embargo, en contra de esta relación directa de conceptos, Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7/1979, p. 92.

(43) En relación a la simetría existente entre reeducación y reinserción social, resocialización, y prevención especial, Vid. BOIX REIG, J., «Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado)», en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, p. 114; o BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989, p. 307, entre otros. El autor se muestra partidario de la relación que mantiene la resocialización con la prevención especial positiva, Vid. BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del Derecho Penitenciario», en *Actualidad Penal*, núm. 5, p. 235.

(44) Contrarios a la idea de mantener cierta relación entre el concepto de resocialización con el de prevención especial, hallamos, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 140 ss.

Constitución Española no se decanta por la prevención especial como fin de la pena exclusivo (45), como tampoco le otorga un carácter prioritario o preferente (46), ya que únicamente le atribuye el carácter de ser uno de los diversos fines que se han de tomar en cuenta para orientar la regulación de las penas (47). En cualquier caso, es evidente que resocializar al margen de la sociedad, o lejos de ésta, es una contradicción (48) de gran magnitud. Así, García Valdés lúcidamente manifiesta que «a nadie se le enseña a vivir en sociedad si se le aparta de ella» (49).

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, resocializar significa «promover las condiciones sociales que, independientemente de las relaciones con el Estado, favorezcan en los seres humanos el desarrollo integral de su persona»; o lo que es lo mismo, implica volver a socializar (50), promoviendo y removiendo los obstáculos para que puedan conseguirse las condiciones propicias inherentes al desarrollo integral de la persona, incorporando a un individuo en la sociedad. Ello guarda una relación directa con lo preceptuado en la norma constitucional, por cuanto que su artículo 10 dispone que, entre otras variables, «el libre desarrollo de la personalidad» es «fundamento del orden político y de la paz social» (51). Desde este prisma, Bueno Arús considera que el modelo resocializador español no dista en exceso respecto del modelo socializador

(45) Así, *Vid.*, los Autos el Tribunal Constitucional, 303/1986; 780/1986; 1112/1988; 106/1997; y las Sentencias 28/1988; 150/1991; 55/1996; 112/1996; 2/1997; 81/1997; 109/2000; 120/2000.

(46) A modo de ejemplo, *Vid.*, SSTC 161/1997; 234/1997.

(47) Pragmático se muestra Mapelli cuando expone que «el legislador constitucional ha evitado el término resocialización porque no era su intención orientar la pena privativa de libertad a la prevención especial. Tradicionalmente se ha entendido que el concepto de prevención especial está integrado por tres elementos: intimidación, inocuización y resocialización». Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 140 y 141. En esta línea, el autor defiende la postura de que en la finalidad resocializadora se conjugan diversas finalidades de la pena, por lo que realmente, podría hacerse alusión a una suerte de devaluación del artículo 25.2 constitucional. *Vid.*, también, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Madrid, 1998, pp. 36 y 37.

(48) *Vid.* GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*. Valencia, 2007, p. 17.

(49) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma de las cárceles*. Madrid 1978, p. 17.

(50) *Vid.* FERNÁNDEZ ARTIACH, P., *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*. Valencia, 2006, p. 78.

(51) En este sentido, *Vid.* ROBLES MORCHÓN, G., *El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)*, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord): «El libre desarrollo de la personalidad». *Artículo 10 de la Constitución*. Alcalá de Henares, 1995, pp. 45 ss.

establecido para la ciudadanía en general, el cual se basa en el respeto de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad (52). Por tal motivo, no tendría sentido buscar contradicciones en el fenómeno resocializador en un Estado social y democrático de Derecho, promovido por la Constitución española, remitiendo la cuestión de la legitimidad de la intervención resocializadora a los métodos empleados y el respeto de la libertad individual del condenado (53).

Una definición válida del concepto de reinserción social nos la ofrece Bueno Arús, catalogándolo como una «segunda socialización (54)» (55), o como con acierto afirma Mapelli, «volver a meter una cosa en otra (...), siendo un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación» (56). Por su parte, la reeducación es considerada por el último citado como una «manipulación, dominio o imposición de valores», sirviendo así para «compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad» (57).

---

(52) Vid. BUENO ARÚS, F., «A propósito de la reinserción social del delincuente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp. 65 ss.

(53) Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria», en *Papers de estudis i formació*, núm. 12, diciembre 1993, apto. IV.

(54) Considera Barbero Santos que socializar «no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que pueda repudiar». Cfr. BARBERO SANTOS, M./MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «La ley de Peligrosidad y Rehabilitación social Su reforma», en *Doctrina Penal*, 1979, p. 229.

(55) Cfr. BUENO ARÚS, F., *La resocialización del delincuente...*, op. cit., pp. 233 y 235.

(56) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, op. cit., p. 151.

(57) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, op. cit., p. 150, quien a su vez aporta otras definiciones, Vid. MAPELLI CAFFARENA: *Últ. op. cit.*, pp. 99 y 152. Otras definiciones de referencia, proceden de, entre otros, SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», en *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica de la UNED*, núm. 1, 2006, p. 1; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario...*, op. cit., p. 152; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F., «El nuevo Derecho Penal español», *Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Madrid, 2001, p. 41; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, op. cit., pp. 99 y 152.

La reinserción social contiene prácticamente dos exigencias (58), a saber, que las penas no sean de excesiva duración, de modo que pueda transformar la finalidad constitucional en ilusoria (59), o incluso que aniquile a la persona (60); y por otra parte, que se fomente en todo caso el contacto del individuo con la sociedad en la que deberá integrarse algún día. En este sentido, como expusiera Normandeu, «la justicia social es más importante que la justicia penal. Si la primera gozara de buena salud, no tendríamos necesidad apenas de la segunda, ni tendríamos ya necesidad ni de rehabilitación ni de punición» (61).

El debate acerca de la reinserción social no ha resultado ser una cuestión baladí (62). Cierta sector doctrinal (63) ha defendido la tesis de que el fin que deben perseguir las instituciones penitenciarias, cumpliendo con la orientación que el texto constitucional dirige al legislador penal y penitenciario, debe ceñirse a la consecución de la no desocialización (64), y no a la resocialización, considerando a ésta

(58) Vid. CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos», en *Jueces para la Democracia*, núm. 32, 1998, p. 39.

(59) Vid., en este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pp. 69-71.

(60) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo» a Carlos García Valdés, en GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario en España. Investigación histórica y sistemática*. Madrid, 1975, p. 30.

(61) Cfr. NORMANDEAU, A., «Le mythe de la réhabilitation», en *Revue de Droit penal et de Criminologie*, núm. 1, 1978, p. 408.

(62) Vid. ZAPICO BARBEITO, M.: *¿Un derecho fundamental a la reinserción...*, op. cit., p. 922.

(63) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, M., *La supuesta función resocializadora...*, op. cit., p. 93; MUÑOZ CONDE, F., «Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles», en *La reforma penal*, Madrid, 1982, p. 118; el mismo: «La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad», en *I Jornadas Penitenciarias andaluzas*, Sevilla, 1983, pp. 94 y 104; DE LA MORENA VICENTE, E., «Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria», en «Normativa Laboral Penitenciaria. Situación y desarrollo», *I Jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios»*, Madrid, 1982, p. 76; MIR PUIG, C., *Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona, 1994, p. 41.

(64) Destacando los efectos desocializadores, y no resocializadores, que emana de la privación de libertad, y confirmando la gran dificultad de su consecución, Vid. RÍOS MARTÍN, J. C., «Cárcel y Derechos Humanos», en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (Dir. BALADO, D./GARCÍA REGUEIRO, J. A.), Barcelona, 1998, pp. 615-622; el mismo: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. Madrid, 2009, pp. 85 y 86; MUÑOZ CONDE, F., *Resocialización y tratamiento...*, op. cit., p. 107; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora...*, op. cit., p. 250; el mismo: «Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias», en VV. AA., *Comentarios a la legislación penal*,

incluso como un desiderátum (65), utopía (66) o una mitología (67), siendo suficiente solamente el hecho de que no salgan reclusos de los establecimientos penitenciarios peor de como ingresaron, o lo que es lo mismo, que no acaben prisionizados (68), para lo cual, consideran

T. 6, vol. I. Madrid, 1997, pp. 30 y 31; MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente...*, op. cit., pp. 96 y 97, 387 y 390; BAJO FERNÁNDEZ, M., «Tratamiento penitenciario y concepción de la pena», en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria*. T. I. Barcelona, 1983, p. 39; MANZANOS BILBAO, C., «Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras», en VV. AA., *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Tercera Ponencia: «Resolución y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites». Barcelona, 1994, pp. 127 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 33 y 34; MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 102.

(65) Acerca de la resocialización como desiderátum, Vid. NEUMAN, E., *Aspectos penológicos*, en NEUMAN, E./RURZUN, V. J., *La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*. Buenos Aires, 1977, p. 18; TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 34; DÍEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, 2003, p. 302. Sin embargo, no puede considerarse un desiderátum porque entonces la finalidad constitucional quedaría vacía de contenido, aspecto que no creemos que sea una práctica real, máxime cuando la ley penitenciaria persigue y reconoce la búsqueda de «desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general». En este sentido, véase el artículo 59 LOGP, definitorio del título específico del tratamiento penitenciario. Sobre el mismo, Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación...*, op. cit., p. 191.

No obstante, apunta De la Cuesta Arzamendi que las críticas existentes contra el ideal resocializador no pueden considerarse definitivas y suficientes como para determinar un rechazo definitivo al concepto resocializador. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *La resocialización: objetivo...*, op. cit., apto. IV. Y es que, como afirmaba Bueno Arús, en relación a la referencia mitológica que cierto sector doctrinal defiende, afirmaba con buen tino que son muchos los mitos existentes en nuestra sociedad, los cuales incorporan «ideas que la sociedad nos impone como básicas para su existencia y desarrollo: la justicia, la libertad, la democracia, la solidaridad, (...)». Cfr. BUENO ARÚS, F., *A propósito de la reinserción social...*, op. cit., pp. 61 ss. En síntesis, la reeducación puede concebirse como la nivelación de asimetrías sociales y déficits culturales, en tanto que la reinserción implica aquella disposición de medios de diversa índole, para mantener una vida digna en libertad, minimizando la posible desocialización propia de la prisión. Vid. ZAPICO BARBEITO, M., *¿Un derecho fundamental a la reinserción...*, op. cit., p. 924.

(66) Vid., entre otros, PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México, 1999, p. 87; el mismo: «Fuera de los muros de la cárcel: la dislocación de la obsesión correccional», en *Poder y Control*, núm. 0, 1986, pp. 155-174; BERGALLI, R., «Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España», en *Doctrina Penal*, núm. 36. Buenos Aires, pp. 577-597.

(67) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente...*, op. cit., *passim*.

(68) Define la prisionización Mapelli como aquella «sintomatología del aislamiento fácil de reconocer. Quien la sufre tiene desde problemas sensoriales, como

que podrían plantearse seriamente medidas que sustituyeran totalmente a la prisión (69). Así, el Tribunal Constitucional ha manifestado, en virtud de sentencias 112/1996 y 109/2000, que «el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena». Es en esta postura donde tendría cabida la exposición de Antón Oneca, cuando afirmara que «al Estado le basta con que sus súbditos discurren por el cauce de la ley y cooperen, más o menos de su grado, a los fines colectivos» (70).

Podemos afirmar que existen dos concepciones distintas, en líneas generales, acerca de la reeducación y reinserción social en relación al fin de las penas (71). Por un lado la expiación o retribución (72); y por

---

pérdida de visión (ceguera de prisión) debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculación con el exterior y del interés (...). Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., «Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)», en VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. «Libro Homenaje al Prof. Dtor. D. Ángel Torío López». Granada, 2000, p. 628. Acerca de este fenómeno, *Vid.*, también, ALARCÓN BRAVO, J., «Tratamiento penitenciario», en GARRIDO GENOVÉS, V./VIDAL DEL CERRO, M.<sup>a</sup> B., *Lecturas de pedagogía correccional*, Valencia, 1987, p. 178; MANZANOS BILBAO, C., *Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar*. Bilbao, 1991, pp. 106-124; CABRERA CABRERA, P. J., «Cárcel y exclusión», en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pp. 87 y 88.

(69) En este sentido, *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., *La nueva penología*. Madrid, 1977. Puede mencionarse, entre las medidas sustitutivas, la suspensión de penas configurada en el Código Penal actual; la sustitución de condenas; la pena de multa; los trabajos en beneficio de la comunidad; la potenciación de la localización permanente; y la aplicación de los medios telemáticos penitenciarios, entre otras. En sentido similar, *Vid.* CÓRDOBA RODA, J., «La pena y sus fines en la Constitución española de 1978», en *Papers*, núm. 13, 1980, p. 139; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, p. 135.

(70) Cfr. ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Salamanca, 1944, pp. 73 y 74.

(71) *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», en *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, 2005, pp. 217-219.

(72) En este sentido, *Vid.*, entre otros, ROXIN, C., «Derecho Penal, Parte general». Tomo I, Fundamentos. *La estructura de la teoría del delito* (traducción de D. M. LUZÓN PEÑA, y otros), Madrid 1997, pp. 81-103; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 116-132; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines...*, *op. cit.*, pp. 87-174.

otro, la disuasión y prevención de la reincidencia delictiva. Dentro de esta prevención, podemos hallar la de carácter general, dirigida al colectivo de la ciudadanía, cuya finalidad no es otra que la de intimidar y amenazar a los delincuentes potenciales de las posibles infracciones penales; y la especial, encaminada al delincuente, que a su vez puede ser de índole negativa, lo que se asociaría con el fenómeno de la subcultura carcelaria, desocialización; y de carácter positivo, que consiste en el alcance de la reeducación y reinserción social o resocialización.

Pudiera surgir el interrogante de cómo puede ser resocializado un individuo en un ambiente que, a su vez, necesita ser resocializado, y se encuentre en una situación de no libertad. En este sentido, Bueno Arús entiende que no es posible descalificar la orientación constitucional por el mero hecho de su no consecución (73). Existirán condenas de excesiva duración que dificulten la consecución del fin constitucional, por su evidente desvinculación social y desarraigo social que implica, pero también existen condenas de corta duración, que por su naturaleza no permitirán la finalización de un programa resocializador, y por tanto, no podrán dar cumplimiento al mandato constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia 19/1988, concluía que, efectivamente, las penas de corta duración «se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución (...)»; o el mismo Tribunal Supremo, en virtud de sentencias de 9 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, dispuso que «el carácter orientador del artículo 25.2 CE ha de ser entendido como postulado a seguir por la administración penitenciaria señalando el tratamiento que ha de dispensarse al interno cuando ello sea posible, pues existen supuestos en los que tal criterio orientador es imposible o de difícil consecución, piénsese en supuestos como las penas privativas de libertad de corta duración, o las impuestas a personas que no necesitan de reeducación o reinserción, como los delincuentes ocasionales, pasionales o, incluso, económicos, o a los delincuentes denominados de convicción, que no quieren la reeducación. En estos supuestos la constitucionalidad de la pena no es dudosa, pues cumple unas finalidades distintas del criterio de reeducación y reinserción».

Por otro lado, la reeducación, tal y como aparece en la literalidad del mandato constitucional, viene de la mano de la resocialización, aspirando aquella, en palabras de Mapelli Caffarena, «a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso

---

(73) Vid. BUENO ARÚS, F., *A propósito de la reinserción social...*, op. cit., p. 65.

de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución» (74). Podríamos entender tal concepto como una orientación al sujeto, encaminada hacia los valores dominantes en una determinada colectividad (75). Aquí resulta colacionable lo dispuesto en el texto constitucional, en su artículo 27.2, el cual prescribe que «*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*». Previamente, en el párrafo primero, se reconoce que «*todos tienen derecho a la educación*», sin objetar ningún tipo de distinción por la situación procesal en la que se encuentren las personas. Por tanto, para el autor citado, reeducar en el espacio intramuros supondrá «compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tenga un acceso a la cultura y a un desarrollo integral de la personalidad» (76), de forma similar o superior (para fortalecer el autocontrol y la responsabilidad, en aras de reducir el pronóstico delictivo) (77) a la que se ofrece a la ciudadanía en general (78).

A pesar de que el Tribunal Constitucional ha venido rechazando el sentido positivo de la reinserción social en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, inclinándose más bien, en pureza, como afirma Cervelló Donderis, por una «no obstaculización de dichos objetivos, es decir, se trataría no tanto de conseguir la reinserción sino de no impedirla» (79). Y es que, para la autora citada, «el futuro se ha de orientar a la recuperación del espíritu resocializador de la prisión que tiene como pilares inquebrantables el fomento de alternativas (80), la

(74) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», en *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, 1983, p. 22.

(75) Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J., «El valor constitucional del mandato resocializador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, septiembrediciembre, 2001, p. 76.

(76) Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, op. cit., p. 150.

(77) Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., «El fracaso de la rehabilitación: un diagnóstico prematuro», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 232-235, 1981, pp. 905-942; el mismo: «El tratamiento penitenciario, en la encrucijada», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 236, 1986, pp. 24 ss.

(78) Vid., al respecto, BUENO ARÚS, F., *A propósito de a reinserción social...*, op. cit., p. 69.

(79) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., *El sentido actual del principio constitucional...*, op. cit., p. 219.

(80) Pese a que la exposición de motivos del Proyecto de LOGP, manifestaba que «las prisiones son un mal necesario», habría que contemplar más alternativas a la misma, junto con los ya existentes, como la suspensión de la ejecución de condenas; sustitución de la prisión; potenciación del régimen abierto penitenciario y la libertad condicional; principio de flexibilidad penitenciario; dispositivos telemáticos; e incluso facilitar la concesión de los beneficios penitenciarios.

humanidad del cumplimiento, los contactos con el exterior y una duración respetuosa con la dignidad humana» (81). Por lo tanto, hay que tratar de evitar la creación de sociedades carcelarias, que tienden a despersonalizar a los individuos a través de las subculturas criminales (82).

En cualquier caso, para dar cumplimiento al mandato constitucional, se deberá por tanto, preparar a los penados para su futura puesta en libertad, ofreciendo todos los medios y recursos existentes por parte de la Administración, acercando y preparando a la sociedad para el futuro retorno de tales individuos, y removiendo, en todo caso, cualquier obstáculo que pudiera interponerse en tal camino resocializador. En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado que los fines de la reeducación y reinserción social obligan directamente «al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atiende a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de delitos, lo que atenderá a la reeducación».

Asimismo, el Tribunal Supremo ha manifestado que «el delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológicas con efectos meramente preventivos, sino que se alzapriman y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena. Todo cuanto contradiga y se enfrente con semejante faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional».

En definitiva, desde un prisma constitucional, resocializar no sería otra labor que la de «educar para la convivencia» en una sociedad pluralista, que no renuncia al respeto de la legalidad formal por parte de la ciudadanía. Así, el tratamiento penitenciario debe configurarse como una oferta y puesta a disposición de medios, como un «camino hacia el desarrollo integral de la personalidad, que ha de tener como consecuencia el respeto a los principios democráticos de convivencia (que son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político) y a los derechos y libertades fundamentales» (83), fundamento del orden político y de la paz social.

---

(81) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., *El sentido actual del principio constitucional...*, *op. cit.*, p. 233.

(82) Vid. ZAPICO BARBEITO, M., *¿Un derecho fundamental a la reinserción...*, *op. cit.*, p. 923.

(83) Cfr. BUENO ARÚS, F., *A propósito de la reinserción...*, *op. cit.*, p. 60.

Finalmente, y respecto de las garantías de protección del nuclear precepto constitucional resocializador, el artículo 53.1 de nuestra Constitución establece que «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)», pudiendo cualquier ciudadano recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en los criterios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (84). Sin embargo, el artículo 25.2 CE, pese a reconocerse constitucionalmente con fines orientativos, no indica que sean auténticos derecho subjetivos de los condenados, hecho que impedirá recurrir, en su caso, al amparo constitucional referido (85).

En cualquier caso, la resocialización sólo podrá conseguirse desde el marco de la voluntariedad del individuo.

#### 4. LA RESOCIALIZACIÓN COMO ORIENTACIÓN, FIN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, O DERECHO FUNDAMENTAL

Para quien fuera un referente de la escuela clásica alemana de gran prestigio y reconocimiento internacional, Von Liszt, la pena cumple una de sus distintas funciones (86) a tenor de la clase de delincuente

(84) En este sentido, expone el artículo 161 del texto constitucional que «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada; b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. (...)».

(85) Acerca del recurso de inconstitucionalidad, o el de amparo, en el caso de que fuera derecho fundamental, *Vid.* URÍAS MARTÍNEZ, J., *El valor constitucional...*, *op. cit.*, pp. 56 ss.

(86) Acerca de los fines de las penas, *Vid.*, entre otros, 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. Francisco Giner. Madrid, 1876; FERRI, E., *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*. Trad. Pérez Oliva. Madrid, 1887; GARÓFALO, R., *La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. La España Moderna*.

de que se trate. Ofrecerá una función intimidatoria, correctiva, o ino-cuizadora, cuando se trate de delincuentes ocasionales o racionales, delincuentes susceptibles de corrección, o habituales no susceptibles de corrección ni intimidación, respectivamente (87). En este sentido, la tesis de la prevención (88) especial o resocialización que defiende Von Liszt para evitar la reincidencia de los delincuentes, puede sintetizarse en intimidación (delincuente ocasional), resocialización (habitual corregible) e ino-cuización (incorregible).

Por su parte, complementando al gran artífice autor alemán, Roxin (89) define las fases diversas en las que aparece en escena la pena, a saber, conminación, imposición y ejecución de la misma. A excepción de la primera fase, el objetivo a cumplir no sería otro que el de la reincorporación del delincuente a la sociedad (90) a través de la resocialización (91).

Ahora bien, en sintonía con la aplicación del Derecho penal, y por tanto, con el campo de la ejecución de condenas, con mucho acierto, Gimbernat realza el logro conseguido con la aplicación del derecho penal como última ratio, al afirmar que «la ejecución de las penas debe evitar todo sufrimiento inútil, es decir, que no sirva a la resocialización del delincuente; pues porque ignoramos las motivaciones y la libertad con que ha actuado el que infringe la ley penal, carecemos

---

Madrid, 1900; LUZÓN PEÑA, M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, 1979; GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema de penas en el futuro Código Penal*, en «La reforma del Derecho Penal. Barcelona, 1980; el mismo: «Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal», en *Estudios de Derecho Penal*, 1990; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*. Madrid, 1987; VON LISZT, F., *La idea del fin...*, op. cit.; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. VVAA. Madrid, 1997; ROXIN, C., *Derecho penal...*, op. cit.; JAKOBS, G., «Sobre la teoría de la pena». Trad. Cancio Meliá, en *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, núm. 16, Colombia, 1998.

(87) Vid. VON LISZT, F., *La idea del fin...*, op. cit., pp. 82 ss.

(88) Acerca de la teoría de la prevención especial, tanto positiva como negativa, Vid. LÓPEZ MELERO, M., *La reeducación y la reinserción...*, op. cit., pp. 634 ss., quien cita como precursores de los primeros indicios de dicha prevención a Platón y Séneca, en sus respectivas obras, «Las leyes», y «De la cólera».

(89) Vid. ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del derecho estatal*, traducido por Luzón Peña. Madrid, 1976, pp. 18 ss.

(90) En este sentido, para Zapico, la reeducación y reinserción social son fines mediatos de la pena, Vid. ZAPICO BARBEITO, M., *¿Un derecho fundamental a la reinserción...*, op. cit., p. 925, cuya esencia es la de permitir en todo caso la posibilidad de reinsertarse en la sociedad, alcanzando a través de todo un ordenamiento jurídico alentador, la prevención especial positiva, considerada como resocialización de los delincuentes.

(91) Pese a que reeducación y reinserción social se ha asimilado al concepto de resocialización, ni la LOGP, ni la Constitución española han utilizado dicho término, y ello en base a una más que segura ausencia de precedentes legislativos. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, op. cit., p. 150.

también de base y de justificación para reconducir la represión del delito a principios retributivos» (92).

Por otra parte, y centrándonos en el gran debate doctrinal y jurisprudencial del precepto constitucional que es objeto de estudio en este análisis (art. 25.2 CE), cabe afirmar que el mismo ha mostrado una magnitud tal, que ha mostrado incluso serias contradicciones entre el más alto órgano jurisdiccional en materia constitucional, el Tribunal Constitucional, intérprete de la misma, y el hermano mayor en materia jurisdiccional de todos los órdenes, el Tribunal Supremo.

Se ha debatido ampliamente acerca de si la reeducación y reinserción social son un derecho fundamental constitucional; un fin de las penas privativas de libertad; o, si por el contrario, se trata de una mera orientación política hacia el legislador penal y penitenciario. Desde una perspectiva de considerar tales principios como un derecho fundamental, parte de la doctrina considera que al haber ubicado el legislador constitucional tal directriz en la sección primera, capítulo segundo, del título primero, bajo la rúbrica «De los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», se debería catalogar a la resocialización como un auténtico derecho fundamental, reconociendo un derecho subjetivo para los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, habida cuenta que la intención del constituyente no fue otra que la de otorgarle un plus (93), con respecto a otros derechos que no son, en puridad, fundamentales. Así, advierte Cid Moliné al respecto, que si el constituyente ha ubicado el precepto específicamente en el artículo 25, incorporado en un título, capítulo y sección tan concreta, no puede entenderse por ello que sea una mera orientación, sino una prescripción de la que se derivan derechos fundamentales para las personas (94). El peso argumentativo de tal línea de pensamiento tiene su original fundamento en el trascendental principio constitucional de la dignidad humana, tipificado en el artículo 10.1 CE. ATC 15/1984, de 11 de enero, «no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (...)» (95). Sin embargo, en una posición

---

(92) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo...*, *op. cit.*, p. XIII.

(93) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 154, 157, 165; el mismo: «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en «Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales». Jornadas Penitenciarias organizadas por la Associació Catalana de Juristes Demòcrates, Barcelona, 1994, p. 24.

(94) Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, p. 157; CID MOLINÉ, J., *Derecho a la reinserción...*, *op. cit.*, p. 40 y 41.

(95) En el mismo sentido, ATC 739/1986, de 24 de septiembre; y ATC 361/1990, de 15 de octubre.

contraria a lo expuesto, el ATC 360/1990, de 5 de octubre, manifestó que «el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección primera del capítulo segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas; algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posee en enunciado».

Otro sector doctrinal (96), considera que no son derechos fundamentales, considerando, con mayor o menor intensidad, que no todos los derechos que se incluyen en dicha sección constitucional, son derechos fundamentales, al comprender dicha sección un cierto carácter heterogéneo (97). Sin embargo, como mero mandato orientador dirigido al legislador, su ubicación en el texto constitucional debiera entonces haber estado en el Capítulo III (98), del Título I, cuya rúbrica es «De los principios rectores de la política social y económica». En este sentido, señala el artículo 53.3 CE que estos principios «informarán la legislación positiva, la práctica jurídica y la actuación de los poderes públicos» (99).

---

(96) *Vid.*, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines...*, *op. cit.*, p. 37; DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. Extra, 1, 2004, p. 352. Así mismo, con anterioridad, *Vid.* SERRANO ALBERCA, J. M., «Comentario al artículo 25.2», en *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 2001, p. 602.

(97) *Vid.* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Régimen constitucional de los derechos fundamentales*, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L./DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 85 y 86. En este sentido, resalta Delgado del Rincón que «estamos ante una norma de principio, esto es, ante un precepto orientador de la política penal y penitenciaria que vincula por igual a todos los poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial». Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *El artículo 25.2 CE...*, *op. cit.*, p. 366.

(98) *Vid.* BUENO ARÚS, F., «Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho», en VV. AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra, 2005, p. 154; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Consideraciones sobre los fines...*, *op. cit.*, p. 31.

(99) Al respecto, en una línea que manifiesta no reconocer la resocialización como derecho fundamental, *Vid.*; SSTC 2/1987; SSTC 28/1988, de 23 de febrero; SSTC 150/1991, de 4 de julio; SSTC 209/1993, de 28 de junio; SSTC 55/1996, de 28 de marzo; SSTC 112/1996; SSTC 119/1996, de 8 de julio; SSTC 2/1997, de 13 de enero; 81/1997; SSTC 193/1997; SSTC 234/1997; SSTC 19/1998, de 16 de febrero; 75/1998; SSTC 79/1998, de 1 de abril; SSTC 88/1998; SSTC 109/2000; SSTC

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha posicionado uniforme en cuanto a negar que la resocialización sea el fin primordial de las penas privativas de libertad, así como también ha negado que supongan ser un derecho fundamental, pese a la existencia de indicios evidentes de contradicción por este órgano judicial. El Tribunal Supremo, por su parte, en distintas manifestaciones, como sintetizaremos a continuación, en ocasiones se pronunció en una línea contraria a la del más alto intérprete en materia constitucional. Bajo esta premisa, la SSTC 19/1988, de 16 de febrero de 1988, establece que «(...) de esta declaración constitucional no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la constitución la aplicación de una pena pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista». En otra sentencia, se dispone que el artículo 25.2 «no genera un derecho subjetivo a que cada aspecto de la organización de la vida en prisión se rija exclusivamente por el mismo, con independencia del también «fin primordial» de las instituciones de «retención y custodia de detenidos, presos y penados» que comporta «garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro». Por tanto, en esta resolución pareciera incluso disminuir el carácter resocializador a un estadio incluso inferior al de mero mandato orientador hacia el legislador español.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia 19/1988, de 16 de febrero, ha manifestado que «no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, que se ha de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista». Continúa la misma que «puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad –y las medidas a ellas asimiladas por la ley, como ésta que consideramos– se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, ésta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización –que

---

120/2000; SSTC 8/2001; SSTC 116/2002; SSTC 115/2003; 202/2004; así como los Autos del Tribunal Constitucional, ATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985; 303/1986; 739/1986; 780/1986; 1112/1988; 106/1997; 219/1998. Asimismo, acerca de que no es un derecho fundamental, *Vid.* CASAS BAAMONDE, M. E./RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M./BRAVO-FERRER (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2008, p. 763.

no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva— han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada (...). Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2000, de 10 de mayo (100), expuso que «el artículo 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles —prevención especial, retribución, reinserción, etc.— ha optado por una concreta función de la pena».

Pareciera pues que para el Tribunal Constitucional no sería inconstitucional una norma que diera prioridad a una finalidad de las penas privativas de libertad que no fuera eminentemente resocializadora, pese a que en las mismas fuera difícil apreciar cierto cáliz resocializador, como sucedió con los FIES, la LO 7/2003, de 30 de junio, o con la proyectada prisión permanente revisable (101). Habría que buscar, en todo caso, un equilibrio y la compatibilidad de los fines de la pena existentes. En este sentido, los artículos 1 LOGP, y 2 RP, respectivamente, presentan como denominador común, que las instituciones penitenciarias en España «tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales

(100) En la misma dirección que la STC 150/1991.

(101) Acerca de la prisión permanente, inconstitucional, *Vid.*, entre otros: MAPELLI CAFFARENA, B., «La cadena perpetua», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, abril, 2010; CUERDA RIEZU, A., *Cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona, 2011; el mismo: «Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión», en *Otrosí*, núm. 12, octubre-diciembre, 2012, reproducido en <http://boletintokata.files.wordpress.com/2012/10/inconstitucionalidad-de-la-prisic3b3n-permanente-revisable-y-de-las-penas-muy-largas-de-prisic3b3n.pdf>; GARCÍA VALDÉS, C., *El doble flujo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua*, reproducido en <http://www.cuartopoder.es/soldeinvierno/el-doble-flujo-de-la-legislacion-penal-y-sus-limites-la-cadena-perpetua/2597>; JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXV, Madrid, 2012, pp. 127-153; CANCIO MELIÁ, M., «La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma de Código Penal», en *Diario La Ley*, núm. 8175, Sección Tribuna, 22 Oct. 2013, Año XXXIV, Ref. D-359; LEGANÉS GÓMEZ, S., «La prisión permanente revisable y los beneficios penitenciarios», en *La Ley Penal*, septiembre-octubre, 2014, pp. 20-31; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Una propuesta revisable: la prisión permanente», en *La Ley Penal*, septiembre-octubre, 2014, pp. 75-87.

privativas de libertad», así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados, a la par que labores de asistencia social.

En una posición parcialmente opuesta a la del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha señalado, en virtud de STS de 20 de abril de 1999, que «la orientación de las penas a reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse a la sociedad, por lo que debe ser «preparado para ella y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción». Aunando dicha postura, la STS de 1 de junio de 1990, dispuso que «el artículo 25.2 de la Constitución española superpone los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias (...). La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo y sancionador tiene que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización (...)

Es de destacar la apreciación de una muestra máxima de contradicción, por parte del TC, hallada en la STC 112/1996, de 24 de junio, relativa a los permisos de salida, vinculándolos al principio constitucional de la reeducación y reinserción social, estableciendo que «la posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (...). Este tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a estos objetivos sin que estos sean su única finalidad (...). Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación para la vida en libertad del interno (...) pero, al mismo tiempo, son una vía fácil, de eludir la custodia, y por ello u concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la ley. No basta entonces con que estos concurren, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados». En este sentido,

se deduce de la resolución (102) que al cumplirse los requisitos legales y reglamentarios establecidos, los condenados a pena privativa de libertad adquieren un derecho *prima facie* a que se atienda a su reinserción social mediante los permisos de salida penitenciarios. Sería, no obstante, la STC 81/1997, de 22 de abril (103), la que retornase tal cuestión a la anterior concepción resocializadora por parte del Tribunal Constitucional. Este fue un punto de inflexión respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cual supuso una dosis adicional de las contraposiciones relativas al debate doctrinal que ya imperaba.

No obstante, todo sea dicho. Y es que, pese a las divergencias jurisprudenciales y doctrinales (104) existentes, es evidente que el alto órgano judicial en materia constitucional es el que resulta competente respecto de la interpretación definitiva de la letra de la Constitución.

En cualquier caso, el precepto constitucional, en palabras de Bueno Arús, hubiera ofrecido un menor debate doctrinal y jurisprudencial si la redacción hubiera sido que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad «(...) estarán orientadas preferentemente (...)» (105). Sin embargo, la realidad no es otra que la incandescente guerra de criterios de interpretación abiertos desde la redacción constitucional hasta la actualidad.

Resulta interesante el interrogante que plantea García-Pablos, relativo a qué ocurriría en el caso de que existiese colisión entre los distintos fines que reconoce la legislación penitenciaria, relativos a la reeducación y reinserción social, retención y custodia, y asistencia

(102) Vid. CID MOLINÉ J., *Derecho a la reinserción...*, *op. cit.*, p. 45.

(103) Un análisis exhaustivo de estas sentencias, lo realiza CID MOLINÉ, J., *Derecho a la reinserción...*, *op. cit.*, pp. 36, 44 ss. Tal posicionamiento genera, para Cid Moliné, que el artículo 25.2 hace una «declaración sobre los fines de la pena cuando lo que en verdad contiene es un principio penal» que va implícito en el precepto.

(104) Acerca de la polémica doctrinal relativa a la reeducación y reinserción como fin de la pena, Vid. LAMARCA PÉREZ, C., *Régimen penitenciario y derechos...*, *op. cit.*, pp. 213 ss. Así mismo, Vid., entre otros, BOIX REIG, J., *Significación jurídico-penal del artículo 25.2...*, *op. cit.*, pp. 107 ss.; BUENO ARÚS, F., «Las normas penales en la Constitución española de 1978», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1979, pp. 25 ss.; COBO DEL ROSAL, M./BOIX, J., *Derechos fundamentales del condenado...*, *op. cit.*, pp. 217 ss.; CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines...*, *op. cit.*, pp. 129 ss.; ESCRIBA GREGORI, J. M., «Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución», en *Papers*, núm. 13, 1980, pp. 141 ss.; SOBREMONTA MARTÍNEZ, J. E., «La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980, pp. 93 ss.; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Teoría de la pena y Constitución», en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 7, 1982-1983, pp. 224-280.

(105) Cfr. BUENO ARÚS, F., *Las normas penales en la Constitución...*, *op. cit.*, p. 838.

social, por cuanto a que no existe, a priori, un orden de prelación jerárquico (106). En este sentido, consideramos que a tenor de la exposición constitucional desarrollada en el precepto 25.2, la orientación debe ser la de conseguir un espíritu resocializador en las personas privadas de libertad, en consonancia con el resto de fines de las penas, por lo que la retribución e intimidación se justifican con el fin normativo penitenciario de la retención y custodia, sin el cual, como es obvio, no podrían realizarse el resto de fines.

Considerar la resocialización como un derecho fundamental, tendría base sólida argumentativa en que existe jurisprudencia contradictoria del propio Tribunal Constitucional, como se ha dicho, que resolviendo expresamente sobre un recurso de amparo en materia de permisos de salida, reconoció que se derivaban derechos subjetivos del precepto que orienta las penas a la reeducación y reinserción social. De todos modos, no podría confundirse la consideración o no de derecho fundamental con el fundamento estricto de la pena (107), ya que aquel afectaría exclusivamente a la fase de ejecución de la pena.

Sin embargo, reconocer la resocialización como un derecho fundamental supondría que la pena tendría una función eminentemente resocializadora, en detrimento del equilibrio ponderado existente hoy en día, entre la prevención general y especial de las penas. Desde luego, si el único fin fuera el resocializador, cuando este se alcanzase, no tendría sentido continuar con el cumplimiento de la pena; y si un individuo se encontrase inicialmente resocializado, no tendría sentido su ingreso en prisión. Intimidación, retribución y prevención general son principios que siempre permanecen en la sombra de la resocialización, equilibrando la balanza constitucional.

Tras lo expuesto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que el precepto constitucional señala «un norte para la política penitenciaria, en el marco normativo y en la fase de ejecución (...)» (108), o lo que es lo mismo, que vincula a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones. De hecho, señala el alto tribunal en materia constitucional, que «el mandato presente en el enunciado inicial de este artículo 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada (...)» (109);

(106) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Funciones y fines...*, *op. cit.*, p. 36.

(107) Vid. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, I., *Derechos fundamentales del condenado...*, *op. cit.*, pp. 219 y 222-223; COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M., «Comentario al artículo 25. Garantía penal», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo III, Madrid, 1996, pp. 140 y 141.

(108) Cfr. SSTC 19/1988, de 16 de febrero (F. J. 9.º); y 209/1993, de 28 de junio (F. J. 4.º).

(109) Cfr. SSTC 19/1988, de 16 de febrero (F. J. 9.º).

consideración que también comparte el propio Tribunal Supremo (110), al manifestar que «la Constitución española en su artículo 25 establece el principio de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la rehabilitación social del que las sufre, y como la Constitución no distingue, esta finalidad esencial debe procurarse no sólo en el momento legislativo de fijar en la Ley la pena correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo del cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la sentencia la pena correspondiente, o de determinar –en pleno uso de la jurisdicción– el límite punitivo que, por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una sentencia» (111).

Podríamos establecer, sintetizando, que en el ámbito penitenciario, el Tribunal Constitucional ha hecho efectivo el principio básico que consagra la CE, y es que el recluso no deja de ser una persona titular de derechos y obligaciones por el hecho de ingresar en prisión, sino que conserva sus derechos fundamentales no afectados por la resolución judicial condenatoria. En este sentido, el Tribunal se ha manifestado en relación a los derechos de los reclusos que son susceptibles de amparo constitucional, los cuales, sin adentrarnos en profundidad, avanzamos que el mismo incluía: el derechos a la vida e integridad física (art. 15 CE), el derecho a la libertad (art. 17 CE), el derecho de reunión (art. 21 CE), el derecho al trabajo (art. 25.2 y 28 CE), el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] (el uso del euskera en el procedimiento sancionador), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) el derecho a elegir libremente residencia y circular por el territorio (art. 19 CE) el derecho a recibir información veraz [art. 20.1 d) CE]; el principio de legalidad (art. 25.1 CE) el derecho a la educación (art. 27.1 CE) así como la inexistencia a un derecho a la reinserción o reeducación social. Pocos han sido los derechos fundamentales de los reclusos que han quedado fuera del prima del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, el contenido del artículo 25.2 CE podría ser objeto de protección mediante una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tri-

---

(110) Sin embargo, en un momento inicial, el Tribunal Supremo consideró que el destinatario era el legislador únicamente. *Vid.* ATS, Sala 2.ª, de 4 de diciembre de 1990; y STS de 25 de marzo de 1993.

(111) Cfr. SSTS, Sala 2.ª, de 18 de mayo de 1995 (F. J.4.º); y de 30 de diciembre de 1999 (F. J.3.º).

bunal Constitucional, para el caso en el que una norma legal penitenciaria resultase ser contraria a lo dispuesto en la Carta Magna; y en el caso de ser contraria una norma de carácter reglamentario, serían los tribunales quienes pudieran derogarla (112). Así, podría resultar, en cierto modo, inconstitucional, tal y como se ha considerado por un amplio sector doctrinal, la configuración de penas privativas de libertad que supongan una suerte de cadena perpetua, o reformas legales introducidas en el cuerpo punitivo, tales como la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que elevó el máximo tiempo de cumplimiento de condenas, de 30 a 40 años, en determinados casos; y que, entre otras medidas, introdujo un período de seguridad, que limitaba para algunos delitos, y para determinadas condenas, la posible clasificación o progresión al tercer grado, por parte de los penados (113).

En esta línea, se ha considerado que todo cumplimiento efectivo de condena superior a 30 años, podría ser inconstitucional. La STS de 30 de mayo de 1992, manifestó que «no puede conseguirse, o resulta

(112) En este sentido, *Vid.* DELGADO DEL RINCÓN, L. E., *El artículo 25.2 CE...*, *op. cit.*, pp. 335 ss.

(113) Para mayor información acerca de las consecuencias de esta norma, *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ CAMPO, E., «El principio de flexibilidad en la ejecución penal», en *Estudios Jurídicos*, núm. 4, 2003, pp. 403-432; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal», en *Revista Xurídica galega*, núm. 38, 2003, pp. 13 ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El cumplimiento íntegro de las penas», en *Actualidad Penal*, núm. 1, 2003, pp. 195-214; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 25 y 286; el mismo: «El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad», en VVAA., GARCÍA VALDÉS, C./VALLE MARISCAL DE GANTE, M./CUERDA RIEZU, A. R./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁZER GUIRAO, R., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid, vol. 2, 2008, pp., 2405, 2420 ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A., «La ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia», en *La Ley*, núm. 4, 2003, pp. 1641-1651; CERVELLO DONDERIS, C., «Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria», en *La ley penal*, núm. 8, 2004, pp. 13 ss.; la misma: «La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 84, 2005, *passim*; JUANATEY DORADO, C., «La ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal», en *La Ley penal*, núm. 9, 2004, pp. 5-30; RÍOS MARTÍN, J. C., «Reflexiones sobre la Ley 7/2003: el incremento de la violencia punitiva», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. extraordinario, 2, diciembre, 2004, pp. 101-194; LEGANÉS GÓMEZ, S., «Crónica de una sentencia anunciada: el período de seguridad», en *La ley penal*, núm. 37, 2007, pp. 116-130; el mismo: «Clasificación en tercer grado y medio abierto (I)», en *La ley penal*, núm. 67, enero, 2010, pp. 1 ss.; el mismo: «La prisión abierta. Nuevo régimen jurídico». Valencia, 2013, pp. 121 ss.; GUINOT MARTÍNEZ, M., «Problemas aplicativos del denominado periodo de seguridad», en *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea*, noviembre, 2008; pp. 1 ss.; MOLINA GIMENO, F. J., «El periodo de seguridad; individualización judicial versus individualización penitenciaria en la ejecución de las penas graves», en *La Ley*, 6966, D-184, 2008, pp. 1435 ss.

muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un «trato inhumano» a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2 del Código penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución».

El mismo órgano, mediante sentencia de 30 de enero de 1998, expuso que «las finalidades de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad impone el artículo 25.2 de la Constitución española, tienen un alcance genérico que han de tener en cuenta el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento, los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, y los órganos de la Administración correspondiente para la relativa a estas últimas; pero, en concreto, no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, que, como argumento esencial y prioritario se impone en virtud del artículo 15 de la Constitución española que proscribire las penas o los tratos inhumanos y degradantes (...)» (114).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha creado jurisprudencia reiterada en el sentido de que no se puede hablar de reeducación y reinserción social como derecho fundamental, y por tanto, susceptible de protección por la vía de amparo constitucional. En virtud de ello, manifiesta en ATC 15/1984, de 11 de enero, que se trata de «un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales» (115).

---

(114) En la misma línea, STS de enero de 2000, declarando que cuarenta y ocho años de prisión es excesivo; STS de 7 de marzo de 2001, advirtiendo que penas tan largas no pueden dirigirse de modo alguno a la prevención general, ni a la especial; STS de 7 de marzo de 2003, manifestando la extremada dificultad de conseguir la resocialización con una exasperación excesiva de las penas.

(115) Con anterioridad, creando constante y reiterada jurisprudencia, *Vid.*, las SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 209/1993, de 28 de junio; 72/1994, de 3 de marzo; 2/1997,

Es por ello que, en la actualidad, la protección general de este principio constitucional resocializador, se lleva a cabo a través de la vía judicial ordinaria, y mediante el amparo constitucional previsto, por no considerarse, por el órgano judicial cúspide en materia constitucional, de un derecho fundamental propiamente dicho, amén del posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo también ha seguido la línea del Tribunal Constitucional en relación a la desestimación del recurso de casación que solicitaba una vulneración de la reeducación y reinserción social, argumentando expresamente que tal y como ha sentado jurisprudencialmente el más alto órgano en materia constitucional, no se trata de un verdadero derecho fundamental, sino de «un principio constitucional orientador que debe guiar la política penitenciaria del Estado». En este sentido, se ha pronunciado en alusión a que la resocialización «es una de las manifestaciones de la prevención especial, pero este criterio recogido expresamente no excluye otras fundamentaciones de la pena, como la retribución o la prevención general (...)», considerando que el precepto «contiene la orientación de las penas y medidas de seguridad a a evitación de delitos, fundamentación que se procura tanto desde postulados propios de la prevención general como de la especial». Sin embargo, reconoce el Tribunal que serán posibles «supuestos en los que tal criterio orientador es imposible o de difícil consecución, piénsese en supuestos como las penas privativas de libertad de corta duración, o las impuestas a personas que no necesitan de reeducación o reinserción (...)». En estos casos no podríamos dudar de la constitucionalidad de la pena. En cualquier caso, continúa el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada, que, de esta forma, «se abre camino a otra formulación del mandato recogido en el artículo 25.2 de la Constitución bajo la cual la orientación de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad a la reeducación y reinserción social no se refiere a la expresión de las finalidades de la pena, retribución o prevención, sino que constituye un principio de actuación del derecho penal, en la fase de ejecución de la pena (...)». Así pues, aprovecha en la misma exposición para redefinir el doble fin orientador de la política penal y penitenciaria, y es que «la reinserción y la reeducación proclamada en el artículo 25.2 CE obliga al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del con-

---

de 13 de enero; 81/1997, de 22 de abril; 75/1998, de 31 de marzo; 88/1998, de 20 de mayo; 204/1999, de 8 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo; 8/2001, de 15 de enero; así como en ATC 219/1998, de 20 de octubre; ATC 279/2000, de 29 de noviembre.

texto social, lo que satisfaría la reinserción, y que durante la ejecución de la pena se atiende a las carencias educacionales del interno, precisamente sobre aquéllas que más inciden en la comisión de delitos, lo que atenderá a la reeducación» (116).

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1994, estableció que «superada la vieja teoría retributiva de la pena, correspondiente a la arraigada convicción de que al mal debe corresponder el congruo y merecido castigo, la alternativa de la prevención del delito, como razón legitimadora de la pena, se fue enseñoreando en las concepciones doctrinales y legislativas, ya merced a la prevención general, efecto intimidatorio sobre eventuales delincuentes –función pedagógica de la pena–, ya por mor de la prevención especial, incidencia de la pena en el sujeto infractor para que no vuelva a delinquir, advertencia al delincuente ocasional para orientar su comportamiento de futuro. Las modernas orientaciones sociales superponen a tales finalidades otras en las que se potencia la consideración individual del sujeto, acercando el Derecho Penal a la realidad humana: El delincuente no debe sujetarse a la justicia penal con fines de expiación o de coacción psicológica con efectos meramente preventivos, sino que se alzapriman y reclaman un primer puesto atencional otros fines de resocialización del individuo, exigentes de una integración racional de la pena y de la medida de seguridad. De ahí que el artículo 25.2 de la Constitución proclame que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Todo cuando contradiga y se enfrente con semejante faro orientador, empañando o adulterando el fin último de la pena, comportará una tacha desde el punto de vista constitucional, tornando vulnerable el acuerdo judicial a la luz de los derechos fundamentales».

Incluso, posteriores sentencias del Tribunal Supremo (117) reiteraron el sentido expuesto en la que tuvo lugar el 28 de diciembre de 1998. Así, «la finalidad de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad que se expresa en el número 2 del artículo 25 de la Constitución, no determina la institución de un derecho subjetivo en favor de los condenados sino que es un principio programático que han de seguir, tanto el legislador al establecer esas penas y regular su modo de ejecución, como los encargados de llevarlas a efecto. Por su parte, los órganos judiciales han de aplicar los criterios legalmente establecidos para dar lugar a la evitación de penas que, por su duración desmesurada,

(116) Cfr. STS de 28 de diciembre de 1998.

(117) A modo de ejemplo, la STS de 17 de mayo y la STS de 14 de septiembre de 2000.

puedan determinar el fracaso de las finalidades de recuperación social de los a ellos sometidos (...)» (118). También recuerda que «la declaración contenida en el artículo 25.2 de la Constitución -al establecer que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social- no puede interpretarse en el sentido de que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles, la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad, por cuanto existen otras igualmente legítimas, tales como la prevención, tanto la general como la especial» (119).

Con independencia de los fines de las penas, y del mandato constitucional dirigido al legislador penal y penitenciario español, debemos resaltar que todas las funciones de la pena deben combinarse entre sí en aras de evitar la comisión delictiva, y por encima de todo, la reincidencia criminal, a través de la reeducación y reinserción social.

A pesar de esta batalla jurisprudencial expuesta, es cierto que con el transcurso del tiempo se ha apreciado un mayor contenido resocializador en las penas (120), a tenor de instituciones tales como la localización permanente, los trabajos en beneficio de la comunidad, el sistema de días-multa, o la implantación de los dispositivos telemáticos propios para reclusos clasificados, por lo general, en tercer grado, si bien es cierto que, a raíz de normas punitivas regresivas como la LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de condenas, o el Anteproyecto de Código Penal que se está proyectando, el cual incluye como pena la prisión permanente, fortalecen otros fines de las penas distintos al eminentemente resocializador. Habrá que esperar tiempos esperanzadores.

## 5. ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO RESOCIALIZADOR EN LA NORMATIVA PENITENCIARIA

Ya señalaba con muy buen tino De la Morena, que «en el derecho penitenciario es el individuo primero que la sociedad», fijándose esta rama del derecho «en el individualismo, en la aplicación, en la individualización del período de educación penitenciaria» (121). Desde esta

---

(118) Cfr. STS de 17 de mayo (F. J.1.º).

(119) Cfr. STS de 14 de septiembre de 2000 (F. J.2.º).

(120) *Vid.*, en este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 134-136.

(121) Cfr. DE LA MORENA, V., «El nacimiento individualista del Derecho Penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 83, febrero, 1952, p. 91.

premisa, y compartiendo la tesis de Jescheck, la ejecución de las penas privativas de libertad deben «tener lugar bajo el principio de resocialización, mediante una educación escolar, profesional y corporal del preso, el reforzamiento de su conciencia de responsabilidad y la estimulación de la colaboración activa» (122) en los establecimientos.

Diferentes visiones han aportado múltiples caracteres de interés, propios del concepto resocializador. Así, Pinatel, para quien desde una vertiente criminológica (123), el tratamiento resocializador consiste en «la acción individual emprendida con respecto al delincuente con el fin de modelar su personalidad, y así alejarle de la reincidencia y favorecer su reinserción social. Esta acción individual, ejercida en el cuadro de un medio terapéutico, se basa, esencialmente, sobre las relaciones que se establecen entre el educador que trata y el sujeto tratado, a través de diversas técnicas, que pueden ser colectivas o individuales» (124). Otras consideraciones relativas al tratamiento pueden resultar igualmente válidas, como la de suponer un concepto «jurídico indeterminado» (125), vinculado estrechamente a la ejecución de la pena privativa de libertad y con el fin de la prevención especial positiva, esto es, como se ha señalado, la corrección, reeducación, reinserción social, o resocialización. Por tanto, toda actuación será tratamental si rema a favor de los fines de la pena (126).

---

(122) Cfr. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Trad. De M. Olmedo Cardanete. Granada, 2000, p. 74.

(123) Sobre el método clínico criminológico, existen cuatro fases en la recepción y aplicación de la criminología clínica, a saber: fases científica, penitenciaria, judicial y legislativa. Vid. HERRERO HERRERO, C., *Tratado de Criminología Clínica*. Madrid, 2013, pp. 57 ss., 404 ss.

(124) Cfr. PINATEL, J., «Investigación científica y tratamiento», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, julio-septiembre, 1968, p. 535.

(125) Cfr. BUENO ARÚS, F., «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 252, 2006, p. 11.

(126) También se ha considerado el tratamiento por César Herrero Herrero, como una institución limitada por cuanto que «la expresión régimen equivale a ejecución y el fin primordial de ésta ni es ni puede ser el tratamiento». Desde un punto de vista de la Criminología clínica, se ha mostrado crítico Herrero Herrero, respecto de los resultados conseguidos a través del tratamiento científico de los delincuentes, por cuanto considera que ello no se ha llevado a cabo bien. Vid. HERRERO HERRERO, C., *Delincuencia de menores y Tratamiento Criminológico y Jurídico*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 2008, pp. 280 ss.; el mismo: *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, p. 485. En la misma línea crítica, y con anterioridad al autor citado, Vid. ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA: «Informe sobre la normativa penitenciaria vigente», en *Actualidad Penal*, núm. 23 (7 a 13 de julio de 1993), Madrid, 1993, p. 324; BONA I PUIGVERT, R., «La valoración de los informes del Equipo Técnico por los JVP, I Curso monográfico para JVP» (13 al 16 de noviembre de 1995), en *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 176 ss.; VEGA ALOCÉN, M., *La Libertad Condicional en el Derecho Español*. Madrid, 2001, pp. 335, 347 y 348. Considera el autor que no existe trata-

Respecto del concepto propio del tratamiento penitenciario, configurado en el Título III de la LOGP (127) (arts. 59-72), apunta certero García Valdés, que el mismo «representa, científica y sistemáticamente, uno de los mayores logros y aciertos del presente texto Orgánico, a la par que una de sus novedades más trascendentes», teniendo el mismo «sustantividad propia y autónoma» (128).

Realizando una exégesis preambular de la normativa penitenciaria actual, la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria, establecía, en este sentido, que la tarea resocializadora precisa de un régimen «encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad», de ahí «la necesidad de contar con la cooperación de las Ciencias de la Conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado». Asimismo, continúa exponiendo que «el tratamiento no pretende consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente su libertad. En consecuencia, será programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar el papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos

---

miento penitenciario porque nunca se han aplicado los métodos científicos del mismo, ni estudios científicos de la personalidad del penado, y por tanto tampoco se ha practicado una correcta observación ni clasificación respecto a aquellos individuos. Para el autor, la eficacia del tratamiento penitenciario precisa de una «arquitectura penitenciaria adecuada; una ley penitenciaria moderna; unos equipos de tratamiento cualificados y suficientes; la aplicación de auténticos métodos de tratamiento; una observación y clasificación correcta del penado; y un personal de vigilancia interior humano y sensible». Cfr. VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, op. cit., p. 335. Asimismo, Vid. MC GUIRE, J., «El renacimiento de la rehabilitación en programas de medio abierto», en VV. AA., «La delincuencia violenta». Valencia, 2005; CULLEN, F. T./GENDREAU, P., «Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas»; en VV. AA., «Justicia penal Siglo XXI. Una selección de Criminal Justice 2000». Granada, 2006; VV. AA., «La réintégration sociale des délinquants et la prévention du crime». Canadá, 2007, pp. 36 y 37. Reivindica Herrero Herrero el trabajo bien hecho, dotando de relevancia a la Criminología Clínica bien aplicada, pues «el tratamiento individualizado es una institución fundamental. (...), forma la tercera y última fase del Método Clínico criminológico. La Criminología Clínica tendría un sentido enormemente reducido, si no aspirara, como fin último, a la resocialización de la persona concreta, singular, en la que acontece el fenómeno delincencial». Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Tratado de Criminología...*, op. cit., p. 475.

(127) Vid., al respecto, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación...* op. cit., p. 191.

(128) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Últ. op. y loc. cit.*

aproximándolo a lo que podría denominarse un sistema de individualización científica».

Por su parte, la Exposición motivadora del Reglamento penitenciario dirigió la ejecución del tratamiento hacia «donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada (...)», poniendo mayor énfasis en «el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo». Por ello, el Reglamento optaba por una concepción amplia del tratamiento, concibiendo la reinserción del interno «como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación», configurándose como un auténtico servicio público dirigido a la resocialización de los reclusos».

Abordando en los siguientes párrafos un análisis del articulado de este Título de la LOGP, habremos de comenzar con el definitorio al respecto, el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el cual dispone (129) que la labor de tratamiento resocializador «consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados», pretendiendo «hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin (130), se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general» (131).

Habida cuenta que la vida en prisión acarrea innegables consecuencias negativas, y que la misma «puede actuar ambivalentemente, como factor de criminalización o como factor de adaptabilidad social» (132), el tratamiento se configura como un «esfuerzo para contrarrestar la desocialización que acecha en todo encarcelamiento», diferenciándose, en su concepto, dos clases, el de pura defensa, enca-

---

(129) Los Criterios de actuación de los JVP, acuerdos y reuniones, celebradas entre 1981 y 2008, recogidas en texto refundido de 2009, en su punto 115 bis, se manifiestan en la misma tendencia que la Ley en su artículo 59.

(130) Para Cobo del Rosal y Vives Antón, la definición de los fines del tratamiento del artículo 59.2 LOGP no es apropiada, pues se excede del ámbito de la conducta, entrando de lleno en el ámbito de la moral. *Vid.* COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general, I*. Valencia, 1980, p. 46.

(131) *Vid.* al respecto a modo de comparativa similar, las Reglas 58 y 65 de Ginebra, y 59 y 66 de Estrasburgo.

(132) Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho penitenciario*. Granada, 2.ª ed, 2001, p. 322.

minado para aquellos que no necesitan resocializarse inicialmente; y el tratamiento normal, que incide en la evitación de los efectos negativos que pueda engendrar la privación de libertad en la desocialización» (133). Por tanto, para lograr, con éxito la reinserción de los penados, es necesario plantearse los aspectos «negativos o desocializantes» que pueden producirse, y ello porque en la *praxis*, todos los problemas de nuestras instituciones penitenciarias se resuelven de la mano de la más estricta correcta clasificación y separación penitenciaria (134).

Respecto de los servicios resocializadores existentes, el artículo 60 de la Ley, pretende remover dificultades cuando afirma que «se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de la personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades» descritas. Continúa el precepto con que «para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios (135) que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena (136), puedan facilitar la obtención de dichas finalidades». La ley marca así un aspecto superlativo en relación al conocimiento de la personalidad del individuo, para adaptarlo a un posterior programa de tratamiento que se formule, con datos científicos previos. Como límite único aparecen los derechos constitucionales que no se encuentren mermados por la inercia de la condena, por lo que, desde un punto de vista amplio, dirigidos al fin reinsertador debieran considerarse válidos todos los métodos en tanto en cuanto no limiten los derechos constitucionales no afectados por la condena (137).

(133) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Individualización científica y libertad condicional*. Madrid, 1984, pp. 24 y 25.

(134) En este sentido, señala el autor que «en muchos casos, la separación entre penados y preventivos esté resultando una quimera, que los criterios de clasificación posibles resulten insuficientes para evitar el influjo negativo de unos internos sobre otros, y que los grupos organizados (mafias) de internos violentos que imponen la ley del más fuerte, proliferen alarmantemente». Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Leciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 324.

(135) *Vid.* la Regla 60.2 del Consejo de Europa.

(136) Acerca de los derechos fundamentales no afectados por la condena, *Vid.*, entre otros, ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, p. 39; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación...*, *op. cit.*, p. 194; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid, 1983, p. 294; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 251 y 252; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Valoración de la personalidad y del ambiente», en VV. AA. (Cobo del Rosal, M. Dir./Bajo Fernández, M. Coord.): «Comentarios a la Legislación Penal», *Revista de Derecho Público*. Tomo VI, vol. 2.º, *op. cit.*, pp. 925 ss.

(137) *Vid.* ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, p. 30; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, p. 294; MAPELLI CAFFARENA, B., *Princi-*

## 6. LA VOLUNTARIEDAD DEL TRATAMIENTO ENCAMINADO A LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL

En España, el concepto de tratamiento resocializador, entendido no solo como un trato con un despliegue de condiciones mínimas, sino como instrumento encaminado a la resocialización de los condenados, mediante la incorporación a la actividad penitenciaria de las ciencias criminológicas y de la conducta, es un concepto relativamente moderno. También denominado tratamiento de corte rehabilitador (138), se encuentra hoy desprovisto de la carga positivista e

---

*pios fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 251 y 252; ZARAGOZA HUERTA, J., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

(138) Acerca de las investigaciones publicadas en relación al tratamiento, bajo tal terminología, y sin perjuicio de los numerosos trabajos relativos a la psicología clínica, inabordable por su extensión, con anterioridad a la introducción de la Ciencias Criminológicas y de la Conducta en el moderno derecho penitenciario español, por medio del Decreto de 1968, *Vid.*, los análisis de MADARÍA IZQUIERDO, A., «Tratamiento técnico en el aislamiento. La convivencia, la reincidencia y la reforma delincente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 68, noviembre de 1950, pp. 72-78; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M., «Índices de protección y ayuda en el tratamiento de penados», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 63, junio 1950, pp. 19-26; el mismo: «La individualización y sus perspectivas en el tratamiento de penados», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 81, diciembre, 1951, pp. 22-30; BEECHE, H., «Tratamiento penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 80, noviembre 1951, pp. 119 ss.; DE LA MORENA VICENTE, E., «Rehabilitación de delincuentes», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 80, noviembre 1951, pp. 23-28; TOMÉ RUIZ, A., «La observación», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 97, abril 1953, pp. 5-11; el mismo: «Los métodos modernos del tratamiento penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 122, mayo-junio, 1956, pp. 332-335; APARICIO LAURENCIO, A., «Tratamiento penitenciario de los delincuentes». Madrid, 1954, *passim*; Nota Informativa preparada por la Secretaría de las Naciones Unidas en: «Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente», transcrita en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 117, julio-agosto 1955, pp. 126-129; «II Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 143, noviembre-diciembre, 1959, pp. 1756 y 1757; así mismo, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1960, pp. 1924-1929. También, RODRÍGUEZ GARCÍA, A., «Notas sobre el tratamiento penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 142, septiembre-octubre 1959, 1525-1537; el mismo: «Los métodos modernos de tratamiento penitenciario y la terapéutica de grupo», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 147, julio-agosto, 1960, pp. 2221-2236; así como «III Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 161, abril-junio, 1963, pp. 453-456; «IV Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Peniten-*

invasiva de la personalidad que pudo empañar tal concepto en sus orígenes. Y se muestra hoy versátil, multidisciplinar, habiendo fértil-

---

*ciarios*, núm. 187, octubre-diciembre, 1969, pp. 853-857; «Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 204-207, enero-diciembre, 1974, pp. 299-304; CASTILLÓN MORA, L., «La delincuencia juvenil y su tratamiento a través de las ideas existentes y de los métodos que hoy se practican en el mundo», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 126, enero-febrero, 1957, pp. 3-43; CUELLO CALON, E., «Tratamiento en libertad de los delincuentes. El sistema de prueba (probation)», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 133, marzo-abril, 1958, pp. 153-183; TREJO, M., «Concepto moderno del delincuente y su tratamiento», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 143, noviembre-diciembre 1959, pp. 1655-1661; MATA TIERZ, J. M., «Clasificación y tratamiento de penados tuberculosos», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 145, marzo-abril, 1960, pp. 2006-2011; GARCÍA MARTÍN, I., «Algunas sugerencias sobre tratamiento del delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 146, mayo-junio 1960, pp. 2237-2242; LÓPEZ RIOCE-REZO, J. M., «El Punto de partida: El tratamiento del menor», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 153, julio-agosto 1961, pp. 3087-3141; BUENO ARÚS, F., «Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 156, enero-marzo 1962, pp. 161-173; ERIKSSON, T., «Algunos aspectos sobre el tratamiento de criminales en Suecia», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 169-171, abril-diciembre 1965, pp. 381-402; BERISTAIN, A., «Tercer Congreso de la ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 172, enero-marzo 1966, pp. 248-250; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M., «El conocimiento del interno como base imprescindible para su tratamiento», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 176-177, 1967, pp. 145-154.

Con posterioridad, y a partir de la publicación del Decreto de 1968, que vino a transformar el sistema penitenciario progresivo en el de individualización científica, pueden verse acerca del tratamiento penitenciario los siguientes estudios: CARRERAS PORTILLO, A., «Tratamiento Penitenciario y Psicología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 180-181, enero-junio, 1968, pp. 149-157; «Ciclo de Conferencias sobre Tratamiento Penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 180-181, enero-junio, 1968, pp. 481-606; «Ciclo de Conferencias sobre Métodos del tratamiento del delincuente», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, 1970, pp. 5-275; ALARCÓN BRAVO, J., «Tratamiento del joven delincuente», en VVAA: «Delincuencia juvenil. Estudio de su problemática en España». Madrid, 1972, pp. 217 ss.; el mismo: «Tratamiento penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, julio-septiembre, 1968; el mismo: «El tratamiento penitenciario: regulación jurídica...», *op. cit.*, pp. 229-252; el mismo: «El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra, 1, 1989, pp. 11 ss.; GARCÍA VALDÉS, C., «Reflexiones sobre el tratamiento penitenciario», en *Arbor*, núm. 364, abril 1976, pp. 99 ss.; CALVO GARCÍA, J., «Pedagogía y tratamiento penitenciario», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 212-215, enero-diciembre, 1976, pp. 111-131; el mismo: «Pedagogía y Tratamiento Penitenciario. (Segunda Parte)», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 216-219, enero-diciembre, 1977, pp. 143-216;

mente evolucionado desde la idea de tratar a personas, a tratar con personas. Se es tratado por virtud del trato o del tratamiento. No obs-

---

el mismo: «Pedagogía y Tratamiento Penitenciario. (Tercera Parte)», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, enero-diciembre, 1978, pp. 143-206; CABALLERO ROMERO, J., «Dos modelos de prisión: la prisión punitivo-custodial y la prisión de tratamiento», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 224-227, 1979, pp. 45 ss.; el mismo: «La prisión orientada hacia el tratamiento: algunos de sus problemas», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 29, 1986, pp. 451 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora...*, *op. cit.*, pp. 645-700; GÓMEZ PÉREZ, J., «El ámbito del tratamiento penitenciario», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 8, 1979, pp. 65 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente...*, *op. cit.*, pp. 91-106; el mismo: «La prisión como problema: resocialización versus desocialización», en *Papers de Estudis i Formació*, núm. E1, Barcelona, 1987, *passim*; el mismo: «Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera», en VV. AA., «VI jornadas penitenciarias andaluzas», Junta de Andalucía, Almería, 1990, pp. 37-43; BUENO ARÚS, F., «La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología Clínica aplicada al tratamiento penitenciario», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1215, 15 de septiembre de 1980, pp. 3 ss.; el mismo: *A propósito de la reinserción social...*, *op. cit.*, pp. 59 ss.; el mismo: «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore*, núm. extraordinario, 2, 1989, pp. 89 ss.; el mismo: *Novedades en el concepto de tratamiento...*, *op. cit.*, pp. 9-36; LARA RONDA, A., «Seminario sobre Tratamiento Penitenciario de post-adolescentes y jóvenes adultos», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núms. 228-231, enero-diciembre, 1980, pp. 259-274; GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicología y tratamiento penitenciario: una aproximación*. Madrid, 1982; el mismo: «El tratamiento penitenciario en la encrucijada», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 236, 1986, pp. 21 ss., y núm. 237, 1987, pp. 119 ss.; el mismo: «Técnicas de tratamiento para delincuentes». Madrid, 1993; GARRIDO GENOVÉS, V./REDONDO ILLESCAS, S., «La intervención educativa en el medio penitenciario». Madrid, 1992; el mismo: «El tratamiento penitenciario y la prisión preventiva», en VV. AA., *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales: seminario internacional*. Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996. Sección Española de Intercenter, pp. 135-140; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 33-44; SÁNCHEZ MATA, V., «Modelos de tratamiento», *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Sevilla, 1983, pp. 63 ss.; el mismo: «Tratamiento psicológico-penitenciario», en *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 1987, pp. 99 ss.; VV. AA., «Tratamiento penitenciario: su práctica». Primeras Jornadas de Tratamiento penitenciario. Madrid, 1985; LÓPEZ TAJUELO, L. A., «La intervención penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 236, 1986, pp. 73 ss.; PÉREZ SÁNCHEZ, J., «Algunas reflexiones sobre el comportamiento delictivo, su prevención y su tratamiento». Madrid, 1987, pp. 89-97; MIOTTO, A. B., «Tratamiento de los presos provisionales», en *Anuario de Derecho penal*, septiembre-diciembre, 1988, pp. 777 ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., «La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario», en *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 2, 1989, pp. 99-112; el mismo: «Sistema progresivo y tratamiento», en VV. AA., «Lecciones de derecho penitenciario». Alcalá de Henares, 1985, pp. 146 y 147; ORTÍZ BASCUÑANA, J., «Programa Experimental del Tratamiento Cognitivo-Conductual de la ansiedad. (En una población de jóvenes delincuentes de entre 21 y 25 años)». Madrid. Ministerio de Justicia, 1991, pp. 83-93; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: «Individualización y ejecución de las penas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*,

tante, la voluntariedad del penado es la única obligación, exigible para la Administración.

núm. 9, *op. cit.*, pp. 223 ss.; HERRERO HERRERO, C., «Tratamiento penitenciario. Institución incluíble en el ámbito de la prevención», en *Revista de Documentación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior*. Madrid, núm. 6, mayo-agosto, 1994, pp. 13 ss.; el mismo: *Tratado de Criminología...*, *op. cit.*, pp. 475 ss., 550 ss.; RIVERA BEIRAS, I. (Coord.): «Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales». Barcelona, 1994, *passim*; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «El tratamiento penitenciario resocializador», en VV. AA., «Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito». Madrid, 1995, pp. 93-118; HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M., «El tratamiento penitenciario y la clasificación», en VV. AA., «I Curso monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria», Madrid, 1995; el mismo: «El tratamiento penitenciario y la clasificación», I curso monográfico para jueces de vigilancia penitenciaria: (Madrid, 13-16 noviembre 1995), 1997, pp. 421-443; RODRÍGUEZ ALONSO, A., «Reflexiones críticas al ejercicio del tratamiento penitenciario: realidad o ficción», en *Actualidad penal*, núm. 14, abril, 1995, pp. 183 ss.; el mismo: *Lecciones de derecho...*, *op. cit.*, pp. 319 ss.; MURIEL ALONSO, M., «El tratamiento penitenciario en el nuevo reglamento penitenciario», en *La Ley*, núm. 6, 1997, pp. 1594-1596; SANZ DELGADO, E., Voz «Tratamiento penitenciario», en VV. AA., GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): «Diccionario de ciencias penales». Madrid, 2000, pp. 494 y 495; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*. Valencia, 2001, pp. 179 ss.; la misma: «Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario», en Cuadernos de derecho judicial, núm. 22, 2006, pp. 89-141; RICCARDA MARCHETTI, M., «El tratamiento penitenciario: el trabajo en la función reeducativa», en VV. AA., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: *in memoriam*, Vol. 1, 2001, pp. 391-416; TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Curso de derecho...*, *op. cit.*, pp. 249 ss.; VV. AA., El tratamiento penitenciario: recursos y necesidades. *Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias*. Cáceres, 2003; MURILLO VALIÑO, A., «Un programa de tratamiento destinado al interno y su actitud frente al delito». Madrid, 2004, pp. 97-131; LEGANÉS GÓMEZ, S., «La evolución de los programas de tratamiento en Instituciones Penitenciarias», en «25 años de la Ley General Penitenciaria», 3.<sup>a</sup> Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (ATIP), 2005, pp. 103-166; MÍNGUEZ PÉREZ, P., «Necesidad de evaluación en los programas de tratamiento», en «25 años de la Ley General Penitenciaria», 3.<sup>a</sup> Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias (ATIP), 2005, pp. 95-102; VALERO GARCÍA, V., «El tratamiento penitenciario: realidad y perspectivas», en Estudios de derecho judicial, núm. 84, 2005, pp. 23-44; GAÑÁN DURÁN, A., «El tratamiento de la drogodependencia en el medio penitenciario», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 84, 2005, pp. 59-68; LÓPEZ CERRADA, V. M., «La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 7/2003 y su incidencia en el tratamiento penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 2006, pp. 77-116; ZARAGOZA HUERTA, J./GORJÓN GÓMEZ, F. J., «El tratamiento penitenciario Español. Su aplicación», en *Letras jurídicas: Revista Electrónica de Derecho*, núm. 3, 2006; ARANDA CARBONEL, M. J., «Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica». Madrid, 2007, *passim*; VV. AA., «El tratamiento en las prisiones: investigación internacional y situación en España», en CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (coords.): «La prisión en España: una perspectiva criminológica». Granada, 2007, pp. 175-212; ZARAGOZA HUERTA, J., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 117 ss.; ARRIBAS LÓPEZ, E., «Los programas de tratamiento, modelos de intervención y realización de actividades en el régimen cerrado penitenciario», en *La*

La exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria, establecía, en este sentido, que la tarea resocializadora precisa de un régimen «encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad», de ahí «la necesidad de contar con la cooperación de las Ciencias de la Conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado».

Sin embargo, el respeto a la personalidad y con ello la voluntariedad del interno a participar del tratamiento aún no encontraba acomodo en la norma. Tras la reforma de 1977, el artículo 106.1 del RP de 1956, incorporaba dentro de los deberes de los internos el de «aceptar el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritas en función del diagnóstico individualizado». Esta obligación tratamental perduró hasta la entrada en vigor de la actual LOGP, dos años después, cuyo artículo cuarto, si bien referido a las obligaciones de los internos, deslizaba tal posibilidad de dejar en manos del interno su cumplimiento, cuando prescribe en su apartado segundo que «se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado». Así es como se implantaba la voluntariedad tratamental, dejando así de configurarse como una obligación.

Manifestada la voluntariedad (139) del interno a participar en su propia reinserción social, o lo que es lo mismo, su derecho como tal a ello, de igual modo pareciera reflejarse la obligación que tiene de colaborar en el mismo. Compartimos el pensamiento de Mir Puig, que aboga con buen tino por un amplio abanico de posibilidades resocializadoras y reinsertadoras para el interno, ampliando el campo de su elección (140). A este respecto, el propio Alarcón Bravo expuso que el hecho de que «la Ley pida al interno que debe colaborar para ser capaz de vivir sin infringir la Ley penal, es lo mínimo que se le puede pedir,

---

*Ley Penal*, núm. 62, 2009, pp. 2 ss.; GALLARDO GARCÍA, R. M., «El régimen sobre el tratamiento penitenciario: FIES», en VV. AA., «Marginados, disidentes y olvidados en la historia», 2009, pp. 165-180; DE MARCOS MADRUGA, F., «Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión», en *Diario La Ley*, núm. 7410, 2010; VV. AA., «El tratamiento con mujeres: actuación socioeducativa y sociolaboral en prisiones», en *Pedagogía social: Revista Interuniversitaria*, núm. 22, 2013; GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. Extra, 2013, pp. 99-118; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Madrid, 2013, pp. 149-182.

(139) *Vid.* al respecto, la Regla 71.1 del Consejo de Europa.

(140) *Vid.* MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona, 1979, p. 23.

pero en el campo del tratamiento en sentido estricto, que la infracción de este deber de colaborar se sancionase, sería absurdo (141)» (142).

En la misma línea a la expuesta por Alarcón, el vigente RP de 1996 fomenta la participación del interno en su propio tratamiento (143). Así, el artículo 112 determina que: «1. Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento. 2. Con este fin, el profesional del Equipo Técnico encargado de su seguimiento le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y de los medios y plazos más adecuados para conseguirlos. 3. El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado. 4. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes».

Respecto de los resultados tratamentales, compartimos lo que señala Bueno Arús en relación a que éstos persiguen modificar la personalidad del delincuente o imponerle forzosamente unos valores concretos a criterio de los especialistas que le estudian. Se trataría, más bien, de ayudarle a superar las iniciativas e impulsos que le condujeron a cometer un delito. El Estado ofrece alternativas y opciones para ser tratado, pero la elección es voluntaria y, desde luego, no todos los reclusos necesitan tratamiento, ya que no todas las infracciones penales manifiestan falta de reeducación y reinserción, aunque sí la gran parte de ellos lo precisen (144). En cualquier caso, «el penado no

(141) En un sentido crítico más agudo se ha manifestado Gómez Pérez, al considerar que los reclusos ingresan precisamente en los establecimientos penitenciarios para cumplir una condena, no fundamentalmente para ser tratados, al margen de que por medio de las actividades tratamentales, pueda flexibilizarse la misma e incluso salir antes en libertad, cuando concurran las circunstancias y así se aprecie por los profesionales penitenciarios. *Vid.* GÓMEZ PÉREZ, J., *El ámbito del tratamiento...*, *op. cit.*, p. 69. Quizá sea esta opinión demasiado retribucionista y ligada a la idea de la prevención especial negativa.

(142) Cfr. ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31. En la misma línea, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación...*, *op. cit.*, pp. 194 y 196. Por su parte, Garrido Guzmán considera la colaboración en el tratamiento por parte de los penados como un deber jurídico pero no sancionable. *Vid.* GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, *op. cit.*, p. 295.

(143) Al respecto, *Vid.*, el análisis amplio llevado a cabo por GALLEGO DÍAZ, M., *Tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 99-118.

(144) En este sentido, se han manifestado ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, p. 21; BUENO ARÚS, F., «Notas sobre la Ley General Peni-

es simple objeto del tratamiento penitenciario y éste debe ajustarse en todo lo posible a las coordenadas propias de los tratamientos en libertad» (145)debiéndose fomentar la colaboración del interno en aquél, integrándose en el mismo, teniendo exclusivamente la administración penitenciaria la obligación de poner al condenado todos los medios necesarios para ayudarle a vivir respetando la ley penal, al prójimo, y a la sociedad en general. Es por ello que para estimular que el interno participe en su propio tratamiento, el artículo 112.2 dispone que «el profesional del Equipo Técnico encargado de su seguimiento le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y de los medios y plazos más adecuados para conseguirlos». Bajo este prisma, si un penado rechaza el tratamiento, la prisión puede suponer una retención (siguiendo el contenido del artículo 1 LOGP que también se refiere a los otros fines, de retención y custodia) durante el tiempo de la condena, a modo de cumplimiento de sanción, pero diferente a la disciplinaria (146).

De otra parte, tal posibilidad puede articularse como cierto deber para la consecución de una vida mejor. Así, Bueno Arús afirmaba que colaborar en el tratamiento por parte del interno constituye un deber de éste si de disfrutar los beneficios penitenciarios se trata, ya que al rechazarse el posible tratamiento equivale en cierto modo a la conformidad con la privación de libertad impuesta, sin el deseo de salir antes del tiempo previsto (147). Sin embargo, también se ha considerado que la voluntariedad para aceptar el tratamiento ha de ser «una garantía absoluta para el desarrollo de la libre personalidad» (148), una

---

tenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 220-223, enero-diciembre, 1978, p. 5; MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente...*, op. cit., p. 98; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual...*, op. cit., p. 197; RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de derecho...*, op. cit., p. 320.

(145) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Fomento de participación y colaboración de los internos», en *VV. AA. (Cobo del Rosal, M. Dir./Bajo Fernández, M. Coord.): Comentarios a la Legislación Penal, Revista de Derecho Público*, tomo VI, Vol. 2.º, op. cit., p. 940.

(146) Vid. BUENO ARÚS, F., *Notas sobre la Ley...*, op. cit., p. 133.

(147) Vid. BUENO ARÚS, F., *Notas sobre la Ley...*, op. cit., p. 133. En el polo opuesto, Mapelli se ha pronunciado en el sentido de afirmar que es absurdo privar a alguien de los beneficios penitenciarios por rechazar un tratamiento determinado, en el caso de que no necesitase tratamiento penitenciario, y que aquellos que renuncian al tratamiento, así como aquellos que ya han concluido una terapia y que, por ende ya no lo necesitan, bien por considerarse resocializados, bien porque la condena es tan breve que no da tiempo a ejecutarlo, no pueden beneficiarse del sistema de individualización científica. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, op. cit., p. 268; el mismo: *Sistema progresivo y tratamiento...*, op. cit., p. 154.

(148) Cfr. BOIX REIG, F. J., «Aspectos de la Criminología en España», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 440-441, 1981, p. 18. Al respecto, también

«noción mínima» (149), a lo que añade el artífice e impulsor de la LOGP, García Valdés, que el legislador no pensó en que el tratamiento se impusiera coactivamente, sino más bien en un deber jurídico por parte de los penados (150), de colaborar en el mismo, pero no sancionable, por cuanto no interfiere en cuestiones regimentales (151).

En cualquier caso, resulta evidente que la reinserción social debe especializarse progresivamente para poder ser útil en todas las situaciones posibles, atendiendo todos los delitos cometidos y a las circunstancias personales de los condenados (152), habida cuenta de que se ejecutan penas privativas de libertad cuando el fenómeno resocializador ya se ha producido.

Sin embargo, como se ha señalado, la colaboración en el tratamiento penitenciario por parte de los penados sí es un deber jurídico en la medida en que deseen aprovechar instituciones penitenciarias benévolas para ellos (153), tales como los permisos ordinarios de salida, los beneficios penitenciarios, la libertad condicional e incluso

---

se pronunciaron autores de prestigio reconocido, tales como BUENO ARÚS, F., *Notas sobre la ley...*, *op. cit.*, p. 23; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena...*, *op. cit.*, p. 143; PAZ RUBIO, J. M./GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A./MARTÍNEZ ATIENZA, G./ALONSO MARTÍN-SONSECA, M., *Legislación penitenciaria*. Madrid, 1996, p. 236; TAMARIT SUMALLA, J. M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., *Curso de derecho...*, *op. cit.*, pp. 254-256.

(149) Cfr. BUENO ARÚS, F., *La legitimidad jurídica de los métodos...*, *op. cit.*, p. 202.

(150) Se han pronunciado en la misma línea de pensamiento distintos autores, entre ellos, *Vid.* ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, p. 31; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena...*, *op. cit.*, p. 144; RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y Privación de libertad. Una perspectiva judicial*. Madrid, 1999, pp. 245 y 246; TAMARIT SUMALLA, J. M., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, p. 255; ZARAGOZA HUERTA, J., *Derecho penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 258-260.

(151) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., «Temas de Derecho Penal (Penología, Parte especial. Proyectos de Reforma)». Madrid, 1992, p. 152. En términos similares, Alarcón Bravo considera que «el deber de colaborar al tratamiento es un deber jurídico sin sanción, por contraposición a lo que ocurre en el régimen». Cfr. ALARCÓN BRAVO, J., *El tratamiento penitenciario...*, *op. cit.*, p. 31.

(152) *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., «Los fines de la pena en la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la LOGP*. Madrid, 2005, pp. 254 ss.

(153) Al respecto, *Vid.* BUENO ARÚS, F., *Notas sobre la ley...*, *op. cit.*, p. 133. El autor expone que como el interno «aceptó decir «no», no le pueden beneficiar las consecuencias positivas que se hubieran deducido de haber dicho «sí», y no se siga que esto es ilegal porque al interno se le está forzando por parte de la Administración. (...) Igual se funciona en la vida libre. Conceder lo no merecido, a pesar de haber sido ofrecido, es lo que constituiría una discriminación inaceptable». Cfr. BUENO ARÚS, F., *Novedades en el concepto de tratamiento...*, *op. cit.*, pp. 23 y 24. No comparte esta opinión, sin embargo, MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales...*, *op. cit.*, p. 268.

para aplicar el principio de flexibilidad de forma individualizada, habida cuenta de la inexistencia de un programa de tratamiento individualizado, que es rechazado por el interno al no colaborar en el tratamiento, y que es esencial para diagnosticar una evolución favorable de su personalidad.

En los criterios de actuación de los JVP, en texto refundido de 2009, en su punto 117 bis, se determinaba que «en la medida en que resulte compatible con el régimen penitenciario propio de los preventivos, la Administración debe ofrecer también a éstos programas de ayuda eficaces para mejorar sus carencias en aspectos sanitarios, educativos, formativos y laborales». Es por ello por lo que con buen criterio, en relación al tratamiento resocializador, señala Sanz Delgado que, al igual que los penados, «los reclusos preventivos debieran poder acceder a las instituciones penitenciarias de corte resocializador; y ello ha de ser así, aun no tratándose de sujetos condenados y aunque no hayan sido clasificados y, por tanto, establecido un tratamiento individualizado. O incluso aunque algunas legislaciones tan sólo prevean tales medios tratamentales (como ocurría en la legislación española con anterioridad al Reglamento penitenciario de 1996) para los penados. La pretendida prioridad tratamental no puede sino ceder ante el principio de no desocialización» (154).

En definitiva, ya afirmaba Colin que el tratamiento «no puede ser sufrido, no puede ser dado y recibido pasivamente por el penado (...). Es indispensable obtener la adhesión, la participación del propio penado, del delincuente, del criminal en el proceso del tratamiento penal» (155).

En puridad, lo que la dirección de un establecimiento penitenciario debe hacer, no es otra cosa que ofrecer al penado posibilidades (156) de reinserción, para la consecución de la resocialización, y

---

(154) Cfr. SANZ DELGADO, E., «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad en prisión», en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, IV (2011), pp. 89 y 90.

(155) Cfr. COLIN, M., «Los métodos de integración del tratamiento penal», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 182, julio-septiembre, 1968, p. 606. En el mismo sentido, Vid. RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Reflexiones críticas al ejercicio del tratamiento...*, *op. cit.*, p. 192.

(156) Como elementos del tratamiento resocializador, el artículo 110 del RP prescribe que «la Administración Penitenciaria: a) Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias; b) Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior; c) Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible,

nunca imponer (157), ni siquiera a modo de limitación o restricción relativa al acceso a determinadas instituciones penitenciarias.

## 7. CONCLUSIONES

Ningún término ha sido tan versátil en la norma legal como el de tratamiento. El mismo encuentra diversidad de acepciones y en ocasiones necesita del acompañamiento del término «rehabilitador», para diferenciarlo de la terminología estrictamente médica o la de los clásicos instrumentos internacionales que aluden al tratamiento a semejanza del mero trato. Así, incluso desde siglos atrás, el término tratamiento se encontraba en preceptos de la norma penal procesal o preventiva y de la propia ejecución penal, cuando aún no había sido asimilado por la terminología médica. Más recientemente, el tan maleado término «tratamiento reformador» se ha venido despojando de la carga médico-positivista que a finales del siglo XIX imperó, para hoy recuperar otra acepción más cercana a la facilitación de medios o intervención, o, en síntesis, a la actividad de tratar con alguien, en lugar de tratar a alguien.

La confusión había sido la tónica dominante en los encierros procesales durante centurias hasta el siglo XX, a salvo de aquellos de carácter político. El trato o tratamiento diferenciado en virtud de las circunstancias personales del delincuente, implementado a través de procedimientos como la clasificación penitenciaria, es conquista que tardaría decenios en llegar. Desde el fin correccional, afianzado en el último tercio del siglo XVIII y característico del periodo decimonónico, asignado a la pena privativa de libertad, se evoluciona hacia el concepto actual de reinserción social, entendido como resocialización

---

con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción».

(157) *Vid.* MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito...*, *op. cit.*, p. 23. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12-1-2002 estableció que «(...) el interno tiene que estar informado de los medios, objetivos y plazos del tratamiento correspondiente. Así la cuestión, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala, debe entenderse que este derecho no es absoluto, sino que tiene los límites derivados del propio tratamiento, de tal manera que debe buscarse un equilibrio entre los derechos del interno y el buen fin del tratamiento, que impone la limitación del conocimiento de la confidencialidad de las deliberaciones de los órganos colegiados y la reserva de que determinadas técnicas, observaciones psicológicas o conductuales sean conocidas con el fin de que el interno no pueda adecuar su comportamiento a las mismas y simular una correcta asimilación del tratamiento cuando no se da realmente la misma».

del delincuente, es decir, el concepto de mínimos que supone que el penado, tras pasar por la pena, será capaz de vivir respetando la ley penal.

La intervención o tratamiento resocializador, entendido desde su más amplia acepción como modo de tratar a las personas reclusas, se había así reconocido internacionalmente antes de incorporarse a la normativa española, a partir del conjunto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, de 1955, firmadas en Ginebra, constituyendo principios básicos y mínimos, y como tal, se deben poner en práctica en todas partes y en todo momento, recibiendo el apoyo de instrumentos de las Naciones Unidas (NNUU) para proteger y garantizar los derechos humanos, y conseguir así un sistema resocializador que alcance niveles mínimamente humanos y efectivos.

El nuclear artículo 25.2. de nuestra Constitución española establece que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (...)». Esta norma constitucional reconoce un catálogo de derechos fundamentales a todos los ciudadanos. En este sentido, el concepto de reeducación, reinserción social, rehabilitación, readaptación, etc., ha dado lugar a una controversia doctrinal y jurisprudencial que no resulta ser una cuestión baladí. Se abrió un amplio debate acerca de si realmente tal principio es un derecho fundamental, o una orientación política hacia el legislador penal y penitenciario español, teniendo en cuenta el postulado constitucional, y que la Ley Penitenciaria partió de la idea de que mantener a los internos alejados de la sociedad de manera absoluta no resulta compatible con el fin resocializador.

Pudiera parecer, a tenor de la ubicación del precepto en el texto constitucional, que estamos en presencia de un derecho fundamental absoluto. Sin embargo, el criterio del más alto órgano judicial, intérprete de la norma constitucional, ha considerado que se trata, más bien, de un mandato conductual hacia los poderes públicos, un principio constitucional orientador de la política penal y penitenciaria española, inclinándose más bien, en puridad, por una no desocialización de los reclusos. Sin embargo, tal consideración por este tribunal no ha estado exenta de contradicciones en sus propias resoluciones, e incluso contraponiéndose, en ocasiones, con las propias resoluciones del Tribunal Supremo, que sí ha reconocido a la resocialización cierto carácter de principio fundamental constitucional.

Cierto sector doctrinal ha defendido la tesis de que el fin que deben perseguir las instituciones penitenciarias, cumpliendo con la orientación que el texto constitucional dirige al legislador penal y penitenciario, debe ceñirse a la consecución de la no desocialización, y no a la

resocialización, considerando a ésta incluso como un desiderátum, utopía o una mitología, siendo suficiente solamente el hecho de que no salgan reclusos de los establecimientos penitenciarios peor de como ingresaron, o lo que es lo mismo, que no acaben prisionizados.

En cualquier caso, y al margen de la magnitud tan elevada de análisis doctrinal y jurisprudencial, es evidente que para dar cumplimiento al mandato constitucional, resulta necesario preparar a los penados para su futura puesta en libertad, ofreciendo todos los medios y recursos existentes por parte de la Administración, acercando y preparando a la sociedad para el futuro retorno de tales individuos, y removiendo, en todo caso, cualquier obstáculo que pudiera interponerse en tal camino resocializador.

La promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria supone finalmente un punto de inflexión en el sistema penitenciario español, pues se trata de la primera norma con rango legal orgánico que regula la ejecución, y prescribe la individualización científica como puente hacia la resocialización, determinando el sistema penitenciario en España. En su virtud, no existe diferencia en los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de estos, sino de la personalidad del interno.

El poder de la individualización científica desembocada en el tratamiento penitenciario, tiene tal fuerza que el régimen penitenciario se ve superado por aquél. La propia LOGP advierte que ambos conceptos deben coordinarse entre sí, si bien, configura la supremacía del tratamiento de los penados en cuanto al orden de prelación se refiere. Esto supuso una novedad con futuro, por cuanto desde la normativa decimonónica española, imperó la faceta regimental.

Como limitaciones a la referida individualización, el reciente artículo 36.2 CP ha imposibilitado la clasificación o progresión al tercer grado penitenciario en determinados casos, pero no es menos cierto que el principio de flexibilidad, regulado en el Reglamento Penitenciario de 1996, en su artículo 100.2, ha permitido aislar a la norma penal, dejándola en un segundo plano y promulgando la creación de múltiples modalidades de vida, independientemente del grado al que pertenezca el penado.

El tratamiento penitenciario viene a constituir, así, una herramienta propia del control social formal, incardinada en la prevención delictiva terciaria, de carácter eminentemente voluntaria, no suponiendo el rechazo por parte del condenado, en ningún caso, ninguna regresión gradual, regimental ni disciplinaria, de cualquier clase. Si bien es cierto, la participación en el mismo y la manifestación de una evolución favorable conforme al programa individual de tratamiento

diseñado por la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, facilitará acceder a determinadas instituciones penitenciarias tales como los beneficios penitenciarios, el régimen abierto e incluso a la libertad condicional.

Por otro lado, la proliferante idea de sustituir los establecimientos penitenciarios y flexibilizar el la fase de la ejecución de las penas privativas de libertad, tiende a poner en marcha prácticas que se conjugan como auténticas alternativas a dichas penas, siguiendo el espíritu rector de nuestros patrios genios penitenciaristas de la talla del Coronel Montesinos, Dorado Montero y Rafael Salillas, que en sus sendas vidas penitenciarias pusieron en práctica.

En definitiva, y como tan lúcidamente narró Salillas, «en lo penitenciario nos queda todo por hacer y nada por decir» (158).

---

(158) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal en España*. Madrid, 1888, p. 41.



# El Fiscal Jurídico Militar en el Sistema Penitenciario Militar Español (1)

JUAN VICTORIO SERRANO PATIÑO

Abogado

*«No es fácil tratar con testarudos. No hay argumento que valga. Regla para hablar con ellos: “Ninguna encina se derrumba al primer hachazo; una gotera quiebra la peña más dura”.»*

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

*«Con orden y tiempo se encuentra el secreto de hacerlo todo, y de hacerlo bien.»*

PITÁGORAS

## RESUMEN

*El ingreso en una prisión militar española origina el nacimiento de una relación de especial sujeción, que garantiza una protección frente a los abusos y desviaciones que puedan producirse. El presente trabajo analiza la figura del Fiscal Jurídico Militar, sus fundamentos, caracteres y límites y cuáles son sus funciones específicas en este ámbito.*

---

(1) Con gran agradecimiento y aprecio al Dr. Carlos García Valdés, al que dedico este artículo, como gran forjador de realidades perdurables, como la Ley Orgánica General Penitenciaria, su faraónica obra científica que han dado lugar a su «escuela», a la que ahora se añaden sus «nietos científicos» y que, como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares, supo dignificar, logrando trasladar sus instalaciones a su actual emplazamiento en los cuarteles de Mendigorría, antiguo Colegio Máximo de Jesuitas.

Palabras clave: *Fiscal jurídico Militar, sistema penitenciario militar español, protección legal, garantías legales, recursos, procedimiento, abusos, desviaciones, Juez de Vigilancia Penitenciaria.*

### ABSTRACT

*In a Spanish military prison income originates the birth of a relationship of special subject, which guarantees protection against abuses and deviations that may arise. This paper analyzes the figure of the Military Legal Prosecutor, its foundations, character and limits and what are their specific functions in this area.*

Key words: *Military Legal Prosecutor, Spanish military prison system, legal protection, due process, resources, procedures, abuse, diversion, Judge Prison supervision.*

SUMARIO: I. Justificación del tema.–II. Fundamento y antecedentes.–III. Delimitación legal y caracteres.–IV. Órganos de la Fiscalía jurídico militar y sus funciones.–V. Funciones específicas. 5.1 Obligación de garantizar la independencia judicial. 5.2 Obligación de no acatamiento de instrucciones contrarias a las leyes.–VI. Conclusiones.–VII. Referencias bibliográficas.–VIII. Abreviaturas utilizadas.

## I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Tuve ocasión de decirlo (2): El libre ejercicio de la profesión me proporcionó, hace más de una década, conocer el sistema penitenciario militar español, que suscitaba en mí un gran interés y, que lejos de disminuir ha aumentado, por lo que he intentado profundizar en este

---

(2) SERRANO PATIÑO, J. V. *El Sistema Penitenciario Militar Español*. Premio Nacional Victoria Kent 2012-segundo accésit. Ministerio del Interior. 2012, p. 14.

Puede también visualizarse a través del siguiente enlace: [www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El\\_sistema\\_penit\\_2\\_accxsit\\_Premio\\_VK\\_2012\\_acc.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El_sistema_penit_2_accxsit_Premio_VK_2012_acc.pdf).

campo (3), en un terreno muy poco dado a conocerse (4) y muy celoso de sí mismo, bajo la formula de ser materia especializada (5).

(3) SERRANO PATIÑO, J. V. «La Protección Judicial en el Sistema Penitenciario Militar Español». *Revista de la UNED*, núm. 12, 2013. También en RDUNED. *Revista de derecho UNED*, ISSN 1889-9912, núm. 12. 2013.

(4) En este sentido, LÓPEZ GARCÍA, E. M., «Los Beneficios Penitenciarios en la nueva normativa militar». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 63. Enero-junio de 1994, p. 145, advierte sobre «...la práctica inexistencia de estudios jurídicos o compilaciones normativas sobre el particular, que sean pródromo de un trabajo de mayor enjundia»; y en su nota 4.<sup>a</sup>, indica: «El primer autor que conozcamos se haya ocupado de manera sistemática de la legislación penitenciaria militar es FEDERICO CASTEJÓN, en su *La Legislación Penitenciaria Española*. Manuales Reus, vol. XVIII, Ed. Reus, Madrid 1914, pp. 429 a 438. Este autor recoge la referencia a la legislación penitenciaria militar dentro del capítulo III de su obra, dedicado a los «Tratamientos penitenciarios especiales por razón de: 6.<sup>a</sup> La profesión: *la milicia*»».

DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Convivencia del Derecho Penal y el Derecho Sancionador Militar*, dentro de la obra colectiva *Derecho penal y disciplinario militar* (en la que es coordinador). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Tirant lo Blanch. Valencia 2006, en la p. 9, escribe: «El derecho sancionador militar constituye un marco de estudio poco desarrollado en general, especialmente para los penalistas, que ni siquiera dedican unas líneas para delimitar su campo de actuación».

Y si el derecho sustantivo militar tiene escasa atención doctrinal, lo raro sería que el derecho penitenciario militar tuviera una suerte distinta y lo grave es que este escaso interés permanece encriptado en el tiempo, habiendo ya pasado más de 20 años, desde la aprobación del RPM.

(5) Materia que no resulta sencilla, tal y como pone de manifiesto GARCÍA VALDÉS, C. «Rincón de lectura» (el sistema penitenciario militar español). *Revista la Ley Penal*. Núm. 106. Enero-febrero 2014, p. 146, al indicar: «... La materia que se aborda no es muy común entre la Ciencia Penitenciaria. En efecto, lo referido al estudio de los centros castrenses y su regulación legal no es santo de devoción ni de la dedicación literaria de nuestros especialistas».

Ni tampoco resultaría sencillo en el pasado más inmediato, tal y como lo advertía BERISTAIN, IPIÑA A. *Cárceles comunes y militares y sus substitivos*. Anuario del Derecho Penal, III. 1979, p. 586: «Las referencias a los establecimientos penitenciarios militares – dada la nula o casi nula información que en las revistas científicas y en los medios de comunicación existe acerca de estos centros carcelarios», reseñando en su nota 5.<sup>a</sup> y como primicia, la publicación de un incidente que acabó con un incendio, ocurrido a mediados de septiembre de 1978 en la prisión militar de San Francisco del Risco en Las Palmas de Gran Canaria, de la que la Capitanía General de Canarias hizo publica una nota Oficial; incendio que se conocía públicamente por cuanto tuvieron que intervenir los bomberos de las Palmas, incidente que fue publicado en el País (21 de septiembre de 1978, p. 14).

Este mismo autor, en *ob. ya cit.*, p. 613, termina afirmando: «Al menos, parece imprescindible que los medios de comunicación tengan mas acceso a las cárceles militares. Actualmente puede afirmarse que el castillo de Kafka parece una plaza pública si se le compara con las prisiones militares. Acerca de las cárceles militares sólo aparecen noticias en los medios de comunicación cuando resulta imposible guardar silencio de algún acontecimiento acaecido en ellas, por ejemplo el motín de la prisión del castillo de San Francisco, en Las Palmas, el 17 de septiembre de 1978, puesto que los internos provocaron un incendio que obligó a intervenir a los bomberos de Las Palmas».

Los llamados «pactos de la Moncloa», fruto de un generoso y sereno espíritu de consenso de todos los españoles, anticipaban futuras reformas en el Ejército y en su llamada «Justicia Militar» dentro de la estructura de lo que sería luego la Constitución Española de 1978, que reconoce a las Fuerzas Armadas como una institución más, con la misión de *garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional* (art. 8.1) y mantiene a la jurisdicción militar *en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución* (art. 117.5), postulándose, por lo tanto, por el mantenimiento de la jurisdicción militar, como ocurre en el mundo anglosajón e iberoamericano, principalmente Estados Unidos y Gran Bretaña, en contraste con otras tendencias en el ámbito europeo, en las que encontramos; de una parte, la de un grupo de países como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Noruega, Portugal y Suecia que distinguen entre tiempos de paz y de guerra, de manera que la jurisdicción militar sólo recupera vigencia en tiempos de guerra; y la de otros, principalmente Finlandia y Países Bajos, en donde la jurisdicción militar se traslada a la jurisdicción ordinaria, bien directamente o bien en Salas especiales, integradas, como decimos, dentro de la jurisdicción civil.

De acuerdo con el nuevo modelo constitucional, llegarían importantísimas reformas en el ámbito castrense, dejando definitivamente enterrado el tradicional modelo de «Justicia Militar» que seguía el Código de Justicia Militar de 1945, separándose las infracciones disciplinarias de las penales con la aprobación del *Régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas* (Ley Orgánica 12/1985, de 27 de diciembre) y el *Código Penal Militar* (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre) y configurando una justicia más técnica, para lo cual se eliminarían las funciones judiciales que tenían los capitanes generales, los Consejos de guerra y el Consejo Supremo de Justicia Militar, en virtud de la *Ley de Organización y Competencia de la Jurisdicción militar* (Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio), en adelante LOCOJM y la *Ley Procesal Militar* (Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril), en adelante LPM.

En el terreno penitenciario, siete días antes de la aprobación de la Constitución, se aprobó el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares de 1978, que tomaba como modelo el Reglamento de Servicios de prisiones de 1956, sin contar con el importantísimo proyecto general penitenciario que estaba germinando y que configuraría el futuro sistema penitenciario (que sería a la postre, la actual Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*), en adelante LOGP que, sin duda, fue un craso error que intentó posterior-

mente suplir con puntuales reformas y sin que las mismas pudieran enmendar los claros desajustes castrenses, puestos, por otro lado, de manifiesto, en distintos informes del Defensor del pueblo desde 1988 que abundaban en la necesidad de armonizar, de una vez por todas, el régimen penitenciario militar con el modelo establecido por la LOGP, todo lo cual vaticinaba una nueva reglamentación penitenciaria militar, hecho claramente constatado en 1989 en la misma LPM, cuyo artículo 348 contenía un mandato, que disponía que el futuro reglamento de establecimientos penitenciarios militares se inspiraría en la LOGP, adaptada a la especial estructura de las Fuerzas Armadas. Y en este contexto, surge, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares, aprobado por Real Decreto 1396/92, de 20 de noviembre de 1992, que entraría en vigor el 1 de enero de 1993, que es el aplicable a las prisiones militares, mejor aun, a la única existente en la localidad de Alcalá de Henares (6).

En resumidas cuentas, el ingreso en prisión militar, en aplicación del CPM en situaciones ordinarias y excepcionales, determina un peculiar *status*, en el que el recluso sigue siendo sujeto del derecho y no objeto, pudiendo recurrir el JVPM, en todo caso, ante cualquier abuso o desviación que pueda producirse, desempeñando en todo esto el Fiscal jurídico militar un papel fundamental; tomando siempre protagonismo, en general en este ámbito, vía de informe, previa la decisión judicial correspondiente o, incluso, interponiendo directamente recurso, frente a las decisiones que, a su juicio, no sean ajustadas a derecho. Y esto justifica el estudio que ocupará ahora el centro de nuestra atención.

## II. FUNDAMENTO Y ANTECEDENTES

Si el Juez de Vigilancia resulta clave en el sistema penitenciario militar, no debemos de restarle importancia al Fiscal Jurídico Militar (7), el que por vía de recurso o informe debe de intervenir en los

---

(6) En 1989 sólo existían los Establecimientos Penitenciarios Militares de Alcalá de Henares, en Madrid y el de la Isleta en las Palmas de Gran Canaria pero al cerrar éste último, en base a la Resolución de 11 de enero de 1995 y con efectos desde el 1 de febrero del citado año, podemos afirmar que, a partir de esta fecha, sólo existe el primero de los citados

(7) Fiscal Jurídico Militar y no Fiscal Militar es una fórmula que nos parece más apropiada, si acudimos a la historia, ya que conforme con los artículos 145 y 146 del CJM de 1945, anterior a la LOCOJM y a la LPM, el Fiscal debía tener el carácter de militar cuando el delito atribuido fuera militar y Jurídico Militar en las causas en

asuntos penitenciarios castrenses conforme con las exigencias constitucionales previstas en el artículo 124 CE (8), en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley.

La concepción del Fiscal, como figura independiente del juez en el derecho militar, tiene un origen relativamente reciente. Baste para ello saber que, por Real Decreto de 14 de agosto de 1859, se establecía la creación en cada Batallón de infantería de una plaza de Juez- Fiscal, que normalmente era desempeñada por segundos comandantes. Quiere esto decir, en primer lugar, que no había una delimitación entre la figura del acusador y la del órgano de enjuiciamiento, debiéndose apuntar, en segundo lugar, que carecía de la nota de técnica de profesionalidad. En realidad, correspondía esta función a un lego, que no dejaba de actuar por delegación (del Capitán General), siendo su cometido formar la causa lo más rápidamente posible, gozando de todos los medios para ello, atribuyéndole la Ley de Enjuiciamiento Militar, las facultades de detención, practica de registros, interceptación y apertura de cartas y, en general, las típicas y tradicionales funciones procesales: petición de la elevación de una causa a plenario, solicitud de sobreseimiento, etc. Y como tercer punto, queremos apuntar su falta de independencia, entendiéndose esto no sólo como la falta de autonomía en el criterio profesional sino desde un punto de vista orgánico, en la medida, que después de formado un sumario, por decisión del mando podía cambiarse, nombrando a cualquiera de los otros Oficiales Jefes de la unidad a la que pertenezca el inculpado.

Por lo tanto, la figura del Fiscal Militar, tal y como la concebimos, y con las notas de independencia de criterio (que no funcional), se va a ir forjando muy avanzada la época decimonónica, configurándose con la CE, aunque deberá de esperar a 1989, con la LPM para dotarle de los caracteres actuales, con claras funciones competenciales en materia de vigilancia penitenciaria militar.

---

las que se investigasen delitos comunes o comprendidos en el artículo 194 CJM o se hallare procesado un paisano. Por reforma de la LO 9/80, sólo actuaría el Fiscal Militar en delitos militares en tiempo de guerra. En todo caso, el Fiscal Jurídico Militar dependía del Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Sobre los antecedentes históricos del Ministerio Fiscal, resulta interesantísima la conferencia pronunciada por HERNÁNDEZ GIL, F. en el Curso «La Presencia del Ministerio Fiscal en la Administración de Justicia», celebrado en el Escorial en julio de 1992.

(8) El artículo 124 CE señala: «El Ministerio Fiscal tiene por misión promover las actuaciones de la justicia, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley».

### III. DELIMITACIÓN LEGAL Y CARACTERES

La figura del Fiscal Militar aparece reflejada en los artículos 87 a 101 LOCOJM y en los artículos 122 a 124 de la LPM y se rige por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982) y lo dispuesto en el artículo 541 LOPJ.

El artículo 87 LOCOJM deja claro que la Fiscalía Jurídico Militar forma parte del Ministerio Fiscal, destacando el artículo 89 del citado texto legal, que ejercerá las funciones y desarrollará las actividades que se atribuyen al Ministerio Fiscal en su Estatuto orgánico con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad y observancia de los de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

En este sentido, Blay Villasante (9) afirma que «el Ministerio Fiscal es un órgano que opera según los principios de «unidad de actuación» y «dependencia jerárquica» (art. 124 Constitución y art. 21 del Estatuto de 1981) y que aunque, imparcial, no es *independiente*».

El referido autor después de poner de manifiesto lo espinoso y difícil que ha sido siempre precisar conceptual e institucionalmente la figura del Ministerio Fiscal, por lo demás cambiante a través de sus vicisitudes históricas, «más factible es *a sensu contrario*, establecer lo que no es. Según Garrido Falla, el Ministerio Fiscal: –No es un órgano del Poder Judicial.–No es tampoco *stricto sensu* un órgano de la Administración.–No es tampoco «un cuarto poder» cuya función consista en defender en abstracto o en concreto la legalidad, que incumbe a los jueces».

Los Fiscales Jurídico Militares forman parte del Cuerpo Jurídico Militar (10) y de forma especial la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, en su artículo 26. 4 los engloba dentro de los Cuerpos comunes de las FFAA, y por lo tanto, dependen del Ministerio de Defensa.

---

(9) BLAY VILLASANTE, F. *Ministerio Fiscal Jurídico Militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1993, en las pp. 523 y siguientes.

En su nota segunda, cita la obra de GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*. Civitas. Madrid, 1985.

(10) El artículo 90 LOCOJM, reseña: «Los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar pertenecerán al Cuerpo Jurídico Militar, debiendo encontrarse en situación de plena actividad. En el desempeño de sus funciones tendrán carácter de autoridad, y el tratamiento que por su empleo militar les corresponda, nunca inferior a señoría; Los Fiscales Jefes de las Fiscalías Territoriales tendrán el de señoría ilustrísima».

Blay Villasante (11) apunta lo timorato y receloso de la reforma de la Justicia Militar al no haber querido dar el legislador un paso más, valiente, razonable y equiparador de la Jurisdicción Militar con la Ordinaria: Conferir al Fiscal Togado, desde su toma de posesión, y de forma permanente, la condición y Estatuto personal de Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, pasándolo a la situación militar de retirado, tal y como se hizo con los magistrados de la Sala 5.<sup>a</sup> procedentes del Cuerpo Jurídico de la Defensa (art. 28 LOCOJM). Se obviaría así, además, la problemática de la carencia de las Juntas de Fiscales en las Fiscalías Jurídico-Militares, pues lo «interesado» por Ministerio de Defensa a través del Gobierno y el Fiscal General del Estado, tendría el matiz de la Junta de Fiscales de Sala, y por lo tanto la operatividad sobre la misma que ahora, sólo que más afín a un Estado de Derecho.

#### IV. ÓRGANOS DE LA FISCALÍA JURÍDICO MILITAR Y SUS FUNCIONES

Conforme con el artículo 93 LOCOJM son órganos de la Fiscalía Jurídico Militar:

- 1.º La Fiscalía Togada.
- 2.º La Fiscalía del Tribunal Militar Central.
- 3.º Las Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales

Cualquiera de dichas Fiscalías carece de la llamada Junta de Fiscales o de la Junta de Fiscales de Sala en el caso del TS, que convoca el Fiscal Jefe o el Fiscal General del Estado para someter a su consideración determinadas cuestiones previstas en su Estatuto Orgánico. Quizá con esto, se pretenda reforzar el principio de disciplina (no tanto el de jerarquía, dado que los fiscales no son independientes), dada cuenta de la especialidad militar y del reconocimiento constitucional de la jurisdicción militar.

Turienzo Veiga (12), comandante auditor, que actúa como fiscal militar destinado en el Tribunal Militar Central, señala que las leyes militares son tan antiguas como los Ejércitos y que los Ejércitos son agrupaciones humanas donde es más viva la necesidad de tener unas

(11) BLAY VILLASANTE, F. *Ministerio Fiscal...*, ob. ya cit., p. 533.

(12) TURIENZO VEIGA, A. «Los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal militar y su relación con el tratamiento penitenciario militar». *Revista la Ley Penal* núm. 106. Enero-febrero 2014, pp. 5 y 6.

normas de comportamiento rígido y en particular normas punitivas que protejan aquellos valores –bienes jurídicos en terminología técnica– que guardan relación con la dirección de sus acciones y la consecución de sus fines, siendo la disciplina la piedra de toque que permite los logros de cualquier Ejército, encontrándose en los cimientos de toda organización militar la disciplina más severa, de manera que el derecho penal militar «se configura como una disciplina jurídica que controla una organización jerarquizada y que tiene en la obediencia su instrumento primero y principal».

En apoyo de lo que manifiesta, trae a colación la STC 371/1993 que para referirse a la organización militar, la define como una «*organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida*»; y en un auto, el 375/1983, de 30 de julio dictado por el propio TC, en el que se dispone que «*manifestada en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendiente para conseguir la máxima eficacia y el factor de cohesión que obliga a todos por igual*».

Conviene ahora precisar, que todos los Fiscales Jurídico Militares integrados en los citados órganos de la Fiscalía Jurídico Militar, pudieran tener intervención profesional en la materia penitenciaria militar, cada uno lógicamente en la esfera de sus atribuciones. Como regla nemotécnica, las Fiscalías de los Tribunales Militares Territoriales y la del Tribunal Militar Central, cada una dentro de sus competencias, intervendrán, bien por vía de informe o recurso en los asuntos de los Juzgados Togados Militares Territoriales y Centrales a los que se les atribuya funciones de vigilancia penitenciaria y, en todo caso, ante las hipotéticas apelaciones que pudieran plantearse ante los Tribunales Militares Territoriales y al Tribunal Militar Central, en su caso.

Por su parte, también la Fiscalía Togada intervendría en los recursos de casación por unificación de doctrina, que en la materia penitenciaria militar se interpongan al amparo de lo previsto en el punto 8.<sup>a</sup> de la disposición adicional 5.<sup>a</sup> LOPJ y, cuyo conocimiento correspondería a la Sala 5.<sup>a</sup> TS, en una interpretación amplia y favorable conforme con el principio *pro accione*, porque en una interpretación literal *stricto sensu*, sólo correspondería a la jurisdicción ordinaria y su competencia, por lo tanto, a la Sala 2.<sup>a</sup> TS.

Este recurso de casación por unificación de doctrina encuentra su fundamento, cuando dos Tribunales Militares Territoriales tengan criterios contrarios entre sí o con el Tribunal Militar Central en materia de ejecución (clasificaciones, libertad condicional), porque en materia

de cumplimiento (materia disciplinaria, denegación de permisos) no pueda haber discrepancia alguna, ya que corresponde siempre el conocimiento funcional del asunto al Tribunal Militar Territorial núm. 1, que es el correspondiente a la demarcación territorial del único EPM existente actualmente en la localidad madrileña de Alcalá de Henares, tal y como ya se ha señalado.

El Fiscal Togado (13) es el Fiscal Jefe de la Sala de lo Militar del TS, con la categoría de General Consejero Togado y del que dependen subordinadamente los restantes Fiscales Jurídico Militares, permitiéndosele, por delegación del Fiscal General del Estado y conforme con el artículo 95.1 LOCOJM, la posibilidad de impartir órdenes concretas e instrucciones sobre la aplicación e interpretación de las Leyes a los miembros de la Fiscalía Jurídico Militar.

Pero también y conforme con el artículo 92 de la indicada LOCOJM, el Ministerio de Defensa podrá impartir órdenes (14) e instrucciones al Fiscal Togado referente a las actuaciones que deben adoptarse para la mejor aplicación de las leyes ante los Tribunales y Juzgados Militares, así como recabar información sobre los asuntos en que éste intervenga añadiendo «cuando no haya impedimento legítimo para ello», esto es cuando las actuaciones por ejemplo no sean declaradas secretas que, en la materia que nos ocupa, difícilmente pudiera ocurrir.

Desde el punto de vista orgánico, presenta caracteres peculiares, ya que conforme con el artículo 96 LOCOJM, el Fiscal Togado es nombrado por RD, refrendado por el Ministerio de Defensa, previo informe del Fiscal General del Estado, significando el artículo 87 LOCOJM que «*La Fiscalía Jurídico Militar depende del Fiscal General del Estado, con la organización que se establece en este título, forma parte del Ministerio Fiscal*».

De todo ello se colige, a la vista del artículo 92 LOCOJM, ya citado, que pertenece orgánicamente al Ministerio de Defensa pero no puede olvidarse que depende directamente del Ministerio de Justicia (porque el Fiscal General del Estado depende de este Departamento), de suerte que si hubiera divergencias sobre cualquier asunto ente los Ministerios de Defensa y de Justicia, debería de prevalecer siempre los criterios de este último Ministerio, contemplando, incluso el artículo 95 final LOCOJM, que las facultades del Fiscal Togado pueden

---

(13) Conforme con el artículo 97 LOCOJM «*El Fiscal Togado será asistido, al menos, por un General Auditor y un Fiscal del Tribunal Supremo...*»

(14) BLAY VILLASANTE, F. *Ministerio Fiscal...*, ob. ya cit., en la p. 532, señala que la expresión orden –que significa mandato imperativo inexcusable– atenta contra el principio de legalidad, consustancial del Ministerio Fiscal.

ser avocadas, en cualquier momento, por el Fiscal General del Estado, lo que aleja cualquier atisbo de duda (15).

De los artículos 98 y 99 LOCOJM, puede señalarse que el Fiscal del Tribunal Militar Central y los Fiscales de los Tribunales Militares Territoriales, por sí o por sus subordinados, ejercerán las funciones de la Fiscalía Jurídico Militar ante dichos Tribunales y ante los Juzgados Togados Militares Centrales y Militares Territoriales de su competencia. El Fiscal del Tribunal Militar Central, será un General Auditor y su nombramiento se hará por RD, refrendado por el Ministro de Defensa. Y los Fiscales de los Tribunales Militares Territoriales, serán Coroneles Auditores o Tenientes Coroneles Auditores, nombrados y cesados por OM.

El RPM, en su artículo 36 final, contempla la obligación de notificar al Fiscal de los Tribunales Sentenciadores las resoluciones que dicten los Jueces de Vigilancia en materia de su competencia, formula que, en principio, parece más apropiada que la recogida en el artículo 358 LPM que sólo contempla la figura del Fiscal Jurídico Militar, ya que en el EPM pudieran también existir penados condenados por los Juzgados y Tribunales ordinarios a cuyos Fiscales y, no necesariamente al Fiscal Jurídico Militar, se los que debería de dar cuenta de las mencionadas resoluciones a los efectos procesales de rigor.

Al Fiscal Jurídico Militar del Tribunal Sentenciador, conforme con el artículo 358 LPM, le serán notificadas las resoluciones que dicten los Jueces de Vigilancia en materia de su competencia, pudiendo interponer contra dichas resoluciones recurso de apelación y, en su caso, recurso de queja, si se declarase inadmisibles. Y dicho recurso de apelación se entenderá en un solo efecto, salvo que sean resoluciones que se dicten en materia de libertad condicional o autorizando los permisos de salida con duración superior a dos días, en cuyo caso, además del efecto devolutivo, tendrán un efecto suspensivo, no pudiéndose ejecutarse las resoluciones objeto del recurso mientras no sean resuel-

---

(15) Quizá por ello, en la jurisdicción militar se contemplaba hasta que fue derogado formalmente por la LO 9/2003, de 15 de julio, un supuesto cuanto menos sorprendente, como el recogido en el artículo 111 LOCOJM que facultaba a ciertos mandos militares para poder interponer recurso, aún en contra de los criterios que pudiera tener el Fiscal y aun a pesar de no haber sido parte en el procedimiento, a fin de velar por la disciplina y los valores esenciales castrenses.

BLAY VILLASANTE, F. *Ministerio Fiscal...*, ob. ya cit. y, a la vista de su nota 14 (p. 545) recogía las palabras de JIMÉNEZ VILLAREJO, J. «Algunos aspectos de la nueva organización de la Justicia Militar». *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, 1989, T.1, p. 19 que sobre este particular señalaba: «Norma difícilmente comprensible y suscitadora de problemas porque incumbiendo al Fiscal la defensa de los intereses públicos –y siendo la disciplina un interés público– no tiene sentido...».

tos, en su caso, los recursos de apelación por el Tribunal Militar correspondiente.

No parece que esté contemplado en la Ley el efecto suspensivo en el hipotético recurso de queja que el Ministerio Jurídico Militar pudiera interponer frente a inadmisiones del mencionado recurso de apelación en los casos señalados, por lo que debería expresamente de solicitarlo, en su caso y lo decidiría, el Juzgado Togado conforme con el artículo 269 LPM.

Una función que no está escrita pero que ha venido desempeñando últimamente es la de evitar el rigor innecesario en la estricta aplicación de las normas penales militares, cuando ya hubieran desaparecido las consabidas razones de disciplina y ejemplaridad que las justificaban inicialmente, lo que se constata habitualmente, cuando se informa favorablemente para la suspensión de la condena cuando el reo no pertenece a los ejércitos conforme con el artículo 44 CPM (16).

Y el mismo espíritu, también lo hemos constatado recientemente, en los casos en los que el Tribunal Militar revoca el beneficio de la suspensión de la pena (17), cuando solicitados los antecedentes penales del condenado para la remisión definitiva de la pena, tiene conocimiento que, dentro del plazo de suspensión de la pena concedido, fue condenado ejecutoriamente por otro tribunal o juzgado, normalmente de la jurisdicción ordinaria; de manera que cuando ocurre esta situa-

---

(16) Dice el artículo 44 CPM: «*Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta*».

(17) El Fiscal Jurídico Militar en el sumario 14/10/05 correspondiente al Tribunal Militar territorial, con motivo de la solicitud de indulto y suspensión de la pena correspondiente, mientras se tramitara, emitió informe, como así consta en el antecedente de hecho tercero del auto de 11 de diciembre de 2014 «en el que se muestra favorable a la concesión del indulto total valorándose el hecho de que el solicitante no es militar desde el 13 de noviembre de 2009; el tiempo transcurrido desde la fecha en que ocurrieron los hechos (13 de septiembre de 2005) y el momento actual (más de nueve años) y, a mayor abundamiento, que en estos años el solicitante ha rehecho su vida tanto a nivel laboral como familiar (teniendo un hijo reconocido), debiéndose recordar que ya tiene abonada la responsabilidad civil a la que fue requerido por la Sentencia condenatoria y por el hecho de que la pena a la que fue condenado por nuestra jurisdicción militar es dentro del abanico posible a elegir por el tribunal Sentenciador, una pena baja si consideramos que el límite para este artículo 99-3 CPM, está en cinco años y, finalmente, porque la pena del delito por el que ha sido condenado posteriormente a la concesión de la suspensión de la condena por le jurisdicción ordinaria, es de escasa gravedad (art. 384 CPM). Por todo ello, el Fiscal Jurídico Militar solicita que le sea concedido a D. F. el indulto total de la pena impuesta en méritos de las presentes actuaciones y asimismo que le sea concedida la suspensión de la ejecución de la pena en tanto se resuelve el presente expediente de indulto».

ción, nos encontramos ante la paradoja que el condenado ha perdido su condición de militar hace años y que tiene que hacer frente a una corta pena de prisión inevitablemente, al no contar la jurisdicción militar con mecanismos que puedan sustituir la pena conforme con el artículo 88 CP (multa, trabajo en beneficio de la comunidad o localización permanente), por lo que ante el exceso de rigor que supone la privación de la pérdida de libertad en el EPM de Alcalá de Henares, y la ausencia de la ejemplaridad y la disciplina, la única vía para intentar reconducir la situación es por la vía de un indulto, que puede hacerse conforme con la disposición transitoria octava LPM, solicitando, a fin a la Sala, que el indulto no sea ilusorio conforme con el artículo 4.4 CP, de aplicación subsidiaria a la jurisdicción militar, que el Tribunal decreta la suspensión de la ejecución de la pena y, por lo tanto, la libertad del condenado hasta que se resuelva el indulto, por cuanto, de otra suerte, corre el riesgo que la tramitación y resolución del indicado fuera superior a su estancia en prisión, por lo que éste, se haría ilusorio (18).

## V. FUNCIONES ESPECÍFICAS

Funciones específicamente encomendadas a la Fiscalía Jurídico Militar son la de garantizar, por un lado, la independencia de los Juzgados y Tribunales Militares, contando también, por otro lado, con un mecanismo

---

(18) Precisamente a esta situación se resolvió favorablemente en el sumario 14/10/05 correspondiente al Tribunal Militar territorial primero, el que dictó auto de 11 de diciembre de 2014, en el que se acuerda la suspensión de la ejecución de la pena de prisión mientras se tramita el correspondiente expediente de indulto solicitado por su defensor, reseñándose en el Fundamento de derecho único: «Habida cuenta de la solicitud formulada por el letrado defensor del condenado D. F. y de los extremos contenidos en el informe del Fiscal Jurídico Militar, el Tribunal si considera oportuno hacer aplicación de la previsión contenida en el artículo 4.4. del Código Penal el cual previene, que si mediara petición de indulto, y el juez o tribunal hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede ser vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada, añadiendo en un segundo párrafo que también podrá el juez o tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la Sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria. En este caso, mediando ya petición formal de indulto y, dados los plazos que se vienen observando en la tramitación de los correspondientes expedientes, en torno al año e incluso superior, de continuar ejecutándose la pena impuesta, la finalidad del indulto solicitado podría resultar ineficaz e ilusoria, razones por las cuales procede acordar la inmediata suspensión de la ejecución de la pena impuesta, con la consiguiente excarcelación del penado».

previsto respecto de las órdenes e instrucciones que cualquier miembro de la Fiscalía Militar pudieran recibir contrarias a la Constitución y a las Leyes, teniendo en cuenta que la Fiscalía Jurídico Militar carece de Junta de Fiscales y, que en todo momento, debe de actuar conforme a la Ley y al derecho. Veamos, pues estas funciones específicas.

### 5.1 Obligación de garantizar la independencia judicial

La labor de la defensa de la independencia de los Juzgados y Tribunales Militares encajaría de plano dentro del concepto de la defensa del interés público señalado en el artículo 124 CE y se señala de forma expresa, al final del artículo 88 LOCOJM, al indicar «... Y velará por la independencia de los órganos judiciales», siendo más preciso, el Estatuto del Ministerio Fiscal, concretamente su artículo 89.2, cuando señala: «Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales», o incluso la LOPJ, cuando en su artículo 14.2 exige que «el Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial».

A mi modo de ver, esto implica un especial empeño por parte de la Fiscalía Jurídico Militar para que los órganos de la jurisdicción militar sean realmente soberanos en sus decisiones, poniendo todos los mecanismos a su alcance para eliminar todo aquello que les pudiera perturbar en su labor pero, al mismo tiempo, verificar que los que tengan que tomar una decisión judicial sean absolutamente imparciales, recusándolos, si fuera menester.

### 5.2 Obligación de no acatamiento de instrucciones contrarias a las Leyes

En lo concerniente, a la sola posibilidad de recibir órdenes e instrucciones contrarias a la Constitución y a las Leyes, mandato que estaría en contra de la naturaleza misma de su actuación, por cuanto actúan bajo el principio de legalidad previsto en los artículos 124 CE y 89 LOCOJM, la Legislación militar, a diferencia de la común, no contempla regulación específica alguna (19).

---

(19) BLAY VILLASANTE, F. *Ministerio Fiscal...*, ob. ya cit., analiza el protocolo que, en estos casos, tiene el Estatuto del Ministerio Fiscal en la jurisdicción ordinaria, no existiendo la Junta de Fiscales y, en su caso la Junta de Fiscales de Sala en la jurisdicción Militar. En su p. 527 señala que el Fiscal que reciba una orden o instrucción concerniente al ejercicio de sus funciones *sobre asuntos específicos* deberá cumplirla

En todo caso, podemos afirmar que la actuación en estos casos fuera de las vías legales no ampararía al Fiscal que las acatara, ya que no existe en el Fiscal Castrense la llamada obediencia debida (circunstancia eximente que por otro lado fue suprimida del CP), siendo terminante, el segundo párrafo del artículo 21 CPM, que reseña que «no se estimará como eximente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia debida a aquélla orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de guerra o constituyan delito, en especial contra la Constitución».

La llamada «obediencia debida», quedó eliminada definitivamente con la entrada en vigor del CP 1995, que suprimiría esta figura dentro de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal (20), por lo que remitiéndose el CPM en este sentido al CP, podemos concluir que ya no existe (21), aunque algún autor, como Hernández Suárez-Llanos (22) postule la existencia dentro del CPM de la eximente

---

ateniéndose a las mismas (art. 25, párrafo último), salvo que las considere contrarias a las leyes o improcedentes, en cuyo caso, lo hará saber así en informe razonado a quien la emitió; Si procediere de su Fiscal Jefe, éste, de no considerar satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscales, y una vez que ésta se manifieste resolverá definitivamente, reconsiderando o ratificando la orden. Si la orden fuera dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala (art. 27.1, inciso final); Y si el superior ratificase la instrucción lo hará en escrito razonado, relevando al destinatario de ella de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendando a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera (art. 27.2). Por descontado, cuando se reconsidere la orden por improcedente o por contraria a la legalidad, no se cumplirá, pues si el Ministerio Fiscal debe de actuar conforme a las Leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, solo ejercerá las acciones procedentes (art. 6 del Estatuto).

(20) Las razones para ello era que era una institución caduca, tal y como así consta en núm. 157 del Diario de Sesiones del Congreso, p. 8304 en la intervención del Diputado Barrero López, de 22 de junio de 1995, constando también en el núm. 93 del Diario de Sesiones del Senado, a la p. 4768, en la intervención del Senador Galán Pérez, que «se suprime finalmente, la eximente de obediencia debida ya que la regla del error de prohibición, del estado de necesidad o del miedo insuperable proporcionan vías de exención suficientes para los supuestos que en la actualidad caen bajo su dominio».

(21) Fácilmente llegamos a esta conclusión, con la lectura del artículo 21 CPM, que señala: «Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el CP».

En este sentido el CP 1993, contemplaba la eximente en el artículo 8.12, lo que como insistimos, no regula el nuevo CP 1995, aunque sí contemple la exención del cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo de un oficio o cargo, en su artículo 20.7 de la siguiente manera: «*El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo*», circunstancia eximente que, en este sentido, no ha sufrido modificación alguna en la antigua redacción contenida en el artículo 8.11 CP 1973.

(22) HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español comparado e internacional*. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado-UNED. Madrid, 2011.

de la obediencia jerárquica, como una modalidad de error de prohibición, circunstancia que, en todo caso, difícilmente podría ser de aplicación al que siendo formalmente militar actúa como fiscal y, por lo tanto, con superiores conocimientos del derecho, acatando una orden en los casos de *atrocitatem facinoris*.

Así las cosas, parece que la tendencia es a suprimir o desterrar esta figura de nuestro ordenamiento jurídico (23) superando el concepto de la justicia del Jefe por otro estrictamente legal, pese a la existencia de voces en contra (24).

En todo caso, el adverbio «*manifiestamente*» (25) empleado por el legislador en el ya referenciado artículo 21 CPM, debe entenderse en

---

En su p. 18 señala que «aunque después de casi 200 años, el Código penal de 1995 optó por suprimir la eximente autónoma por obediencia, ésta pervive en nuestro Código Penal Militar, en el Derecho comparado militar dominante y en el Derecho penal internacional, circunscrita al crimen de guerra».

Más adelante, en su p. 462 lo aclara: «En el Derecho militar las peculiaridades de la guerra extreman las exigencias de prontitud y de eficacia militar fundamentando la férrea jerarquía en el Derecho militar y llevando a reconocer la convivencia de positivar la eximente por obediencia jerárquica ya desde las primeras regulaciones militares. Por supuesto, en el ámbito militar el mandato antijurídico debe seguir siendo desobedecido por idénticas razones que las esgrimidas en el Derecho Penal común, sin embargo y a diferencia del Código penal, las peculiaridades de la guerra explican que la eximente autónoma de obediencia perviva en el último inciso del artículo 21 del Código penal militar».

(23) Ello lo podemos constatar, por las reformas operadas, como la de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*, cuyo artículo 5. 1.d) establece: «...*En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes*».

Por su parte, la Ley 7/2007, de 12 de abril, relativa al Estatuto básico del Empleado público, en cuyo artículo 54.3.ª, señala: «*obedecerán las instrucciones y órdenes de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes*».

(24) PIGNATELLI Y MECA, F. *El Código Penal Militar: Perspectivas de Lege Ferenda*. Derecho penal y procesal militar ante las reformas de las normas comunes. Consejo General del Poder Judicial. 1996, en la p. 123, señala: «Siendo palmaria la necesidad de mantener en el ámbito militar la incolumnicidad de la obediencia, como exigencia de la conservación de la disciplina, deriva de tal necesidad una constricción de la intensidad del deber de examen de subordinado en aquel ámbito, reducción que implica, en principio, que por razón de su pertenencia a aquella organización jerarquizada queda autorizado a confiar en la corrección del juicio del superior y en la consecuente conformidad del derecho de sus actuaciones».

(25) Precisamente este término era utilizado en la legislación anterior y justificaba una acción antijurídica; señalándose en el artículo 185.12.ª CJM: «*El que obra en virtud de obediencia debida. Se considera que no existe obediencia debida cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución*».

el sentido de orden o instrucción clara, patente notoria ilegal y cuya ejecución sea contraria a las Leyes, usos de guerra así como los que constituyan un delito, dando un realce enfático cuando señala, «*en especial contra la Constitución*», fórmula innecesaria, a nuestro modo de ver, ya que los delitos contra la CE caen ya por defecto en el inicial redactado. Y en estos casos, ningún militar estará obligado a obedecerlas y, en todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión (26).

Sobre este punto Rojas Caro (27) señala que si la orden es ilegal la ha de rechazar escudado en el principio de legalidad e independencia, apuntando la doble solución, bien de someter la orden a la opinión del Fiscal General del Estado para que éste pueda solicitar la opinión de la Junta de Fiscales de Sala, con lo cual, se produce un trasvase a la normativa de la Fiscalía ordinaria, para obviar la soledad del Fiscal Togado en sus resoluciones.

Por su parte, Mayor Bordes (28) aclara sus consecuencias, manifestando que esa erradicación de las órdenes que manifiestamente constituyan delito, la proclamación de la eliminación, en nuestro ordenamiento militar, de cualquier sospecha de adscripción a la obediencia incondicional y absoluta, como se apunta en el Preámbulo del CPM.

Concluiremos, citando a Monzón y de Aragón (29), cuando, señala: «El constituyente tuvo buen cuidado, de unir en el mismo precepto la misión constitucional de las Fuerzas Armadas y el fundamento de la jurisdicción militar, probablemente para preservar el ordenamiento procesal y penal de los excesos del pasado».

---

Del mismo modo, el artículo 34 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, que regulaba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, decía: «*Cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas; en todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión*».

(26) Incluso la LO 2/1996, de 13 de mayo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* («BOE» núm. 63, de 14 de marzo), aplicable a la GC, establece que sus miembros deben: «*Sujetarse, en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación*», pero «*en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delitos o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes*».

(27) ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Militar*. Editorial Bosch, 1.ª Edición. Barcelona 1991, pp. 208 y siguientes.

(28) MAYOR BORDES, F., *El Sobreseimiento en el proceso penal militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1993, pp. 625 y ss.

(29) MONZÓN Y DE ARAGÓN, M., *Ayer y hoy de la jurisdicción militar...*, ob. ya cit., p. 227.

Precisamente, cuando las FFAA, han sustituido el exceso de protagonismo que tuvieron en el pasado, por profesionalidad se han convertido en una de las instituciones mejor valoradas por los españoles a la vista del barómetro del Real Instituto el Cano, de abril de 2014, 35.<sup>a</sup> oleada (30)

## VI. CONCLUSIONES

1.º El derecho penitenciario militar deviene del Derecho penal militar y éste deriva de la jurisdicción militar, expresamente reconocida en el artículo 117.5 CE en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, así que, sólo la aplicación del CPM en situaciones ordinarias y excepcionales, pudiera conllevar el ingreso en prisión militar.

2.º Forjada la relación jurídico militar penitenciaria, no puede impedirse que, bajo la excusa de la especialidad militar, pueda situarse a la administración castrense al margen de las garantías constitucionales o que la administración militar sea un compartimento estanco ajeno al control judicial. Todo lo contrario, el interno tiene un sistema legal de garantías en el que intervine el Fiscal Jurídico militar en defensa de la legalidad y los derechos y resolverá un órgano judicial.

3.º Las funciones judiciales y fiscales en el ámbito militar se atribuyen a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, los cuales pertenecen a los Cuerpos Comunes de las FFAA con empleo o rango propio. De acuerdo con la Ley de la Carrera Militar, mientras realicen funciones propias de la jurisdicción militar se encuentran en activo, en tanto que si desempeñan funciones en el TS o en otros organismos jurisdiccionales se encuentran en situación de servicios especiales.

4.º El Fiscal Jurídico militar depende orgánicamente del Ministerio de Defensa pero también está integrado dentro del Fiscal General

---

(30) Las ONG y las FFAA son las instituciones mejor valoradas por los españoles, según «el Barómetro» del Real Instituto el Cano, de abril de 2014 (35 oleada), alcanzando estas Instituciones en este informe de opinión, p. 15, una puntuación de un 6,4 y 6,1 respectivamente (sobre diez).

En el otro extremo estarían los partidos políticos (1,9), los representantes de los trabajadores (2,4), el sistema judicial (3,6) y los medios de comunicación social (4,9).

En las Instituciones internacionales, sólo aprobaría Naciones Unidas (5,14), suspendiendo la OTAN (4,54), el Parlamento Europeo (4,43), la Comisión Europea (4,37), el Fondo Monetario Internacional (3,96) o el Banco Central Europeo (3,83).

Este estudio de opinión puede leerse de forma completa a través de la página <http://www.abc.es/espana/20140522/abci-fuerzas-armadas-valorados-espanoles-201405221820.html>

del Estado dependiente del Ministerio de Justicia. Quiere también con esto decirse que los Fiscales Jurídico Militares no son independientes, como los Jueces aunque deben ser imparciales y actuar conforme a la Ley, teniendo, entre sus obligaciones específicas, garantizar la independencia judicial de los Jueces y Tribunales.

5.º La única especialidad militar, además del empleo propio de su rango, es la inexistencia de la Junta de Fiscales o Junta de Fiscales de Sala del TS, quizá para reforzar el principio disciplina, más que el de jerarquía en el ámbito castrense, sin que estén obligados a acatar ninguna instrucción que pueda ser ilegal.

6.º En cualquier discrepancia que pueda presentarse entre los Ministerios de Defensa y de Justicia y que se proyecte sobre la Fiscalía Jurídico Militar, prevalecerá la de este último, ya que conforme con el artículo 95 final LOCOJM, las facultades del Fiscal Togado pueden ser avocadas, en cualquier momento, por el Fiscal General del Estado, lo que aleja cualquier atisbo de duda.

7.º Ningún Fiscal Jurídico Militar esta obligado a acatar órdenes e instrucciones que sean ilegales o constitutivas de delito, en especial contra la Constitución y los usos y leyes de guerra y, si lo hiciera, no quedaría amparado bajo la excusa absolutoria de la llamada obediencia debida, suprimida definitivamente como eximente con el CP 1995.

8.º Los Fiscales jurídico militares son una pieza clave para la salvaguarda de derechos y corrección de los abusos y desviaciones que pudieran producirse en el sistema penitenciario castrense, debiendo de actuar, en todo momento, en defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales.

9.º En concreto, informarán por escrito en todos los asuntos en los que deba resolver el Juez Togado con funciones de vigilancia penitenciaria y, podrán interponer recursos frente a sus decisiones y, en su caso, también interponer el llamado recurso de casación por unificación de doctrina en materia penitenciaria ante la Sala 5.ª *de lo Militar* del TS.

10.º Una de las funciones, que no están escritas y que en la práctica se les atribuye es la de atenuar el rigor en la aplicación de las normas penales militares, cuando el reo ya no pertenezca al ejército y, por lo tanto, no esté en juego la disciplina ni la ejemplaridad, a través del informe positivo en los casos de la remisión condicional de la pena o, incluso, informando favorablemente al indulto con solicitud de libertad mientras éste se resuelva para que no resulte ilusorio, en los casos en los que se revoque el beneficio de la remisión y tenga que cumplirse una pena muchos años después de perder el condenado su condición de militar.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN IPIÑA, A. *Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutos*. Anuario del Derecho Penal, III. 1979 (Dialnet. Año 1979. Tomo 32. núm. 3).
- BLAY VILLASANTE, F. *Ministerio Fiscal Jurídico Militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1993.
- CASTEJÓN, F. *Legislación Penitenciaria española*. Manuales Reus, vol. XVIII. Edición Reus. Madrid 1914.
- CLAYER VALDERAS, José Manuel. *Comunicación. Aplicabilidad de penas por el trabajo a los internos en establecimientos penitenciarios militares*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1993, p. 766.
- DE LEÓN VILLALBA, F. J. *Derecho penal y disciplinario militar* (obra colectiva de la que es coordinador). *Convivencia del derecho penal y el derecho sancionador militar*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Tirant lo Blanch. Valencia 2006.
- FERNÁNDEZ BENITO, Alfredo. *Comunicación. La determinación del Estatuto Personal de Vocales y Jueces Togados: Un imperativo constitucional. La jurisdicción Militar*. Consejo General del Poder Judicial. 1992, p. 158.
- GARCÍA VALDÉS, C. *Derecho Penitenciario Militar: una aproximación histórica*. Derecho Penitenciario (Escritos 1982-1989). Ministerio de Justicia. Madrid 1989.
- *El Derecho Penitenciario Militar: Sus Orígenes*, editada en el Anuario de derecho penal y ciencias penales, editado por el Ministerio de Justicia (Centro de publicaciones y Agencia Estatal BOE). Tomo LXV. 2012.
- «Rincón de lectura (el sistema penitenciario militar español)». *Revista la Ley Penal*. núm. 106. Enero-Febrero 2014.
- *Apuntes históricos del Derecho penitenciario Español* (Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 septiembre 2014 en el Paraninfo de la Universidad de Alcalá de Henares). Editorial Edisofer S. L. Madrid 2014.
- HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F. J. *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español comparado e internacional*. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado-UNED. Madrid 2011.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J. «Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 53. 1989.
- *El cumplimiento de las penas privativas de libertad en el ámbito militar*. Ponencia desarrollada en la III jornada de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria. 18-20 de septiembre de 1991.
- LÓPEZ GARCÍA, E. M., «Los Beneficios Penitenciarios en la nueva normativa militar». *Revista Española de Derecho Militar* núm. 63. Enero-junio de 1994.
- MAYOR BORDES, F. *El Sobreseimiento en el proceso penal militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. 1993.
- MONZÓN Y DE ARAGÓN, M. *Ayer y hoy de la jurisdicción militar en España*. Discurso leído el día 27 de abril de 2003 en su acto de recepción pública y contestación FLORES PÉREZ, A. Real Academia Sevillana de Legislación y jurisprudencia. Editorial Comares, S. L. Sevilla 2003.

- PÉREZ ESTEBAN, F., *El Derecho Penitenciario Militar*. Derecho Penal y Procesal Militar. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1993.
- PIGNATELLI Y MECA, F. *El Código Penal Militar: Perspectivas de «lege Ferenda»*. Derecho penal y procesal militar ante las reformas de las normas comunes. Consejo General del Poder Judicial. 1996.
- ROJAS CARO, J. *Derecho Procesal Penal Militar*. Editorial Bosch, 1.ª Edición. Barcelona 1991.
- SERRANO PATIÑO, J. V. *El Sistema Penitenciario Militar Español*. Premio Nacional Victoria Kent 2012-segundo accesit. Ministerio del Interior. 2012. ([www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El\\_sistema\\_penit\\_2\\_accxsit\\_Premio\\_VK\\_2012\\_acc.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/El_sistema_penit_2_accxsit_Premio_VK_2012_acc.pdf)).
- «La Protección Judicial en el Sistema Penitenciario Militar Español». *Revista de la Uned*, núm. 12, 2013.
- También puede leerse en RDUNED. *Revista de derecho UNED*, ISSN 1889-9912, núm. 12. 2013, pp. 743-763.
- TURIENZO VEIGA, A. «Los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal militar y su relación con el tratamiento penitenciario militar». *Revista la Ley Penal*. núm. 106. Enero-febrero 2014.

## VIII. ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
EPM	Establecimiento Penitenciario Militar
FFAA	Fuerzas Armadas
JVPM	Juez Togado Territorial Militar con funciones de Vigilancia Penitenciaria
LO	Ley Orgánica
LOCOJM	Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPM	Ley Orgánica Procesal Militar
núm.	Número
OM	Orden Ministerial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
RD	Real Decreto
RPM	Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional



## 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*

«La lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) exige, en primer lugar, la acreditación de un *tertium comparationis*, al ser solo posible el juicio de igualdad con la comparación de la resolución a la cual se atribuye la vulneración con las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que en casos sustancialmente iguales hayan sido resueltos de forma contradictoria.»

(STC 113/2014, de 7 de julio. Recursos de amparo 5823-2012 y 5824-2012. Ponente: D. Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» 5-8-2014).

##### ARTÍCULO 17.4

###### Habeas corpus

«El artículo 17.1 CE establece que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”. Por su parte, el artículo 17.4 CE establece que “[l]a ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (LOHC) ha desarrollado ese mandato constitucional. El artículo 1 LOHC establece que mediante este procedimiento podrá obtenerse la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, entendiéndose por tal quien lo fuera sin que concurran los supues-

tos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y los requisitos exigidos por las leyes; las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes; y a aquellas personas a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida. Este Tribunal ha sentado una consolidada jurisprudencia en relación con esta previsión constitucional y la incidencia que sobre ella tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*. Ha declarado que, aun cuando la LOHC posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, vulnera el artículo 17.4 CE fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC, ya que esto implica dictar una resolución sobre el fondo, cosa que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC (STC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2). Esta jurisprudencia es reiterada e inequívoca (entre otras, SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 24/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 29/2006, de 30 de enero, FJ 3; 46/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 169/2006, de 5 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; y 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4).

El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional por parte de algunos juzgados de instrucción que este Tribunal puede observar es grave, carece de justificación y dota de especial trascendencia constitucional a este recurso. De ese modo, se hace necesario reiterar que este Tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el Juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOTC).»

(STC 32/2014, de 24 de febrero. Recurso de amparo 3485-2013. Ponente: Don Juan Antonio Xiol Ríos. «BOE» 25-03-2014).

## ARTÍCULO 18.1

*Derecho a la intimidad. Validez de la prueba de ADN obtenida la muestra sin consentimiento ni autorización judicial para enervar la presunción de inocencia*

«En la reciente STC 199/2013, de 5 de diciembre, tras recordar la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero; y 206/2007, de 24 de septiembre), así como a determinados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ponen de manifiesto que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper c. Reino Unido; y decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso Van der Velden c. Países Bajos), concluimos que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo supone una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (FJ 6 in fine).

Ahora bien, afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa la cuestión en la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). Y así, en la primera de las resoluciones citadas, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justifique la injerencia apreciada, el Tribunal Europeo se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado –conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos– de aquellos otros casos en los cuales “la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido” (§ 100). El reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso “con vestigios anteriores conservados en la base de datos” (§ 116). La censura se realiza, por tanto, a la conservación de los datos personales, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente” (§ 119). A su vez, en la decisión de inadmisión anteriormente citada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada, prevista legalmente, resulta razonable en atención a que se impone a los condenados por delitos de cierta gravedad y que, a la postre, podría incluso beneficiarles al favorecer su exclusión de una eventual lista de sospechosos.

Por nuestra parte, en las SSTC 70/2002, de 3 de abril (FJ 10); 89/2006, de 27 de marzo (FJ 3); y 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4), señalamos que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el

derecho a la intimidad son los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes 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 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7).

a) Comenzando por la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, “ya hemos dejado constancia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso S. y Marper c. el Reino Unido, § 100)” (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8).

(.../...)

b) Por lo que se refiere a la cobertura legal de las diligencias periciales practicadas por la policía judicial, hemos de partir, como hace la STC 199/2013, de 5 de diciembre (FJ 9), de que habiendo ocurrido los hechos antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquella cobertura se encuentra en los artículos 282 y 363 de la Ley de enjuiciamiento criminal y en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, en cuanto, de una parte, se trata de uno de los informes técnicos y periciales a los que se refiere el apartado g); de otra, su práctica se acomoda con naturalidad a la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador, esto es, para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores; y, finalmente, porque la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, a la que luego nos referiremos, admite una relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura a aquella exigida por el Convenio europeo de derechos humanos. Así lo hemos afirmado, con cita de la STEDH en el caso Sociedad Plon c. Francia, de 18 de mayo de 2004, en nuestra STC 34/2010, de 19 de julio, con respecto a la menor injerencia que supone el carácter temporal de las medidas cautelares limitativas de un derecho fundamental (en el caso, los reconocidos en el artículo 20.1 CE).

c) En cuanto a la necesidad de autorización judicial, concluimos en la repetida STC 199/2013, de 5 de diciembre, que aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho del demandante a la intimidad personal.

d) Por último, el respeto al principio de proporcionalidad de la medida enjuiciada exige, tal como ya hemos avanzado, constatar que la medida adoptada sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); 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, que sea 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 13/2014, de 30 de enero. Recurso de amparo 10616-2006. Ponente: Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 25-02-2014. En sentido similar y mismo «BOE» SSTC 14,15 y 16/2014. Asimismo, STC 23/2014, «BOE» 11-03-2014).

### *Derecho a la propia imagen*

«Como ha puesto de relieve reiteradamente este Tribunal, el derecho a la propia imagen “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 18.1 CE 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” (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 3). Puede ocurrir así que pueda vulnerarse el derecho a la propia imagen de producirse unas imágenes que permitan la identificación de la persona fotografiada sin entrañar ello una intromisión en la intimidad (STC 156/2001, de 2 julio, FJ 3). En este sentido, se debe poner de relieve que, en el presente recurso, la recurrente no liga el derecho a la imagen invocado con otros derechos como el derecho al honor o la intimidad, como así ha sucedido en otros supuestos resueltos por este Tribunal.

El derecho a la imagen ha sido definido por este Tribunal en varias ocasiones, como así recuerda la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4, como el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública”. En concreto, “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” (STC 208/2013, FJ 3); necesario, “según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana ... 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” (STC 208/2013, FJ 3).

Así, hemos afirmado que, por razones teleológicas, “la garantía constitucional de esta facultad de disposición ha de entenderse ‘ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas’ (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2)” (STC 23/2010, FJ 4), pues “más allá de asegurar la individualidad se trata de garantizar así a la persona un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, una capacidad de ‘autodeterminación consciente y responsable de la propia vida’ (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8; 193/2003, de 27 de octubre, FJ 7) que implica también la interdicción de someter a la persona, contra su libertad, al tráfico comercial. Mediante la garantía del ámbito de libertad ‘respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona’ (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3) se viene a asegurar, en definitiva, la indisponibilidad ajena de aquello que socialmente evoca a la persona hasta constituirse en su representación; tal consideración ha llevado a este Tribunal a afirmar que la imagen protegida es la que constituye el ‘elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual’ (por todos, ATC 28/2004, de 6 de febrero, FJ 3), de modo que el bien protegido constitucionalmente no es tanto la mera reproducción gráfica de cualquier elemento

corporal del individuo como la evocación social de la persona que habitualmente se plasma a través de aquélla” (STC 23/2010, FJ 4).

Precisamente, el ámbito de protección del derecho a la imagen (art. 18.1 CE) –en el sentido de la defensa frente a los usos no consentidos de la representación de la información gráfica generada por los rasgos físicos que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde (SSTC 23/2010, FJ 4, y 176/2013, FJ 6)–, se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero (por todas, SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6; 72/2007, de 16 de abril, FJ 3; 158/2009, FJ 3; y 176/2013, FJ 6). En consecuencia, por ello, el artículo 2.2 de la 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 dispone, por lo que al caso interesa, que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizado por ley o cuando el titular del derecho hubiera otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Es por ello que la ausencia de consentimiento de la persona reproducida respecto de la difusión de su imagen sea un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, pues lo que se pretende con este derecho, 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 injerencias externas” (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 6), constituyendo, en esencia, su ámbito de protección, “la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde” (STC 23/2010, FJ 4; en el mismo sentido, STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 3).

(.../...)

Como ha afirmado este Tribunal en reiteradas ocasiones, el derecho a la propia imagen “no es absoluto o incondicionado” (STC 72/2007, FJ 5), de suerte que existen circunstancias que pueden determinar que la regla general conforme a la cual es el titular de este derecho a quien, en principio, corresponde decidir si permite o no la captación y difusión de su imagen por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, muy particularmente, por lo que al presente caso interesa, la libertad de información [art. 20.1 d) CE], deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (por todas, SSTC 156/2001, FJ 6; 72/2007, de 16 de abril, FJ 3; y 176/2013, FJ 6).

En efecto, este Tribunal ha venido reiterando que la libertad de información “ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. También hemos afirmado que el valor

preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática ... De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales ... requiere no solo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3)". (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5).

El carácter noticiable de la información se erige, por tanto, en el "criterio fundamental" (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2) y "decisivo" (STC 176/2013, FJ 7) que hará ceder un derecho público subjetivo como el derecho a la imagen que se funda en valores como la dignidad humana. El derecho a la información no ocupa una posición prevalente respecto del derecho a la imagen, solo se antepone a este último tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo. La intromisión en el derecho a la imagen de terceros, resultante del ejercicio de la libertad de información, solo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 6), la cual tiene como finalidad que "el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos" (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6).

La información, además de ser veraz, debe tener relevancia pública, "lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no merece la especial protección constitucional" (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5). Es entonces cuando alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente a derechos subjetivos de la personalidad, como el que aquí se debate, los cuales se debilitan, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, pues así lo requieren el pluralismo político, propugnado por el artículo 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Como se dijo en la STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3: "El artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política".

En concreto, en relación con el requisito del interés público de la información, hemos declarado que éste concurre "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" (STC 176/2013, FJ 7 y las allí citadas y STC 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 6). Hemos precisado también que "dado que la protección constitucional se cñe a la transmisión de hechos 'noticiales' por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada" (STC 12/2012, FJ 4), lo "que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la

curiosidad ajena, 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)” (STC 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 6) y que solo tras haber constatado la concurrencia de esta circunstancia resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (en este sentido, STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).»

(STC 19/2014, de 10 de febrero. Recurso de amparo 2285-2011. Ponente: Doña Encarnación Roca Trías. «BOE» 11-03-2014).

### ARTÍCULO 18.3

#### *Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervenciones telefónicas*

«En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, nuestra doctrina ha venido reiterando que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE. Dicho sintéticamente, éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Por ello, el órgano judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo; indicios que han de ser algo más que simples sospechas (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11; y 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4). Tiene además que determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2; y 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 4). Tales exigencias de motivación se reproducen en las prórrogas y en las nuevas escuchas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de ésta con carácter previo al acuerdo de prórroga, explicitando las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicial (en el mismo sentido, SSTC 202/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 261/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 26/2010, de 27 de abril, FJ 2).»

(STC 145/2014, de 22 de septiembre. Recurso de amparo 6157-2010. Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 28-10-2014).

### ARTÍCULO 20.1

#### *Derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir información veraz*

«De acuerdo con nuestra jurisprudencia “el artículo 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libre-

mente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas”. (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4).

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ha reiterado que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso (SSTEDH casos *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, § 42, y *Fuentes Bobo c. España*, de 29 de febrero de 2000, § 43). Como ha afirmado este Tribunal, sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (por todas STC 6/1981, de 16 de marzo; en el mismo sentido SSTC 20/1990, de 15 de febrero, y 336/1993, de 15 de noviembre). La libertad de expresión aparece así “como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección” (STC 101/2003, de 2 de junio, FJ 3), y necesitada de un “amplio espacio” (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; y 127/2004, de 19 de julio, FJ 4), es decir, “un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el artículo 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial” [SSTC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3 a); 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5, y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4]. De acuerdo con esta doctrina “quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público” (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 4; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 10; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4; y 181/2006, de 19 de junio, FJ 5). Así, “el derecho a la libertad de expresión, al referirse a la formulación de ‘pensamientos, ideas y opiniones’, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (entre otras muchas, SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; 1 48/2001, de 15 de octubre, FJ 4, 9/2007, FJ 4; y STEDH caso *Castells c. España*, § 46).

Es preciso, en consecuencia, efectuar aquí la ponderación entre la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y el derecho al honor (art. 18.1 CE), para lo cual será necesario analizar las concretas manifestaciones vertidas por el recurrente. En primer lugar, debe señalarse que en el presente caso la vertiente de la libertad de expresión que pudiera verse afectada tenía por finalidad garantizar “el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática” (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 3), pues las expresiones y valoraciones consideradas lesivas del honor de los recurrentes

son difundidas públicamente a través de la radio, y se fomentaba con ellas un debate público. Nos hallamos, por tanto, en el ámbito de supuestos donde el derecho fundamental alcanza su mayor ámbito de protección constitucional (SSTC 101/2003, FJ 3, y 9/2007, FJ 4). En segundo lugar, es importante tomar en consideración que los hechos criticados se refieren a la actuación de los dirigentes de un partido político en el ejercicio de su actividad política, lo que supone, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, que “los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas, están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública” (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 20/2002, de 28 de enero, FJ 5; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 9; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4, y 41/2011, de 11 de abril, FJ 5).

Así, lo ha considerado igualmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha recordado que “los límites de la crítica admisible son más amplios respecto de un hombre político”, a diferencia de un simple particular, puesto que se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos tanto por los periodistas como por la totalidad de los ciudadanos; debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia (SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times; 8 de julio de 1986, caso Lingens c. Austria; 28 de agosto de 1992, caso Schwabe y 26 de abril de 1995, caso Prager y Oberschlick). En tercer lugar, como hemos sostenido en otras ocasiones, lo relevante para determinar el carácter meramente ofensivo de una expresión es su vinculación o desvinculación con el juicio de valor que se emite o con la información transmitida. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STC 29/2009, FJ 5, entendimos que no podía considerarse el apelativo de xenófobo como vejatorio o humillante, pues se basaba en un hecho veraz (una denuncia a la policía por tal motivo) y no se trataba de una expresión formalmente vejatoria, en tanto que gratuita o innecesaria, para la información que se pretendía transmitir en aquel caso. En el ámbito de lo penal, hemos considerado que la libertad de expresión amparaba la imputación a un edil de “concesión de licencias urbanísticas irregulares”, “adjudicación de un puesto de recaudador municipal a un amigo personal”, “obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones” (STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). A la misma conclusión llegamos en la STC 216/2013, de 19 de diciembre, donde consideramos que la utilización del término corrupción “no puede considerarse innecesaria para la información transmitida”. La información, por lo demás, era de relevancia pública, pues se refería a una cuestión de interés general consistente en el desarrollo urbanístico de la isla de Lanzarote y a la actuación de un funcionario público, circunstancias en las que, como se ha señalado, el ejercicio de la libertad de expresión alcanza “su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor” (FJ 6).»

(STC 79/2014, de 28 de mayo. Recurso de amparo 2343-2010. Ponente: Don Juan José González Rivas. «BOE» 24-06-2014).

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción*

«Una decisión judicial de inadmisión no vulnera este derecho, aunque impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, si encuentra fundamento en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente (SSTC 183/2008, de 22 de

diciembre, FJ 3; 184/2008, de 22 de diciembre, FJ 3; o 48/2009, de 23 de febrero). Sin embargo, conculcan este derecho aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, STC 135/2008, de 27 de octubre, FJ 2). En este sentido, el control constitucional de las decisiones de inadmisión “ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos del principio *pro actione*, principio de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (STC 327/2006, de 20 de noviembre, FJ 3).»

(STC 129/2014, de 21 de julio. Recurso de amparo 5033-2012. Ponente: Don Andrés Ollero Tassara. «BOE» 16-08-2014).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho*

«Como ya dijimos en la STC 31/2013, de 12 de marzo, FJ 3, “[e]l derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990, FJ 1; y 112/1996, FJ 2). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, FJ 2; 5/1995, FJ 3; y 58/1997, FJ 2). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, FJ 3; 112/1996, FJ 2; y 119/1998, FJ 2). En tercer lugar, y no menos relevante, si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (SSTC 62/1996, FJ 2; 34/1997, FJ 2; 175/1997, FJ 4; 200/1997, FJ 4; 83/1998, FJ 3; 116/1998, FJ 4; y 2/1999, FJ 2, entre otras)” (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Y por último, “también en este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente ha de ser ponderada atendiendo al canon de motivación reforzado’ (STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6)”.»

(STC 48/2014, de 7 de abril. Recurso de amparo 6772-2012. Ponente: Don Pedro José González-Trevijano Sánchez. «BOE» 7-05-2014).

«Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril; y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que “la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho,

huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo” (STC 248/2006, de 24 de julio).»

(STC 102/2014, de 23 de junio. Recurso de amparo 4160-2012. Ponente: Don Juan José González Rivas. «BOE» 22-07-2014).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Presencia del acusado en el juicio oral*

«Este Tribunal tiene declarado que (i) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exige la presencia del acusado en el juicio oral por la relevancia de las consecuencias que pueden derivarse del procedimiento penal y la circunstancia de que el juicio oral es el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se hace efectivo el derecho de defensa debatiendo acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa para desvirtuar la presunción de inocencia; (ii) en aquellos supuestos en que esté legalmente establecido, la posibilidad de celebrar un juicio oral en ausencia del acusado queda condicionada, entre otros aspectos, a que se haya garantizado suficientemente su presencia, dándole la oportunidad de comparecer mediante una citación que produzca un conocimiento efectivo y, por tanto, verificando que la ausencia es el resultado de una decisión voluntaria (STC 135/1997, de 21 de julio, FFJJ 6 y 7).

Esta jurisprudencia, según declara la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4, es coincidente con la establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El primero ha establecido que la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero que no se infringe el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio (STEDH de 23 de noviembre de 1993, caso Poitrimol c. Francia, § 35). El segundo ha afirmado, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo y a la defensa (arts. 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), que el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, pero que el acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante (STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto Melloni, apartado 49).

En términos generales, este Tribunal ha afirmado que a los órganos judiciales incumbe un deber positivo de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal. Se ha concluido, en aplicación de esta doctrina, que la obligación de proveer en ciertos casos de asistencia letrada gratuita no se satisface con la mera designación de profesionales del turno de oficio, sino que es preciso que los órganos judiciales desarrollen una vigilancia respecto de su efectivo cumplimiento (STC 1/2007, de 15 de enero, FJ 3). Igualmente, este deber ha llevado a concluir la necesidad de designación de profesionales del turno de oficio por parte de los órganos judiciales incluso en aquellos casos en que tal designación no es preceptiva, siempre que sea preciso para garantizar la igualdad de las partes y la efectiva contradicción para el correcto desarrollo del debate procesal (STC 146/2007, de 18 de junio, FJ 3).

En materia de juicio en ausencia del acusado, la STEDH de 30 de enero de 2001, caso Vaudelle c. Francia, afirma que, si bien la notificación personal a un acusado es reveladora del conocimiento efectivo de la citación, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad hace exigible que los órganos judiciales desarrollen las diligencias complementarias necesarias para despejar cualquier duda al respecto (§§ 59 y 60).»

(STC 77/2014, de 22 de mayo. Recurso de amparo 2818-2012. Ponente: Don Juan Antonio Xiol Ríos. «BOE» 24-06-2014).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a ser informado de la acusación. Principio acusatorio y congruencia entre la acusación y el fallo*

«En relación con el principio acusatorio, este Tribunal ha establecido que determinados elementos estructurales del principio acusatorio forman parte de las garantías constitucionales sustanciales del proceso penal, no solo en la dimensión expresamente reconocida por el artículo 24.2 CE de que nadie pueda ser condenado sin que se formule previamente una acusación de la que tenga conocimiento y posibilidades de defenderse de manera contradictoria, sino también en su dimensión, implícitamente reconocida entre las garantías constitucionales en el procedimiento penal, de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación, toda vez que el derecho a un proceso con todas las garantías impone un sistema penal acusatorio en el que el enjuiciamiento se desarrolle dialécticamente entre dos partes contrapuestas, debiendo resolverse por un órgano diferente, consagrándose así una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales: la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del Juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador; y la decisión, que corresponde a un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio. En atención a ello, este Tribunal ha afirmado que una de las manifestaciones del principio acusatorio contenidas en el derecho a un proceso con todas las garantías es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo, en virtud del cual nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por “cosa”, en este contexto, no 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 solo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica. Ahora bien, también este Tribunal ha puesto de manifiesto que el deber de congruencia no implica un deber incondicionado para el órgano judicial de estricta vinculación a las pretensiones de la acusación, ya que, más allá de dicha congruencia, lo decisivo a efectos de la lesión del artículo 24.2 CE es la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo (así, STC 123/2005, de 12 de mayo, FFJJ 3 a 5).»

(STC Pleno 133/2014, de 22 de julio. Recurso de amparo 3930-2012. «BOE» 16-08-2014).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial*

«Este Tribunal ha afirmado que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4).

A tal efecto resulta ilustrativa la STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta, en la cual el Tribunal Europeo afirma:

“93. La imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y su existencia puede ser probada de diferentes formas. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al artículo 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración subjetiva donde se deben tener en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez en particular, esto es, si el juez tiene algún prejuicio personal o favoritismo en algún caso dado; y también de acuerdo con una valoración objetiva, es decir asegurando si el tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición, ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a su imparcialidad (ver, *inter alia*, Fey contra Austria, 24 de febrero de 1993, Series A núm. 255, ap. 27, 28 y 30, y Wettstein contra Suiza, núm. 33958/96, ap. 42, TEDH 2000-XII).

94. En lo que se refiere a la valoración subjetiva, el principio de que debe presumirse que un tribunal está libre de prejuicios personales o parcialidad lleva largo tiempo establecido en la jurisprudencia del Tribunal (ver, por ejemplo, Kyprianou contra Chipre [GS], núm. 73797/01, ap. 119, TEDH 2005). El Tribunal sostiene que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida hasta que haya pruebas de lo contrario (ver Wettstein, citado arriba, ap. 43). En lo que se refiere al tipo de prueba requerida, el Tribunal busca, por ejemplo, asegurar si un juez ha demostrado hostilidad o mala voluntad por motivos personales (ver De Cubber contra Bélgica, 26 de octubre de 1984, Series A núm. 86, ap. 25).

95. En la amplia mayoría de los casos que despiertan el asunto de la imparcialidad el Tribunal se ha centrado en la valoración objetiva. Sin embargo, no hay una división hermética entre la imparcialidad subjetiva y objetiva puesto que la conducta de un juez puede no sólo provocar dudas objetivas por su imparcialidad desde el punto de vista de un observador externo (valoración objetiva) sino que también puede tratarse del tema de sus convicciones personales (valoración subjetiva) (ver Kyprianou, citado arriba, ap. 119). Así, en algunos casos donde pueda ser difícil tener la evidencia con la que recusar la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, el

requisito de la imparcialidad objetiva proporciona una garantía más importante (ver Pullar contra el Reino Unido, 10 de junio de 1996, Informes 1996-III, ap. 32).

96. En lo que se refiere a la valoración objetiva, debe determinarse si, aparte de la conducta del juez, hay hechos verificables que puedan crear dudas sobre su imparcialidad. Esto implica que, al decidir si en un caso dado hay una razón legítima para temer la falta de imparcialidad de un juez en particular o de una persona de una jurisdicción colegiada, el punto de vista de la persona concernida es importante pero no decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados (ver Wettstein, citado arriba, ap. 44, y Ferrantelli y Santangelo contra Italia, 7 de agosto de 1996, Informes 1996-III, ap. 58).

97. La valoración objetiva se refiere principalmente a los vínculos jerárquicos o de otro tipo entre los jueces y otros actores en los procedimientos (ver casos del tribunal militar, por ejemplo, Miller y otros contra el Reino Unido, núms. 45825/99, 45826/99 y 45827/99, 26 de octubre de 2004, ver también casos concernientes al doble papel de un juez, por ejemplo, Meznaric contra Croacia, núm. 71615/01, 15 de julio de 2005, ap. 36 y Wettstein, citado arriba, ap. 47, donde el abogado que representa al oponente del demandante posteriormente juzga al demandante en un conjunto de procedimientos y los procedimientos se solapan respectivamente); tal situación justifica objetivamente las dudas sobre la imparcialidad del tribunal y por lo tanto no cumple la norma del Convenio sobre la imparcialidad objetiva (Kyprianou, citado arriba, ap. 121). Así se debe decidir en cada caso individual si la relación en cuestión es de naturaleza y grado que pueda indicar una falta de imparcialidad por parte del tribunal (ver Pullar, citado arriba, ap. 38).

98. A este respecto incluso las apariencias deben ser de una cierta importancia o, en otras palabras, 'la justicia no solo debe realizarse, también debe verse que se realiza' (ver De Cubber, citado arriba, ap. 26). Lo que está en juego es la confianza que debe inspirar en el público un tribunal en una sociedad democrática. Por lo tanto, debe retirarse cualquier juez sobre el que recaiga una legítima razón para temer una falta de imparcialidad (ver Castillo Algar contra España, 28 de octubre de 1998, Informes 1998-VIII, ap. 45).

99. Además, para que el Tribunal pueda inspirar públicamente la confianza indispensable, también se deben tener en cuenta cuestiones de organización interna [ver Piersack, citado arriba, ap. 30 (d)]. La existencia de procedimientos nacionales para asegurar la imparcialidad, principalmente normas que regulan la recusación de jueces, es un factor relevante. Tales normas manifiestan la preocupación del legislador nacional de apartar cualquier duda razonable sobre la imparcialidad de un juez o tribunal y constituyen un intento de garantizar la imparcialidad al eliminar las causas de esas preocupaciones. Además de garantizar la ausencia de preferencias reales, su objetivo es eliminar cualquier apariencia de parcialidad y así fortalecer la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar en el público (ver Mežnarić citado arriba, ap. 27). El Tribunal tomará esas normas en cuenta cuando haga su propia valoración sobre si un tribunal es imparcial y, en particular, si los temores del demandante pueden pasar por objetivamente justificados (ver, *mutatis mutandis*, Pescador Valero contra España, núm. 62435/00, ap. 24-29, TEDH 2003-VII)."

A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; "esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que

es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que “[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo” (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino “más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior” (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso

determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).»

(STC Pleno 133/2014, de 22 de julio. Recurso de amparo 3930-2012. «BOE» 16-08-2014).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de prueba en segunda instancia*

«Existe una consolidada jurisprudencia de este Tribunal en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en supuestos de condena en segunda instancia que arranca de la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se completa y reitera en numerosas resoluciones posteriores (entre las últimas, SSTC 88/2013, de 11 de abril, FFJJ 7 a 9; 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 5; 184/2013, de 4 de noviembre, FJ 6; 195/2013, de 2 de diciembre, FJ 3, y 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7).

Por lo que atañe a la primera de las infracciones denunciadas, esa doctrina impone, por referencia a los principios de inmediación y contradicción, que la prueba personal se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración, posibilitando su examen directo y personal en un debate público (por todas, STC 167/2002, FFJJ 11 y 12), sin que la sola reproducción de la grabación del juicio oral faculte para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en dicho juicio, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia (por todas, STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6, y 2/2010, de 11 de enero, FJ 3).

En cuanto a la lesión del derecho a la presunción de inocencia, conforme a la doctrina de este Tribunal aquí sucintamente expuesta, se sigue de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, “si al eliminar las pruebas valoradas sin la debida inmediación, el relato de hechos probados no tiene contenido suficiente que permita sustentar la declaración de culpabilidad del acusado, bien cuando la prueba personal eliminada sea la única tenida en cuenta por la resolución impugnada, o cuando dicha prueba fue esencial para llegar a la conclusión fáctica inculpativa, de modo que con su exclusión la inferencia en dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia” (entre muchas, recientemente, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 5, y 195/2013, de 2 de diciembre, FJ 6).

La necesidad reseñada por la doctrina constitucional de dar cabida a la intervención de los protagonistas de las pruebas personales en la vista, aun cuando en ella se reproduzcan las mismas por medio del visionado de la grabación, resulta central en tanto su omisión encarna la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías planteada en el recurso. Es obligado, al respecto, recordar la argumentación ofrecida en la STC 120/2009, de 18 de mayo, con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para fundamentar la insuficiencia de la reproducción del soporte videográfico del juicio de primera instancia por parte de la Sala penal de apelación para colmar las exigencias constitucionales de inmediación y contradicción así como la exigencia de audiencia a todos los declarantes que debería acompañar, en su caso, el visionado de la grabación.

En su fundamento jurídico 6 se hace constar que el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone de manifiesto que, cuando el Tribunal de

apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, “resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen ‘directo y personal’ del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una ‘nueva audiencia’ en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c. Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64)”.

De ahí se sigue en el mismo fundamento jurídico 6 que “se alude así a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen ‘directo y personal’ –esto es, con inmediación– de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen ‘personal y directo’ implica la concurrencia temporal espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones”.

Por último, se completa la argumentación admitiendo la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, en el marco de la vista o audiencia pública contradictoria, “cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce, en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración. Se fundamenta esta facultad del órgano judicial en que nuestro modelo actual de apelación es de naturaleza limitada o *revisio prioris instantiae*, esto es, de control sobre lo resuelto en la primera instancia y no de un *novum iudicium*, con repetición íntegra del juicio oral, por lo que la ausencia de inmediación respecto de las pruebas personales practicadas en la primera instancia no resulta obstativa de su valoración si, como dijimos en la STC 16/2009, de 26 de enero, FJ 5 b), tal déficit de inmediación viene compensado por la reproducción esencial de las mismas ante el nuevo órgano judicial que se dispone a su valoración, a través del contenido de los interrogatorios propios de la prueba testifical en apelación, o a través de la lectura del acta correspondiente, o por otro medio suficiente [como lo es, sin duda, la grabación audiovisual] que permita su introducción en la nueva vista ante dicho órgano, que podrá apreciarlas en el marco de la nueva actividad probatoria y del debate al respecto, intervenir en relación con las mismas, y percibir la reacción del declarante acerca de su declaración previa, sea a través de una nueva declaración, sea negándose a la misma”.

(STC 105/2014, de 23 de junio. Recurso de amparo 6632-2012. Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 22-07-2014).

### *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

«Para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), hemos de acudir a las pautas establecidas por nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto “no toda

infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando” (STC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior subrayábamos, que “la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza, y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en “un tiempo razonable”), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones y, sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”. En los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, de 21 de julio, FJ 2; 94/2008, de 21 de julio, FJ 2; 142/2010, FJ 3; y 54/2014, de 10 de abril, FJ 4, entre otras.»

(STC 99/2014, de 23 de junio. Recurso de amparo 5727-2010. Ponente: Don Pedro José González-Trevijano Sánchez. «BOE» 22-07-2014).

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«Este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige (i) que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; (ii) que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; (iii) que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor; y (iv) que en la demanda de amparo se aleguen y fundamenten los anteriores extremos (así, STC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 2).»

(STC Pleno 133/2014, de 22 de julio. Recurso de amparo 3930-2012. «BOE» 16-08-2014).

### *Presunción de inocencia. Prueba indiciaria*

«En relación con la invocación del derecho a la presunción de inocencia y la concreta cuestión suscitada por los recurrentes, es preciso poner de manifiesto que este Tribunal, en la STC 126/2011, de 18 de julio, recordando lo establecido en la STC 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3, afirma “que según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente proba-

dos; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes’ (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada’ (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)” (FJ 23).

Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero, se afirma “que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que ‘el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo’ (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos” (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control “respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera ‘insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable’ (por todas STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5)” (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011, FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre, 70/2007, de 16 de abril, 104/2006, de 3 de abril, 296/2005, de 21 de noviembre, 263/2005, de 24 de octubre, y 145/2005, de 6 de junio.

Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio, “también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se

ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 2)” (FJ 4).»

(STC Pleno 133/2014, de 22 de julio. Recurso de amparo 3930-2012. «BOE» 16-08-2014. En sentido similar, STC 146/2014. «BOE» 28-10-2014).

*Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la policía cuando, siendo autoinculporias, se produzca una posterior retractación ante la autoridad judicial.*

«Los contenidos esenciales de nuestra doctrina en la materia, sintetizados por las SSTC 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5; y 53/2013, de 28 de febrero, FFJJ 3 a 5, son los siguientes:

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 inmediación, 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 artículo 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 la 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”.

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 inmediación 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”.

e) Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoinculpatorias ni las heteroinculpatorias 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. De ese modo, 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 (STC 53/2013, FJ 4). Debemos recordar que el artículo 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) encomienda a la policía judicial la averiguación de los delitos y la práctica, según sus atribuciones, de las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, así como recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. El resultado de tales diligencias se documentará en un atestado, en el que se especificarán con la mayor exactitud los hechos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito (art. 292 LECrím).

(.../...)

Plantea la demanda el valor probatorio de las declaraciones autoinculpatorias prestada en unas diligencias policiales. La respuesta es inequívoca: ninguno. En el actual estado de nuestra jurisprudencia no es posible fundamentar una sentencia condenatoria, esto es, entender destruida la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara a todo imputado con el exclusivo apoyo de una declaración en la que aquél reconozca su participación en los hechos que se le atribuyen. Sólo los actos procesales desarrollados ante un órgano judicial pueden generar verdaderos actos de prueba susceptibles, en su caso, de ser valorados conforme a las exigencias impuestas por el artículo 741 LECrím.

El Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), como señala la STEDH dictada por la Gran Sala el 1 de junio de 2010 en el caso *Gäfgen c. Alemania*, garantiza en su artículo 6 el derecho a un proceso equitativo pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba, cuestión que compete al derecho interno; lo que queda excluido es la utilización de confesiones obtenidas con violación del artículo 3 CEDH, en el que se establece la interdicción de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, añadiendo que el artículo 3, a diferencia del artículo 6, consagra un derecho absoluto (§ 178). Ya anteriormente señaló la STEDH de 27 de febrero de 2001, caso *Luca*, § 40, que “utilizar las declaraciones que se remontan a la fase de instrucción preparatoria no vulnera el artículo 6.3 d) y 6.1, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Por norma general, estos exigen conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse a un testimonio en su contra e interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde” (en el mismo sentido, SSTEDH de 20 noviembre 1989, caso *Kostovski c. Holanda*; de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta c. Francia*; y de 26 de abril de 1991, caso *Asch c. Austria*).

El legislador español, en su libertad de configuración de los medios de prueba admisibles en el proceso penal, aun permitiendo que declaraciones efectuadas en la fase sumarial puedan sustentar una declaración de condena, lo ha limitado a las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción. Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim) o una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en las que se documentaron, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción.

Por ello, desde la STC 31/2001, de 28 de julio, FJ 4, venimos diciendo que para que la confesión ante la policía se convierta en prueba no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral sino que es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial. Nuestra jurisprudencia ha repetido de modo constante que “las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo” (por todas, SSTC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5).

(.../...)

La declaración autoinculpatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión pero sí una de manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. De una parte, como elemento de contraste con las declaraciones judiciales posteriores, incidiendo en su propia credibilidad. De otra, la declaración policial puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba. Las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Por ello en nuestra STC 53/2013, de 28 de febrero, FJ 5, declaramos que “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” lo que sucederá “cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada”. Pero la cuestión debe analizarse con una perspectiva diferente si esas declaraciones autoinculpatorias documentadas en el atestado policial ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba.»

(STC 165/2014, de 8 de octubre. Recurso de amparo 2698-2010. Ponente: Don Ricardo Enríquez Sancho. «BOE» 29-10-2014).

## ARTÍCULO 25

### *Principio de legalidad*

«Procede traer a colación la doctrina de este Tribunal sobre el alcance y contenido del derecho consagrado en el artículo 25.1 CE, principalmente referida a la interpretación de la norma penal y la subsunción del supuesto de hecho en el precepto de aplicación. Como decíamos en la STC 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8:

“En relación con el principio de legalidad penal este Tribunal viene declarando (por todas STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6) que tal principio supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de realización de tales conductas. Se quiebra así el derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es

subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, amén de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). En el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. No obstante este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario y la necesaria formulación abstracta del precepto.

A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Expresado en los términos de la STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, ‘no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (en igual sentido, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4)’.»

(STC 196/2013, de 2 de diciembre. Recurso de amparo 5652-2012. Ponente. D. Pedro González-Trevijano Sánchez. «BOE» 08-01-2014).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 58

#### *Abono de la prisión provisional. Condenas acumuladas*

«Este Tribunal se ha pronunciado, desde la inicial STC 57/2008, de 28 de abril, en las sucesivas SSTC 92/2012, de 7 de mayo; 158/2012, de 17 de septiembre; 193/2012, de 29 de octubre; 229/2012, de 10 de diciembre; 148/2013, de 9 de septiembre, y 168/2013, de 7 de octubre, sobre diversos aspectos derivados de las exigencias que la Constitución impone en la aplicación del artículo 58.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Como se sabe, dicho precepto regula el abono, para el cumplimiento de la pena, del tiempo de prisión preventiva a la que se ha estado cautelarmente sometido. Las peculiaridades de este supuesto, que se refiere específicamente al cumplimiento sucesivo, por orden de

gravedad, de múltiples penas (art. 75 CP), que fueron impuestas en distintos procesos que han sido acumulados después de dictada Sentencia (art. 988 de la Ley de enjuiciamiento criminal), a las que se ha fijado judicialmente un límite temporal máximo de cumplimiento efectivo (art. 76 CP), han sido específicamente abordadas en las SSTC 148/2013 y 168/2013, sintetizando en ésta última nuestra doctrina en los siguientes términos:

“El artículo 17.1 CE, tras proclamar el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, dispone que ‘[n]adie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley’. Más concretamente, en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad, este Tribunal tiene declarado que “no es excluible una lesión del artículo 17.1 CE, si no se procede tal y como ordena el Código penal y la Ley de enjuiciamiento criminal’, pues el derecho reconocido en el artículo 17.1 CE permite la privación de libertad sólo en los casos y en las formas previstos en la Ley. De modo que ‘[n]o ha de excluirse que lesione el derecho reconocido en el artículo 17.1 CE la ejecución de una Sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento criminal y del Código penal respecto al cumplimiento... de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en prisión del condenado, en cuanto supongan un alargamiento ilegítimo de esa permanencia y, por ende, de la pérdida de libertad” (SSTC 130/1996, de 9 de julio, FJ 2, 57/2008, FJ 2 y 92/2012, FJ 4). Lo expuesto no nos impide precisar, una vez más, que la interpretación y aplicación de la legalidad procesal y penal es una cuestión que corresponde resolver en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les encomienda el artículo 117.3 CE, de modo que no nos corresponde corregir o revisar desde la perspectiva de la legalidad ordinaria la liquidación de condena del recurrente aprobada por el Juzgado de lo Penal, pues también esta cuestión compete en exclusiva a los órganos judiciales. En todo caso conviene resaltar que el enjuiciamiento de Sentencias o resoluciones, en general, de la jurisdicción ordinaria, cuando a las mismas se imputa por los recurrentes la vulneración de un derecho fundamental, es atribución incuestionable de este Tribunal, para lo que inevitablemente debe entrar la valoración de la interpretación de leyes ordinarias y de su aplicación al caso desde la óptica obligada de la definición constitucional del derecho de que se trate. En tal sentido, hemos reiterado en las resoluciones citadas que, ‘dado el papel fundante de los derechos fundamentales, ex artículo 10 CE, debe ser el derecho fundamental la clave lógica de la interpretación de la ley, y no la interpretación de ésta el elemento determinante del ámbito correspondiente al derecho fundamental. En otros términos, debe ser el derecho fundamental el *prius* lógico para la interpretación de la ley, y no la interpretación de ésta el elemento definitorio del derecho fundamental’. Así es como este Tribunal, al ejercer la función que constitucionalmente tiene atribuida, puede, y debe, enfrentarse a la interpretación de leyes por los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto elemento que incide en la interpretación del contenido del derecho fundamental. Como se anticipó, la conformidad a la Constitución (art. 17 CE) de la aplicación judicial del entonces vigente artículo 58 del Código penal, ha sido ya analizada por este Tribunal desde tres perspectivas:

a) En la STC 57/2008 hemos declarado constitucionalmente ilegítima la exclusión para el cumplimiento de la pena del tiempo pasado en prisión provisional por el mero hecho de ser coincidente con la condición de penado en otra causa. De este modo afirmamos que ‘si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una

causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo ... el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el artículo 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste'. b) En la STC 92/2012, precisamos que la previsión legal del artículo 58.1 del Código Penal, 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'. 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. c) Por último, en la muy reciente STC 148/2013, de 9 de septiembre, FJ 6, este Tribunal ha señalado que, en caso de cumplimiento acumulado de varias condenas, ex artículo 988 LECrim y 75 y 76 del Código penal, no resulta constitucionalmente obligada la pretensión de que los períodos de prisión preventiva que, conforme a las anteriores reglas, sean abonables, sean descontados del límite máximo de cumplimiento establecido judicialmente al realizar la acumulación procesal de causas post-sentencia".

(.../...)

En la reciente STC 168/2013, FJ 6 –con cita de otras SSTC–, hemos rechazado que de la lectura conjunta de los artículos 58.1, 75 y 76 CP dicha pretensión sea constitucionalmente obligada. En dicha Sentencia destacamos que el argumento por el que no considerábamos irrazonable, ni contrarias al derecho a la libertad, aquellas decisiones judiciales que excluyen el abono reiterado del mismo tiempo de prisión provisional, tomaba mayor intensidad en el caso de aplicación del límite “máximo de cumplimiento efectivo de la condena” previsto en el artículo 76 CP. Como recordamos en la STC 148/2013, FJ 4 –con cita de 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 justifica la norma, “dado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación material de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas depende de una circunstancia procesal totalmente imprevisible y azarosa: el número de causas que se abran en investigación de los hechos. De esta manera queda completamente desvirtuada la finalidad de la norma, prevista, repetimos, para una sola causa y una sola condena”. En tal sentido, hemos afirmado que “la tesis que el recurrente postula desvirtuaría *de facto* el contenido y la finalidad de la norma del artículo 76 CP, haciendo inaplicable la decisión de política criminal que la misma encierra en todos aquellos supuestos en que en algunas de las causas se hubiera sufrido un periodo de prisión provisional simultáneo a la situación de penado. De este modo, la aplicación del artículo 58.1 CP –en la anterior redacción–, a supuestos distintos a los que contempla y justifican dicha norma, tal y como pretende el demandante, llevaría a la consecuencia de que para el cómputo del límite de ‘cumplimiento efectivo’ de la condena resultante del artículo 76 CP, se tomarían en consideración periodos de

tiempo que no son de ‘cumplimiento efectivo’. Además eventualmente podría producirse la paradoja de que el tiempo de cumplimiento efectivo de condena podría verse reducido por el hecho de haber cometido otros delitos graves, rebaja que no acontecería en el caso de que tales delitos no se hubieran cometido.” Tal insostenible consecuencia, no exigible en términos constitucionales, se materializaría en el presente caso, de accederse a la pretensión del demandante. Pues, condenado en la causa A) a la pena total de treinta y un años de prisión de los que debería cumplir realmente veinticinco años, vería reducido el tiempo de “cumplimiento efectivo” de su condena por el hecho de haber cometido los graves delitos por los que fue condenado en la causa C), y que determinaron su prisión provisional. Es decir, se produciría el absurdo de que la comisión de nuevos delitos le resultaría beneficiosa al conllevar una rebaja del tiempo máximo de “cumplimiento efectivo” de la condena.

5. No corresponde a este Tribunal la interpretación de la legalidad procesal y penal, dado que esta es una función encomendada a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). Más limitadamente, la función de este Tribunal se reduce a una supervisión externa de la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones judiciales recurridas desde la perspectiva del derecho a la libertad, en coherencia con la doctrina constitucional (por todas, SSTC 108/1997, de 2 de junio, FJ 2; 31/1999, de 8 de marzo, FFJJ 3 y 6, y 19/1999, de 22 de enero, FJ 4). 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), esto es, 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), o en otras palabras, la interpretación más favorable no puede entenderse como la admisión de interpretaciones que por forzosas e imprevisibles violenten la literalidad, finalidad y racionalidad de la norma aplicada, con quiebra de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de la ley.

(.../...)

De este modo, en el caso de las condenas acumuladas, la decisión judicial de no descontar del límite máximo de cumplimiento efectivo, fijado en veinticinco años, el periodo de tiempo en que simultáneamente se encontraba como preso preventivo y como penado no es contraria a la Constitución. Es decir, no es constitucionalmente exigible, en tales casos, una interpretación conjunta del artículo 58.1 –en la redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010– y de los artículos 75 y 76 CP, que imponga el doble cómputo de un mismo periodo de prisión como preventivo y como penado, o que lleve a considerar que el tiempo de prisión provisional simultáneo al de cumplimiento de pena, deba conceptuarse como tiempo de “cumplimiento efectivo”.

(STC Pleno 35/2014, de 27 de febrero. Recurso de amparo 6313-2011. «BOE» 23-03-2014. En similar sentido, SSTC 55/2014, «BOE» 7-05-2014, 61/2014 a 65/2014 y 67 a 70/2014, «BOE» 04-06-2014, 80/2014, «BOE» 24-06-2014, 90 y 91/2014, «BOE» 04-07-2014, y 101/2014, «BOE» 22-07-2014).

## ARTÍCULO 225 BIS

### *Sustracción de menores*

«El análisis realizado por los órganos judiciales respecto de la estructura y la naturaleza jurídica del artículo 225 bis CP no es tributario de censura por este Tribu-

nal, pues conforme al carácter de “delito permanente” que se atribuye al indicado precepto, cuya principal característica consiste en que hasta en tanto no se restablece el orden jurídico quebrantado el delito continúa cometiéndose, más allá del momento inicial de la consumación, resulta de todo punto consecuente distinguir entre el traslado del menor sin el consentimiento del progenitor con quien habitualmente conviva –supuesto al que se refiere el ordinal primero del número dos del artículo 225 bis CP– y la retención del menor con incumplimiento grave el deber establecido por la resolución judicial o administrativa (art. 225 bis 2.2 CP). Siendo así, el hecho de que la Sentencia haya considerado como retención ilícita una porción del tiempo en que el menor permaneció fuera de la compañía de su madre, con el consiguiente quebrantamiento de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que le otorgaron la guarda y custodia, no supone infracción alguna del principio de irretroactividad en materia penal, habida cuenta que solamente confirió relevancia a unos hechos perfectamente escindibles del traslado inicial y de la retención previa a la tipificación de esa conducta.

(.../...)

El artículo transcrito tiene por objeto sancionar ciertos comportamientos que atentan contra los derechos del progenitor custodio y, en última instancia, contra el superior interés del menor. Ahora bien, para que la retención del menor sea penalmente relevante no basta con que tal conducta impida el ejercicio de los derechos reconocidos por la legislación civil a los padres, pues es necesario que medie una resolución judicial o administrativa que determine el contenido concreto de las facultades atribuidas al progenitor perjudicado, de manera que la retención a que se ha hecho mención suponga la frustración de tales facultades y el correlativo incumplimiento del “deber” a que se refiere el tipo penal. Este aspecto es de capital importancia –como más adelante se explicita– para ponderar hasta qué punto la fundamentación ofrecida por los órganos judiciales ha contemplado, en toda su extensión, la descripción de la conducta típica sobre la que necesariamente se proyecta el elemento culpabilístico.

Desde esa óptica, el contenido de la resolución judicial se erige en elemento esencial de la figura delictiva, ya que lo que en ella se acuerde permitirá esclarecer hasta qué punto se ha incumplido gravemente el deber al que se refiere la norma penal. Ciertamente, el precepto no contiene referencia explícita a que el autor deba conocer el contenido de las resoluciones citadas; por ello, al no ser un elemento específicamente descrito en el enunciado de la infracción penal la relevancia que, en suma, revista ese aspecto ha de ser ponderada en el ámbito propio de la culpabilidad, pues conforme a lo establecido en el artículo 5 CP “no hay pena sin dolo o imprudencia”, de tal modo que sólo pueden reputarse delictivas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 CP).

Como el Código penal no prevé la modalidad culposa de la sustracción de menores, la única fuente de culpabilidad anudada al artículo 225 bis CP es el dolo; de ahí que solamente si concurre intencionalidad en la conducta del autor cabrá entonces atribuirle responsabilidad penal por los hechos cometidos.

(.../...)

Resultan particularmente significativas algunas de las consideraciones recogidas por la Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia dictada en grado de apelación, acerca de que lo característico del delito por el que fue condenado el recurrente es el dolo consistente en la voluntad del autor que pretende privar completamente al otro progenitor del derecho a relacionarse con su hijo menor; que el artículo 225 bis CP no es un delito de desobediencia *stricto sensu*, por lo que no es necesario ni requerimiento expreso y personal para el cumplimiento de la resolución judicial, ni se exige tampoco una advertencia previa de las consecuencias penales del

incumplimiento. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el propio artículo 225 bis CP, en su número dos, define expresamente qué debe entenderse por “sustracción”, incluyendo dentro de tal concepto, en el apartado segundo, “la retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”. Tales resoluciones judiciales o administrativas quedan configuradas como elementos típicos que deben ser abarcados por el dolo del agente, a efectos de poder afirmar el incumplimiento del deber que a través de ellas se establece.

(.../...)

Cabe afirmar que la exégesis del precepto penal realizada por los órganos judiciales soslaya un aspecto crucial sobre el alcance de la infracción penal: el abarcamiento por el dolo del autor de los distintos componentes del hecho típico, especialmente el relativo al incumplimiento grave del deber establecido por las resoluciones de carácter civil. Por tanto, aun desde la posición externa en que se sitúa este Tribunal, no debe pasar inadvertido que el criterio seguido por los órganos judiciales se anuda a unas pautas que son extrañas a la consideración constitucional de la culpabilidad como el principio estructural básico del Derecho penal, según el cual “no sólo es necesario que a la existencia de un resultado lesivo le acompañe el elemento intencional ... sino que la concurrencia de ese específico elemento subjetivo debe quedar suficientemente acreditada, lo que sólo sucede si existe un enlace directo y preciso entre los hechos probados y la intención perseguida por el acusado con la acción, enlace que debe justificarse a través de una argumentación lógica, razonable y especificada motivadamente en la resolución judicial (SSTC 91/1999, de 26 de mayo, FJ 4; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; 8/2006, de 16 de enero, FJ 2; y 91/2009, de 20 de abril, FJ 5)” (STC 57/2010, de 4 de octubre, FJ 9). En el presente caso, para la apreciación del aspecto anímico del delito se ha omitido cualquier valoración relativa a la existencia de consciencia y voluntariedad, por parte del demandante, en el incumplimiento del deber surgido a raíz de las resoluciones dictadas sobre la guarda y custodia del menor. Ello ha dado lugar a que, implícitamente, los órganos judiciales hayan conferido al precepto citado de una amplitud de prohibición penal que va más allá de la que el tipo establece de forma precisa, amplitud que se refleja en la interpretación extensiva que llevaron a cabo a la hora de calibrar la intencionalidad del demandante.»

(STC 196/2013, de 2 de diciembre. Recurso de amparo 5652-2012. Ponente. D. Pedro González-Trevijano Sánchez. «BOE» 08-01-2014).

## ARTÍCULO 133

### *Interrupción de la prescripción de las penas.*

«En el ámbito de ejecución de la pena, no cabe hablar de la figura de la interrupción de la prescripción, por no existir una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción de la pena, con la excepción del quebrantamiento de condena, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal (CP) 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 (SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4; 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4, y 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4).

En todo caso, debemos partir de la afirmación que realizábamos en la referida STC 97/2010, y recordada en las SSTC 187/2013, de 4 de noviembre, y 192/2013, de 18 de noviembre, 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, salvo el quebrantamiento de condena, lo que no excluye la existencia de periodos temporales en que no transcurre el plazo prescriptivo.

Así, en la prescripción de la pena o sanción no se contemplan causas de interrupción desde el momento en que se trata de ejecutar una resolución firme contra persona o personas determinadas, de tal manera que el eje de la prescripción de la pena gira en torno al cumplimiento de la misma.

Como señalamos en nuestra Sentencia 192/2013, de 18 de noviembre, “tal regulación es coherente con que en la prescripción de la pena, a diferencia de la prescripción del delito, el culpable ya está plenamente identificado 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”, (con cita de las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, y 187/2013, de 4 de noviembre).

Debemos recordar que nuestras SSTC 97/2010, de 15 de noviembre, y 152/2013, de 9 de septiembre, señalaron que el Código penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales (art. 132 CP), no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el Código penal de 1995, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (art. 130.7), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos (art. 133) y a determinar el *dies a quo* del cómputo de dichos plazos (art. 134). Al respecto este último precepto dispone que “el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebramiento de la condena, si ésta hubiera comenzado al cumplirse”. Aunque el precepto se circunscribe a establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto, salvo lo referido al quebrantamiento de condena. Regulación que contrasta con la del precedente Código penal de 1973, cuyos artículos 115 y 116 estaban dedicados a la prescripción de las penas. En tanto que el artículo 115 del Código penal de 1973 establecía los plazos de prescripción de las penas, el artículo 116 constaba de dos párrafos, dedicado el primero a disponer el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, que sustancialmente no difiere del artículo 134 CP de 1995, y el segundo a prever los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena y contemplar expresamente como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción. Así pues el legislador del Código penal de 1995 en la regulación de la prescripción de las penas mantiene el *dies a quo* del cómputo de su plazo que aparecía ya contemplado en el artículo 116 del Código penal de 1973, aunque variando su redacción en algún aspecto puntual, pero no sustancial en lo que ahora nos interesa, y omite cualquier referencia a los efectos de la prescripción de las penas y a la comisión de otro delito como causa

de interrupción, entonces regulados en el párrafo segundo del artículo 116 del Código penal de 1973.»

(STC 49/2014, de 7 de abril. Recurso de amparo 3484-2013. Ponente: Don Enrique López y López. «BOE» 7-05-2014).

### *Interrupción de la prescripción de la pena en casos de suspensión de la ejecución*

«Cuando se suspende la ejecución por la tramitación de una petición de indulto o la sustanciación de un recurso de amparo, tal medida solamente produce la paralización del cumplimiento de la sanción impuesta, en espera del acaecimiento de un suceso futuro y de resultado incierto que, eventualmente, podría afectar al título de ejecución, es decir, a la sentencia condenatoria. Por el contrario, la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad regulada en el artículo 80 y ss. CP no tiene por finalidad preservar la efectividad de una potencial modificación del fallo, sino articular un modo de ejecución alternativa al cumplimiento material de la pena privativa de libertad que, en atención al comportamiento favorable del penado, habilita un resultado del todo coincidente con el cumplimiento efectivo de la pena. Dicho en otras palabras, mientras que la paralización de la ejecución, por los motivos enunciados en primer lugar, tiene por objeto evitar que la hipotética concesión del indulto o la eventual estimación del recurso de amparo pierda su finalidad, el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de las penas deja intacto el contenido de la sentencia condenatoria, limitándose a habilitar un cauce para el desarrollo de la ejecución que, por evidentes razones de política criminal, tendrá un contenido distinto de la ejecución *in natura*.

Además, el razonamiento seguido por los órganos judiciales para desestimar la prescripción de la pena es respetuoso con el canon de motivación reforzada anteriormente recogido. Por un lado, dicha argumentación no invoca la existencia de causas de interrupción extraídas de otros preceptos penales, principalmente de los que regulan la prescripción del delito, sobre la base de una interpretación analógica o extensiva *in malam partem*, ni incurre en las deficiencias detectadas en el supuesto analizado por la STC 152/2013, de 9 de septiembre.

En segundo término, las consideraciones que aquéllos traen a colación para justificar la no prescripción de las penas, se anudan a la idea de que durante el periodo de suspensión se está desarrollando una modalidad de ejecución alternativa. Esa modalidad, añadimos, ha sido específicamente diseñada por el legislador y, a diferencia de otros supuestos analizados por este Tribunal, impide que el Estado pueda, por expreso mandato legal, aplicar el *ius puniendi* que la sentencia condenatoria impone. Dicho de otra forma, el hecho de que no se compute la prescripción durante la suspensión de la ejecución no contraviene la finalidad constitucional asociada al instituto prescriptivo, puesto que ha sido el legislador quien ha establecido un modo alternativo a la ejecución de la condena que, durante su vigencia, veda el cumplimiento material de las penas privativas de libertad que exige la literalidad de la sentencia firme. Además, si se cumplen los requisitos impuestos en la resolución judicial se produce *ope legis* el mismo efecto que si la pena se hubiera cumplido: la extinción de la responsabilidad penal. Por tanto, aunque la sentencia goce de firmeza, en los términos requeridos por el artículo 134 CP, cuando se otorga el beneficio de la suspensión de la ejecución el ejercicio del *ius puniendi* deviene imposible, salvo que el citado beneficio sea revocado, lo que también ocurre cuando la pena prescribe.

En fin, a la vista de lo expuesto hemos de afirmar que la tesis sustentada por los órganos judiciales, respecto de la incidencia de la suspensión de la ejecución de las penas en el ámbito de la prescripción, no contraviene el canon de motivación reforzada exigible respecto del artículo 134 CP y, a su vez, se concilia con la doctrina recogida en la SSTC 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4, y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3, y que, en síntesis, viene a establecer que sólo los actos de ejecución asociados al cumplimiento de las penas, in natura o sustitutivo, tienen relevancia para interrumpir la prescripción.»

(STC 81/2014, de 28 de mayo. Recurso de amparo 2643-2013. Ponente: Don Pedro José González-Trevijano. «BOE» 24-06-2014. En el mismo sentido, STC 180/2014, «BOE» 04-12-2014).

## ARTÍCULO 623.1, PÁRRAFO SEGUNDO

### *Cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo segundo del artículo 623.1 del Código Penal*

«El órgano judicial proponente cuestiona la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 623.1 CP, en primer lugar, por considerar que vulnera el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE en cuanto que su tenor literal –“infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas”– acoge la posibilidad de que la reiteración de faltas de hurto venga construida sobre hechos no enjuiciados previamente o que, enjuiciados, no han sido objeto de sentencia firme, lo que supone atender a hechos presuntos o presunciones de culpabilidad. Por la misma razón estima que se vulnera también el principio de culpabilidad por el hecho, cuya posible ubicación constitucional sitúa en los artículos 10, 25.1, 15 y 24.2 CE, si bien a la postre sólo identifica como precepto constitucional vulnerado el artículo 24.2 CE, que lo sería en términos análogos a la descrita lesión de la presunción de inocencia: la posibilidad de afirmar el tipo a partir de la prueba de presuntas faltas (denuncias y detenciones) y o de lo declarado probado en una sentencia no firme, a lo que añade una genérica referencia a la prohibición de sancionar por el modo de ser o de conducirse en la vida sin ulterior desarrollo. Esa coincidencia determina el análisis conjunto de estos dos motivos de inconstitucionalidad.

La doctrina de este Tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es “uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal” (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre, y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás “la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada” (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2). El artículo 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes,

en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3). Como regla presuntiva supone que “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; y 145/2005, FJ 5). La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad “que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria” (STC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 2).

La eficacia garantista de la presunción de inocencia no se despliega sólo ante el juez, sino también como derecho frente al legislador, como destacó ya la STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, donde se reconoce que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una “obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”. En esta línea, el Tribunal ha incluido en la configuración constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Con independencia de la modalidad delictiva de que se trate, no es tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum*, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el artículo 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), sea con una presunción *iuris et de iure*, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende.

Por lo que atañe al principio de culpabilidad, este Tribunal ha declarado que la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, vinculándolo con los artículos 10, 24 y 25 CE [por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11 b)]. Y aunque ha advertido de que ello no implica que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, también ha negado que sea constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (por todas, STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4). Al principio de culpabilidad se anuda asimismo la proscripción de la responsabilidad sin culpa o responsabilidad objetiva en el ámbito del *ius puniendi*, lo que, además de exigir la presencia de dolo o imprudencia, conlleva también la necesidad de determinar la autoría de la acción o de la omisión sancionable (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 103/1995, de 3 de julio, FJ 3; y 57/2010, de 10 de octubre, FJ 9; ATC 237/2012, de 11 de diciembre, FJ 3), así como el principio de la responsabilidad personal por hechos propios y no ajenos –principio de la personalidad de la pena o sanción– [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 5; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 4]’.

(.../...)

Cabe hacer una primera consideración global respecto al común denominador “infracciones cometidas”: el legislador emplea el término “cometidas” para referirse a las “infracciones” (que dado que integran la reiteración de faltas de hurto, no pueden ser más que ilícitos de tal clase), no empleando otras expresiones como “presuntamente cometidas”, “denunciadas” o “imputadas”. El enunciado elegido por el legislador al

definir la reiteración quizás no sea el más preciso o riguroso, pero define unos elementos típicos que han de ser objeto de prueba. En lo que aquí interesa, ha de probarse el elemento “comisión de una falta de hurto” y no la denuncia o la imputación de tal falta. Considerar que el hecho típico de comisión de una falta de hurto se prueba en la medida en que está acreditada la existencia de una denuncia o una imputación de la conducta delictiva es una conclusión incompatible con la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, como se denuncia en la presente cuestión de inconstitucionalidad. Pero no porque el segundo párrafo del artículo 623.1 CP presuma la comisión efectiva de la infracción en casos de mera denuncia o imputación, como se sostiene en el planteamiento del proponente, sino porque esa comprensión concreta no satisface las exigencias que la presunción de inocencia impone respecto al elemento típico “cometidas”; y que son las mismas que impone respecto a cualquier otro elemento de la descripción típica: “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 de los mismos” (entre otras muchas, y últimamente, STC 43/2014, de 27 de marzo, FJ 4).

La disyuntiva a la que recurre el legislador para definir la falta reiterada –enjuiciada o no– se refiere a la circunstancia contingente de que las infracciones anteriores hayan sido o no objeto de enjuiciamiento, como destacó el Abogado del Estado, pero no introduce una presunción incompatible con la presunción de inocencia, pues no se altera la carga de la prueba ni se limita o imposibilita la defensa del acusado, sino que sigue teniéndose que probar que la infracción se cometió. En definitiva, el precepto no alude a infracciones presuntamente cometidas, sino a infracciones cometidas, distinguiendo entre supuestos ya enjuiciados y no enjuiciados en alusión a los dos *iter* procesales que pueden concluir con la apreciación de la falta reiterada. Una primera variante, en tanto que infracciones no enjuiciadas, es la de un solo proceso en el que se conoce de varias faltas de forma acumulada. Una segunda variante, en tanto que infracciones no enjuiciadas, consta necesariamente de varios procesos por falta de hurto. Desde tal punto de partida, si se trata de infracciones que no se han enjuiciado, el derecho a la presunción de inocencia impone que la comisión de los hechos debe quedar probada en el procedimiento en el que se condena por una falta reiterada de hurto. Es más, las infracciones deberán ser objeto de acusación y probarse en la fase de juicio oral conforme a la doctrina constitucional sobre la carga de la prueba y sobre la suficiencia de los medios de prueba.

5. A pesar de la evidencia de que el tenor literal “cometidas no enjuiciadas” se identifica con hechos tipificados como faltas que sean atribuidos al sujeto y respecto de los que se despliegue en un mismo proceso una actividad probatoria específica que conduzca a declararlos probados y que, por ello, la tacha de constitucionalidad denunciada carece de fundamento, no es menos cierto que, como se manifiesta en el Auto de planteamiento y se constata en la Sentencia de instancia en el marco de cuya apelación se planteó la presente cuestión de inconstitucionalidad, existe una línea jurisprudencial que se conforma con la acreditación de previas denuncias o imputaciones por falta de hurto ayunas de condena e incluso de enjuiciamiento. Ahora bien, ello no supone una dualidad interpretativa del precepto que enfrente a una interpretación ajustada a la Constitución con otra no conforme a ella. Al respecto hay que dar la razón al Fiscal General del Estado cuando sostiene que esas interpretaciones incompatibles con el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad son absolutamente irrazonables y deficitarias, por lo que infringen el principio de legalidad (art. 25.1 CE) por resultar extravagantes y erráticas en cuanto a su soporte metodológico y axiológico. Incluso cabe ir más allá y plantear, como antes se argumentó, la desconexión de esas alternativas interpretativas con el tenor literal del pre-

cepto, pues el término “cometidas” difícilmente puede identificarse con “denunciadas” o “imputadas”, que es lo que se está defendiendo como elemento equivalente en la medida en que es el auténtico objeto de prueba a través de los antecedentes policiales.

El derecho a la legalidad penal fija el límite interpretativo de los preceptos penales en la subsunción irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. En tales supuestos, la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es, además de contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). Como recuerda la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, “la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4”).

La interpretación del artículo 623.1 CP en lo relativo a la modalidad de infracciones no enjuiciadas cuya inconstitucionalidad se denuncia por el órgano judicial de apelación es una alternativa interpretativa desconectada del tenor literal del precepto, pues el término “cometidas” difícilmente puede identificarse con “denunciadas” o “imputadas”, como se afirma en esta lectura en tanto se sostiene que basta la prueba de denuncias pendientes; menos aún, al contextualizarse de la mano del sustantivo “infracciones”.

(.../...)

Conforme a una doctrina reiterada de este Tribunal, que resume la STC 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 4, “el criterio de la interpretación conforme se puede encontrar ya en Sentencias tan tempranas como la STC 4/1981, de 2 de febrero, o la STC 122/1983, de 16 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 6 ya decíamos que “siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal”. Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en la STC 93/1984, cuyo FJ 5 señala que ‘es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación’. En similar sentido, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo, FJ 8, o 133/2006, de 27 de abril, FJ 14”. No obstante, la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad de la norma cuestionada como del contenido del mandato incorporado en la

norma examinada. Como también se apunta en la STC 189/2013, FJ 4, “se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir ‘de modo natural y no forzado’ del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8)”.

El cuestionado párrafo segundo del artículo 623.1 CP puede interpretarse en el sentido de exigir la firmeza de las condenas previas por falta de hurto sin incurrir por ello en una reconstrucción contraria a su sentido, como denuncia el Magistrado proponente. Conforme este Tribunal ha sostenido, “la interpretación literal es un mero punto de partida, imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras” (por todas, STC 84/2014, de 29 de mayo, FJ 6). Esas pautas vienen dadas por “los criterios interpretativos al uso en la comunidad científica y por los principios limitadores del ejercicio del *ius puniendi* (pautas que, conforme a nuestra jurisprudencia, han de presidir la interpretación conforme a la Constitución de toda norma penal; por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3)” (STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 7).

(.../...)

El principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), conforme a doctrina reiterada de este Tribunal (entre muchas, SSTC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; y 101/2012, de 8 de mayo, FJ 3), comprende una doble garantía: formal y material. La garantía formal se concreta en que existe una reserva de ley para definir delitos y para amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal. La garantía material refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) –cuya infracción también se plantea aquí– en este ámbito limitativo de la libertad individual, por lo que respecto a la ley penal, comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

(.../...)

La definición cuestionada de la reiteración como comisión de faltas enjuiciadas o no enjuiciadas en el segundo párrafo del artículo 623.1 CP no constituye una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación dependa en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el artículo 25.1 CE (por todas, STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 2), sino que el ciudadano puede conocer qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas, previsibilidad que garantiza el respeto al principio de seguridad jurídica.

Una mínima labor exegética fiel a la interpretación literal, orientada a la Constitución y con auxilio de los criterios hermenéuticos al uso, donde destaca la interpretación sistemática que inserta la norma en el conjunto del Código penal y lo pone en relación con supuestos afines en el ámbito patrimonial y de la delincuencia habitual, fija el ámbito de aplicación del precepto en los supuestos de reiteración de faltas objeto de previa condena firme y/o de faltas objeto de prueba en el proceso en el que se acusa por el ilícito penado en el artículo 623.1 CP, sin que se rebasa la necesidad de interpretación imprescindible en todo tipo penal dada la generalidad y abstracción

con que deben formularse las proposiciones normativas, la vaguedad inherente al lenguaje y la inclusión en un sistema normativo complejo (SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).

A tenor de lo expuesto, el precepto impugnado admite una interpretación conforme con la Constitución si se entiende, como se ha argumentado, que delimita como requisito típico para apreciar la reiteración de faltas de hurto la previa comisión de varias infracciones en un plazo temporal próximo, sean faltas de hurto declaradas en previa Sentencia firme o probadas en el proceso en que se plantea la aplicación de la figura de perpetración reiterada de faltas de hurto conforme al artículo 623.1 CP. Tal es el sentido que ha de darse al precepto para acomodarlo con el tenor y espíritu del 24.2 y 9.3 CE, lo que determina, en los términos señalados, la correspondiente referencia en el fallo para excluir cualquier otra interpretación que sería vulneradora de esos preceptos y por lo tanto inconstitucional.»

(STC Pleno 185/2014, de 6 de noviembre. Cuestión de inconstitucionalidad 5318-2013. Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 04-12-2014).

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 44.1A)**

*Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones.*

«Como se indica en la STC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3, “el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan ‘especial trascendencia constitucional’”.

(.../...) no puede considerarse el incidente 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 los términos literales que reconoce la invocada STC 153/2012.»

(STC 9/2014, de 27 de enero. Recurso de amparo 6709-2012. Ponente: Don Juan José González Rivas. «BOE» 25-02-2014).

### **ARTÍCULO 49.1, IN FINE**

*Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional*

«El legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa

y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda” (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). Su ausencia es insubsanable toda vez que “la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo” (STC 176/2012, de 15 de octubre, FJ 3). Asimismo, hemos de señalar que en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 se identificaron, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos propiciadores de la apreciación de la especial trascendencia constitucional, sin perjuicio del perfil abierto de ese concepto, así como de los tres criterios que el artículo 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) ofrece.

(.../...) Es a este Tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, atendiendo, conforme al artículo 50.1 b) LOTC, a “su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”, criterios que ha desarrollado la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2”. (STC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).»

(STC 212/2013, de 16 de diciembre. Recurso de amparo 5790-2012. Ponente: Don Pedro José González-Trevijano Sánchez, «BOE» 17-01-2014).

«Como hemos recordado reiteradamente, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso, además de una carga procesal en sentido estricto, constituye un instrumento de colaboración con la justicia constitucional que tiene además carácter insubsanable, y para cuyo levantamiento no es suficiente con argumentar la vulneración de un derecho fundamental, siendo preciso que concurra una argumentación expresa al respecto (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; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único, y 28/2013, de 11 de febrero, FJ 1). Asimismo, también hemos constatado que “una vez admitido el recurso por apreciarse la especial trascendencia constitucional, no es posible seleccionar los motivos que deben ser objeto de enjuiciamiento en el proceso” pues “la especial trascendencia constitucional se exige del recurso y no de cada uno de los motivos en concreto” (STC 2/2013, de 14 de febrero, FJ 3). Pues bien, a partir de la anterior doctrina, podemos concluir que, frente a lo que sucedía precisamente en los asuntos que cita el Abogado del Estado (SSTC 69/2011 y 143/2011), en este caso la demanda de amparo sí despliega una argumentación específica dirigida a justificar la concurrencia de especial trascendencia en este caso, diferenciable del examen de las lesiones que se alegan. En concreto, como ha quedado constatado en los antecedentes, la trascendencia se justifica en relación con los derechos que se invocan como lesionados, que lo son en la medida en que, según la demanda, se habría ignorado la jurisprudencia de este Tribunal, así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el arraigo y los superiores intereses de los menores. Es decir, la demanda conecta las lesiones invocadas con los criterios objetivos que pueden dotar de trascendencia al recurso (SSTC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, y 31/2013, de 11 de febrero, FJ 2), por lo que no se produce ninguna desconexión entre el derecho vulnerado y la especial trascendencia constitucional. Debemos por tanto estimar cumplida la carga procesal exigible, que no precisa desde luego el acierto en la selección de los derechos invocados ni en su trascendencia (ATC 28/2013, FJ 1).»

(STC 46/2014, de 7 de abril. Recurso de amparo 1695-2012. Ponente: Don Luis Ignacio Ortega Álvarez. «BOE» 07-05-2014).

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho penal  
UNIR

### ARTÍCULOS 14.3 Y 251.1.º

*Estafa: el engaño bastante no puede servir para desplazar al sujeto pasivo del delito la obligación de comprobación de las circunstancias desplegadas por el autor; atribuirse falsamente sobre una cosa inmueble facultad de disposición de la que carece; vender una finca de la que tenían la posesión durante años sin título alguno, ocultando a la compradora su carácter litigioso y sabiendo que no tenían capacidad de disposición sobre ella. Error de prohibición: directo e indirecto y diferencias con error de tipo.*

Del propio modo, se alega error invencible en la conducta de los acusados, a los efectos dispuestos en el artículo 14.3 del mismo Código, o subsidiariamente, vencible (evitable). En suma, se trata de error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, o lo que se denomina también como error de prohibición.

Desde el plano subjetivo –aspecto también combatido–, conviene señalar que el dolo es un elemento intelectual, que supone la representación o conocimiento de un hecho y que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento de su resultado. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia (SSTS 753/2007 de 2 de octubre, 1238/2009 de 11 de diciembre).

Como dice la STS 392/2013, de 16 de mayo, se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que

reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTS 258/2006 de 8 de marzo y 1145/2006 de 23 de noviembre), que expresamente señala que: «la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el artículo 14 CP se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad».

Por ello, en el artículo 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento integrante de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que éste requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS 1254/2005 de 18 de octubre), y en el n.º 3, el error de prohibición, que la jurisprudencia (SSTS 336/2009 de 2 de abril y 266/2012 de 3 de abril), ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree que se obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa (STS 1141/1997, de 14 de noviembre).

Hemos dicho en STS 411/2006, de 18 de abril y en STS 1287/2003, de 10 de octubre, que para sancionar un acto delictivo, el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del artículo 14.3 CP cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decíamos en la STS 601/2005 de 10 de mayo, el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTS 17/2003 de 15 de enero, 755/2003 de 28 de mayo y 862/2004 de 28 de junio, la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho

o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS 457/2003 de 14.11, declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el artículo 14.3 del Código Penal.

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible (STS de 20 de febrero de 1998, 22 de marzo de 2001, 27 de febrero de 2003), afirmando reiteradamente que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 de marzo de 1996, 3 de abril de 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 de noviembre de 1986, 26 de mayo de 1987).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en STS 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba *mala in se*) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos *mala quiprohibita*).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S 29 de noviembre de 1994), de la misma manera y en otras palabras (SSTS 12 de diciembre de 1991, 14 de marzo de 1994, y 25 de abril de 1995) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis –nos dice la STS 302/2003 de 27 de febrero– debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el caso enjuiciado, primeramente no existe mención alguna en los hechos probados de donde deducir el error de prohibición que el recurrente quiere ver en la acción de los acusados cuando vendieron el inmueble a la constructora con total omi-

sión de cualquier información relativa a la litigiosidad que se venía produciendo en el tiempo.

En segundo lugar, los recurrentes alegan tal error en la ilicitud del hecho, pero ciertamente no consta en modo alguno si recurrieron a cualquier fuente de información fiable en tal sentido, como requiere la jurisprudencia de esta Sala Casacional (*ad exemplum*, STS 1868/1999, de 3 de enero de 2000).

En tercer lugar, se encuentra en el acervo común que nadie puede vender a otro aquello que no le pertenece, que es la base de la tipicidad que se describe en el artículo 251.1.º del Código Penal.

En cuarto lugar, que los querellados, como dice la sentencia recurrida, podrían creerse con algún derecho sobre la finca, dada su ocupación desde el año 1962, es decir, por la adquisición del dominio mediante usucapión, ello no autoriza sin más a la venta a un tercero, pues tal derecho no se ha materializado en nada, ninguna resolución judicial de cualquier orden jurisdiccional ha proclamado derecho alguno sobre la titularidad de tal finca a favor de los acusados, luego no es posible el aludido error, que en realidad, sería de tipo, pues en su tesis se creerían con el derecho de enajenación incidiendo, por consiguiente, sobre un elemento esencial (hecho constitutivo) de la infracción y no, propiamente, sobre su prohibición.

Y dentro del elemento subjetivo, la concurrencia del engaño bastante, aparece correctamente configurada, sin que pueda alegarse que el comprador debió despejar todos los extremos de la titularidad del dominio que creía que se le transmitía. Hemos declarado (STS 1044/2010, de 15 de noviembre) que no es posible negar la aplicación del derecho penal a quien no realiza absoluta y exhaustivamente todas las comprobaciones necesarias en función del caso, cuando se despliega un engaño que va dirigido a obtener una disposición patrimonial, ocasionada por el error inducido por el agente, si éste es suficiente en términos de espuria escenificación. También hemos dicho (STS 1195/2005, de 9 de octubre y STS 278/2004, de 1 de marzo), que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar al sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en escena por el estafador. Queremos con esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del delito de estafa, porque, en ese caso, el engaño no es «bastante». Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima (STS 1036/2003, de 2 de septiembre), porque en caso contrario quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan de la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares, en la historia criminal, cuyos resortes de autoprotección fueron ínfimos, incluso creyeron pensar que se aprovechaban del timador), o el traspaso de aquellos resortes que se fundamentan en el principio de confianza en el tráfico mercantil (generalmente, los llamados negocios criminalizados: por ejemplo, el denominado «timo del nazareno»). Es decir, la astuta precaución de la víctima no neutraliza el engaño si éste es bastante y creíble (en términos objetivos y abstractos), porque de lo contrario, se haría depender la propia existencia del delito del despliegue de resortes defensivos o precautorios por parte de aquella, y no precisamente de la evaluación jurídico-fáctica del engaño, como elemento esencial en el delito de estafa. Con la consecuencia de que si el engaño es detectado, el delito quedará imperfectamente ejecutado (tentativa criminal).

A tal efecto, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el engaño, alma y espina dorsal del delito de estafa, ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad

en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante.

En el caso enjuiciado, la afirmación de que se es propietario de lo que se vende, sin serlo en realidad, confiando el comprador en la regularidad del tráfico jurídico, y pagar el precio, origina un error en el sujeto pasivo que de esta manera se autolesiona, puede predicarse que se trata de un engaño bastante, suficiente y apto para obtener tan ilícito enriquecimiento.

El artículo 251.1.º del Código Penal, que no es sino una variedad de la estafa, considera como tal la conducta de atribuirse falsamente sobre una cosa inmueble una facultad de disposición de la que carece, es decir, la posibilidad de enajenación mediante venta, siempre y cuando que tal facultad no la haya tenido nunca el sujeto activo, como es el caso, y –claro es– en perjuicio del adquirente, como igualmente aquí acontece. En realidad, los comportamientos que se alojan en el artículo 251 son estafas especiales por razón de la descripción del tipo, que participan de todos los demás elementos típicos, es decir, el desplazamiento patrimonial producido como consecuencia de una errónea creencia en el sujeto perjudicado, que se autolesiona, bien se dirija el engaño frente al mismo, o ante un tercero, con perjuicio propio o ajeno.

Conductas como enajenar, gravar o arrendar un bien del que se carece de cualquier facultad civil para llevarlas a cabo, perjudicando a un tercero, o disponer de una cosa como libre, estando en realidad gravada, o gravándola después, antes de la definitiva transmisión al adquirente, incluso otorgar en perjuicio de otro un contrato simulado, son comportamientos especiales, previstos de forma histórica por el Código Penal, como constitutivos de estafas, que encajan en la definición general del artículo 248.1 del mismo.

Que algunos de tales comportamientos puedan dirimirse en la vía civil, como las adquisiciones «*a non domino*», no quiere decir que buena parte de los mismos no integren un verdadero delito de estafa, cuando tales acciones sean denunciadas como tales ante los Tribunales de este orden jurisdiccional.

Como quiera que se trata de un motivo por infracción de ley, ha de estarse a lo declarado en los hechos probados de la sentencia recurrida, y en ellos se declara que los acusados actuaron en la forma que lo hicieron, es decir, vendiendo el inmueble, «a sabiendas [de] que no tenían disposición sobre el inmueble», luego concurren todos los elementos aludidos y que se comprenden en el artículo 251.1.º del Código Penal.

(STS 898/2014, de 22 de diciembre)

## ARTÍCULOS 20.1 Y 20.4

*Causa de justificación. Legítima defensa. Agresión ilegítima: agresión inicial de la víctima que en estado de alta agresividad y con cuchillo en la mano impide entrar al recurrente en su vivienda tras ver tendido en el rellano gravemente herido a su pareja. Necesidad*

*racional del medio empleado: valoración de la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima en el que se defiende y los medios de que disponga. Eximente de la responsabilidad criminal. Trastorno mental transitorio: shock sufrido al llegar a su domicilio y ver a su pareja gravemente herido y verse envuelto en pelea con desconocido al que acuchilla: motivación del Jurado complementada por el magistrado con pericial psiquiátrica: no incide que no se haya probado el miedo insuperable.*

Debemos por ello recordar, SSTS 1262/2006 de 28 de diciembre y 544/2007 de 21 de junio, que en términos generales la eximente de legítima defensa como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante. Por ello se destaca en la jurisprudencia que esta eximente se asienta en dos soportes principales que son una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella.

Por agresión debe entenderse toda acción creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles. Es decir cuando se ha reconocido que el acometimiento es sinónimo de agresión, tal tesis no es del todo completa, por cuanto ésta debe entenderse no solo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan tener en peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica, siempre y necesariamente, con un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.

Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar».

En definitiva la agresión ilegítima no es solamente el acto físico de agredir sino la amenaza o la actitud de inminente ataque. Así constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un rehízo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes. Así en palabras de la STS 5.4.89 «no es preciso que el que se defiende aguarde estoica e impasivamente, a que la agresión o el ataque se inicien».

(...)

En tercer lugar, como ya hemos indicado, la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice propio de toda causa de justificación la existencia en determinados casos de un *animus defendendi* que, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (*animus necandi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además insito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo (SSTS 332/2000 de 24 de febrero,

962/2005 de 22 de julio, 1253/2005 de 26 de octubre, 1262/2006 de 28 de diciembre, 973/2007 de 19 de noviembre).

Por último la necesidad racional del medio empleado supone: necesidad o sea que no puede recurrirse a otro medio menos lesivo; y la proporcionalidad en modo racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que «esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado», de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (STS 444/2004 de 1 de abril).

Por ello, se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión.

Posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que «no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa», no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser «racional» ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa (SSTS 24 de febrero 2000, 16 de noviembre de 2000 y 17 de octubre de 2001).

En este sentido, decíamos en la STS 470/2005 de 14 de abril, siguiendo la doctrina de la STS 17 de noviembre de 1999, que el artículo 20.4 CP no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra «proporcionalidad» no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la ley expresamente requiere para la defensa es la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan las SSTS 29.2 y 16 de noviembre de 2000 y 6 de abril de 2001, no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada.

Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). STS 614/2004 de 12 de mayo que reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex

ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión.

Podemos concluir, afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación.

En resumen, en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (STS 14 de marzo de 1997, 29 de enero de 1998, 22 de mayo de 2001).

Por ello si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana.

(...)

Y respecto a la falta de motivación de la falta de apreciación del miedo insuperable y la privación total de las facultades, aun transitoria, determinante del trastorno mental transitorio, debemos recordar que en la actual jurisprudencia se ha superado ya el criterio de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones a la mente de origen meramente psíquico, sin que sea preciso la enfermedad, y no cabe descartarse la posibilidad de trastornos que produzcan el necesario efecto psicológico de imputabilidad sin base patológica alguna.

Así la STS 19 de julio de 2011, afirma que el trastorno mental transitorio afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciándose por su temporal incidencia. Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundar la eximente, supone, generalmente sobre una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna sea posible la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto, que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza. Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable. En el entendimiento de que la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, prevalece la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza tan altas cotas (SSTS de 15 de abril de 1998, 6 de julio de 2001).

La STS 16 de octubre de 1998 ya precisó que una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desaparecido el criterio ya superado de la base patológica como requisito del trastorno mental transitorio, ante la realidad de alteraciones de la mente de

origen meramente psíquico, que por su intensidad merecían la exención de responsabilidad, se viene entendiendo que tal trastorno puede tener también origen exógeno, atribuyendo su aparición a un choque psíquico producido por un agente exterior cualquiera que sea su naturaleza y que se presenta bajo la forma de múltiples fenómenos perturbadores de la razón humana, exigiéndose:

- 1.º Una brusca aparición.
- 2.º Irrupción en la mente del sujeto con pérdida de facultades intelectivas o volitivas o ambas.
- 3.º Breve duración.
- 4.º Curación sin secuelas.
- 5.º Que no sea autoprovocado, es decir que no haya sido provocado por el que lo padece con propósito de sus actos ilícitos.

Mientras que la eximente de miedo insuperable, descartada por el Jurado al no considerar probado el hecho IV del apartado II del objeto del veredicto («Borja, al hallar a su compañero sentimental gravemente herido y sus enseres destrozados y ser el mismo atacado por un desconocido, cayó en un estado de terror que no pudo superar y que fue el único motivo de su modo de obrar»), su naturaleza no ha sido pacífica en la doctrina. Se le ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Pero es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, por cuanto el sujeto que actúa bajo ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado (SSTS 332/2000 de 24 de febrero, 2067/2002 de 13 de diciembre, 156/2003 de 10 de febrero, 722/2003 de 12 de mayo, 340/2005 de 8 de marzo, 180/2006 de 16 de febrero, 783/2006 de 29 de abril, 359/2008 de 19 de junio, 505/2008 de 17 de julio, 907/2008 de 18 de diciembre, 1001/2009 de 1 de octubre).

Pues bien que el Jurado no considerara probado ese miedo insuperable no incide en que si lo haya sido el trastorno mental transitorio que puede ser debido a otras causas exógenas, y en todo caso sostiene parte de la doctrina, que una situación de miedo insuperable que provoque un estado psíquico de inimputabilidad que anule la voluntad es poco probable que quien sufra esa alteración no sea alcanzado por la eximente de trastorno mental transitorio y ello impidiera su simultánea estimación, de acuerdo con el principio jurisprudencial que dispone que de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse varias eximentes o atenuantes del mismo carácter, de tal modo ligadas entre sí, que la existencia de una suponga la de la otra, y la eximente de miedo insuperable lleva implícita una anulación del nivel de consciencia que es la verdadera razón de su existencia, anulación psíquica que también constituye el fundamento del trastorno mental transitorio.

(STS 454/2014, de 10 de junio)

## ARTÍCULOS 20.7, 106 Y 192

*Principio acusatorio y medidas de seguridad. Libertad Vigilada: imposición de medida de libertad vigilada superior en un año a la solicitada por la acusación; acusación por agresión sexual con intimidación y condena por abuso sexual con prevalimiento por ascen-*

*diente. Causa de justificación. Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho: el supuesto derecho de corrección de padre a hijos no ampara golpear a hija con vara cortada de árbol que causó lesiones con curación en cinco días.*

En este caso, la Sala sentenciadora impuso, al amparo del artículo 192 del CP según redacción introducida por la LO 5/2010, la medida de libertad vigilada a consecuencia del delito continuado de abusos sexuales en la persona de la menor Yolanda, que fue cometido bajo la vigencia de esta norma. La libertad vigilada, a partir de la reforma que la citada Ley operó en el Código Penal, es de obligada imposición a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos graves contra la libertad e indemnidad sexuales, en una horquilla de cinco a diez años.

La libertad vigilada resulta aplicable, como explica el Preámbulo de la Ley que la introdujo, no solo cuando la peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido», entre ellos los delitos de contenido sexual. Se trata, pues, de una medida especialmente orientada a la protección de las víctimas, que pretende enervar el riesgo que el legislador presupone que subsiste en determinados delincuentes aun después del cumplimiento de la condena. De ahí que su cumplimiento se difiera al momento en que concluye el de la pena o penas privativas de libertad que hubieran sido impuestas.

Destaca el escrito de impugnación del Ministerio Fiscal que existen precedentes jurisprudenciales que excluyen las medidas de seguridad del régimen acusatorio (entre otras STS 730/2008, de 22 de octubre; 165/2009, 19 de febrero o 603/2009 de 11 de junio) sin embargo lo hacen en situaciones concretas, en las que los respectivos tribunales habían argumentado las razones de la imposición de la medida y su extensión. Pero en todos los casos destacan que el principio general es que los efectos negativos para el acusado derivados de la comisión de una infracción criminal, deben ser solicitados por la acusación, siempre que no sean consecuencia ineludible de la previa afirmación de algo correctamente propuesto por aquella.

En este caso, como hemos expuesto, nos encontramos ante la imposición de una medida prevista por la Ley con carácter obligatorio. No se plantea ningún eventual conflicto entre el principio acusatorio y el de legalidad, ya que, aunque la acusación particular no solicitó la medida de libertad vigilada, el Fiscal si lo hizo, si bien con una duración menor que la que la sentencia fija. El problema radica en la imposición de una medida por tiempo superior al solicitado por la acusación, en concreto un año más, sin previo debate al respecto que hubiera podido evitar la indefensión, y sin ninguna específica motivación que permitiera controlar la decisión desde la óptica de su eventual arbitrariedad.

Existen también precedentes en la jurisprudencia de esta Sala que expresamente vinculan las medidas de seguridad con el principio acusatorio y han resaltado la necesidad de que hayan sido solicitadas por la acusación como requisito previo a su imposición por el Tribunal. Entre ellas las que cita el Fiscal en su escrito de impugnación, STS 1666/2000 y la 1177/2006. Esta última, en concreto, admitió la vulneración del principio acusatorio en la determinación de una medida de expulsión del territorio nacional por plazo superior al que había sido solicitado por la acusación.

A la vista de lo expuesto, en este caso la imposición de la medida por tiempo superior al solicitado por las acusaciones, efectuada por mero automatismo y huérfana de cualquier específica motivación, vulnera el principio acusatorio y el de inter-

dicción de la indefensión, por lo que el motivo se va a estimar con el alcance que el recurrente plantea.

(...)

El artículo 20 del CP en su apartado n.º 7 prevé como exigente el obrar en cumplimiento de un deber, o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. En relación a un delito de lesiones tal exigente, en todo caso, exigiría que el autor, en la condición en la que actúa, pudiera llegar a estar legitimado para el uso de la violencia, premisa inicial que falta en este caso. El Código Civil, desde la reforma que operó en el mismo la Ley 54/2007 no se refiere expresamente al derecho de corrección. Ello se debe a las posturas doctrinales que mantenían que el reconocimiento del mismo tal y como estaba planteado suscitaba la duda respecto a su colisión con el artículo 19 de la Convención de los Derechos del Niño. En su redacción anterior, el artículo 154 del Código Civil especificaba que la facultad de corrección de los padres respecto a los hijos sometidos a su patria potestad «debe ser ejercida de forma moderada y razonable».

La facultad que a los padres asiste para poder corregir a sus hijos, en cualquier caso queda integrada dentro del conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad, y solo puede concebirse orientada al beneficio de los hijos y encaminada a lograr su formación integral. Tiene como límite infranqueable la integridad física y moral de éstos. La reprensión ante una eventual desobediencia de la menor nunca puede justificar el uso de la violencia que el acusado ejerció, ni admite, bajo ninguna óptica, considerar esa actuación orientada a su beneficio.

El acusado ha sido condenado por dos delitos continuados de abuso sexual respecto a sus dos hijas. Quien, como él, transforma las relaciones paterno-filiares en relaciones de abuso y dominio, no está legitimado para pretender ejercitar ningún derecho de corrección, que solo cabe proyectado a la formación integral de las menores.

(STS 578/2014, de 10 de julio)

## ARTÍCULO 22.1

*Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Alevosía: estrangulamiento durante discusión de pareja por infidelidad: golpes, agarrones y empujones que anulan la capacidad de defensa al final: ha de concurrir al inicio de la agresión: no basta con que al final y como consecuencia de un acometimiento inicial no alevoso la víctima haya llegado a una situación de desvalimiento sobrevenida. Voto particular.*

Para apreciar la alevosía que convierte en asesinato el homicidio hay que atender no tanto al mecanismo concreto homicida como al marco de la total acción. Aunque a algunas modalidades específicas parece connatural la alevosía –el veneno v.gr.– ni siquiera en esos casos son inimaginables supuestos en que no hay alevosía: –violento forcejeo en el que se acaba por reducir a la víctima para hacerle ingerir por la fuerza el veneno–. En concordancia con esta premisa general no puede afirmarse apriorísticamente que un estrangulamiento sea siempre alevoso. De hecho en la jurisprudencia encontramos casos de asfixia por estrangulamiento catalogados como alevosos frente a otros en que se calificó como homicidio (SSTS 1068/2010, 2 de diciembre y 20 de diciembre de 2006, 1279/2006 o STS 76172007, de 26 de septiembre, 162/2009, de 12 de febrero por recoger un par de precedentes en cada dirección).

La alevosía –la elección de una forma que tienda a eliminar las posibilidades de defensa– ha de referirse a la agresión contemplada como un todo y no a sus últimos eslabones; hay que fijarse en el episodio en su conjunto y no solo en los avatares, que preceden inmediatamente al fallecimiento. Si fuese de otra forma sería harto infrecuente un homicidio consumado que no pudiese ser calificado de asesinato. Si se ha alcanzado el objetivo buscado es que finalmente se han superado los eventuales mecanismos de defensa; en definitiva que se han anulado. El fallecimiento será la prueba de que se han laminado las posibilidades defensivas. Si pudieron existir, han sido abolidas. Hay que valorar la alevosía en un juicio *ex ante*: situarnos al inicio de todo el episodio. El último «navajazo», que después de una larga serie de ellos y un reñido enfrentamiento, se propina cuando la víctima ha sido despojada del arma que también portaba, y yace en el suelo malherida y ya sin la menor capacidad de reacción, no convierte en alevosa esa agresión que comenzó frente a frente y con ambos contendientes armados. El ataque que se inicia sin alevosía no se torna alevoso como consecuencia de los lances o circunstancias que pueden ir sobreviniendo, salvo cuando se produce una solución de continuidad, una cesura entre el inicial episodio y un nuevo acometimiento (alevosía sobrevenida); o un inesperado e inesperable cambio cualitativo.

En un estrangulamiento que ha alcanzado su objetivo letal siempre obviamente hay un momento en que la víctima está totalmente indefensa y desvalida. Pero eso no es definitivo. El factor decisorio es cómo se ha llegado a esa situación. Si se hace de forma sorpresiva e inopinada, cuando la víctima no puede esperar ese ataque; o a traición, abordándola por la espalda; o cuando la víctima se encuentra durmiendo o inconsciente (desvalimiento), habrá un asesinato. Cuando el estrangulamiento es el último acto ejecutivo de una agresión que comenzó de frente, con forcejeos, y, venciendo la resistencia opuesta por la víctima, se consigue doblegar sus esfuerzos por zafarse y postrarla sujetándole la garganta para asfixiarla, no hay alevosía. Esta ha de predicarse –con las salvedades hechas– de todo el episodio y no del instante final.

El jurado ha hablado de anulación de la capacidad defensiva dando por probado que mediante golpes, empujones y agarrones se abolió la capacidad de defensa. No está muy clara la secuencia pero la sensación es que los empujones y agarrones han de preceder al estrangulamiento. Como se deduce de lo argumentado ese relato es insuficiente. No basta con que la capacidad de defensa aparezca anulada al final. La agresión, según se infiere del relato, no muy expresivo, se produce en el curso de una fuerte discusión. Agarrones, golpes y empujones mediante los que posiblemente se consiguió arrojar en la cama a la víctima constituyen el preámbulo del estrangulamiento. En ese punto de partida de la acción homicida no está acreditada la alevosía y por tanto ha de negarse tal cualificación a todo el episodio, en la medida en que no se ha producido solución de continuidad.

(...)

*Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. Don Julián Sánchez Melgar, a la Sentencia 104/2014, de 14 de febrero, dictada en el recurso de casación 10776/2013P.*

(...) al Jurado se le ofrecen tres alternativas: la primera contempla una alevosía súbita y repentina (al llevar a cabo el acusado el estrangulamiento de la víctima lo hizo inesperadamente, siendo conocedor de la situación de indefensión de la víctima); la segunda, comprendía una alevosía producida por los golpes previos infligidos a la víctima, lo que determinaría la anulación de su capacidad defensiva; y la tercera

opción barajaba la posibilidad de que no se hubiera producido alevosía por con tales «golpes», «al llevar a cabo el estrangulamiento de Silvia [lo que] no dejó sin efecto la capacidad defensiva de esta».

Como hemos dicho antes, el Tribunal del Jurado votó con unanimidad por la segunda alternativa, de manera que consideró que mediante tales golpes y empujones se produjo la anulación de su capacidad defensiva.

(...)

Abundando en esta anulación de la capacidad defensiva, la Audiencia explica que tal víctima se hallaba «desvalida» en el momento en que se produjo su asfixia mecánica, y ello es consecuencia de que la prueba pericial médica puso de relieve la existencia de lesiones que evitaron su defensa, y que la fuerza ejercida en el cuello, entre dos y cinco kilogramos, lleva inexorablemente a la inconsciencia inmediata, evitando la defensa.

Luego la apreciación del Jurado estaba sustentada en elementos probatorios consistentes, que determinaron el pleno convencimiento en este extremo de los integrantes del colegio popular, que así lo votaron unánimemente.

Como ha dicho la STS 76/2009, de 4 de febrero: «la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados. Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido».

En este sentido, y en un caso parecido, la STS 162/2009, de 12 de febrero, esta Sala Casacional declaró lo siguiente: «... Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva, en cuanto el recurrente ejecutó la agresión de modo súbito e inesperado, sobre la glotis de su víctima a la que asfixió, impidiendo toda reacción defensiva, en una situación y en unas circunstancias que de ningún modo hacían prever tal agresión, que fue buscada de propósito por el acusado».

En consecuencia, a mi juicio, debió ser respetada la decisión del Jurado en el sentido de que se había anulado la capacidad defensiva de la víctima por medio de los golpes y empujones causados por el acusado mientras estrangulaba a la víctima, y en consecuencia, desestimado este reproche casacional.

(STS 104/2014, de 14 de febrero)

## ARTÍCULO 28 CP

### *Teoría de los actos neutrales: diferencias con cooperación necesaria.*

El acusado, con su actuación, codecide y facilita la decisión final de solventar el reparo formulado por la Intervención de Fondos del Ayuntamiento, y en definitiva, el pago de las cantidades que figuraban en unas facturas emitidas por una entidad a la que habían sido encargadas unas obras de manera irregular, todo ello, en un marco de actuación que, como hemos reiterado, él conoce que es delictivo.

En definitiva, los actos descritos no pueden ser calificados como actos neutrales.

Como decíamos en la STS 487/2014, de 9 de junio, o en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, con respecto a este tipo de acciones, lo que caracteriza a las mismas es

que se trata de conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro (o un aumento del peligro) jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. En este sentido, en la STS 34/2007, de 1 de febrero, declarábamos que «la doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Tal es el caso del que aparece como adquirente de un inmueble en un contrato de compraventa. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución». Argumentándose más adelante, que «(...) la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto «neutral» puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc».

La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación, afirmábamos en la STS 942/2013, de 11 de diciembre, puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil, decíamos allí, disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero.

(STS 597/2014, de 30 de julio)

## ARTÍCULO 74

*Unidad natural de acción: supuestos de aplicación. Falsedad documental: Hacer uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso. Uso de tarjeta de identidad belga auténtica en distintos establecimientos hoteleros en ciudades y días diferentes. Delito continuado: inaplicación de unidad natural de acción.*

Razona la defensa que los hechos no deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito continuado. Se trata, por el contrario, de un supuesto de unidad natural de acción, ya que el hacer uso del documento de identidad belga engloba una única acción, independientemente de las veces en que así se haga.

El motivo es inviable.

El concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba aquel concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad para cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica.

No sin acentuados matices, esta evolución se aprecia también en nuestra jurisprudencia, de la que nos hacíamos eco en la STS 213/2008, 5 de mayo. Allí recordábamos cómo la STS 25 de junio de 1983 señaló como requisitos para afirmar la unidad de acción: a) desde el punto de vista subjetivo, que concurra un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) como elementos o condicionamientos objetivos de esta actividad, que todos los actos estén vinculados espacial y temporalmente, pues la disgregación de la dinámica delictiva en uno y otro sentido pueden romper la identidad que reclama la voluntad única; c) y, desde la óptica normativa, que se dé la identificación en la tipología delictiva.

La STS 935/2006, 2 de octubre –con cita de la STS 777/2005, 15 de junio– recordaba que el concepto de unidad natural de acción parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18 de julio de 2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados. Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En otros pronunciamientos, la jurisprudencia de esta Sala, subrayando la perspectiva naturalista, ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS 15 de febrero de 1997, 19 de junio de 1999, 7 de mayo de 1999, 4 de abril de 2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha».

En el supuesto que nos ocupa, como destaca el Fiscal, la mera lectura de los hechos probados pone de manifiesto que la utilización del documento de identidad belga expedido a nombre de otra persona, lo fue en una pluralidad de ocasiones, en hoteles distintos y, en algunos casos, en provincias diferentes. El recurrente, en fin, confunde la unidad natural de acción como idea unificadora de las distintas secuencias que integran una conducta delictiva, con una supuesta unidad natural de delito que actuaría como artificial elemento de integración de acciones delictivas netamente diferenciadas y que, frente a lo que se razona en el motivo, ha de ser resuelta con arreglo a las reglas generales (*cf.* STS 232/2014, 25 de marzo).

(STS 889/2014, de 30 de diciembre)

## ARTÍCULO 106

*Medida de seguridad de libertad vigilada: aplicación conjunta con la pena a delincuentes imputables en delitos contra la libertad sexual y de terrorismo; debe imponerse en la sentencia de instancia que condena por delito de abusos sexuales a menor aunque al penado se le conceda la suspensión de condena sometida a reglas de conducta: razones que lo justifican.*

La Audiencia Provincial omite la medida de libertad vigilada posterior argumentando que la condena –dos penas que suman un total de dos años de prisión– es susceptible de suspensión conforme a lo previsto en el artículo 81 CP.

Tal discurso en una primera aproximación parece razonable: si a través de la suspensión de condena se podrán imponer reglas de conducta en gran parte similares al eventual contenido de la libertad vigilada (artículo 83 CP), establecer además esa medida sería –discúlpese el casticismo– como poner «albarda sobre albarda». La libertad vigilada quiere abrir la posibilidad de que algunos penados, acabado el tiempo de prisión, se sometan a pautas o controles para embridar su eventual peligrosidad. Si la pena impuesta es susceptible de suspensión y, por tanto, no va a ser efectivamente cumplida y durante el tiempo de suspensión –que puede extenderse hasta cinco años– el artículo 83 CP faculta para establecer unos controles semejantes, decaería la razón de ser de una medida adicional de libertad vigilada cuyo contenido y finalidad quedarían absorbidos por ese otro instituto jurídico, de naturaleza dogmática muy diferente pero de contenido no solo equivalente sino casi simétrico.

(...)

La literalidad de la ley es clara. No admite interpretaciones correctoras, aunque sean bienintencionadas y aparezcan revestidas de una cierta lógica que, sin embargo, claudica ante un examen más detenido.

El artículo 106.2 CP obliga (deberá imponer) al Juez o Tribunal a establecer la medida de libertad vigilada como complemento de la pena de prisión «siempre que así lo disponga de manera expresa el Código».

(...)

Se habla de los «condenados a prisión», no de los que cumplan pena de prisión.

La libertad vigilada impone un sometimiento a control judicial a través de una o varias de las once medidas previstas (obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; presentación periódica en el lugar que se establezca; comunicación inmediata de cualquier modificación de residencia, o puesto de trabajo; prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio sin autorización; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que se determinen; prohibición de acudir o residir en lugares específicos; o de desempeñar actividades que faciliten la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza; obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares; tratamiento médico externo; o control médico periódico).

La fórmula procesal para la aplicación de esta nueva medida de seguridad se recoge en el segundo apartado del artículo 106 CP: el Juez o Tribunal deben imponerla (obviamente, y por imperativo del principio de legalidad, sólo en los casos en que lo disponga el Código de manera expresa; en la actualidad únicamente supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) en la misma sentencia de condena, pero para su cumplimiento diferido en el tiempo. Ha de ejecutarse después de la pena privativa de

libertad (o de la última de ellas, si se hubieran impuesto varias). La medida se inicia en el momento de extinción de la pena de prisión.

A tal fin, con una antelación de dos meses, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elevar al juez o Tribunal sentenciador una propuesta que concrete el contenido aconsejable de la medida, fijando de manera individualizada las obligaciones y prohibiciones específicas que deba observar el condenado.

De forma expresa se prevé que si son varias las medidas de libertad vigilada impuestas y no pueden cumplirse simultáneamente, se ha de llevar a efecto de manera sucesiva. Esta singular previsión legal es significativa a los efectos de lo que aquí se está debatiendo (si las medidas inherentes a una suspensión de condena excluyen una libertad vigilada posterior). Al legislador no le repugna una sucesión de medidas de libertad vigilada. Tampoco debe considerarse, por tanto, extravagante una libertad vigilada que siga a una suspensión de condena.

Con el Fiscal podemos deducir de la exégesis de los preceptos aludidos:

a) Que es preceptiva la imposición de la medida de libertad vigilada a todos los delincuentes sexuales condenados a pena privativa de libertad. Solo cuando se trata de un único delito cometido por un delincuente primario el Juez o Tribunal puede prescindir de ella. No es el caso: el acusado ha sido condenado por dos delitos. El legislador no ha previsto –como podía– otras excepciones.

b) Que la pena impuesta sea susceptible de suspensión no significa que necesariamente haya de concederse ese beneficio. Es más, si se ha dejado de imponer por esa razón la libertad vigilada y luego la suspensión ha de ser revocada por incumplimiento de las condiciones o comisión de un nuevo delito (artículo 84 CP), resultará que dejará de aplicarse después de la prisión una medida complementaria (la libertad vigilada) que el Código prevé como obligatoria.

c) La suspensión de condena según se deduce de la STS 450/2012 de 24 de mayo con criterio también insinuado en las SSTC 109/2013, de 6 de mayo ó 152/2013, de 9 de octubre no deja de ser una forma de cumplimiento como puede inferirse de la rúbrica del capítulo donde está regulada. Por tanto no puede decirse que en esos casos no produciéndose «cumplimiento» no puede existir una medida posterior al «cumplimiento». Estamos ante una forma sustitutiva de ejecución.

d) No está la libertad vigilada entre las penas susceptibles de ser «suspendidas» a tenor del artículo 81 CP. La suspensión opera respecto de las penas privativas de libertad, pero no respecto de medidas como la libertad vigilada. Esta puede ser revisada, o acortada o clausurada; pero no «suspendida» (sin perjuicio de lo que dispone el artículo 97 CP).

e) Que en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –ultimado el cumplimiento de la pena– ha de realizarse una valoración inicial y un seguimiento posterior no solo para fijar las condiciones y contenido concretos, sino también para reducir su duración o incluso cancelar su ejecución: artículos 106.2 y 3 y 97 CP.

Esta segunda premisa hace que ni siquiera puede tacharse de ilógica o poco razonable la imperatividad de la medida también cuando va precedida de un sustitutivo penal como es la suspensión de condena con unos contenidos eventualmente equiparables. En esa dirección apuntan varios argumentos:

i) Si la suspensión de condena se ha revelado como suficiente para anular la peligrosidad y deviene innecesaria una libertad vigilada posterior, el órgano judicial podrá no ya acotar su contenido o reducir su tiempo, sino incluso dejar de ejecutar esa medida (artículo 106.3). Si esa posibilidad legal se mantiene abierta, no tiene sentido anticipar en el momento de la sentencia una decisión que podrá tomarse contando con

datos actualizados que favorecen el acierto cuando llegue el momento de ejecución de la medida. Si se revela como innecesaria, no habrá de cumplirse. No es razonable cerrar esa puerta que el legislador mantiene accesible hasta que llegue el momento de concretar la medida.

ii) Aunque muy similares, no son idénticos los contenidos eventuales de una libertad vigilada y de las condiciones previstas como regla de conducta en el artículo 83 CP. Como tampoco son iguales las consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de unos y otros (arts. 84 y 106.4 CP).

(STS 768/2014, de 11 de noviembre)

## ARTÍCULO 153

*Lesiones: padre que realiza apretones, zarandeos y movimientos bruscos a bebé, causándole graves lesiones cerebrales. Concurso ideal de delitos de lesiones imprudentes y maltrato familiar.*

Así, la Audiencia considera que estamos ante una acción lesiva dolosa, del artículo 148.5 del Código Penal, en concurso ideal pluriofensivo con unas lesiones graves causadas por imprudencia, del artículo 152.1 2.º

No obstante, la conclusión que este Tribunal alcanza, acerca de esa calificación de los hechos que se contienen en la narración incorporada a la Sentencia recurrida es la de que nos encontramos ante unas lesiones graves causadas por imprudencia, en efecto, pero en concurso ideal con un delito doloso de maltrato del artículo 153.

Las lesiones imprudentes del artículo 152.1 2.º son evidentes ya que se trata de una conducta gravemente descuidada que causalmente se vincula con un resultado de los que se contemplan en el artículo 149, como delito doloso, al haberse producido una grave enfermedad neurológica al niño. Resultado previsible y evitable pero no previsto por el recurrente, según el *factum* de la recurrida. Por lo que la presencia de imprudencia, a partir de dicho relato, es obligado aceptar.

Pero por lo que respecta al delito doloso, el mismo no puede integrarse en el supuesto del artículo 148. 5.º, en relación con el 147, toda vez que en ese relato de hechos se nos dice que los apretones, zarandeos y movimientos bruscos sobre el niño los realizó Alfonso «...pese a representarse que dada la fragilidad del menor podría éste resultar lesionado...», lo que ciertamente nos sitúa en el terreno de lo intencional, a título de dolo eventual al menos, pero no frente a un delito de lesiones, habida cuenta de que no se especifica la gravedad del resultado previsto por el recurrente, de modo que podría tratarse de lesiones meramente constitutivas de falta, calificación que ha de ser acogida inicialmente de acuerdo con los criterios valorativos más favorables para el reo.

Y de este modo, dándose en el caso presente todos los elementos integrantes de la figura contemplada en el artículo 153, a saber, menoscabo psíquico u otra lesión, no definidas como delito, producido sobre persona especialmente vulnerable que convivía con el autor, es en relación con este tipo delictivo con el que las lesiones graves causadas por imprudencia han de entrar en concurso ideal, puesto que se trata de un solo hecho, a la vez integrante de sendas infracciones, que debe ser por tanto castigado con una sola pena: la correspondiente al delito más grave, en este caso el del artículo 152.1 2.º, en su mitad superior que, a su vez, no ha de exceder de los límites del castigo por separado de ambas infracciones.

(STS 907/2014, de 30 de diciembre)

## ARTÍCULO 248

*Estafa. Engaño y deber de autoprotección: evolución jurisprudencial. Presidente de Asociación de receptores de loterías y apuestas que recibe dinero para tramitar concesiones de administración de lotería sin intención de cumplir desde el principio: razonable confianza de los perjudicados dado el cargo desempeñado no siéndoles exigibles cualquier clase de comprobación.*

1. El tipo objetivo del delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error, es decir, una percepción equivocada de la realidad, que es el origen del acto de disposición que causa el desplazamiento patrimonial. Con ello está mencionando dos aspectos que ha resaltado la jurisprudencia. En primer lugar, que el engaño ha de ser idóneo, de forma que ha de tenerse en cuenta, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (STS n.º 1316/2009).

La jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una actitud mínimamente diligente. No faltan algunos pronunciamientos de la Sala en este sentido y así la STS 161/2002 de 4 de febrero, con cita de otras sentencias –SSTS 1285/98 de 29 de octubre, 529/2000 de 27 de marzo, 738/2000 de 6 de noviembre, 2006/2000 de 22 de diciembre, 1686/2001 de 24 de septiembre– tiene declarado que «no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño».

Sin embargo, esa doctrina, como formulación general ha sido ya superada, y este Tribunal ha venido entendiendo en jurisprudencia más moderna que la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima generalmente no determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de la idoneidad objetiva del engaño para provocar el error. Es cierto que en algunos casos, la omisión de la actuación normalizada exigible en el sector de actividad de que se trate, pudiera conducir a afirmar que el error ha sido provocado por la propia conducta y por la desidia del engañado y no tanto por la idoneidad de la acción fraudulenta del autor. Pero son casos muy excepcionales, incluso cuando tienen lugar en marcos empresariales en los que se organizan sistemas serios de comprobación de la realidad y normalidad de las operaciones negociales.

Recientemente esta Sala se ha pronunciado restringiendo las exigencias de autoprotección en relación con la estafa, afirmando, como se recoge en la STS

número 1015/2013, de 23 de diciembre, en la cual se expone la doctrina de esta Sala sobre el particular, que «...como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de «engaño burdo», o de «absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia», y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales».

Y, en el mismo sentido, en la STS n.º 839/2012, de 23 de octubre, se razonaba que «...la jurisprudencia ha venido rechazando la posibilidad de partir necesariamente de la base de la existencia de un clima de desconfianza generalizada que obligue a verificar todas las afirmaciones de la contraparte en el ámbito de cualquier clase de operaciones negociales. Y ha venido relacionándolas, empleando un criterio restrictivo, con el alcance de protección de la norma en el ámbito de la imputación objetiva, de manera que se ha afirmado que no existirá la estafa «...cuando la representación errónea de la realidad por el sujeto pasivo deriva exclusivamente de un comportamiento suyo imprudente no inducido a su vez por artimañas o ardides del sujeto activo, pues en tal supuesto el error de aquél no es objetivamente imputable el engaño de éste», (STS n.º 478/2011), resultando decisivo para la determinación de tal situación las obligaciones de cada parte en el negocio; las exigencias de autoprotección habituales e inevitables en el sector de actividad de que se trate, especialmente cuando sean actividades profesionales o desarrolladas por empresas o entidades dotadas de mecanismos o servicios profesionales orientados a asegurar sus operaciones; las relaciones personales existentes entre las partes; y las facilidades o posibilidades reales de la parte perjudicada para acudir a medidas de autoprotección, dadas las circunstancias del caso».

2. En el caso, no se aprecian las condiciones para afirmar que la conducta de los perjudicados fue tan imprudente, estúpida o descuidada que hubiera hecho absolutamente inidóneo el mecanismo engañoso desplegado por el autor, de manera que deban ser aquellos responsables de lo ocurrido. El recurrente era, efectivamente, y así lo recoge la sentencia impugnada, presidente de la Asociación Profesional de Receptores Mixtos de Loterías, y aprovechó esa circunstancia para convencer a los perjudicados de su intención de proceder a realizar gestiones encaminadas a la obtención de administraciones de loterías, recibiendo con ese objeto unas importantes cantidades de dinero. Nada tiene de extraño que los perjudicados confiaran en su buena fe, dado el cargo que ocupaba, a lo que se añadía su aspecto externo y la apariencia de desahogo económico que mostró a aquellos, según sus declaraciones, todo lo cual no hacía previsible que solamente se tratara de una apariencia de voluntad que encubría la decisión de hacer suyas las cantidades recibidas.

Dadas esas circunstancias, no era exigible a los perjudicados que desplegaran cualquier clase de actuaciones de comprobación basadas en la desconfianza.

(STS 319/2014, de 15 de abril)

## ARTÍCULO 248

*Voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tourón, y al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, a la sentencia núm. 277/2014, recaída en el recurso de casa-*

*ción núm. 1884/2013, contra sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Valencia por delito intentado de estafa.*

1.º La razón que fundamenta la formulación del presente voto particular se concreta en la conveniencia de precisar la solución jurisprudencial para los casos en los que el comportamiento del condenado realiza aparentemente el tipo penal de la estafa, y en los que, sin embargo, se alega por el recurrente que nos encontramos ante una conducta no punible por tratarse del ejercicio de un supuesto derecho de crédito mediante engaño.

Es decir, se trata de precisar el régimen penal y procesal aplicable a quien alega, frente a una acusación por delito de estafa, ser un acreedor que ha recurrido a la autotutela, para la obtención del pago de un derecho personal legalmente exigible, al margen de las vías legales.

Partiendo del criterio, acertadamente expresado en la sentencia mayoritaria, de que «quien pretende obtener lo que le corresponde no obra ilícitamente», afirmación que compartimos plenamente, la cuestión que se plantea es la de determinar si dicha licitud de la conducta enjuiciada es meramente subjetiva (ausencia de ánimo de lucro), o material u objetiva (conurrencia de una causa de justificación).

Aunque ambas soluciones producen efectos similares en el ámbito punitivo, que conducen a la absolución del recurrente, sin embargo sus presupuestos y sus consecuencias, desde el punto de vista jurisdiccional que es el que nos compete, son muy diferentes, tanto en el ámbito probatorio, (carga de la prueba sobre el alcance o la propia existencia del derecho de crédito que se alega ejercitar), que es determinante para la estimación o desestimación del presente recurso, como en el ámbito de la responsabilidad civil (supuestos de error del recurrente sobre la existencia del derecho de crédito reclamado).

2.º La sentencia mayoritaria considera que el ánimo de lucro en el delito de estafa requiere que lo que se pretende obtener a través del desplazamiento patrimonial sea injusto o indebido, pues si lo reclamado es debido o existe una duda razonable al respecto, no concurre el elemento subjetivo típico del delito de estafa, que es el ánimo de lucro ilícito. En consecuencia la sentencia mayoritaria se sitúa manifiestamente en la concepción subjetiva.

Esta concepción subjetiva, que respetamos y que no desconocemos que cuenta con apoyo doctrinal, se funda a nuestro entender en una incorrecta distinción entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago, que aunque responde a la postura tradicional de la doctrina española se encuentra hoy claramente superada.

En un delito de enriquecimiento, como la estafa, el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de lucro pues en cualquier caso el agente pretende obtener una ventaja patrimonial manifiesta, aunque solo sea la de transformar un derecho de crédito en un derecho de propiedad.

Las lagunas de punición que genera esta concepción subjetiva resultan preocupantes porque pueden conducir a la ruptura del difícil equilibrio entre la autotutela del crédito a través del engaño, y la protección penal del patrimonio, disminuyendo esta protección frente al fraude patrimonial de forma muy relevante, en perjuicio de la seguridad jurídica y del buen funcionamiento del sistema económico.

3.º En efecto, si consideramos que lo que justifica la conducta de quien recurre al engaño para ejercitar un derecho propio es un elemento subjetivo, el «ánimo de hacerse pago», considerado incompatible con el ánimo de lucro, la consecuencia necesaria es que la mera alegación, con un mínimo de seriedad, de la concurrencia de dicho ánimo, es decir de la voluntad de recuperar un crédito a través del engaño, con-

duce a la necesaria conclusión de la inexistencia de ánimo de lucro, y en consecuencia de la inexistencia del tipo.

El juego del principio de presunción de inocencia, y la necesidad de que sea la parte acusadora la que acredite la concurrencia de todos los elementos del tipo, objetivos y subjetivos, impone en esta concepción la necesidad de que sea la parte perjudicada, que ha sufrido el engaño y el desplazamiento patrimonial, la que acredite fuera de toda duda razonable la inexistencia de la deuda que se dice reclamada, con la dificultad que representa la prueba de un hecho negativo.

La tutela frente al fraude patrimonial, por ejemplo del empresario al que un anti-gu socio engaña deliberadamente para privarle de una parte importante de su patrimonio, no se obtendrá sencillamente acreditando la realización por el acusado de una maniobra manifiestamente engañosa, que ha determinado un desplazamiento patrimonial en perjuicio de la parte acusadora, y que ha sido ejecutada con el propósito de obtener un beneficio, ventaja o utilidad para el acusado o para un tercero (ánimo de lucro, en la concepción jurisprudencial mayoritaria).

Por el contrario, en esta concepción subjetiva, la tutela penal patrimonial exigirá, además, caso de alegar el acusado con un mínimo de concreción que trataba de cobrar una deuda procedente de sus relaciones negociales anteriores, que sea el perjudicado el que pruebe la inexistencia de dicha deuda, dada la necesidad de acreditar el «ánimo de lucro ilícito».

La duda, o la inexistencia de prueba en uno u otro sentido, benefician, en todo caso, al acusado, con el consecuente resultado absolutorio y la conservación del patrimonio defraudado. Y con la consiguiente degradación de la tutela penal del patrimonio frente a comportamientos fraudulentos, en perjuicio de la seguridad del tráfico mercantil y de la economía de mercado.

4.º Por ello resulta más congruente situar la licitud de esta conducta en el plano objetivo o material de la concurrencia de una causa de justificación, concretamente el ejercicio legítimo de un derecho, reconocido expresamente en el artículo 20 7.º CP vigente.

El artículo 20 7.º CP 95 juega en nuestro ordenamiento penal el papel de cláusula general de justificación que permite reconducir a ella los supuestos en que el ordenamiento exige justificar una conducta formalmente típica.

El legislador ha establecido que la realización o ejercicio de un derecho propio, fuera de las vías legales, solamente constituye una conducta típica, sancionada penalmente, cuando se realiza empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas (art. 455 CP, delito de realización arbitraria del propio derecho).

A *contrario sensu*, el ejercicio de un derecho propio fuera de las vías legales, es decir la autotutela del derecho, no es ilegítima desde la perspectiva penal, cuando se utilicen medios no violentos, ni intimidativos y que no recurran a la fuerza, como puede ser la recuperación de un cuadro prestado que no nos quieren devolver, acudiendo a un artificio engañoso.

Esta conducta realiza el tipo de la estafa, tomando en consideración un concepto jurídico-económico de patrimonio y un concepto jurisprudencial muy reiterado de ánimo de lucro, como propósito de obtener un beneficio, ventaja o utilidad para el acusado o para un tercero. Sin embargo, no es antijurídica porque concurre en ella una causa de justificación, al estar enmarcada en el ámbito de la autotutela de los derechos propios que el legislador penal no considera arbitrario o ilegítimo, porque el agente no ha recurrido a los únicos medios expresamente prohibidos para la autotutela en el artículo 455 CP.

En caso contrario, si entendiésemos que la autotutela de un derecho propio mediante engaño se sanciona como estafa y la misma autotutela mediante violencia se

sanciona como delito del artículo 455, nos encontraríamos con el absurdo de que el recurso a la violencia se convertiría en una atenuante, pues la pena de la realización arbitraria del propio derecho del artículo 455 es manifiestamente inferior a la pena de la estafa.

En consecuencia, sin entrar en profundidades doctrinales y desde una perspectiva jurisdiccional, en la que no pueden desconocerse consideraciones probatorias o de responsabilidad civil, por ejemplo, resulta más apropiado acoger esta posición objetiva o material, considerando que la razón fundamentadora de la licitud de la autotutela engañosa del crédito, no consiste en el mero ánimo subjetivo del agente, sino en la propia materialidad de la conducta, en la que concurre una causa de justificación, por la realización del propio derecho, a través de medios pacíficos que ni son violentos, ni intimidativos ni recurren a la fuerza.

5.º Situados en el ámbito de la concurrencia de una causa de justificación, las consecuencias probatorias varían sustancialmente.

Sin necesidad de profundizar en cuestiones que siguen teniendo aspectos controvertidos, es claro que tanto la presunción de inocencia como el principio «*in dubio pro reo*», juegan un papel diferente en el supuesto de alegación de circunstancias eximentes. Como señalan las STS 139/2008, de 28 de febrero, y STS 493/2005 de 18 de abril, entre otras, no cabe invocar el derecho a la presunción de inocencia «a modo de presunción en sentido inverso como si a la acusación correspondiera la carga de probar la inexistencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal».

Como regla general, la presunción de inocencia no extiende su tutela con la misma amplitud a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, por lo que, en principio, según afirmación tónica de la jurisprudencia, estas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo.

Todo ello sin perjuicio de que cuando la defensa consigue introducir una base razonable acerca de la concurrencia de una circunstancia eximente, pueda ésta ser acogida. Pero en todo caso la carga de la prueba de la inexistencia, falta de vigencia, o inexigibilidad de la deuda meramente invocada y no probada por el acusado, ya no constituye necesariamente una carga del perjudicado por la estafa.

6.º Llegados a este punto podemos ya introducir otra perspectiva, que constituye la prueba del nexo de la necesidad de prescindir de la concepción subjetiva en este ámbito. Nos referimos a los supuestos de error y su repercusión sobre la responsabilidad civil.

La concepción subjetiva no otorga relevancia alguna al error del agente sobre la existencia efectiva de la deuda que dice reclamar. Desde esa perspectiva, la conducta no es típica aunque el derecho que se pretende reclamar no exista en modo alguno, mientras el sujeto crea en su existencia.

Supongamos en el supuesto anteriormente citado del empresario estafado por un antiguo socio que alega que al enriquecerse con el patrimonio del perjudicado solamente pretendía cobrar antiguas deudas, que el autor de la estafa está absolutamente convencido de que las deudas existen, pero el perjudicado puede demostrar que nunca han existido.

Pues bien, desde la perspectiva de la concepción subjetiva, a la que se acoge implícitamente la sentencia mayoritaria, la inexistencia de la deuda es irrelevante. Lo único determinante para la concurrencia del tipo es el ánimo del autor, y si el acusado actuaba efectivamente con ánimo de hacerse pago, no concurre el ánimo de lucro, no se satisface el tipo de la estafa y la sentencia debe ser absolutoria, en lo que se refiere tanto a la responsabilidad penal como a la civil.

En consecuencia, y aunque se haya acreditado que la deuda no existe, el acusado no puede ser condenado siquiera a devolver el dinero fruto del engaño. Lo mantendrá en su patrimonio, salvo proceso civil posterior.

7.º Enmarcándonos, sin embargo, en la concepción objetiva, si el acusado actuó de buena fe absolutamente convencido de que ejercitaba un derecho legítimo, y llegamos a la convicción de que este error era invencible, nos encontraríamos ante un error sobre la concurrencia de una causa de justificación, una especie de ejercicio legítimo de un derecho putativo, que como error de prohibición podría llegar a determinar la absolución penal del acusado.

Pero en estos supuestos de error de prohibición, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 2.º CP, en relación con el artículo 14 del mismo texto legal, subsiste la responsabilidad civil. Por lo que en caso de inexistencia de la deuda, y si se apreciase el error invencible, el acusado sería en todo caso condenado a devolver el dinero obtenido como fruto del engaño, restaurándose, al menos civilmente, el daño causado.

(STS 277/2014, de 7 de abril)

## ARTÍCULOS 260.1 Y 305.1

### *Concurso Medial: delito contra la Hacienda Pública y delito continuado de falsedad en documento mercantil. Imposibilidad de subsumición de la falsedad en el delito contra la Hacienda.*

Es cierto que algunos precedentes jurisprudenciales, dictados en aplicación de la legislación previgente, han vinculado la realización de los actos de insolvencia a conductas previas a la declaración del concurso (*cf.* SSTS 40/2008, de 25 de enero y 392/2009, de 24 de abril). También lo es que otros pronunciamientos han estimado que los actos encaminados a defraudar las expectativas de cobro de los acreedores y, por tanto, a agravar la inicial situación de insolvencia, pueden ser ejecutados con posterioridad a la formalización de la demanda de concurso (*cf.* STS 590/2006, 29 de septiembre SIC).

Sea como fuere, lo cierto es que el delito previsto en el artículo 260.1 del CP puede ser cometido, tanto por aquel que provoca o agrava la insolvencia que preexiste y determina la declaración de concurso, como por quien, una vez declarado el concurso, ejecuta actos en fraude de acreedores que intensifican la situación de insolvencia que está siendo objeto de tratamiento jurisdiccional en el ámbito civil. Dicho con otras palabras, la acción del deudor, encaminada a la defraudación de los acreedores, puede producirse en un escenario preconcursal. Pero también puede adquirir un carácter intraconcursal o postconcursal. Así se desprende de la propia literalidad del artículo 260.1 del CP y así se deduce del artículo 164.2.3 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, 9 de julio), que a la hora de calificar el concurso como culpable, incluye una conducta cuya ejecución sólo es concebible con posterioridad a la declaración de concurso («cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado»). En la medida en que desbordaría el objeto del motivo, tal y como ha sido formalizado, la Sala no se adentra en la controversia doctrinal acerca de si las conductas descritas en el artículo 164 de la citada Ley Concursal y que determinan la calificación del concurso como culpable, describen acciones que han de ser consideradas, siempre y en todo caso, como dolosas y, por tanto, de trascendencia jurídico penal. Pero lo que resulta evidente es que aquel precepto proporciona un elemento interpretativo que

neutraliza la tesis del recurrente, que circunscribe las acciones relevantes a efectos de tipicidad a aquellas que se producen con anterioridad a la declaración del concurso.

(...)

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (*cf.* 254/2011, 29 de marzo).

Pues bien, la regla de absorción prevista en el artículo 8.3 del CP, con arreglo al cual, «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél», exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lexconsumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lexconsumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante– y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impune o acto copenado–.

En el presente caso, no concurre ninguno de los supuestos a los que se refieren tales excepciones. La masiva falsificación de facturas no fue, desde luego, simultánea a la minusvaloración fraudulenta de las cantidades que habían de abonarse en concepto de IVA. Tampoco se produjo esa alteración falsaria con el objeto de asegurar la impunidad de un hecho antecedente. En consecuencia, no existe posibilidad legal de absorber el delito continuado de falsedad en el desvalor más amplio del delito contra la Hacienda Pública. Este criterio, además, es el que se desprende de anteriores precedentes de esta misma Sala que han calificado esa relación entre ambas infracciones como la que es propia del concurso medial (*cf.* SSTS 606/2010, 25 de junio y 423/2010, 21 de abril).

(STS 494/2014, de 18 de junio)

## ARTÍCULO 368

*Tráfico de drogas en establecimientos penitenciarios: lanza dos paquetes de droga dentro del recinto carcelario, que no llegaron a ningún recluso al ser inmediatamente interceptado por los servicios de seguridad del centro: tipo ordinario.*

1. El recurrente entiende que para que pueda considerarse desarrollada una conducta de difusión de droga realizada en centro penitenciario es preciso que se

facilite de forma efectiva a quienes se hallen dentro la droga a que se refiere el artículo 368 CP, de ahí que la interpretación del subtipo agravado ha de ser restrictivo en orden a la fijación de sus contornos delimitativos, si queremos ser respetuosos con el principio de lesividad, al objeto de impedir que se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido.

En tal sentido aunque un poseedor de droga se acerque a los aledaños de la cárcel, si no tiene la posibilidad de trasladarla a un recluso, porque no aparece ninguno por el lugar, o no la ofrece, o tampoco el interno la demanda o no le llega a ninguno, las posibilidades de lesión del bien jurídico quedan excluidas con la desaparición del peligro que ha de ser concreto.

El recurrente refiere que al hallarnos ante un delito circunstanciado (subtipo agravado) al tipo básico de la tenencia de la droga debe superponerse el subtipo de introducirse o difundirse en un centro penitenciario o en sus proximidades. A un peligro abstracto de consumo de terceros, propio del tipo básico, debe añadirse un riesgo concreto de que la droga alcance al colectivo de personas que se hallan en dichos Centros.

2. En principio y desde un plano teórico no le falta razón al recurrente. El bien jurídico protegido en este subtipo y que la ley quiere proteger es el riesgo o peligro concreto de que la droga acceda y se difunda entre los colectivos de personas que ocupan los Centros penitenciarios.

Es igualmente cierto que en evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, a la cualificación había que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en este caso estaría integrado por la salud del conjunto de personas que residen o desarrollan actividades en dichos Centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos, de manera que el subtipo se construiría añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto, que solo se producirá cuando exista una posibilidad real y efectiva de que las drogas lleguen a poder de algún recluso (STS 668/2009 de 5 de junio).

Sobre este particular extremo hemos de tener presente la reforma introducida por Ley Orgánica 15/2003, en la que se sustituyen del subtipo las conductas nucleares de introducir o difundir por otra redacción muy distinta, pasando del n.º 1 del artículo 369 CP, al número 8.º y con la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio, al número 7.º, que constituye la redacción actual. Así, el tipo básico resultará agravado cuando las conductas descritas en él «tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades».

Tal contenido sugería *prima facie* una ampliación de la cualificativa, pero esta Sala, precisamente por tratarse de una circunstancia de exasperación de la pena, optó por interpretarla con rigor en clave restrictiva, tratando de precisar su actual alcance.

La doctrina jurisprudencial se ha modulado en tal sentido, y aceptada la doctrina del peligro abstracto (subtipo básico), peligro concreto (subtipo agravado), no considera concurrente la agravatoria, sino en los casos en que de forma efectiva y real el peligro concreto se haya materializado. Véase en tal sentido, entre otras, las SSTs 786/2007, de 2 de octubre; 53/2009, de 26 de enero; 291/2009, de 17 de marzo; 668/2009, de 5 de junio; 649/2009 de 7 de junio y 142/2010 de 15 de febrero.

3. Trasladando tal doctrina al caso que con concierne y partiendo del tenor del relato probatorio a cuyo respeto nos obliga el artículo 884.3 LECr, es evidente que los dos paquetes de droga lanzados por el acusado dentro del recinto carcelario no llegaron a ningún recluso, colectivo al que el legislador quiere dispensar una mayor protección, y ello porque fue inmediatamente interceptado por los servicios de seguridad del Centro.

El posterior lanzamiento realizado por el acusado, media hora después, de un objeto cuya naturaleza se desconoce, en nada debe afectar al recurrente, en razón de su derecho a la presunción de inocencia.

Consecuentemente el riesgo concreto de propagación de la droga entre los reclusos nunca existió porque el peligro fue conjurado por los servicios carcelarios de seguridad.

(STS 81/2014, de 13 de febrero)

## ARTÍCULOS 368 Y 369.5

*Tráfico de Drogas y tentativa: acceder y permanecer unos minutos sólo en la furgoneta donde se ocuparon 400 kg de cocaína: acceso previo acuerdo para recoger la sustancia: plena disponibilidad de la sustancia: delito consumado.*

(...) en la narración de hechos probados, se recoge de manera expresa que el recurrente había acudido al lugar al aparcamiento del centro comercial donde se encontraba la furgoneta con la droga, con los otros dos usuarios del vehículo donde se trasladan, «previo acuerdo y con la intención de recoger la importante cantidad de sustancia estupefaciente y destinarla a su distribución»; además de que entra él solo en la furgoneta, donde «se sienta y permanece breves minutos».

En modo alguno pues, resulta de la narración, que el acusado careciera de disponibilidad sobre la droga, ni que careciera de la posesión de la misma; ni que sobre el alijo se tuviera concreto conocimiento por parte de los agentes policiales, menos aún que estuviera sometido a vigilancia en el Centro Comercial, lo que sustenta la apreciación de la tentativa; otra cuestión es que quien estaba siendo vigilado era el recurrente y la matrícula furgoneta marcada como sospechosa por la Guardia Civil. La tentativa en los delitos de tráfico de drogas ha de ser apreciada con carácter excepcional (SSTS núm. 861/2007, de 24 de octubre; o 989/2004, de 9 de septiembre; entre otras) por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el artículo 368, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado; en los supuestos de tenencia para el tráfico; es decir, únicamente es apreciable la tentativa cuando el acusado no ha llegado ni a tener la disponibilidad potencial de la droga; cuando no ha estado ni en su posesión mediata, ni inmediata (SSTS 1094/97, de 30 de julio; 1472/98, de 30 de noviembre; 1647/2003, de 3 de diciembre; etc.). Falta de disponibilidad y carencia de posesión, que no se responde con el relato probado.

B) Tampoco que la participación fuere accesoria, menos aún que meramente consistiera en el favorecimiento del favorecedor, lo que supone que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría; supuesto donde excepcionalmente cabe la complicidad en el tipo delictivo del ar-

título 368 CP que por expresa voluntad del legislador, conlleva que toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley (STS núm. 260/2009, de 17 de marzo).

El supuesto de autos, resulta en todo caso muy alejado, de los propios ejemplos jurisprudenciales que cita, como concreciones de complicidad:

*a)* el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores.

*b)* la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía.

*c)* la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS 15 de octubre de 1998 y en igual sentido 28 de enero de 2000).

*d)* la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS 10 de julio de 2001).

*e)* facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS 25 de febrero de 2003).

*f)* realizar llamadas telefónicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS 23 de enero de 2003).

*g)* acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS 7 de marzo de 2003).

*h)* colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS 30 de marzo de 2004).

Mientras que en autos, reiteramos una vez más, la condena del recurrente deriva de la ocupación de un considerable alijo de droga a su disposición en el interior de la furgoneta, donde únicamente él había accedido.

(STS 795/2014, de 20 de noviembre)

## ARTÍCULOS 369 BIS Y 370.2

*Tráfico de drogas: hallarse en vehículo donde había en el maletero 10 kg de cocaína, sin que sea necesario un contacto directo y material con la sustancia, existiendo disponibilidad sobre ella; transporte de drogas siguiendo órdenes del responsable de organización. Pertenencia a organización delictiva: acusados actuando de común acuerdo y dentro del grupo en que estaban se dedicaban a la adquisición de cocaína y su pago, como a procurarse inmuebles para la custodia y preparación en el laboratorio de la sustancia, jerarquizados y con reparto de funciones; concurso de leyes con delito de organización criminal resultado por el principio de especialidad.*

A) La agravación de las penas relacionadas con el tráfico de drogas para aquellos casos en los que la conducta delictiva se realiza a través de una organización delictiva, forma parte de una idea básica desde el punto de vista de las exigencias de cualquier política criminal. La intensidad de la ofensa al bien jurídico se multiplica

cuando la acción típica no es el fruto de una iniciativa individual, más allá de los ocasionales apoyos con los que el autor pueda contar, sino que aparece como el resultado de una convergencia de voluntades puestas al servicio del delito. Si además esta puesta en común cuenta con una estructura organizativa, con un reparto funcional de cometidos y, en fin, con un organigrama jerarquizado que se subordina al fin delictivo que se persigue, las razones para el incremento de pena están más que justificadas. Esta agravación estuvo ya presente en la redacción del artículo 344 bis a) 6.º del Código Penal 1973, introducida por Ley Orgánica 1/1988, que se producía cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta agravación, con el añadido de pertenencia a una asociación, pasó a configurar el subtipo agravado número 6 del artículo 369 en el texto original del Código Penal regulado por Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre; el cual, en idénticos términos, fue trasladado al número 2 del mismo artículo 369.1 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La supresión expresa de la agravación previgente, recogida en el número 2.ª del artículo 369 CP que ahora efectúa la Ley Orgánica 5/2010, no puede ser interpretada, claro es, como un nuevo enfoque de política criminal. Antes al contrario, el legislador ha considerado oportuno acentuar la sustantividad típica del delito de tráfico de drogas cometido en el seno de una organización y dispensa una regulación individualizada, ahora alojada en el nuevo artículo 369 bis, en cuyo primer párrafo se establece que cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos. En el segundo párrafo del nuevo artículo 369 bis CP se imponen las penas superiores en grado a las antedichas, a los jefes, encargados o administradores de la organización.

La nueva regulación introducida por el artículo 369 bis se aparta de su inmediato precedente, representado por el artículo 369.1.2 del CP. En éste se castigaba la pertenencia a una organización, o asociación «...incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional». En el nuevo texto legal no se hace referencia a la transitoriedad de las organizaciones puestas al servicio del delito.

Esta novedad, sin embargo, es congruente con el renovado enfoque legislativo abanderado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», establece un concepto de organización criminal en el artículo 570 bis CP, con arreglo al cual, «...se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos 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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Esta definición, en su esencia, es también acorde con la línea jurisprudencial mayoritaria, expresada entre otras muchas, en las SSTS 808/2005, de 23 de junio; 763/2007, 26 de septiembre, 1601/2005, 22 de diciembre, 808/2005, de 23 de junio y 1177/2003, 12 de septiembre, con arreglo a la cual, la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura.

En consecuencia, son elementos definitorios de la organización criminal: a) la agrupación de, al menos, tres personas para la comisión del delito; b) una actuación planeada, bien con carácter estable, bien por tiempo indefinido; c) el desarrollo de una tarea concertada y coordinada, con un reparto funcional de cometidos puestos al servicio del delito (*cf.* STS 112/2012, 23 de febrero).

Desde la perspectiva que centra nuestro interés, esto es, la posible concurrencia entre los tipos penales previstos en el artículo 570 bis, 1.º –pertenencia a una organización– y en el artículo 369 bis –tráfico de drogas ejecutado por quienes pertenezcan a una organización delictiva– la relación ha de ser resuelta, con carácter general y sin excluir otras soluciones alternativas en función de la singularidad del caso concreto, conforme a las reglas propias del concurso aparente de normas y la relación de especialidad descrita en el artículo 8.1 del CP, con arreglo a la cual, el precepto especial (artículo 369 bis) excluiría la aplicación de la norma general (art. 570 bis, 1).

(...)

Se ha dicho en relación con el delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368 del CP, que se trata de un tipo penal desmesuradamente amplio, abierto, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, que empieza con los actos de cultivo y termina con la posesión con fines de difusión. De ahí que su configuración como delito de peligro abstracto, no de resultado, dificulte sobremanera la apreciación del delito en grado de tentativa, en la medida en que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el artículo 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (*cf.* SSTs 766/2008, de 27 de noviembre, 658/2008, de 24 de octubre y 1265/2008, de 1 de julio, entre otras muchas).

(STS 195/2014, de 3 de marzo)

## ARTÍCULOS 390.2, 392 Y 404

*Falsedad documental: Teniente de Alcalde en connivencia con dos particulares: simulación de facturas: ordenar pagos bajo la apariencia de contratos de asesoría jurídica con cargo a sociedades municipales, no efectuando los contratados ninguna contraprestación. Prevaricación de funcionario público: contratación por Teniente de Alcalde y presidente de empresas municipales, de un asesor para la sociedad que, de hecho, realizaba funciones de asesoramiento político del acusado, sin prestación efectiva de servicios, pero percibiendo importantes honorarios, sin atenderse a la normativa de contratación administrativa ni a la de funcionamiento de la entidad: simulación de contratos para dar apariencia de legalidad y obtener un ilícito enriquecimiento a cargo del correlativo empobrecimiento del erario municipal, con la exclusiva finalidad de conceder una prestación*

*mensual a militantes de su partido político. Autor material y cooperadores necesarios «extraneus».*

La sentencia sometida al presente control casacional en el fundamento jurídico segundo, justifica la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que integran el delito de prevaricación administrativa.

La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito –en este caso de Clemente– ni siquiera ha sido cuestionada, basta recordar que a la sazón era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, se trata de un delito especial propio, solo de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. En relación a los otros dos condenados y recurrentes –Inocencio y Roberto– es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el artículo 28 del CP, como tales *extraneus* puedan ser no autores materiales del delito de prevaricación, pero sí autores por cooperación necesaria como así les califica la sentencia recurrida, siendo unánime la jurisprudencia de esta Sala en relación a la punición del *extraneus*. En tal sentido, SSTs 1493/1999; 501/2000 o 627/2006, entre otras, bien que de acuerdo con el artículo 65 del CP incurran en una penalidad inferior «...los jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado...».

La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta por parte de Inocencio en el primer caso, y con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución administrativa debe entenderse cualquier resolución –escrita o no– que tenga carácter decisorio. En definitiva debe tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general –STS 627/2006–. Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal «...admitiendo la existencia de actos verbales...». STS de 8 de junio 2012.

En relación al caso de autos resulta igualmente claro que la decisión del recurrente de conceder las cantidades reflejadas en el *factum* a dos miembros de su partido afectan a la colectividad en general por cuanto supone un claro perjuicio para los intereses públicos de la colectividad en materia tan sensible como son los caudales públicos. Los contratos y órdenes de pago dados por el recurrente constituyen a no dudar una resolución de carácter decisorio que afectó a los intereses de la comunidad.

La condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, c) bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente y d) suponga una grave desviación de poder –STS 727/2000–. En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora como se dice en la sentencia recurrida (pág. 10) cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el artículo 9-3 de la Constitución.

Como recuerda esta Sala en las SSTs de 23 de mayo de 1998; de 4 de diciembre de 1998; 766/1999; 2340/2001; 730/2008; 725/2009; 340/2012, y más recientemente 743/2013 de 11 de octubre:

«... Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto

del Ordenamiento Jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa....».

En definitiva y como también se dice en otras resoluciones de esta Sala, la condición arbitraria de la resolución y su manifiesta contradicción con el derecho, se manifiesta cuando lo decidido no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley –STS 1497/2002– porque –como se dice en el propio hecho probado con reiteración– solo en la voluntad del funcionario encuentra su justificación la decisión concernida.

Basta recordar que en el presente caso, se prescindió de todo procedimiento, se obvió todo trámite para la «contratación», y el soporte contractual solo fue el intento –inútil– de dar apariencia a lo que solo fue la voluntad del recurrente. El mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión, estando lo decidido en función del mero clientelismo político (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones.

Existió un evidente daño a la causa pública.

(...)

Hay que recordar que el delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el artículo 9-1.º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública –y por tanto también a la Local– en el artículo 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho, por ello, como se recuerda en la STS de 5 de abril de 2000 que cita otra anterior n.º 1526/99 de 2 de noviembre, «...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular....».

Finalmente, en relación a la nota de que la resolución sea dolosa, es decir a sabiendas de la injusticia es claro que este elemento debe ser exigido en clave objetiva, es decir, no que la persona concernida reconozca tal ilegalidad, lo que supondría entronizar a la conciencia de la autoridad como conciencia de la Ley, sino que dada la clamorosa arbitrariedad de la resolución y su apartamiento de toda justificación aceptable de la interpretación de la Ley, tal conocimiento de la ilegalidad debe ser declarado, con independencia de que la persona concernida alegue estar actuando correctamente.

(...)

Ya se ha argumentado la imposibilidad de estimar el delito de nombramientos ilegales, y por otra parte no hay ninguna violación del *non bis in idem* al sancionar el hecho además como delito de malversación de fondos públicos.

La doble punición no supone ni una pena excesiva ni un rigor innecesario. Más limitadamente se está ante un doble ataque que integra un doble delito, en el que se atacan bienes jurídicos distintos, prevaricación como manifestación del abuso de poder arbitrario ejercido por el recurrente y malversación de fondos públicos que integran perjuicio para el erario público pues la consecuencia de la resolución preva-

ricadora fue la salida de dinero de las empresas municipales del Ayuntamiento de Jerez, y por tanto, de dinero público en favor de personas por el solo hecho de pertenecer al mismo partido político que la autoridad que así ordenó los pagos, y recordemos que el total malversado ascendió a la más que respetable suma de 206.833,66 €.

Se añade que el recurrente no tenía ánimo de lucro personal y efectivamente así fue, lo que ocurre que el delito de malversación no exige un beneficio para el sustractor. El tipo se satisface con que exista un ánimo de lucro bien para el sustractor o para la persona a la que se le facilita la sustracción o a la que se le entrega el dinero malversado, como es el presente caso.

El recurrente, careciendo de toda competencia y por su simple voluntad como única fundamentación dispuso del erario público acordando pagos a dos personas bajo la apariencia de unos servicios de asesoría que en realidad no existieron –ni podían existir– causando un efectivo daño al erario público.

Es clara su responsabilidad a título de autor material en relación al delito de malversación de fondos públicos. El recurrente tenía *de facto* la disponibilidad de los fondos con independencia que las órdenes de pago dadas por él tuvieran que materializarse en documentos y firmas de otros funcionarios. El propio *factum* nos dice que en relación a Inocencio «...dio órdenes de transferencia a la Entidad Caja Sur... en favor de éste... (Inocencio)». En esta situación el recurrente aunque no tuviera directamente confiados tales caudales, ostentaba poderes y capacidades suficientes para como Vicepresidente disponer y ordenar pagos, aunque después estas órdenes fueran ejecutadas administrativamente, que la intervención de pagos –si es que existió– no se apercibiera de la ilegalidad, no borra ni disminuye la responsabilidad del recurrente, solo podría ampliarse a otras personas por el posible incumplimiento de sus funciones de control, lo que no se ha investigado.

En tal sentido, SSTS 406/2004 de 31 de marzo y más recientemente 18/2014 de 23 de enero.

Insistimos, la ausencia de reparo o control por parte del órgano concernido que interviene en el pago no borra la arbitrariedad del pago efectuado, solo patentiza la falta de efectividad en la fiscalización del mismo.

(...)

Es doctrina de esta Sala –SSTS 310/2003 de 7 de marzo, 867/2013 de 22 de septiembre y 9 de junio de 2007–, que los delitos de malversación, prevaricación y de falsedad documental están en relación de concurso de delitos y no de normas, ya que se integran por acciones diferentes que atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos, y ninguno de los tres tipos penales aplicados extiende su protección al del otro, por lo que cuando además de la apropiación indebida de los caudales públicos –pues en definitiva el delito de malversación es un delito de apropiación indebida cualificado por la condición pública de los caudales distraídos–, concurre una falsedad documental, deben pensarse ambos delitos, bien que de acuerdo con las normas del concurso ideal, y si a ello se añade una resolución administrativa prevaricadora existirá –como es el caso actual– un concurso ideal de tres delitos.

El bien jurídico atacado por el delito de malversación son los caudales públicos que están encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a necesidades del bien común.

El bien jurídico atacado por el delito de falsedad documental es la autenticidad documental. Toda falsedad supone una mutación de la verdad cometida por alguno de los procedimientos previstos en la Ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia en el tráfico jurídico por tener una trascendencia extramuros al cerrado ámbito en el que se producen.

El bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública.

La acción enjuiciada en esta causa ofrece una actividad delictiva trifonte, que da lugar a tres delitos, bien que a efectos de punición estén en concurso medial y sean de aplicación las reglas del artículo 77 del CP. Solo así se satisface el triple disvalor de la acción enjuiciada: la actuación arbitraria fundada en la sola voluntad del autor que da lugar al delito de prevaricación, la apropiación de los caudales públicos que da lugar al delito de malversación de fondos públicos, y, finalmente, la mutación a la verdad documental con el consiguiente perjuicio para el tráfico jurídico especialmente relevante cuando se trata de un funcionario público, que tiene un específico deber de fidelidad en materia documental, como ocurre en el caso de Clemente –artículo 390. 2.º–, sin perjuicio de que también se extienda la autoría de tal delito a los recurrentes Inocencio y Roberto, pero en la modalidad del artículo 392, es decir, del particular que efectúa la falsedad en documento oficial, dada la radical falsedad de los contratos suscritos.

(STS 600/2014, de 3 de septiembre)

## ARTÍCULO 417.1

*Revelación de Secretos por autoridad o funcionario público que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo: Jefe Superior de policía que a través de otro compañero avisa a tercero en el Bar Faisán de operación policial contra el aparato de extorsión de la banda terrorista ETA, motivando que miembro de ésta no pasara a España desde Francia, impidiendo la detención de los implicados y frustrando la operación en marcha, sin que pueda justificarse por no entorpecer un supuesto proceso de paz; policía que recibe orden de su superior, siendo informado de que iba a alertar a miembro de ETA sobre operación en marcha contra su red de extorsión, para poner en contacto telefónico a su superior y al miembro de la organización. Grave daño para la causa pública: revelación de información que frustra e impide la detención de miembros de organización terrorista. Terrorismo: Actos de colaboración: inexistencia: policías que alertan a miembros de ETA de operación contra la red de extorsión de la banda, actuando al cometer la acción pensando que era la manera de acabar con las actividades de la banda, juicio de inferencia que en casación no es posible modificar sin infringir el principio de inmediación en la valoración de las pruebas personales.*

Castiga el artículo 417.1 CP a la autoridad o funcionario público que «revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados».

Por su parte, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone:

«Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

5. Secreto profesional.

Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones».

Por tanto, la actuación de los dos acusados, trasladando a los sujetos investigados en una actuación policial y judicial conjunta española-francesa, con un dispositivo desplegado, información acerca de la propia operación y de las posibles detenciones, vulnera el deber específico de secreto que pesaba sobre ellos.

No es posible, como pretende el recurrente, trasladar a este tipo penal los argumentos establecidos en la sentencia para el delito de colaboración con banda armada.

Si los acusados en aras de no perjudicar el proceso de paz negociado hubieran acudido al estamento judicial o policial en cuyo seno se hubiera decidido posponer o suspender la operación, este delito de revelación de secretos no tendría vida. Ahora bien, al no haber actuado así, al haber informado directamente a los propios implicados y a espaldas del operativo en marcha y de las autoridades judiciales implicadas, ello sí que implica un delito de revelación de secretos.

El bien jurídico, señalado en la STS 1249/2003, de 30 de septiembre, como «el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas» se ve frontalmente atacado, pese a la queja del recurrente, en tanto que: en el marco de una operación antiterrorista, comprometidos sobre el terreno efectivos, con dispositivo judicial conjunto español y francés en el marco de la cooperación, se produce por vía de hecho una información que procede de la propia Policía hacia los implicados, con la consiguiente sorpresa de éstos y la posibilidad de movimientos de ocultación de elementos de cargo.

Esa Sala ha enjuiciado y estimado delito de esta naturaleza en situaciones de revelación por agentes policiales de datos conocidos en el ejercicio profesional.

(...)

El delito se consuma en el momento de la revelación del dato, sin que por ello las consideraciones acerca de que los advertidos indebidamente serían detenidos tiempo después, de que hoy están pendientes de juicio, o de que no se consideró posible la detención en Francia, sean relevantes para la comisión o no de este delito, al tratarse de circunstancias posteriores a la consumación delictiva y ajenas.

(...)

El artículo 417 exige daño a la causa pública en su tipo básico (multa e inhabilitación de uno a tres años) y grave daño a la causa pública en su tipo cualificado (prisión e inhabilitación de tres a cinco años).

La sentencia de instancia aplica este subtipo al señalar –folio 46–: «el Tribunal estima que tratándose de una acción de los acusados realizada en el ámbito de la lucha antiterrorista contra el aparato de extorsión de ETA, debe considerarse que su acción causó un grave daño a la causa pública, tal y como pide el Ministerio Fiscal y las acusaciones populares, independientemente de que dicho aparato de extorsión de ETA fuera detenido el 22 de junio de 2006».

Cierto que se justifica solo el grave daño a la causa pública aludiendo a que se trataba de una información revelada en el marco de esa operación; pero ése es un dato por sí solo trascendente para estimar que se produce con ello grave daño a la causa pública.

La advertencia a León Roque pudo lógicamente y racionalmente haber supuesto la desaparición de elementos de prueba. De hecho en los antecedentes del *factum* se señala que tras recibir la llamada efectúa avisos al menos a Isidro Octavio, uno de los que se citan como integrantes de la red.

Igualmente se declara probado que estaba en marcha la operación conjunta hispano-francesa para la investigación de los hechos y detención de los implicados en la red de extorsión de ETA denominada GEZI, en el marco de las actuaciones judiciales DP 86/1998, dirigida por el Juzgado Central de Instrucción número 5 y por el Tribunal de Gran Instancia de París, y que el recurrente pretendía mediante la actuación del Inspector Florencio Sergio, avisar a León Roque de que Isidro Octavio no acudiera a España (Bar Faisán, sito en el barrio de Behobia de la localidad de Irún), para evitar la detención de ambos, con motivo de la prevista entrega de 9 millones de pts. al último.

En los precedentes jurisprudenciales citados en relación con el motivo anterior se aplicó en todas el tipo básico. Ahora bien, los criterios allí establecidos no son aquí trasladables pues determinadas circunstancias deben tenerse en consideración. En la STS 1249/2003, se trataba de informaciones de carácter comercial o de antecedentes y datos de vehículos. En la STS 1027/2002, de 3 de junio, en la que se revelaban posibles redadas en clubes de alterne, no fue solicitado por el Fiscal en su recurso el subtipo agravado del artículo 367 párrafo 2 del CP 1973 entonces vigente, por lo que la Sala al acoger el recurso impuso pena por el tipo básico (cuatro años de suspensión y una multa de 150.000 pesetas con arresto sustitutorio), siendo así que la prisión y la pérdida definitiva del empleo de policía ya se imponía por el concurrente delito de cohecho. Finalmente, en la STS 68/2013, de 27 de enero, en cierto modo se viene entre líneas a señalar que la aplicación del tipo básico se debe a que esa es la calificación con la que el recurso ha llegado en casación, pues dice que la conducta del acusado «obstaculiza y entorpece sin duda la investigación y desde luego genera un daño o perjuicio específico en el servicio de investigación al debilitar y desactivar en mayor o menor medida las averiguaciones policiales. Si bien la Sala de instancia no consideró grave a efectos punitivos el daño ocasionado al servicio público, ya que no apreció el subtipo agravado del artículo 417.2 del CP».

Pues bien, frente a la revelación de datos comerciales o la ayuda a clubes de alterne o a un traficante del último escalón, el caso que ahora se enjuicia, de mucha mayor dimensión, supone dar a conocer a los miembros de una red de extorsión terrorista las pesquisas y futuras acciones policiales en marcha, por lo que el daño derivado fácilmente se comprende que es grave por afectar no a una actividad aislada sino a un entramado organizativo de más difícil investigación ante una posible desaparición de pruebas o adopción de medidas precautorias, y ello al margen del intento de favorecer el proceso de negociación, dado que la vía subrepticia elegida suponía una clara quiebra de principios de actuación policial y judicial, con asombro de los propios informados, y que implicaba un menoscabo y entorpecimiento del servicio público y un grave descrédito del funcionamiento institucional de la Administración.

Al respecto, los propios hechos probados relatan en sus últimos párrafos las consecuencias que, para las relaciones policiales y judiciales hispano-francesas, tuvo la detención fallida en España de Isidro Octavio y León Roque.

(...)

Y ciertamente, según reiterada jurisprudencia, que viene a constituir doctrina jurisprudencial pacífica (SSTS 540/2010, de 8 de junio y 659/2012, de 26 de julio, entre otras muchas): «...lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, vigilancias de personas, medios económicos, alojamientos u ocultación de personas, etc. en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en aquélla, realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva.

Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración –entre otras, STS 29 de noviembre de 1997–, *a)* su carácter residual respecto del delito de integración; *b)* es un tipo autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal, de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito –nuclear o periférico– pero no el de la colaboración; *c)* por ello, es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en plural «...son actos de colaboración...» y *d)* se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo».

La acción o conducta del colaborador es, pues, prestar una ayuda a la organización terrorista. Se trata de una conducta que favorece los intereses de la banda: se aporta dinero, armas, se refugia a miembros, se les permite la huida, se evita su detención, se acondicionan locales, se proporciona información; en fin, los supuestos pueden ser muy diversos.

Ciertamente, en este punto resaltan las Acusaciones populares que, sentada esa conducta de ayuda, es indiferente cuál sea el móvil que mueve al agente a realizarla.

Y recuerdan que la indiferencia hacía el móvil que se halla detrás de la conducta de ayuda a la banda ha sido también expresada en la jurisprudencia.

Así:

– en referencia a las acciones de colaboración o ayuda que facilitan cualquiera de las actividades de la organización, dice la STS 540/2010, de 8 de junio, «Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones... En derecho penal, los móviles que guían la conducta de las personas imputadas en procesos penales son irrelevantes en la construcción dogmática del elemento subjetivo de los tipos penales. En otras palabras, carece de relevancia si el imputado realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, lo relevante es si cuando realiza la acción comprendía el alcance de la norma prohibitiva y si era capaz de actuar conforme a esa comprensión...».

– «basta la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito» (STS 797/2005, de 21 de junio).

– La STS 659/2012, de 26 de julio, insiste: «No es necesaria afinidad ideológica. Colaborar con una organización terrorista por móviles de lucro (venta de armamento); o de afecto a determinados integrantes; o incluso una relación amorosa (STS 800/2006, de 13 de julio) o cualquier otra motivación, no excluye el delito del artículo 576. El dolo exige exclusivamente conocer y querer una acción que supone una colaboración con la organización terrorista, (STS 800/2006, de 13 de julio) aunque no se compartan ni sus fines, ni sus métodos, ni sus componentes ideo-

lógicos. Ni siquiera la presencia de móviles no egoístas o de compasión o de unas mal entendidas finalidades supuestamente altruistas permiten escapar del ámbito del artículo 576».

3. Y sobre la distinción anterior –una conducta de ayuda a la banda y un móvil que es indiferente– sostienen las acusaciones populares recurrentes que si los acusados han impedido la detención de la red de extorsión –conducta de ayuda– es irrelevante el móvil que haya guiado esa acción. Arguyen que, como dice la STS 797/2005, de 21 de junio, «no es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad». Afirman que cabe el dolo eventual e incluso la ignorancia deliberada en la conducta favorecedora del artículo 576 CP.

Según ello, quien aporta dinero a la banda comete delito ya lo haga por afinidad ideológica o movido por un miedo superable; o que quien acoge a un terrorista huido comete este delito ya lo haga para facilitar que siga en el comando o por razones humanitarias o religiosas.

En todos esos casos, no existe duda de que, cualquiera que haya sido el móvil, la conducta desplegada (prestar dinero u ocultar a un terrorista) es objetivamente facilitadora de la actividad de la banda. Se trata de una conducta que objetivamente es de ayuda a la banda. Se trata de «una acción que supone una colaboración con la organización terrorista» (STS 797/2005). Y, además, en el plano subjetivo, quien la realiza quiere –dolo directo– o al menos acepta –dolo eventual– o ni siquiera quiere llegar a saber –ignorancia deliberada– que la conducta que despliega va a servir de ayuda a la banda.

(...)

5. En nuestro caso, lo cierto es que la sentencia de instancia afirma no solo que la acción no era objetivamente de ayuda sino que, entrando en el juicio de inferencia sobre la intención de los acusados, sobre su dolo, sobre su conocimiento y voluntad, acaba afirmando que «la finalidad de la acción ejercitada voluntariamente como elemento del dolo, por los acusados fue totalmente muy distinta al favorecimiento de la actividad de ETA y por tanto a realizar la conducta típica prevista en el artículo 576 del CP».

Es decir, a tenor de las pruebas personales practicadas en la instancia, la Sala *a quo* ha venido a considerar que los acusados realizaron su acción al conocer que con ella se favorecía un proceso que acabaría con ETA y al querer acabar así con la actividad de la banda. Dicho de otro modo, según la Audiencia, no realizan su acción con dolo o intención de ayudar a la banda, sino con la contraria de acabar con la misma.

No estamos, pues, solamente ante la posible discusión sobre si la acción era o no objetivamente de ayuda a la banda.

Existe un segundo plano, el del dolo, en el que la Sala de instancia ha sentado que los acusados actuaron al conocer y querer su acción en tanto que pensaban que era la manera de acabar con las actividades de la banda.

Por ello, un entendimiento distinto del conocimiento y voluntad de los acusados exigiría, cuando menos, dar a éstos la oportunidad de expresarse sobre esa cuestión.

Estamos ante un juicio de inferencia, racional y lógico, efectuado en la sede de instancia en la que debió ser efectuado. No es posible su sustitución ahora, en sede casacional, sin infringir con ello el principio de inmediación en la valoración de las pruebas personales.

(STS 439/2014, de 10 de julio)

## ARTÍCULOS 432 Y 436

*Malversación de caudales públicos: encargos absurdos e inútiles, siendo sólo la apariencia de su realización para justificar un gasto con dinero público y un lucro en los acusados. Concurso real con delito de fraude a la Administración: pluralidad de acciones, siendo el fraude medio para la comisión de la malversación.*

Con el numeral décimo cuarto de la oposición denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 436 del Código penal, el delito de fraude a la Administración. Sostiene su impugnación afirmando que el delito de fraude se encuentra en situación de «progresión cuantitativa» con el de malversación de manera que producida esa absorbe el anterior fraude, criterio que apoya en la Sentencia 841/2013 de 18 de noviembre.

Este motivo, por error de derecho, plantea una cuestión estrictamente jurídica que no ha sido resuelta de forma unívoca por la jurisprudencia de esta Sala. El recurrente apoya su pretensión de error en la STS 841/2013, de 18 de noviembre que sin llegar a excluir la concurrencia de delitos, considera que en los supuestos que identifica como de «progresión cuantitativa», se produce un concurso de normas de manera que el delito de malversación, artículo 432, consume el de fraude, artículo 436 CP, que referenciado a la conducta de concertarse con los interesados o utilizar un artificio para defraudar a la administración, esta conducta queda absorbida por el posterior delito de malversación cuando éste se consuma pues, de alguna manera, los actos de fraude son actos previos a la malversación.

Lo anterior es plausible y puede concurrir en aquellos supuestos de fraude en su modalidad de concierto con el interesado y la posterior malversación en los supuestos de consentimiento en la sustracción. En estos supuestos el consentimiento típico requiere una previa concertación. Pero esa posibilidad que expresamos no juega con esta intensidad en la modalidad de fraude por la utilización de artificios para defraudar a la administración a los que se refieren este hecho probado.

Lo pusimos de manifiesto en la STS 166/2014 de 28 de febrero en la que dijimos que la anterior Sentencia, la 841/2013, abre una brecha en lo que parecía –solo parecía– doctrina consolidada. Pero salva expresamente los precedentes jurisprudenciales. Habría concurso de delitos cuando hay operaciones diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprensibilidad merece una reflexión.

La STS 199/2012, de 15 de marzo, abordaba también esta cuestión. Aunque no ofrece soluciones tajantes sugiere más bien la tesis del concurso de delitos: «En el segundo de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no aplicación del tipo penal previsto en el artículo 436 del Código Penal (que no 439, como postulaba sólo provisionalmente en la instancia) imputando la autoría de dicho delito DJRF y la responsabilidad penal como cooperadores de los

otros dos coacusados. Delito que, afirma, estaría en relación de concurso medial con los demás delitos imputados.

(...)

2. Reiterando una advertencia anterior, cabe subrayar otra vez que la exclusión de condena por este título no aparece de manera específica en la sentencia recurrida, atenta solamente a una ya abandonada acusación por el tipo penal del artículo 439 del Código Penal, a lo sumo cabe recordar que en el inciso final del séptimo fundamento jurídico la Sala de instancia afirma «Naturalmente que pudieron existir negociaciones prohibidas, conciertos para defraudar, sin embargo no pasaban de ser elementos necesarios para la comisión del delito principal». Sin que, por otra parte, muestre la más mínima preocupación por justificar que la relación medial necesaria entre dos infracciones no reciba el tratamiento del artículo 77 del Código Penal sino que merezca, en el parecer del Tribunal de instancia, el tratamiento del concurso de normas.

La también reciente STS 696/2013, de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: «1. Sostiene la recurrente que se ha producido el error *iuris* en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio *ne bis in idem*. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al artículo 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringirle citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consume con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida (STS de 16 de febrero de 1995).

Y, en efecto, como ya vimos, con relación al motivo sexto, es el de fraude un delito de mera actividad, que se consume con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (*cf.* SSTS de 7 de septiembre de 2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre)».

La malversación del artículo 432 CP es un tipo de resultado en el que la acción típica consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga. La acción típica no requiere de ninguna otra acción por parte del autor que, como funcionario público, debe velar por los caudales públicos a su cargo. Se protege el patrimonio del Estado a través del deber de probidad del funcionario.

Por otra parte, el delito de fraude del artículo 436 CP, se estructura como delito de mera actividad al consistir la acción en concertarse con otros, en principio particulares, o en usar cualquier artificio para defraudar a un ente público. El delito no requiere la efectiva producción de un resultado sino que la mera maquinación para despatrimonializar al Estado realizado por un funcionario ya rellena la tipicidad del delito del artículo 436 CP.

En principio ambos delitos pueden concurrir pues el ámbito respectivo no produce solapamiento alguno que sí existiría por ejemplo, con respecto al delito de fraude y de estafa a la administración. En este supuesto existe una doble previsión

legal respecto a la maquinación, típica de la estafa y del fraude, supuesta la concurrencia de los demás elementos típicos. Esa doble previsión actúa como fundamento de un concurso aparente de normas.

En este sentido, podemos señalar la correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal, con la diferenciación derivada de la naturaleza pública de los caudales en la malversación y privados en la administración desleal. En ambos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición, o su consentimiento, fuera del ámbito autorizado. La malversación no requiere engaño, maquinación o artificio en la disposición. Su concurrencia no aparece en la tipicidad de la malversación, por lo que es factible la subsunción en el delito de fraude, usar artificios, maquinaciones, para defraudar al Estado y en el delito de malversación cuando se produce la sustracción. Se trata de una conducta de mera actividad que no requiera la efectiva despatrimonialización por lo que su concurrencia dará lugar a otra tipicidad, en este caso en la malversación, bien entendido que, como antes se señaló, puede producirse esa progresión que el recurrente postula en los supuestos de malversación por consentimiento y la modalidad de favorecer por connivencia, supuesto que no es el concurrente es el caso de esta casación.

El concurso es de delitos y es un concurso real, por la pluralidad de acciones, siendo el fraude medio para la comisión de la malversación lo que comporta la previsión penológica del artículo 77 CP.

(STS 394/2014, de 7 de mayo)

## ARTÍCULO 570TER 1B

*Concepto de Grupo Criminal y diferencias con organización criminal: la existencia del grupo criminal puede estar dirigida a la comisión de un sólo delito. Integración en grupo criminal: concierto de siete personas con cierta estructura para la comisión de un solo delito tráfico de drogas, con desembarco de importante cantidad de cocaína para su ulterior distribución, existiendo coordinación entre quienes la custodiaron en la embarcación y quienes la recibieron en tierra.*

Se plantea por el Fiscal la modificación del pronunciamiento absolutorio que la sentencia de instancia contiene respecto al delito de pertenencia a grupo criminal. La posibilidad de modificar en casación, por cuestiones jurídicas, las sentencias absolutorias, para condenar al absuelto o para agravar su situación, está aceptada por esta Sala. La STS 309/2014, de 15 de abril, condensa la doctrina al respecto, y concluye que los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos (en el mismo sentido STS 122/2014, de 24 de febrero; 237/2014, de 25 de marzo; 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras).

Desde este prisma hemos de abordar el recurso que nos ocupa. Se impone el respeto al relato histórico que sustenta la sentencia, lo que, de otro lado, es obligado en atención al cauce impugnativo utilizado.

La Sala sentenciadora explica en el fundamento jurídico cuarto las razones por las que entendió que los hechos probados no son subsumibles en el tipo previsto en el artículo 570, ter 1b). Afirma que la prueba practicada solo permite tener por acreditado que siete personas se pusieron de acuerdo para sacar de un barco una partida de cocaína. Se trata de un solo delito y no hay base para deducir la existencia de una mínima estabilidad entre los partícipes que lo cometen ni que fueran a cometer más.

El recurrente discrepa de la sentencia por exigir al grupo criminal una cierta estabilidad y la finalidad de cometer más de un delito.

La figura de pertenencia a grupo criminal ha sido tratada, entre otras muchas, en la reciente sentencia STS 289/2014, 8 de abril. Siguiendo la misma «la incorporación de este nuevo tipo penal es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo».

Frente a las críticas doctrinales que han cuestionado esta figura, en la idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, señala «la Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal».

La nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 contempla como figuras delictivas diferenciadas la organización criminal y el grupo criminal. El artículo 570 bis define a la organización criminal como: «La agrupación formada por más de dos 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, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Por su parte el artículo 570 ter *in fine* describe el grupo criminal como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

El grupo se perfila como figura residual respecto a la organización. Ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos. La organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad. El grupo criminal, sin

embargo, puede apreciarse aunque no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra solo uno de ellos.

En palabras de la STS 289/2014, 8 de abril, ya citada, a «diferencia de la organización criminal, que exige para su afirmación la existencia de un «grupo estable o por tiempo indefinido», el grupo criminal debilita ese elemento sustituyéndolo por la exigencia de una relativa permanencia –formación no fortuita– y una estructura mucho más elemental para hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de una asignación formal de funciones».

Como señala la STS 719/2013, de 9 de octubre, que cita el Fiscal en su recurso: «En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones» de carácter transitorio «o que actúan» aun de modo ocasional» que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una «mínima permanencia» que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeincuencia. (STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de febrero de 1997 y 10 de marzo de 2000 entre otras)».

(...)

La segunda cuestión controvertida es si el grupo criminal como figura típica exige la finalidad de cometer un delito o se requieren varios.

En ocasiones esta Sala, tal y como destaca el Tribunal sentenciador, ha afirmado la necesidad de que la agrupación de dos o más personas se forme con la vocación de cometer una pluralidad de delitos. Sin embargo, esas afirmaciones han resultado matizadas, y, como señala la STS 289/2014 «el tipo que castiga la pertenencia al grupo criminal no incorpora ninguna exigencia cuantitativa referida al número de infracciones que han de cometerse para su aplicación. Antes al contrario, la mención a la «comisión concertada y reiterada de faltas», en contraste con la previsión referida a la «perpetración concertada de delitos», apoya la tesis que se suscribe. No es descartable, en fin, la promoción o integración en un grupo criminal para un proyecto concreto. No se olvide que la comisión concertada de delitos –pese al plural empleado– puede ser el fin que inspire la creación del grupo o el objeto –sólo uno– que justifique su existencia.»

O en palabras de la STS 719/2013, de 9 de octubre «El grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente definida. O bien, puede contar con una estructura organizativa interna, con reparto de tareas de manera concertada y coordinada, pero en ese caso, para ser calificado como grupo, no debe perpetuarse en el tiempo, es decir no estar constituido con vocación de permanencia indefinida.

La configuración de este presupuesto no puede basarse en la utilización del plural al redactar el tipo del artículo 570 ter, entendiéndose que exige la perpetración concertada de varios delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. El adjetivo «reiterada» que califica la comisión de las faltas, introduce un elemento diferenciador cuando se refiere a infracciones leves, que no exige cuando se trata de delitos. La pluralidad de la definición legal viene referida a lo cualitativo, es decir a los distintos tipos de delitos, y no a cantidad de los que se pretendan cometer. STS 289/2014 ya citada. Es decir, algo más que el mero concierto para la comisión inmediata de un delito que nos reconduciría a coautoría.

Esta interpretación se refuerza a la vista de la redacción de los apartados precedentes del mismo artículo 570 ter, 1, en los que se establece la penalidad para esta

figura en función de la naturaleza de los delitos que se pretendieran cometer. El apartado a) que se refiere a los casos en que la finalidad es cometer los delitos mencionados en el artículo 570 bis 3, que son objeto de una sanción agravada, utiliza la expresión «delitos»; el apartado b) habla «de cualquier otro delito grave» y en el c) de «uno o varios delitos menos graves» o «la perpetración reiterada de faltas». Cualquier otra interpretación nos conduciría al absurdo de entender que se requiere que el objeto del grupo sea cometer más de un delito cuando se trate de los que integran un tipo agravado (delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexuales o la trata de seres humanos), y, sin embargo, respecto a los restantes delitos, graves o menos graves, baste uno solo.

A la misma conclusión llegamos al utilizar como pauta de interpretación la Convención de Palermo, a la que recurre la sentencia de instancia.

La Convención de Palermo, o Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, fue aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, firmada por España el 13 de diciembre de 2000 y ratificada mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2.º de la Convención de Palermo se establecen las siguientes definiciones, que constituyen el precedente de los conceptos de organización y grupo criminal introducidos por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el Código Penal.

a) Por «grupo delictivo organizado» [que equivale, en nuestro ordenamiento interno, al concepto de organización criminal, artículo 570 bis] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

c) Por «grupo estructurado» [que equivale, en nuestro ordenamiento interno, al concepto de grupo criminal, artículo 570 ter] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

La Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, sigue básicamente los criterios de la Convención de Palermo, e impuso la reforma de nuestra Legislación Penal para adaptarnos a los criterios armonizados del Derecho Penal Europeo, lo que se materializó con la LO 5/2010, de 22 de junio.

De acuerdo con la transcrita definición de grupo estructurado, el equivalente al grupo criminal del artículo 570, ter 1.b, in fine, lo determinante es que «no se haya formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito», sin que sea imprescindible que haya surgido con vocación de cometer varios.

(STS 445/2014, de 29 de mayo)

## ARTÍCULO 577

*Asociaciones ilícitas: se consuma cuando la asociación se orienta a la comisión de delitos o cuando decide cometerlos una vez consti-*

*tuida, no siendo necesario la comisión de delito, ni que se haya iniciado la fase de ejecución. Concepto de Terrorismo de raíz islamista radical o yihadista. Enaltecimiento: supuestos de aplicación. Organizaciones terroristas: constituye organización terrorista la Red Ansar Al Mujahideen al tener un aparato financiero, de apoyo operativo y de propaganda, con división de funciones, jerarquización y división del trabajo entre los miembros de cada aparato, utilizando internet para la incitación directa y persistente a cometer actos de terrorismo, a través de la plataforma mediática. Pertenencia a la organización terrorista: «Bibliotecario de Al Qaeda» que difundía a través de internet material de exaltación del terrorismo yihadista y manuales que contribuyen directamente a la captación, adoctrinamiento y formación de militantes de la yihad armada, integrado en organización terrorista de ámbito mundial.*

Como hemos señalado en SSTs 1140/2010 de 29 de diciembre, 480/2009 de 22 de mayo y 503/2008 de 17 de julio la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la idea del terrorismo que se extrae de los preceptos que sancionan este tipo de conductas.

Así el Tribunal Constitucional abordó la ausencia de definición de delito de terrorismo ya que fue éste, precisamente, el argumento principal del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/88, de 25 de mayo de reforma del CP en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

La cuestión fue resuelta por la STC 89/93, de 12 de marzo. En ella se lee que el «terrorismo» (y también la actuación de «bandas armadas» o de «elementos rebeldes») «aparece en la reforma como elemento configurador de tipos específicos de asociación ilícita y de colaboración –arts. 174.3 y 174.bis.a)–, ciertamente, pero también como causa determinante de la agravación de la responsabilidad criminal por cualesquiera delitos –artículo 57.bis.a) y artículo 174.bis.b), que se refiere a delitos para cuya perpetración se hayan utilizado «armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase –o por infracciones penales determinadas (artículo 233: atentado contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales)».

Y en ella se señala que la expresión «elementos terroristas» «está ya presente en el artículo 1 LO 11/1980 y que la referencia a las «organizaciones terroristas» aparece, por su parte, en los artículos 2.1, 7.1 y 8.1, entre otros, LO 9/1984, textos legales que han sido objeto de interpretación y aplicación, al igual que los hoy impugnados, por nuestros tribunales penales, en cuya jurisprudencia cabe ya identificar –como no podía ser de otro modo– una delimitación, suficientemente clara y precisa, de nociones como las empleadas por la LO 3/1988. Se encuentra en dicha jurisprudencia, en efecto, la determinación de los rasgos inherentes a la delincuencia terrorista, tanto a su carácter de criminalidad organizada como a los medios empleados y finalidades perseguidas». Y que «es preciso recordar, en fin, la existencia de instrumentos internacionales (muy en particular, el Convenio Europeo 27 de enero 1977 para la represión del terrorismo, ratificado por España: BOE 8 octubre 1980), que como dijo la citada STC 199/1987 (Fundamento Jurídico 5.º), establecen criterios objetivos para la

determinación de aquel concepto. La criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (S de 30 agosto de 1990: caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales, regulaciones que contribuyen también a aportar criterios definidores, por vía de aplicación directa o de comparación normativa».

Y aún antes de que la sentencia anterior dejara sentada la doctrina de que la falta de un concepto de terrorismo no afectaba a la Constitución, defendiendo el carácter conocido de dicha noción y el valor de la jurisprudencia a la hora de elaborar uno, la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, del Pleno de 16 de diciembre, que resolvía el recurso contra la LO 9/1984, de 26 de diciembre sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas y supresión de derechos y libertades en desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que introdujo el artículo 520 bis LECr (prolongación de la detención) y reformó los artículos 553 y 579 LECr (detención y registro inmediato), afirmaba «el carácter de constituir un riesgo para el desarrollo de la vida de los ciudadanos por el terror que su actividad creaba».

Y remarcaba, en su fundamento de derecho cuarto, que «el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una comunidad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva».

Y en esta misma línea, señalando, como efecto de los grupos terroristas y de los que los sirven, la intención de causar mal –intimidar– a los habitantes de una población o de una colectividad, el auto del Tribunal Constitucional de fecha 27 de julio de 2003, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna contra la sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraba la ilegalidad de Herribatasuna, Batasuna, y Euskal Herritarrok, en el fundamento de derecho séptimo decía que «no menos claro sería el menoscabo de derechos fundamentales y libertades públicas de terceros, especialmente de quienes residen en el País Vasco y viven bajo amenaza de muerte, de exilio o de graves males... reconociendo la sentencia impugnada como probados hechos imputados al partido recurrente en muchos de los cuales es evidente la finalidad de intimidación a categorías o clases enteras de personas».

La sentencia número 48/2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12 de marzo de 2003, que desestima el recurso interpuesto frente a determinados preceptos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, recuerda que «Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los artículos 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (artículo 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. Hasta ese punto es cierta la afirmación de que la

Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7).

Y recuerda que «los «principios democráticos» no pueden ser, en nuestro ordenamiento, sino los del orden democrático que se desprende del entramado institucional y normativo de la Constitución, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE)».

Y señala que «lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión... Que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia... y lo mismo cabe decir, cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principio democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático».

De todo ello se desprende que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la base del propósito de difundir una situación de inseguridad por la repetición de actividades, con una capacidad intrínseca necesaria para producir esas situaciones de terror en la colectividad, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo, igualmente mantiene la doctrina según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista por la naturaleza de las acciones de quien las comete, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones.

En la STS 33/93 de 25 de enero se puede leer que «el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos».

La STS 2/97 de 29 de noviembre, además de defender que la ausencia de una definición de terrorismo no impide, sino que obliga a los juzgadores a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas, sienta el carácter absolutamente ilegítimo de la acción violenta cuando señala que: «Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo –concepto de obligada referencia en todas esas conductas– no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política».

Para la STS 546/2002 de 20 de marzo, «El terrorismo amplía y diversifica, de manera constante, el amplio espectro de sus acciones criminales. El legislador demo-

crático, en la obligada respuesta a ese fenómeno complejo, ha ido ampliando también el espacio penal de los comportamientos que han de ser considerados objetivamente terroristas, cumpliendo la triple exigencia del principio de legalidad: *lex scripta, praevia y certa*. La jurisprudencia ha de evolucionar también al compás de los cambios legislativos y ha de ajustar su interpretación no sólo a los antecedentes históricos o legislativos sino a la realidad social del tiempo (artículo 3.1 CC). Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el artículo 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son por se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto».

Como se lee en la STS 633/2002 de 21 de mayo: «El terrorismo, es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica señal de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian.

La STS 556/2006 de 31 de mayo señala que «el Código Penal vigente configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico. El primero está representado por la finalidad de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». El segundo criterio reclama que las acciones inculpasibles objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquéllos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada».

Por su parte la STS 50/2007 de 19 de enero concluye que «La doctrina examinada, tanto constitucional como de esta Sala, permite comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida».

Por último la STS 503/2008 de 17 de julio, declara que «el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los

poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo».

Y continúa diciendo: «...la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.

Asimismo, continúa diciendo la STS 17 de julio de 2008 aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occiden-

tal del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias.

A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas sentencias, debe ser entendida no solo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva.

De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues «ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción» (STS número 119/2007).

## CUARTO

El recurrente cuestiona la concurrencia de los requisitos de la organización contemplados en el artículo 570 (agrupación formada por más de 2 personas, carácter estable, tiempo indefinido, reparto de tareas, y la finalidad de cometer delitos) y de la variedad agravada de las organizaciones terroristas, esto es, las que buscan la subver-

sión del orden social establecido por métodos violentos o inhumanos, carácter sistemático en las acciones violentas y relación de jerarquía y estabilidad en el tiempo, para concluir que no ha quedado suficientemente acreditado que la *Red Ansar Al Mujahideen* sea una organización terrorista.

1) Así en la STS 745/2008 de 25 de noviembre, con cita de la STS 421/2003 de 10 de abril, decíamos que en el delito de asociación ilícita, el bien jurídico protegido lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Lo relevante es que una cosa es el bien jurídico que protege el tipo de asociación ilícita y otra el que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

Como expone la STS 234/01 de 3 de mayo, en el delito de asociación ilícita el bien jurídico protegido el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, en hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.

b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.

c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio.

d) el fin de la asociación –en el caso del artículo 515.1, inciso 1.º, CP–, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (STS 28 de octubre de 1997).

Por ello como se señala en la STS 50/2007 de 19 de enero, el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida «no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo». Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

Por último no cabe confundir –dice la STS 415/2005 de 23 de marzo– el delito de asociación ilícita para delinquir con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior

comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

Asociación Terrorista será la constituida para cometer delitos de terrorismo o bien la que una vez constituida decide proceder a la comisión de tal clase de actos.

Por tanto las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, constituyen una modalidad cualificada del delito de asociación ilícita.

El terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en los que se basa toda sociedad democrática. También representa uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros de la Unión Europea.

La amenaza terrorista ha crecido y se ha desarrollado rápidamente durante estos últimos años, con cambios en el *modus operandi* de los terroristas y sus partidarios o colaboradores, incluida la sustitución de grupos estructurados y jerarquizados por grupúsculos ligados entre ellos con flexibilidad.

2) En el caso sometido a nuestra revisión casacional la sentencia impugnada considera probado (apartado tercero *factum*) de una parte que la *Red Ansar al Mujahideen* es uno de los grupos más activos de apoyo a la yihad vía internet con una estructura con entidad propia «pero, además, a través del contacto personal de los cuadros directivos de otros grupos yihadistas, la estrategia de los mismos está coordinada, llegando a trabajar en red. La macro-red así constituida forma parte, a la vez, del movimiento de la «yihad global», entendido como un conjunto de medios de comunicación empleados como herramienta al servicio del terrorismo yihadista mundial, que actúan en nombre y beneficio de la línea más radical del Islam.

La autodenominada *Red Ansar Al Mujahideen* está formada por un reducido núcleo dirigente de individuos con una larga trayectoria en plataformas yihadistas en internet, algunos de ellos conocidos desde el año 2005. Todas las decisiones que en su seno se adoptan son consensuadas por un órgano de dirección o Consejo Consultivo, denominado «*Majlis Al Shura*», y son obedecidas por el resto de los componentes del grupo. Los integrantes del «*Majlis Al Shura*» son reconocidos y tratados por terceros como Jeques, y han creado y mantienen una sólida infraestructura en internet orientada a la difusión del ideario yihadista a través de este medio, como paso necesario para alcanzar su objetivo final, que es la financiación, captación, adoctrinamiento y radicalización de simpatizantes para llevar a cabo la yihad armada. Esto último implica tanto el envío de los voluntarios a zonas de conflicto como su formación mediante la difusión de manuales de entrenamiento terrorista para actuar allí donde el adoctrinado resida o en lugares de conflicto.

La *Red Ansar Al Mujahideen* presenta una estructura formal, por su organización; estable, por su continuidad en el tiempo; jerarquizada, por la distribución de misiones y responsabilidades entre sus componentes, de los objetivos yihadistas que persigue, con un número indeterminado de miembros de dirección y numerosos colaboradores y simpatizantes.

La red terrorista que nos ocupa tiene señas de identidad propias y diferenciadoras: un nombre con significado (*Red Ansar Al Mujahideen*, que traducido significa «Red de los Partidarios de los Mujahideen»); un banner (emblemata o bandera); un logotipo identificativo; un lema («*In support of the struggle by pen and sword*», que significa «En apoyo de la lucha con la pluma y la espada»), y un ideario públicamente

expresado («Somos yihadistas. La yihad es una obligación en la religión de Dios. Nosotros alabamos a los yihadistas por el camino de Dios»).

Un aspirante obtiene la pertenencia a la *Red Ansar Al Mujahideen* tras mostrar su compromiso con la yihad y la organización, a propuesta de uno de los miembros más veteranos (también llamados «pioneros») que lo avale. La admisión se decide en un Consejo Consultivo de los miembros de la Red. El aspirante se convierte en miembro tras formalizar un juramento de fidelidad a la yihad y a la red a la que quiere pertenecer.

La coordinación de los miembros de la *Red Ansar Al Mujahideen* se lleva a cabo, principalmente, a través de plataformas de comunicación de internet, en especial las salas de Paltalk. Estas salas constituyen el embrión del aparato de propaganda de la Red, dedicado a la captación, adoctrinamiento y formación de simpatizantes de la yihad, extendiendo así las bases de apoyo al movimiento de la yihad global.

Para optimizar la pervivencia de la *Red Ansar Al Mujahideen* y alcanzar sus objetivos, existen en su seno tres estructuras que se distribuyen sus diferentes cometidos:

1. El aparato de financiación. Tiene por función obtener donaciones de aquellos miembros o simpatizantes que disponen de recursos económicos, en especial del Golfo Pérsico y Europa, para garantizar la continuidad de la infraestructura de la *Red Ansar Al Mujahideen* en internet a través de dominios y servidores. Asimismo, se encarga de obtener dinero para ser enviado a los mujahidines en diferentes zonas de conflicto, especialmente Waziristán (zona situada al noroeste de Irak, que limita con Afganistán), así como en algunos casos para subvencionar el viaje de los voluntarios hasta esas mismas zonas (Waziristán, Afganistán, Pakistán).

2. El aparato de apoyo operativo. Es el encargado de mantener contacto con elementos terroristas de las diferentes zonas de conflicto. Este contacto facilita la apertura de vías de tránsito para que los voluntarios captados puedan ser enviados a tales zonas. Los integrantes de este aparato coordinan los envíos de voluntarios y se encargan de que los Jeques de la Red avalen a los voluntarios conocidos y que éstos sean acogidos por los diferentes grupos terroristas en Waziristán, Afganistán, Pakistán, Chechenia, Somalia, u otros lugares a donde son enviados.

3. Y el aparato de propaganda. Se dedica a difundir a través de plataformas de internet, tanto propias como ajenas, todo tipo de documentos y material audiovisual de exaltación de la yihad y de los grupos yihadistas, de la justificación teológica de las acciones terroristas, así como de manuales de formación en el uso de las armas, y fabricación de explosivos y venenos. Todo ello con las finalidades de captación, adoctrinamiento y formación de los terroristas.

Precisamente este aparato de propaganda de la *Red Ansar Al Mujahideen* utiliza una infraestructura basada en plataformas y servicios web de internet, como son los foros, las salas de Paltalk y los repositorios de acceso público. Cada uno de ellos cumple una función específica y complementaria en aquella estrategia de captación, adoctrinamiento y formación terrorista de la Red.

(STS 789/2014, de 2 de diciembre)



## Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Año 2014)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho  
Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Durante el año 2014, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha abordado diversas cuestiones relativas a su competencia jurisdiccional. En concreto, se ha adoptado los siguientes acuerdos:

### 24 DE SEPTIEMBRE DE 2014

Asunto: Requisitos procesales de la toma biológica de muestras.

Acuerdo: La toma biológica de muestras para la práctica de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de Letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.

### 21 DE OCTUBRE DE 2014

Asunto: Efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Acuerdo: En tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del artículo 954 LECrim. cumple este cometido.

### 2 DE DICIEMBRE DE 2014

Asunto: Competencia sobre aforados que pierden su condición.

Acuerdo: En las causas con aforados la resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral constituye el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se haya perdido la condición de aforado.



# 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 1/2014 SOBRE LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aspectos sustantivos. II.1 La conexión temporal como presupuesto de la acumulación de condenas. II.2 Modo de practicarse la acumulación. II.3 Objeto de la acumulación.–III. Aspectos procesales. III.1 Reglas de competencia. III.2 Procedimiento. III.2.1 Inicio y tramitación. III.2.2 Asistencia letrada. III.2.3 Auto resolutorio. III.2.4 Recursos contra el auto de acumulación.–IV. Modificabilidad del auto de acumulación. v. acumulación de penas impuestas conforme a códigos distintos.–VI. Acumulación de condenas en el proceso penal de menores.–VII. Conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN.

El incidente de acumulación de condenas tiene una enorme trascendencia a la hora de concretar el *quantum* penológico a aplicar a ejecutoriados con condenas plurales, pues puede tener un relevante impacto en orden a la determinación del tiempo efectivo de privación de libertad a cumplir.

La complejidad de esta materia y su escueto marco normativo ha motivado la atención y la preocupación de la Fiscalía General del Estado, plasmada en numerosos documentos, entre los que debemos mencionar la Circular de 25 de abril de 1967, sobre la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 8 de abril de 1967; la Consulta de 23 de febrero de 1968 sobre aplicación del artículo 988

de la LECrim en relación con la regla segunda del artículo 70 del Código Penal; la Consulta 3/1989, de 12 de mayo, sobre el órgano judicial competente para fijar el límite de cumplimiento a las penas privativas de libertad impuestas por delitos conexos enjuiciados en distintos procesos; la Consulta 3bis/1993, de 9 de diciembre, sobre imputación de los beneficios penitenciarios a la pena resultante de la acumulación jurídica. Últimamente la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte) ha abordado el tema en relación con la acumulación de la pena de localización permanente.

La acumulación material de todas las penas impuestas, sin otro límite que la vida del condenado, cedió paso, ya en el CP de 1870 (art. 89.2), a una acumulación jurídica con dos límites máximos de cumplimiento, uno consistente en el triple de la duración de la pena más grave y otro fijado en un número de años. Los sucesivos Códigos Penales de 1928 (art. 163.1), 1932 (art. 74) y 1944 (art. 70.2), mantuvieron, con ligeras variantes, topes cuantitativos, también presentes en la fórmula que inspira el artículo 76.1 del vigente CP.

La Ley de 8 de abril de 1967 introdujo en el artículo 70 un último párrafo para evitar que la acumulación jurídica dependiera de la unidad o pluralidad de procedimientos.

La acumulación de condenas se basa en la orientación del sistema penológico hacia la resocialización, así como en el principio de proporcionalidad y en la proscripción de penas o tratos inhumanos o degradantes. Con el propósito de evitar que la pluralidad de penas pueda llevar a una respuesta final desproporcionada o, en los casos extremos, a una pena que pueda resultar inhumana y haga imposible la resocialización, el Código Penal vigente, siguiendo a los anteriores Códigos, prevé en su artículo 76 dos límites, uno absoluto (que oscila entre los 20 y los 40 años) y otro relativo (el triple del tiempo por el que se imponga la más grave).

Según el artículo 76.2 CP, la limitación –triple de la más grave y veinte, veinticinco, treinta o cuarenta años– se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos, siempre que los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. El procedimiento para llevar a cabo tal acumulación jurídica está regulado en el artículo 988, párrafo 3.º LECrim.

Debe en todo caso recordarse que un penado puede cumplir más allá de los límites previstos en el artículo 76 CP cuando haya sido condenado en causas diversas y no sea posible la acumulación (*vid.* STS núm. 14/2014, de 21 de enero). Los eventuales efectos desocializadores generados por la acumulación material de condenas podrán ser paliados, en su caso, mediante vías tales como la promoción del indulto particular (art. 206 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario), la clasificación en tercer grado o el adelantamiento de la libertad condicional (art. 205 RP) o la concesión de permisos.

Los recursos de casación planteados contra resoluciones de Jueces y Tribunales en materia de acumulación de condenas ponen de relieve la existencia de diversidad de criterios en las resoluciones de instancia, disparidad a la que a veces coadyuvan los propios informes de las Fiscalías territoriales, no siempre coincidentes, por lo que es imprescindible unificar criterios con el fin de garantizar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

Por todas estas consideraciones se estima conveniente recoger en esta Circular una serie de pautas que habrán de seguirse al emitir el preceptivo informe en los expedientes de acumulación de condenas. La finalidad de esta Circular no es tanto llevar a cabo un análisis omnicompreensivo de la materia, cuanto sentar unas pautas sencillas y claras que faciliten la labor de los Sres. Fiscales.

No será objeto de estudio en la presente Circular el problema relativo a la acumulación de sentencias condenatorias dictadas por otros Estados. Sobre esta cuestión han recaído diversas resoluciones de distinto signo (SSTS núm. 1129/2000, de 27 de junio, 2117/2002, de 18 de diciembre, 926/2005, de 30 de junio y 186/2014, de 13 de marzo). La materia, en relación con Estados miembros de la Unión, ha motivado unas previsiones específicas en la reciente Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (art. 14 y Disposición Adicional Única), quedando igualmente afectada por las disposiciones de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que regula, entre otras cuestiones, los requisitos y efectos de la ejecución en España de una resolución de otro Estado miembro por la que se impone una pena o medida privativa de libertad (arts. 63 y 86). La especificidad de la materia y lo reciente de su regulación hacen aconsejable diferir su análisis a ulteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado.

A fin de analizar los problemas que la aplicación de estas nuevas normas generen y para ir unificando criterios, los Sres. Fiscales Jefes darán cuenta a la Fiscalía General del Estado de los asuntos en que se planteen acumulaciones de sentencias extranjeras, procedan o no de Estados miembros de la Unión, remitiendo el proyecto de dictamen. Deben tales incidentes procesales considerarse de especial trascendencia, a los efectos del artículo 25 EOMF.

## II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

### II.1 La conexión temporal como presupuesto de la acumulación de condenas

Para que la acumulación sea procedente es necesario que entre los hechos de los distintos procesos exista conexión temporal. Esta conexión temporal se ha interpretado pro reo. Lo relevante es que los hechos pudieran haber sido enjuiciados en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión (SSTS núm. 548/2000 de 30 de marzo, 722/2000 de 25 de abril, 1265/2000 de 6 de julio, 860/2004 de 30 de junio, 931/2005 de 14 de julio, 1005/2005 de 21 de julio, 1010/2005 de 12 de septiembre, 1167/2005 de 19 de octubre y AATS núm. 1110/2007, de 14 de junio y 1124/2007, de 7 de junio).

El uso del criterio de la conexidad meramente temporal como soporte de toda hipótesis de acumulación está plenamente consolidado (SSTS núm. 317/2013, de 18 de abril y 47/2012, de 2 de febrero), no exigiéndose la concurrencia de otros criterios de conexidad de carácter material o formal.

Lo que no cabe es constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad para los delitos futuros (STS núm. 798/2000 de 9 de mayo) y por ello sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria (STS núm. 364/2006, de 31 de marzo).

No pueden acumularse las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las sentencias que la acumulación abarca, pues, evidentemente, resultaría del todo imposible que esos nuevos hechos hubieran podido enjuiciarse en un procedimiento ya finalizado a la fecha de acaecimiento de los mismos. Por el con-

trario, la acumulación se ve objetivamente posible para aquellos delitos cometidos antes de recaer esa primera sentencia, sin exigencia de requisitos añadidos (*vid.* entre otras muchas, SSTS núm. 669/2005, de 27 de mayo; 854/2006, de 12 de septiembre; 473/2013, de 29 de mayo).

En cuanto a la fecha de condena a la que hay que atender, el dato clave es la fecha de la sentencia y no la de su firmeza. No cabe la refundición con condenas por hechos cuya fecha de comisión sea posterior a la fecha de la sentencia a refundir (aunque anterior a su firmeza). Este punto, que generó un importante debate, quedó zanjado por el Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 29 de noviembre de 2005, en el que se declaró que «no es necesaria la firmeza de las sentencias para el límite de la acumulación».

Esta solución aparece avalada por dos órdenes de consideraciones: 1) Una vez sentenciados unos hechos, aunque esté pendiente un recurso, no es posible el enjuiciamiento conjunto con causas seguidas por hechos posteriores y por tanto nunca puede hablarse de hechos que podrían haberse enjuiciado conjuntamente (arts. 988 y 17.5.º Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) El fundamento de ese límite temporal –evitar la conciencia de impunidad por los delitos sucesivos– también aparece en estos supuestos. De admitirse otra tesis llevando el límite a la fecha de la firmeza se privilegiaría a quien interpone un recurso, aunque sea infundado, para desplazar esa fecha en el tiempo, frente a quien acata la sentencia.

Deben, pues, entenderse como épocas diferentes no acumulables las que se encuentren separadas por la existencia de alguna sentencia condenatoria aunque no sea firme (SSTS núm. 364/2006, de 31 de marzo; 805/2005, de 16 de junio, 281/2007, de 3 de abril).

Como gráficamente plasma la STS núm. 14/2014, de 21 de enero «no existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la impunidad de los delitos cometidos cuando ya ha sido fijado un límite máximo de cumplimiento como consecuencia de la acumulación de condenas practicada».

Excepcionalmente se ha excluido la refundición de penas por hechos que aún habiéndose cometido con anterioridad a la fecha de la sentencia que determina la acumulación, por su propia esencia no podían haber sido objeto de enjuiciamiento en un único procedimiento. Este es el caso resuelto en la STS núm. 1196/2000, de 17 de julio, en el que se rechaza la posibilidad de acumular las penas impuestas en dos sentencias dado que el último delito (falso testimonio) se había cometido durante la celebración del juicio oral relativo al primero (dos delitos de calumnia).

## II.2 Modo de practicarse la acumulación

La sentencia que determina la acumulación es la de fecha más antigua. Tomando como referencia esta sentencia, serán susceptibles de acumulación las penas impuestas por hechos que, enjuiciados en otras causas, sean de fecha anterior a tal sentencia. Hecha esta primera comprobación, habrá de calcularse si los límites relativos o absolutos del artículo 76 CP son más beneficiosos que la suma aritmética de las penas impuestas, en cuyo caso procederá la acumulación.

Para determinar la pena de mayor gravedad a estos efectos, ha de atenderse a las penas individualmente impuestas en cada sentencia, sin que sea admisible la suma de las impuestas en una misma sentencia por delitos diferentes, para atribuir a esta suma la condición de pena más grave (SSTS núm. 423/2006, de 11 de abril, 1123/2005, de 14 de octubre, 943/2013, de 18 de diciembre). Al margen de esta regla deben que-

dar los supuestos concursales del artículo 77 CP (concursos ideal y medial), a los que se haya impuesto una pena única.

El tripo ha de fijarse separadamente, sin convertir en años (trescientos sesenta y cinco días) los meses (treinta días) de prisión. De ese modo, por ilustrarlo con un ejemplo, el tripo de la pena de tres años y seis meses de prisión no será de diez años y seis meses, sino de nueve años y dieciocho meses, que a efectos de cómputo no es exactamente lo mismo. Los meses han de computarse a estos efectos como de treinta días y los años como de trescientos sesenta y cinco días. No es posible, a través de la operación aritmética de búsqueda del tripo de la más grave, convertir doce meses en doce meses y cinco días (STS núm. 943/2013, de 18 de diciembre).

Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras *a) a d)* del artículo 76.1 CP hay que atender a la pena máxima imponible pero teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012). Es decir, que cuando el artículo 76.1 *a)* CP establece que la pena máxima imponible es la de veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años, al ser el delito intentado una categoría propia y distinta del consumado, la pena abstracta en este caso es toda la que permite la aplicación de la pena inferior en grado, considerada en toda su extensión, y será ese marco penal derivado del grado de ejecución el que debe cumplir los requisitos de «hasta veinte años» o «más de veinte años».

Si estudiado el expediente acumulador resultan acumulables unas penas y excluidas otras, se fijará el límite máximo de cumplimiento de las acumulables, si es que ello beneficia al reo, y subsistirán con su extensión dosimétrica previa las que no lo sean.

Si el órgano judicial advierte que no todas las penas son acumulables entre sí, pero que sí lo son por bloques, deberá fijar en su auto los límites máximos de cumplimiento de cada uno de los grupos refundidos.

En consecuencia, en el supuesto de que todas o algunas de las sentencias pendientes de cumplimiento no sean acumulables, será necesario proceder a la formación de sucesivos bloques penológicos.

En su caso, el segundo bloque se formará partiendo de la siguiente sentencia de mayor antigüedad (excluidas, claro, las acumuladas en el bloque anterior) procediéndose de la misma manera antes señalada; y así sucesivamente (STS núm. 108/2013, de 13 de febrero).

Con relación a la aplicación del límite máximo de veinte años establecido en el artículo 76.1 CP, el mismo opera naturalmente solo respecto de las penas ya acumuladas, de forma que las posteriores que no han podido ser objeto de acumulación por lo señalado anteriormente están sujetas a un nuevo límite conforme al precepto señalado, pues de lo contrario existiría lo que se ha denominado «patrimonio delictivo» (ATS núm. 593/2013, de 21 de marzo), que proveería al condenado de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad para los delitos futuros, es decir, los que pueda cometer después del cumplimiento de su condena o durante la misma tanto en el caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión (SSTS núm. 579/2006, de 23 de mayo; 1003/2005, de 15 de septiembre; 766/2004, de 9 de junio).

Por tanto, cada bloque mantiene su propia autonomía y sustantividad, aplicándose los límites del artículo 76 CP en relación con cada uno de ellos (SSTS núm. 579/2006, de 23 de mayo; 805/2005, de 16 de junio).

Debe finalmente recordarse que en los antecedentes fácticos han de ordenarse las sentencias cronológicamente.

### II.3 Objeto de la acumulación

En cuanto al objeto de la acumulación, las únicas penas acumulables son las privativas de libertad.

Son susceptibles de acumulación penas privativas de libertad que ya hubieren sido extinguidas o cumplidas (Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 8 de mayo de 1997, SSTS núm. 172/2014, de 5 de marzo y 434/2013, de 23 de mayo), pues la finalidad de las normas que establecen las reglas de exasperación del concurso no resulta en modo alguno afectada por la acumulación de penas cumplidas y penas todavía en fase de cumplimiento, de modo que el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio.

Deben excluirse de la acumulación las ejecutorias que conllevan únicamente pena de multa, dado que es una pena susceptible de ser cumplida de forma simultánea (art. 75 CP). Una vez convertida la multa efectivamente en responsabilidad penal subsidiaria, ya es susceptible de acumulación. No procederá la acumulación si el Juez o Tribunal acuerda que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (*vid.* art. 53 párrafo segundo CP y epígrafe IX.1 de la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre).

También deben ser excluidas de la acumulación las penas de trabajos en beneficio de la comunidad.

La pena de localización permanente, aunque privativa de libertad (art. 35 CP), y aunque se considerara acumulable, dada su diferente naturaleza y sobre todo, posibilidad de cumplimiento simultáneo (art. 75 CP) solo debería ser acumulada en su caso, a otras penas de localización permanente y no a las de prisión o de responsabilidad personal subsidiaria por multa convertida (STS núm. 207/2014, de 11 de marzo).

No obstante, deben mantenerse los criterios sentados por la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que en relación con la acumulación de la pena de localización permanente con la pena de prisión dispone que los Sres. Fiscales dictaminarán en cada caso concreto promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, no oponiéndose a la refundición cuando la misma pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado. Esta conclusión se refuerza aún más tras la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce la posibilidad de cumplimiento de la localización permanente en centro penitenciario.

También deben ser excluidas de la acumulación las penas sustituidas por la expulsión del territorio nacional, que pierden su naturaleza y devienen heterogéneas con las privativas de libertad (STS núm. 521/2010, de 26 de mayo).

## III. ASPECTOS PROCESALES

### III.1 Reglas de competencia

Conforme al párrafo 3 del artículo 988 LECrim la competencia viene atribuida al «Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia». Ya la Consulta de 23 de febrero de 1968 sobre aplicación del artículo 988 de la LECrim en relación con la

regla segunda del artículo 70 del Código Penal consideraba que «es el último Juez o Tribunal que dictó sentencia quien tiene que apreciar si existe relación o analogía entre los hechos motivo de las condenas impuestas en los distintos procesos para acordar cuáles debieron ser objeto de uno solo y fijar el cumplimiento de las mismas».

Por tanto, la competencia para tramitar el incidente se otorga al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia (AATS núm. 588/2010, de 18 de febrero; 1982/2010, de 14 de octubre; 138/2011, de 3 de marzo; SSTS núm. 240/2011, de 16 de marzo, y 537/2012, de 28 de junio). Por razones de seguridad jurídica, debe entenderse que el precepto se refiere al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia firme.

El órgano competente puede ser un Juzgado de lo Penal siempre que haya dictado la última sentencia condenatoria (STS núm. 669/1995, de 18 de mayo), y ello aunque existan otras sentencias acumulables dictadas por Audiencias Provinciales.

No se residenciará la competencia en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, aunque hubiera casado la última sentencia. En tal caso conocerá la Audiencia que dictó la sentencia casada, permitiendo así el recurso de casación contra el auto que resuelva el incidente de acumulación.

Además será competente para acumular el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia aunque una vez resuelto el incidente, excluya del auto de acumulación su propio fallo condenatorio por no ser conexo. En estos casos no deberá inhibirse al siguiente órgano sentenciador por antigüedad sino que habrá de proceder a fijar el máximo de cumplimiento (SSTS núm. 408/2014, de 14 de mayo, 98/2012, de 24 de febrero, 1477/2004, de 10 de diciembre; 746/2006, de 5 de julio). El acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª de 27 de marzo de 1998 establece que si el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia no considera acumulables las penas correspondientes a las restantes causas a las resultantes de la propia, conserva su plena competencia para refundir entre sí las que procedan de aquéllas.

Cosa distinta es la sentencia que determina la acumulación, que necesariamente ha de ser la de fecha más antigua entre todas las que se pretende acumular, con independencia del órgano que la hubiere dictado.

Por otra parte, conforme al artículo 801 LECrim, en el ámbito de las diligencias urgentes del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos, puede el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia dictar sentencia condenatoria de conformidad. Se plantea si será en estos casos competente el Juez de Instrucción para resolver el incidente de acumulación, cuando ha sido la suya la última sentencia dictada.

Debe tenerse presente que aunque en estos casos el Juez de Instrucción dicta sentencia, no es competente para ejecutarla. En efecto, el artículo 801.4 LECrim dispone que «dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo el Secretario Judicial seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución». Parece pues, claro, que la *voluntas legis* es restringir las competencias de ejecución del Juez de Instrucción y otorgarlas aún en estos casos con plenitud al Juzgado de lo Penal.

Teniendo en cuenta que el incidente de acumulación entra de lleno en el núcleo de la fase de ejecución, y partiendo de que lo que en él se resuelve tendrá un relevante impacto en orden a la determinación del tiempo efectivo de privación de libertad a cumplir, habrá de entenderse que el Juzgado competente para acumular en estos casos

será, no el Juzgado de Instrucción sino el Juzgado de lo Penal que resulte competente para la ejecución de la sentencia dictada por aquél.

Esta es la solución alcanzada por el AAP Álava, secc. 2.<sup>a</sup>, núm. 225/2010, de 19 de mayo.

También suscita dudas la cuestión de si podría ser competente un Juzgado de Instrucción para resolver el incidente de acumulación cuando hubiera dictado la última sentencia condenatoria en un juicio de faltas. La respuesta en este caso ha de ser positiva, siempre que se hubiera impuesto una pena privativa de libertad, sea localización permanente, sea responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP). En estos casos el Juzgado de Instrucción tiene plena jurisdicción en fase de ejecución, no pudiendo deducirse su incompetencia del tenor del artículo 988 LECrim, que se refiere al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia. En este mismo sentido se pronuncia el AAP Córdoba, secc. 3.<sup>a</sup>, núm. 127/2006, de 1 de junio.

### III.2 Procedimiento

#### III.2.1 INICIO Y TRAMITACIÓN

El incidente de acumulación puede iniciarse de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado. Para iniciar el procedimiento basta la solicitud suscrita por el interesado, sin necesidad del concurso de un Abogado (STS núm. 1167/2005, de 19 de octubre) pero en este caso habrá de requerirse al solicitante para que designe Letrado que le defienda y Procurador que le represente, de modo que, si no lo hace en el plazo que se le conceda al efecto, habrán de serle nombrados de oficio (STS núm. 1100/2006 de 13 de noviembre).

El incidente se sustancia materialmente en la propia ejecutoria.

En el transcurso del incidente habrá de reclamarse la hoja histórico-penal del condenado. Debe igualmente reclamarse a Instituciones Penitenciarias la relación de penas pendientes. Ordinariamente el propio Centro podrá remitir copia de todas las sentencias condenatorias, con lo que podrá simplificarse el trámite, no siendo en tal caso necesario remitir exhorto a los distintos Juzgados o Tribunales para que envíen testimonio de cada una de las resoluciones de condena.

Debe no obstante aclararse que la jurisprudencia se ha mostrado favorable a la posibilidad de incluir dentro de la acumulación aquellas sentencias que, dadas la fecha de los hechos y la de la condena, cumplieran los requisitos derivados del artículo 988 de la LECrim, aun cuando, por las vicisitudes del proceso las penas ya hubieran sido cumplidas en su integridad (SSTS núm. 434/2013, de 23 de mayo y núm. 186/2014, de 13 de marzo).

#### III.2.2 ASISTENCIA LETRADA

Habrà de darse intervención en el incidente al penado, aunque no fuera promotor del expediente, que deberá estar necesariamente asistido de Abogado y Procurador. El penado deberá contar con asistencia letrada real y efectiva durante la tramitación del expediente refundidor (SSTC núm. 47/2003, de 3 de marzo; 13/2000, de 17 de enero; 11/1987, de 30 de enero; SSTS núm. 18435/2006, de 12 de abril).

La necesidad de asistencia letrada es imprescindible a fin de garantizar en el procedimiento la realización de los principios de contradicción, igualdad de armas y proscripción de la indefensión (STS núm. 1100/2006 de 13 de noviembre).

### III.2.3 AUTO RESOLUTORIO

El auto deberá extenderse a razonar en sus fundamentos jurídicos en primer lugar, la «conexidad temporal» de los delitos en función de los hechos que les sirven de base. Comprobada tal conexidad, el órgano judicial, determinada la pena más grave, razonará si la suma total de las penas impuestas, excede del límite relativo del triplo de la pena más grave o de los límites absolutos -20, 25, 30, 40 años- en cuyo caso, y por resultar más favorable para el reo, fijará la penalidad conforme a esos topes máximos.

Esta operación habrá de realizarse, en su caso, en relación a cada uno de los bloques de sentencias que se hubieran generado.

Para revisar la corrección del criterio temporal es preciso que el auto que concede o niega la refundición contenga en sus antecedentes fácticos o en la fundamentación jurídica todos los datos sobre la fecha de comisión de los delitos, de las sentencias que los aprecien y de las penas impuestas, identificando al Juez o Tribunal sentenciador y el procedimiento (SSTS núm. 23/2013, de 17 de enero, 800/2013, de 30 de octubre, 819/2013, de 31 de octubre).

La falta de este contenido obstaculiza el control casacional sobre lo decidido en la instancia, pudiendo producir indefensión al recurrente y, eventualmente, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, determinando su nulidad (SSTS núm. 1451/2000; 268/2003; 946/2007; 888/2011).

En concreto, deben constar en los antecedentes de hecho del auto los datos de las ejecutorias que se pretenden acumular, con fecha de cada sentencia y de su firmeza; las fechas de comisión de cada hecho; los delitos objeto de condena, para poder determinar después si alguno de ellos origina una limitación especial; clase y duración de las penas impuestas, para poder fijar cuál es la más grave y los límites; en caso de pena de multa, debe indicarse si efectivamente se ha satisfecho o no y si se ha acordado responsabilidad personal subsidiaria; debe constar igualmente si las penas se impusieron conforme al CP 1973 y si han sido o no revisadas. Por último, debe tener reflejo los términos del escrito de solicitud de acumulación y las condenas que se pretende refundir.

Los Sres. Fiscales deberán recurrir las resoluciones judiciales que no contengan los antecedentes necesarios para abordar el proceso de acumulación.

A tales efectos deberá, por economía procesal, apurarse las posibilidades de solucionar las omisiones a través de la aclaración (arts. 161 LECrim y 267 LOPJ).

Los Sres. Fiscales deberán recurrir igualmente las resoluciones que prescindiendo de los criterios expuestos acuerden o denieguen la acumulación, sea ésta decisión favorable o perjudicial para los intereses del penado.

### III.2.4 RECURSOS CONTRA EL AUTO DE ACUMULACIÓN ESTABLECE EL ÚLTIMO INCISO DEL ARTÍCULO 988 LECRIM QUE CONTRA EL AUTO QUE DICTE EL JUEZ O TRIBUNAL, PODRÁN EL MINISTERIO FISCAL Y EL CONDENADO INTERPONER RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY

El auto es directamente recurrible en casación sin que sea preciso el previo recurso de súplica o de reforma. También cabe el recurso contra el auto por el que se rechace de plano la iniciación o incoación de un expediente de acumulación (STS núm. 651/2005, de 20 de mayo).

El TS admite la casación en estos casos aunque se trate de la resolución de un Juez unipersonal (SSTS núm. 1932/1994, de 2 de noviembre, 2206/1994, de 20 de diciembre, 264/1995, de 27 de febrero, entre otras).

## IV. MODIFICABILIDAD DEL AUTO DE ACUMULACIÓN

Los autos que acuerdan la refundición de condenas, una vez adquieran firmeza, no pueden ser modificados, salvo que aparezcan nuevas sentencias que por la fecha de comisión de los hechos en ellas enjuiciados hubieran podido ser incluidas en aquella refundición previa. Pero esta nueva refundición sólo será procedente cuando, en su conjunto, resulte favorable para el reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada (STS núm. 707/2013, de 30 de septiembre).

Por tanto, en los supuestos en que después de acumuladas diversas penas y extinguidas las mismas adquiere firmeza una condena que, de haber sido firme en el periodo acumulatorio, podría haberse refundido con las ya extintas, ha de entenderse procedente la refundición de dicha pena posterior con las ya extinguidas.

Un auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido de haber existido una tramitación normal. En estos supuestos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al artículo 988 de la LECrim, habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas (SSTS núm. 207/2014, de 11 de marzo; 204/2012, de 20 de marzo).

Si deviniere firme una nueva condena susceptible de ser refundida con una acumulación ya practicada, pueden darse dos supuestos: *a)* si la nueva pena excede de la más grave de las acumuladas habrá de modificarse el auto acumulatorio para adaptarlo a la nueva limitación relativa. Naturalmente, el auto no será rectificado si éste hubiese aplicado las limitaciones absolutas –veinte, veinticinco, treinta y cuarenta años– y la nueva pena lo fuere por delito no susceptible de modificarlas; *b)* si la nueva pena no sobrepasa a la más grave de las refundidas deberá integrarse en la acumulación precedente y apreciarse su extinción por absorción o consunción.

Una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva Sentencia (STS núm. 408/2014, de 14 de mayo).

## V. ACUMULACIÓN DE PENAS IMPUESTAS CONFORME A CÓDIGOS DISTINTOS

Conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999 el límite de cumplimiento previsto en el artículo 76 CP únicamente es aplicable a condenas que siguen el régimen de cumplimiento prevenido en este Código, es decir, a condenas impuestas directamente con aplicación del Código Penal de 1995, o que hayan sido revisadas. Se excluye de forma expresa la acumulación de penas dictadas bajo el imperio de dos Códigos. La aplicación del artículo 76 CP a condenas impuestas conforme al Código Penal de 1973, no revisadas, estaría mezclando no solamente dos textos punitivos, aplicando un tercero –híbrido– legalmente inexistente, sino también dos sistemas de ejecución heterogéneos.

## VI. ACUMULACIÓN DE CONDENAS EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

La operación de acumulación se reviste de especialidades en el proceso penal de menores, fundadas en las singularidades inherentes a esta subjurisdicción, en la que el interés superior del menor y la finalidad educativa y preventivo-especial adquieren un especial protagonismo. La materia fue analizada en el epígrafe III.7 de la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006, estableciendo unas detalladas pautas respecto de las que debe recordarse su plena vigencia.

## VII. CONCLUSIONES

1.º Para que la acumulación sea procedente es necesario que entre los hechos de los distintos procesos exista conexión temporal. Esta conexión temporal se ha interpretado pro reo. Más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión.

2.º Tras el dictado de sentencia condenatoria cesa la posibilidad de acumular penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad.

3.º Para determinar la pena de mayor gravedad a efectos de acumulación, ha de atenderse a las penas individualmente impuestas en cada sentencia, sin que sea posible la suma de las impuestas en una misma sentencia por delitos diferentes para atribuir a esta suma la condición de pena más grave.

4.º El tripló ha de fijarse separadamente, sin convertir en años (trescientos sesenta y cinco días) los meses (treinta días) de prisión.

5.º Para determinar los límites máximos de cumplimiento establecidos en las letras *a)* a *d)* del artículo 76.1 CP hay que atender a la pena máxima imponible, teniendo en cuenta las degradaciones obligatorias en virtud del grado de ejecución del delito.

6.º Las únicas penas acumulables son las privativas de libertad.

7.º La pena de multa es susceptible de acumulación una vez convertida efectivamente en responsabilidad penal subsidiaria.

8.º Deben ser excluidas de la acumulación las penas sustituidas por la expulsión del territorio nacional.

9.º La competencia para tramitar el incidente de acumulación se otorga al Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia.

10.º El órgano competente para tramitar el incidente de acumulación puede ser un Juzgado de lo Penal siempre que haya dictado la última sentencia condenatoria, y ello aunque existan otras sentencias acumulables dictadas por Audiencias Provinciales.

Cuando la última sentencia hubiera sido dictada por el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia en diligencias urgentes, será competente para resolver sobre la acumulación el Juzgado de lo Penal que lo sea para la ejecución de la sentencia dictada por aquél.

Podrá ser competente un Juzgado de Instrucción para resolver el incidente de acumulación cuando hubiera dictado la última sentencia condenatoria en un juicio de faltas, siempre que hubiera impuesto una pena privativa de libertad.

11.º No se residenciará la competencia en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, aunque hubiera casado la última sentencia.

12.º Será competente para acumular el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia condenatoria firme aunque una vez resuelto el incidente excluya del auto de acumulación su propio fallo condenatorio por no ser conexo.

13.º Habrá de darse intervención en el incidente al penado, aunque no fuera promotor del expediente. El penado deberá necesariamente estar asistido de Abogado y Procurador.

14.º Los Sres. Fiscales deberán recurrir las resoluciones judiciales que no contengan los antecedentes necesarios para abordar el proceso de acumulación.

A tales efectos deberá, por economía procesal, apurarse las posibilidades de solucionar las omisiones a través de la aclaración (arts. 161 LECrim y 267 LOPJ).

15.º Los Sres. Fiscales deberán recurrir igualmente las resoluciones que prescindiendo de los criterios expuestos en la presente Circular acuerden o denieguen la acumulación, sea ésta decisión favorable o perjudicial para los intereses del penado.

16.º Los autos que acuerdan la acumulación de condenas, una vez adquieran firmeza, no pueden ser modificados, salvo que aparezcan nuevas sentencias que por la fecha de comisión de los hechos en ellas enjuiciados hubieran podido ser incluidas en aquella refundición previa. Pero esta nueva refundición sólo será procedente cuando, en su conjunto, resulte favorable para el reo, dado que la condena posterior no puede perjudicar retroactivamente la acumulación ya realizada.

17.º Una vez que se entra a revisar una acumulación anterior, la revisión no se limita a las penas efectivamente acumuladas, sino a todas las que fueron objeto de examen en el auto, sin perjuicio de que entonces su acumulación se considerara improcedente ya que sí podrían ser acumulables con la nueva pena impuesta en la sentencia.

18.º No cabe la acumulación de penas dictadas bajo el imperio del Código Penal de 1973 con penas dictadas conforme al Código Penal de 1995.

En consecuencia, los Sres. Fiscales ajustarán sus intervenciones a los criterios que han quedado expuestos, en aras a lograr una unidad de criterio y de actuación que redunden en el logro de la seguridad jurídica, en una materia tan sensible para los derechos fundamentales como la que nos ocupa.

## BIBLIOGRAFÍA

### Revista de Libros

NÚÑEZ, Jorge Alberto: *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*. Universidad Carlos III. Madrid, 2014, 487 páginas

#### I

Siempre me interesó la figura del prócer penitenciario por excelencia. Fernando Cadalso se alza en el panorama español como su gran reformador ejecutivo, como el funcionario y el mando apegado al suelo, concededor del gran régimen carcelario que él ayudó decisivamente a edificar, como el prolífico y competente escritor de temas de su especialidad que perduraron en el tiempo. Su persona, en unión de Rafael Salillas, más ideólogo y, si cabe, más innovador, llena décadas de nuestro ejemplar Derecho penitenciario. Sin la firme irrupción de ambos en este campo no solo nada hubiera sido igual sino que, sin duda, todo sería hoy peor. Y sin embargo, tan distintos. Enrique Sanz ha dedicado alguna de sus páginas más brillantes a esta rivalidad científica y personal, a esta permanente discrepancia que, sin embargo, enriqueció todo el sistema.

Yo llegué a Cadalso, cuando comencé mi clara y lejana vocación intelectual penitenciaria, después de leer a Salillas. Me había interesado más la transformación que propugnaba el maestro de Angües, su pensamiento poco seguido en su época, su ideología limpia y visionaria hacia una ejecución penal llena de originalidad y, por lo tanto, distinta. Pero cuando tuve que enfrentarme al estudio profundo de la legislación decimonónica, base de nuestra mejor historia, descubrí sobremanera la labor de un estudioso excepcional en una prosa técnica pero accesible que, además, había sido alto cargo de la Administración de prisiones y que me abrió un mundo de conocimientos y realizaciones. Sin eliminar a Salillas, Cadalso apareció así en mi vida científica y en ella se quedó para siempre.

¿Cómo no iba a atraerme una obra monográfica sobre el gran autor madrileño, máxime cuando el trabajo es excepcional? El texto de Jorge Alberto Núñez llena todas las expectativas al respecto pues es, sin duda, la investigación definitiva acerca de Fernando Cadalso. Con doble mérito, pues

pocas páginas se habían dedicado hasta ahora a su eminente figura (pp. 78 y 79, nota), rescatando su persona entregada y gigantesca obra en un momento en el que, excepto por los mejores, parece que todo se olvida o no se estudia.

No es el de Núñez un estudio jurídico, no profundiza en las normas que maneja ni en las situaciones legales creadas, muchas de las cuales debidas a la pluma y la inteligencia de Cadalso, pero su descripción y compilación es soberana, enmarcadas en la larga etapa presidida por el impulso del gran penitenciarista y, a la vez, penitenciario. Ello no obsta a proclamar la excelencia de lo narrado, el rigor de la exposición y lo ajustado del elevado respeto, como no podía ser menos, que su personaje le merece al autor.

La investigación de Núñez, de cuatro extensos capítulos, tiene, en mi opinión, fundamentalmente dos partes perfectamente diferenciadas. Es la primera la que se dedica al análisis de lo que viene a denominar las dos «corrientes historiográficas» (p. 31), las dos tendencias, del actual penitenciarismo español: la que yo y mi extensa escuela representamos, de construcción de Derecho penitenciario vigente y su interpretación positiva y que, en fin, trata su evolución como algo meritorio y genuinamente nacional (pp. 31 y ss. y 52 y ss.) y la corriente menor, la referida a los profesores que se dedican a «observar», con óptica deformada, la realidad carcelaria, desconocen su historia y sus personajes relevantes y únicamente tienen palabras críticas para todo, sin reconocer cuanto bueno se ha efectuado (pp. 40 y ss. y 52 y ss.). No voy a entrar en esto. El propio autor, al que creo entender inclinado intelectualmente, en un principio, al deslumbramiento que producen en el neófito las ideas económico-estructurales, es decir demagógicas, se inclina por la seriedad y el rigor (p. 59). Pero sí me parece, salvo error u omisión, que es la primera obra que se ocupa de esta dicotomía y ello merece destacarse.

## II

La biografía de Cadalso comienza en el libro más adelante (pp. 78 y ss.), en lo que considero como el segundo gran apartado de la aportación de Núñez, si bien, con anterioridad y acierto (pp. 64 y ss.), se ha situado el momento de la llamada «lucha de Escuelas» que vive nuestro país. El tratamiento que Jorge Alberto Núñez hace en su magno trabajo de su sabio protagonista puede separarse, a su vez, en otros dos específicos aspectos: el referido a su valiosa vida personal, académica y de funcionario; y el que se centra en su labor penitenciaria, única en verdad. Formalmente equilibradas en su exposición, pues se emplean parejos capítulos, lógicamente la narración y comprensión de su incomparable tarea ocupa más espacio y a ello dedica el autor una mayor intensidad documental y narrativa.

Fue Fernando Cadalso hombre culto y versado en humanidades. Sus distintas carreras universitarias y varios doctorados de este modo lo acreditan (pp. 80 y ss.), así como las reiteradas y favorables oposiciones a cátedra

(pp. 89 y ss.). La culminación se produce al ser elegido miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (pp. 100 y ss.) De todo ello se da cumplida cuenta en las brillantes páginas de Núñez, acercándose a los documentos originales de los expedientes académico y administrativo del personaje. Pero el gran reformador no nace aquí ni, desde luego, con ser objetivamente importantes, por estos elevados méritos académicos hubiera pasado a nuestra gran historia penitenciaria, aunque su tesis doctoral en Derecho –como lúcido anticipo de lo que iba a ser su dedicación vital– fue referida a los sistemas penitenciarios.

Cadalso es grande por su carrera penitenciaria (apéndice, pp. 482 y ss.) y, especialmente, por sus incuestionables realizaciones a lo largo de la misma. Su trayectoria es ejemplar, recorriendo todos los pasos razonables en aquélla, sin saltos en el vacío. Jorge Alberto Núñez dedica buenas páginas, en otras tantas dos grandes partes, en las que no se ocultan una determinada y justa admiración, a todo ello. Podíamos diferenciar este momento de la investigación, de su lado, en otros dos específicos y extensos bloques: la evolución funcional de Fernando Cadalso, así como su relevancia en el penitenciarismo español e internacional (pp. 104 y ss., 185 y ss. y 240 y ss. y 369 y ss.) y sus logros en la transformación profunda y duradera del nuestro Derecho carcelario. Son estos capítulos los que contienen el legado de nuestro protagonista y, desde luego, los superiores de la espléndida monografía de Núñez.

Modesto empleado del ramo cuando ingresó en el Cuerpo, luego director de Valladolid, Alcalá y Modelo madrileña, Cadalso desempeña después la Inspección General de Prisiones –cuando no existía el cargo de Director General– en el culmen de su periplo funcional. Paralelo a este gran periodo y de su mano, tienen lugar resultados que afectan al penitenciarismo nacional desde entonces y para siempre: en lo que respecta al punto de vista material, la supresión o creación de determinados establecimientos (Chinchilla, Ceuta, mujeres-Segovia, reformatorio de adultos-Alicante); en el estructural, las reformas en las plantillas de funcionarios y, en fin, por lo que hace a la modificación radical del sistema, la instauración definitiva del régimen progresivo de cumplimiento de condenas por mor del Decreto de 1901, afianzado en el de 1913.

El detalle de la narración que efectúa Núñez es admirable y excelente la comprensión de los resultados obtenidos es esta magnífica etapa. Del mismo modo, la presencia de Cadalso en los Congresos internacionales es amplia y se encuentra muy bien tratada por el autor de la presente obra. Se detecta en aquéllos el respeto que suscitaba en el extranjero nuestro protagonista y su permanente intervención en los mismos representando, con la máxima solvencia, a nuestro país y exportando sus evidentes conquistas, ante todos así expuestas por, sin duda, el más adecuado y preparado de los emisarios.

El gran capítulo III del libro de Jorge Alberto Núñez se dedica a uno de los méritos supremos alcanzados por Cadalso, dos instituciones que marcan una etapa penitenciaria propia, determinantes de aquel presente y para el futuro: la puesta en marcha de Ocaña, como reformatorio de adultos, y la libertad condicional (pp. 254 y ss.). La narración del autor es excepcional,

pues no solo nos aporta el detalle de las vicisitudes del empeño cadalsiano en el presidio toledano, sino que profundiza en los serios inconvenientes surgidos –en ocasiones, claras envidias– y la razonable superación de los mismos. Por lo que hace a la libertad condicional, su entendimiento como cuarto grado del sistema progresivo del cumplimiento de las penas privativas de libertad, le concede una relevancia que no se le escapó al gran penitenciarista. Cadalso había estudiado la libertad bajo palabra en Estados Unidos y le convenció, con modificaciones, la solución reglada de anticipar la excarcelación: la Ley de 1914 es otra de sus obras y parte esencial de su gran testamento carcelario. Aunque su muerte, en la inmediata posguerra de España, estuvo envuelta en un inmerecido silencio (pp. 393 y 394), su clara y generosa herencia sembró de modernidad nuestro Derecho de ejecución de penas.

La investigación de Núñez finaliza con un listado de obras literarias ingente (pp. 397 y ss.). Entre lo recopilado, la imponente cantidad de libros, artículos y escritos de Cadalso (pp. 403-407), modelo y ejemplo de penitenciaristas. Como colofón a la obra, Jorge Alberto Núñez presenta, entre otra documentación, un apéndice en el que, entre otros datos, alguno ya mencionado, nos ofrece una serie de fotografías sobre el trabajo de los reclusos en Ocaña (pp. 475 y ss.), proporcionadas generosamente por mi discípulo, Enrique Sanz Delgado, de su personal archivo.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal UAH

MARTÍNEZ RUIZ, Enrique: *Policías y proscritos. Estado, Militarismo y Seguridad en la España Borbónica (1700-1870)*. Actas. Madrid, 2014, 830 páginas

## I

El prof. Martínez Ruiz, catedrático de Historia Moderna de la UCM, nos acaba de ofrecer un libro fundamental. Pocas monografías se ocupan con tanta intensidad del tema que le ocupan y ninguno alcanza la profundidad del presente. Es verdad que existen buenas y anteriores aportaciones al respecto, por ejemplo las de Turrado y Bobillo, pero ninguno como el que ha dado a la luz el autor.

Trabajo bien escrito y compendiado, sin mera traslación de documentos, en ocasiones plomiza metodología propia de los historiadores, la tarea se centra en el estudio de la extensa época a que se refiere el mandato de los Borbones con un análisis exhaustivo de cuantas disposiciones se fueron dictando que, a su vez, van creando lo que luego serán, modernamente, las Fuerzas de Seguridad del Estado, sin descuidar la investigación de los orígenes de las policías autonómicas, también valioso antecedente legislativo de cuanto hoy acontece.

Divido en dieciséis capítulos, todo se recorre y se expone en el libro del profesor de la Complutense y con tal fuerza, que vano es decir que nos encontramos ante una soberbia monografía, referencia inexcusable a partir de ahora en cualquier indagación. Todo comienza con la permanente dejación del orden público en manos del ejército o, como se señala desde sus primeras líneas, en su «fuerte protagonismo» (p. 17) en este campo. La saturación de este proceder trastoca la verdadera función del mismo, empleándole en asuntos que no configuran su esencia. Recurrir a esta utilización espuria, en cometidos impropios de la tarea para la que los militares fueron creados, es decir perseguir el delito o la subversión, era entonces determinante (p. 23), constituyendo este proceder un «poderoso recurso» (p. 133). Y esta permanente actitud gubernamental se prolongará en el tiempo. Buena prueba de ello es el uso y el abuso de los militares en asuntos que eran puramente de seguridad ciudadana durante la II República, que trajeron la nefasta creencia de imprescindibilidad de la milicia para arreglar los conflictos sociales, consecuencia de la atribución de una misión «salvadora» para la que constitucionalmente, desde las Cortes de Cádiz o los razonamientos de Javier de Burgos (pp. 138 y 139), no estaba llamada. Fue precisamente a partir de este instante legislativo y doctrinal cuando se reparten las misiones territoriales: en los núcleos urbanos priman los jueces y sus agentes; en los descampados, el ejército (p. 533).

A la configuración de una primigenia policía, especialmente en Madrid, destina Martínez Ruiz el capítulo II de su magna obra. Su presencia urbana, unida a la justicia municipal, se despega de cometidos estrictamente de vigilancia. La auténtica fundación de la policía la centra el autor por Real Cédula de 13 de enero 1824, que promulga el Decreto del día 8 anterior (p. 569). Su competencia y funciones no son propias de la milicia a tenor de los breves artículos de la norma constitutiva.

A este largo periodo dedica Martínez Ruiz los más importantes apartados de su obra. Ha de tenerse en cuenta que durante prácticamente todo el siglo XVII la naturaleza de la prevención y de la represión de la delincuencia y de las actitudes rebeldes fueron encomendadas al ejército, por ausencia de un órgano policial convenientemente preparado al respecto. Será en el XIX cuando, especialmente con la creación de la Guardia Civil, el problema se afronte convenientemente. Los capítulos 13 a 17 se refieren a ello (pp. 617 y ss.).

## II

Este es el momento decisivo. En 1844 nace este cuerpo armado, de infantería y caballería, dependiente del Ministerio de las Gobernación. La denominación de Guardia Civil fue una imposición de la Reina Isabel II. Patricio de la Escosura y el Duque de Ahumada unirán sus nombres para siempre al trascendental evento. La doble dependencia, Gobernación y Guerra, será una constante histórica que se vendrá desde entonces repitiendo: todo lo relacionado con su organización es militar; sus objetivos, civiles (p. 23). La división de la fuerza en puestos, líneas, compañías, comandancias y tercios de entonces procede. La esencia castrense la demuestran sus mandos, con empleos propios del mundo militar, hasta alcanzar el generalato.

El acudir a la Guardia Civil viene a paliar, aunque en escasa medida, la tendencia militarista de solventar el grave desorden público. La primitiva idea de ser una fuerza rural y caminante se va transformando inevitablemente al tener que proceder a complementar tareas represivas, una vez el ejército ha pacificado la zona en conflicto.

Además del completo trabajo recopilador de los antecedentes de las policías territoriales que abarcan las provincias correspondientes, el autor emplea muchas páginas a describir las formas de delincuencia del amplio periodo (pp. 171 y ss.), tanto las referidas al bandolerismo y el contrabando, cuanto las que atañen a los contrabandistas y los gitanos, con referencia al cumplimiento de las penas privativas de libertad de estos últimos, en un primer momento, en los arsenales de Marina (pp. 181 y ss.). Este apartado y el posterior destinado a esta temática en los diferentes periodos analizados, dan cumplida cuenta del problema desde el otro prisma: el de los infractores de la ley, lo que completa el panorama expuesto.

En el epílogo (pp. 805 y 806) el prof. Martínez Ruiz reflexiona acerca de la conveniencia de la unificación de los dos cuerpos de seguridad actuales, Policía y Guardia Civil que, desde luego, no puede discurrir por los criterios de militarización de aquélla. En todo caso, la distinción secular de los dos cuerpos tiene antecedentes y presente comparado de éxito contrastado

Una bibliografía ciertamente total cierra la presente monografía (pp. 807 y ss.), excepcional donde las haya.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal UAH

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel: *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid, 2014, 602 páginas

## I

De nuevo un discípulo de un discípulo mío da a la luz una obra de Derecho penitenciario. Enrique Sanz Delgado ha inspirado este magnífico libro y su mano se nota, sea esto dicho ante todo en reconocimiento de la labor directora de su maestro, sin perjuicio de las intrínsecas bondades del texto. Siete capítulos componen la monografía que abarcan toda la materia digna de estudio si bien, sistemáticamente, podría decirse que la misma se divide en dos grandes apartados: el minucioso análisis de la etapa histórica y el de la vigente, metodología que a mí personalmente excusado es decir que siempre me satisface.

Vaya por delante que Daniel Fernández Bermejo es doctor en Derecho por Alcalá, profesor que lo fue de la UNIR y, en la actualidad, de la UDIMA (Villalba-Madrid) y, sobre todas las cosas, para mejor entender su aportación, funcionario de Instituciones Penitenciarias. Para quien esto escribe no podía tener mejor carta de presentación.

Ya que he comenzado mencionando a su maestro, es precisamente en la primera parte de la monografía donde florece la enseñanza del prof. Sanz Delgado. La evolución histórica está excepcionalmente trabajada por Fernández Bermejo. El autor ha tenido la oportunidad de aprender, de primera mano, nuestros antecedentes y ¡vaya si los ha comprendido y aprovechado! La exposición de estos primeros tres centenares de páginas constituyen, por sí solas, un libro autónomo, tal es la información que aportan y la profundidad con la que está concebido. A ello se añade la calidad y cantidad del soporte bibliográfico empleado que, sin dudar, está fuera de toda ponderación. Tanto en las numerosísimas citas a pie de página cuanto en el listado final, los libros y artículos científicos utilizados en la confección del meritorio trabajo supera, con mucho, lo habitual en esta clase de aportaciones. Está todo y está bien recogido, manejado, leído, entendido y mencionado donde procede, sin exceso y con precisión.

Penetrar en el origen del Derecho penitenciario significa remontarse a los previos pasos del mismo, cuando la prisión no era pena sino cárcel, es decir mero instrumento procesal de retención en espera de juicio, característica que aún hoy no ha perdido, sin ser ésta su verdadera esencia. Por ello, como hace el autor, hay que remontarse a los inicios del sistema entonces vigente en los locales prisionales y calabozos ancestrales, sin el más mínimo acondicionamiento ni medidas humanitarias, concepción lejana, la de su imperiosa mejora, del pensamiento que por entonces imperaba. Partiendo de esta base inequívoca, Fernández Bermejo parte de dos postulados concordantes, en lo que tienen de propuestas de reforma, y ambos divergentes: Howard no es Lardizábal, o sea el primero representa la vocación universal; el

segundo la opción nacional, ambas determinantes para el asentamiento y el posterior logro de unos nuevos criterios de custodia.

La cita del filántropo inglés es la excusa, inexcusable podríamos decir, para señalar los básicos elementos de evolución positiva de un régimen carcelario: separación de los presos, diferenciación interna según fueran preventivos o condenados, dulcificación del sistema celular o necesidad del trabajo intramuros. Brevemente menciona su valiosa, innovadora y arriesgada tarea el autor (pp. 39 y ss.) porque su aportación no es, evidentemente, esta. Su esforzada investigación es España. Por eso parte de Manuel de Lardizábal (pp. 43 y ss.) y de su especificación de los centros, los arsenales y los presidios, a donde debían ser conducidos los reclusos. La clasificación, base del incipiente tratamiento, se inicia en las disposiciones tributarias del gran juriconsulto. Es cierto que en el momento histórico contemplado, último tercio del siglo XVIII, no existe una concepción del luego denominado tratamiento, siendo todo, como señaló hace tiempo Cesar Herrero, trato, pero trato mejor, en todo caso, que el que denunció Howard.

El prof. Fernández Bermejo deriva la primera calificación de modernidad de nuestro sistema penitenciario del eje de la clasificación de los reos presos o condenados, apuntada teóricamente por el egregio inglés y consolidada, en una práctica relativa, por el ilustre jurista y tratadista al servicio de la Corona. De la pluma de Lardizábal nace la Pragmática de 1771, según han defendido ciertos autores y demostrado definitivamente Sanz Delgado (pp. 47 y ss.), y de la elevada y primigenia norma surge la separación regimental de los reos, que se desmenuza de seguido en la presente obra. Se trata del paso inicial pues será posteriormente cuando se establezca en España la gran normativa propia del ramo, cuando se asiente el aspecto clasificatorio de futuro, más técnico y adecuado.

Cuatro criterios rectores de clasificación carcelaria nos ofrece Daniel Fernández, tomados de la dispersa legislación decimonónica (pp. 55 y ss.): el sexo, la edad, la salud y el carácter político del hecho. Esta excelente aproximación se sazona con la cita de las más trascendentes disposiciones, por ejemplo con la mención de la reglamentación de la penitenciaría de mujeres de Alcalá o la que rige en el reformatorio de jóvenes de la misma ciudad, además de reseñarse otras normas que hacen referencia a los otros aspectos de clasificación citados, cita expresa y detallada que, en consecuencia, poco olvida de lo imprescindible. Y es que en este ordenamiento en agraz, en formación, se va condensando toda la base del próximo ordenamiento penitenciario español, cosa que no descuida el autor.

## II

Mas el estudio de la verdadera normativa del siglo XIX en este campo se lleva a cabo de seguido (pp. 83 y ss.), con una intensidad y una comprensión de lo que se trae entre manos el autor, en verdad admirables. Se percibe que

el análisis de Fernández Bermejo ha calado hondo en cuanto se expone y que la digestión del ingente material ha sido buena y correcta.

Pienso que no hay idea teórica de reforma, si se pretende eficaz, que no se exprese en el derecho positivo del momento. Esto es lo que aconteció con los ideólogos penitenciarios de la etapa antedicha. Gobernantes y doctrinarios nacionales supieron captar la necesidad de un profundo cambio en el sistema penitenciario vigente, no suponiéndoles enseñanza alguna lo importado de los Estados Unidos y sus regímenes carcelarios que, por el contrario, si encuentran terreno abonado en nuestro viejo continente. Bien sea ordenanza militar, que fueron los comienzos del penitenciarismo hispano, o normativa civil, que representa la culminación de un proceso lento pero lógico, la recopilación legislativa que efectúa Fernández Bermejo es digna de encomio, especialmente cuando aborda la exégesis de la Ordenanza General de los Presidios del Reino de 1834 (pp. 98 y ss.) entendiendo perfectamente lo que supuso para nuestro Derecho, mamotreto legal que vio perdurar su vigencia hasta principios del siglo xx. Matiza bien el autor cómo sus orígenes brotan del Reglamentos de Presidios Peninsulares de 1807, siguiendo al gran Salillas (p. 94), adentrándose luego en su exposición.

Al llegar a Montesinos, Fernández Bermejo introduce un giro en su recorrido histórico. No lo recoge como una mera y, desde luego, más que valiosa, sucesión de acontecimientos evolutivos del sistema, sino como algo diferente: como un «modelo personal, humanista e individualizador» (p. 108) del régimen que con él precisamente nacía tan distinto del imperante. Esta diferenciación es adecuada. No puede olvidarse que Montesinos todo lo hizo en las prisiones que mandó en Valencia a su libre albedrío, sin base legal alguna e, incluso, contradiciendo los preceptos sustantivos expresados en el Código penal. A ello, a esta actitud valiente, enmarcada en la soledad, he dedicado determinadas páginas, llenas de admiración, en algunas de mis obras y la veo también reflejada en las de mi escuela.

Y es que, en efecto, el sistema progresivo de cumplimiento de condenas, con sus tres periodos (hierros, trabajo y libertad intermedia), es algo que nace de la imaginación del gran penitenciario militar, beneficioso para los reclusos y concebidos como un camino para obtener, por méritos propios, su excarcelación. Ahora bien, la elaboración, generosa y humanitaria de Montesinos, resta incompleta, pues el verdadero régimen progresivo, el que tiñe nuestros futuros reglamentos penitenciarios, necesita de la obra de otro gran español, de Fernando Cadalso, quien añadirá la libertad condicional como elemento de cierre del sistema. Será así, en 1914, cuando el diseño inicial quede concluido. Pero ya antes, el penitenciarismo nacional había optado, aún cojo de la ulterior y complementaria institución, por el sistema progresivo durante décadas con la irrupción –y la interrupción– del de individualización, de pensamiento prácticamente paralelo pero, como se verá, con menor seguimiento.

La obra del prof. Fernández Bermejo se explaya después en la compilación explicativa de los diferentes Congresos penitenciarios internacionales y nacionales (pp. 141 y ss.) que fueron dando contenido a las aportaciones teóricas de los especialistas. Entremezcladas con estas brillantes páginas, la

indeterminación temporal de las sentencias condenatorias también ofrece elevado interés y ello porque el autor no solo sólo estudia la institución, sino que la relaciona, con sumo acierto, con la rebaja de penas (pp. 167 y ss.), medida humanitaria ya establecida en el articulado final de la Ordenanza de Presidios y, en la práctica foránea, con la puesta en marcha del reformatorio de Elmira (pp. 170 y ss.), tratado con respeto y buen detalle.

Es estudio del cumplimiento en los presidios africanos ocupa en la monografía del autor un espacio adecuado pp. 175 y ss.). Sabido es que el descuento de las penas, después de las viejas formas de ejecución (galeras y minas) y sucesivo al arsenal de Marina, se vendrá a cumplir, además de en los presidios industriales, en los de nuestras posesiones en África. La cita del Real Decreto de 1889 era obligada y, en este sentido, bien cumplimentada por Daniel Fernández Bermejo, así como la peripecia de la posterior traslación de los reclusos al territorio peninsular (pp. 190 y ss.) y la polémica entre El Dueso (Salillas) y Ocaña (Cadalso).

Si la disposición resolutive es de 1907 y aunque los primeros movimientos al respecto se llevan a cabo tres años antes, pienso que debería haberse relacionado la desafección de estos centros con la conferencia de Algeciras (1906) en la que se reparte en territorio marroquí entre España y Francia. Es lo mismo que había sucedido con anterioridad. Una situación externa al mundo penitenciario lo arrastra. Me estoy refiriendo a los arsenales. Pujante nuestra Marina de guerra, el presidio ribereño era imprescindible. La derrota de Trafalgar, en 1805, marcará el declive de aquéllos y su sustitución por otros establecimientos carcelarios. Estas dos relaciones causales no se encuentran, con nitidez, recogidas en el gran texto del autor.

Si lo están y de manera superlativa en el acierto las disposiciones de 1901 y de 1903. Puro Cadalso la primera (pp. 197 y ss.), el sistema progresivo toma carta de naturaleza en nuestra legislación y práctica penitenciaria durante décadas, reforzado por el futuro Real Decreto de 1913. Fernando Cadalso inspiró el régimen a su imagen y semejanza, como mandó las prisiones que dirigió y el Centro directivo central, rígido pero humanitario, otorgando salidas razonables a los condenados, pero haciéndoles pasar por fases estrictas (los grados) con tiempos tasados y establecimientos concretos y diferentes. Fue nuestro ideal de tratamiento hasta la Ley General penitencia de 1979.

La norma salillista era otra cosa. Su denominado «sistema tutelar» (pp. 205 y ss.), muy en la línea de destacados penalistas, como el maestro de Salamanca, Dorado Montero, revoluciona la apreciación de los medios para la corrección de los penados. Ya no son determinantes los tiempos generalizados, solo sirve el estudio detenido de la personalidad del reo y el tratamiento que cada cual merezca, acorde con los avances científicos del momento, ha de ser adecuado a sus necesidades. Si a esto se añade la creación de la Escuela de Criminología (pp. 223 y ss.) es evidente que la original obra quedaba completa a su manera. Esta tensión dura poco. La citada gran norma de 1913, de cuya «modernidad» habla sin empacho Fernández Bermejo (p. 241), vuelve a los orígenes y a los fueros de la tradición hispana,

buena sin vacilación, pero que no gusta de excesivos experimentos. El sistema progresivo sin modificaciones, se impone. Desde entonces, el combate dialéctico estuvo servido entre los penitenciarios españoles durante décadas, o se era partidario de Cadalso o de Salillas, no había mucho término medio, venciendo por algo más que a los puntos los seguidores del primero, favorecido su criterio, también innovador –a él se debe la libertad condicional– pero menos valiente, por el penitenciarismo franquista.

### III

Hasta desembocar en la normativa vigente, el texto de Fernández Bermejo recorre el trecho que va desde la última disposición citada hasta la actualidad del ordenamiento penitenciario español con nuestra Ley orgánica vigente. Este apartado intermedio era también necesario para completar la evolución más reciente del sistema. Se recorre así tanto la peripecia de la redención de penas por el trabajo (pp. 262 y ss.), que sitúa antes que la experiencia republicana al encontrar antecedentes previos, como la rebaja de condenas decimonónicas, cuanto los periodos republicano (pp. 272 y ss.), el de los Reglamentos primoriveristas y los promovidos durante la dictadura, sin renunciar a la cita de la clasificación de establecimientos que ampliamente se desarrolló entonces. El estudio de las Reglas internacionales para el tratamiento de los reclusos de Ginebra en 1955 y las europeas de 2006 (pp. 295 y ss.) da paso a la norma de 1979.

Comienza en este instante, en mi criterio, la segunda gran fase de la obra del autor (pp. 3.º7 y ss.). El análisis del Derecho penitenciario en vigor ocupa el siguiente encuadre de la mirada honda e intensa del prof. Fernández Bermejo, si bien ha de precisarse que lo hace, desde un primer momento, atendiendo a la separación clasificatoria de los reclusos, aunque es inevitable –y obligado– mencionar otros aspectos de la relación jurídica-penitenciaria.

Directamente se penetra en los regímenes establecidos en la Ley penitenciaria, comenzando por el ordinario y el cerrado (pp. 312 y ss.), al que se presta especial atención, el más gravoso, sin duda, pero necesario, y continuando con el abierto, así como con el de los internos preventivos. Como no escamotea problema digno de mención, Daniel Fernández trata el tema de los FIES y se pregunta si son «una modalidad de vida penitenciaria diferente» (p. 336). Entiende que se haya cuestionado su legalidad al limitar determinados derechos, pero se concluye, a tenor de la Sentencia TS (de lo Contencioso) de 17 de marzo de 2009, que al haberse dado cobertura legal a los ficheros, vía Reglamento, la generación razonable, para algunos, de dudas se ha resuelto.

Inciendo en el tema central de la individualización, los apartados restantes del gran libro que estoy recensionando pueden dividirse en tres fundamentales: la referida a la distribución de los correspondientes centros, que la procuran inicialmente los grados clasificatorios (pp. 349 y ss.); el tratamiento

específico (pp. 376 y ss.), base de la individualización científica (pp. 479 y ss.) y, en fin, los nubarrones que parecen surgir en los postreros tiempos (pp. 501 y ss.). A cada uno de ellos dedica su espacio Fernández Bermejo. La correspondencia entre establecimiento y grado se encuentra literalmente en la Ley penitencia, así como los caracteres de la mencionada individualización. En cuanto a la terminología adoptada por el vigente artículo 72 LOGP, se recoge en el texto mi antigua confesión, explicativa de la fórmula hallada, «individualización científica, separado en grados», que ha hecho pervivir merecidamente así, también reglamentariamente, el régimen progresivo (p. 480), desde luego bien matizado con la vieja, y ahora siempre actual, aportación salillista.

Cuando el prof. Fernández Bermejo tiene que destacar algunas instituciones tratamentales concreta no duda en hacerlo con dos: las salidas programadas y las regulares en segundo grado (pp. 460 y ss.) preparatorias para la libertad y, claro es, lo que denomina, con máximo acierto, «el esperanzador principio de flexibilidad» (p. 492). Y tiene razón en las dos apreciaciones, especialmente con la mención de la segunda pues el artículo 100.2 RP, cuyo origen atribuye al citado artículo 72 de la Ley, fue concebido y está siendo aplicado por el Centro directivo con una generosidad extensiva, propia de nuestra historia y de la concepción ejecutiva penitenciaria, que lo convierte en paso intermedio, ampliamente empleado, del segundo al tercer grado para quienes, de momento, no pueden alcanzarlo con plenitud.

En cuanto a lo que llama «derivaciones regresivas» del sistema (pp. 501 y ss.) preocupan al prof. Fernández Bermejo la ley de cumplimiento íntegro y efectivo –y nada digamos de la pretendida cadena perpetua revisable– y la Ley 7/2003. Creo que, de nuevo, la interpretación que de las mismas está efectuando Instituciones Penitenciarias es propia de su sentido humanitario tradicional, recuperada desde hace treinta y tres años la normalidad constitucional y legal.

Finaliza su obra el autor con una mención a los internos por terrorismo (pp. 542 y ss.), sin apartarse de la opinión de la mejor doctrina en cuanto a la acumulación jurídica, y una «brevíssima referencia a la Doctrina Parot» (p. 530), sin entrar a fondo en la cuestión. Pero sobre todo, termina su monografía con la proclamación de algo ya sabido y por mi defendido cada vez que de Instituciones Penitenciarias escribo: de «la clásica generosidad penitenciaria» (p. 534) en la aplicación de las normas a favor de la generalidad de los reos que les permitan «acceder, bajo el paraguas reinsertador, a instituciones liberadoras o que recortaran su condena», y ello es el destino y el logro de la individualización sin corsés ni apriorismos. Esta gran reflexión sintetiza el actual pensamiento de los autores serios y rigurosos que se ocupan del Derecho penitenciario español con un viso de modernidad y con sincera vocación de conocimiento.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

SÁNCHEZ MANZANO, Juan Jesús: *Las bombas del 11-M. Relato de los hechos en primera persona*. Ed. del Autor. Impresión Amazon. Madrid, 2014, 354 páginas

## I

Se acaban de cumplir los diez años de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid. Ese nefasto día volaron por los aires unos trenes, que circulaban por el corredor del Henares, en las estaciones de Atocha, el Pozo y Santa Eugenia, sembrando el terror y la muerte de 191 personas y heridas de distinta consideración, algunas gravísimas, a otras 1.843. Ha sido, sin duda, el mayor crimen del terrorismo en nuestro país en toda su historia. El yihadismo islamista fue condenado como responsable de estos negros hechos, sin lugar a dudas, por las instancias judiciales competentes, incluido el Tribunal Supremo, y cada aniversario se honra con respeto y el mejor recuerdo a las víctimas en el monumento *ad hoc* levantado en Atocha. Hasta aquí todo correcto. Pero poco más.

Bien por el desconcierto en los primeros momentos del gobierno, a escasos días de unas elecciones generales, con una política informativa muy desafortunada, bien por la obsesión de algunos en atribuir el atentado a ETA, desde casi el mismo instante de los trágicos acontecimientos, se puso en marcha lo que se ha denominado «teoría de la conspiración» en la que no se sabe bien a quien se refería, si al PSOE, a la Policía o a todo el mundo que creía simplemente en la verdad de los sucesos investigados. Determinados errores menores, que tuvieron su causa por la urgencia en averiguar y detener a los culpables, propiciaron la manipulación que nos ha acompañado, insistente y reiterativamente, supuestamente descubriendo nuevas contradicciones en la versión oficial, dando pábulo a las declaraciones de impresentables acusados y testigos o criticando las resoluciones judiciales por no haberse ajustado a sus deseos, a lo largo de estos años.

El entonces Comisario-Jefe de los TEDAX, desde el año 2002 al 2006, sin duda harto de tanta basura periodística y radiofónica, de tanto «fraude informativo», como lo denomina (p. 347), ha publicado ahora el presente libro, sincero y esclarecedor de cuanto aconteció en aquella fecha. Y lo ha efectuado con valentía, pensando únicamente en la verdad y con respeto y cariño a la Unidad de su mando durante cuatro años y a toda la policía española de la que orgullosamente forma parte, haciendo gala de una neutralidad e imparcialidad que, como proclama en el Prólogo, son parte de su ADN. Yo añadiría que también constituyen su esencia la sinceridad y la honestidad. Y la generosidad, pues ha cedido los derechos de autor a la Fundación Huérfanos del Cuerpo Nacional de Policía, a diferencia de los creadores o quienes se apuntaron a las tesis conspirativas que se han lucrado sustancialmente con sus sesgadas e interesadas publicaciones.

Juan Jesús Sánchez Manzano es Comisario Principal del Cuerpo Nacional de Policía, de amplia y comprometida experiencia en el ejercicio del

mando, desde que ingresó como inspector en 1974, con multitud de menciones en su expediente personal y reiteradamente condecorado. Hoy ejerce su categoría profesional en un destino de su rango profesional en la periferia de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad de Alcalá y, en lo que en mí concierne, destacado alumno de esos estudios en mi asignatura de Derecho penal y en los de Doctorado. Su preparación no puede sembrar duda alguna. La correcta estructura de su intensa narración, su objetividad y buena escritura, aunque modestamente confiesa que no ha tenido otra pretensión que transmitir su experiencia (p. 23), revela un hombre ilustrado y apto para cualquier servicio por muy dificultoso que fuera. Como, desde luego, fue el jefe adecuado en aquellos días cruciales. Como autor literario, en temas de su especialidad, ya había destacado con su obra acerca de la Seguridad privada (Dilex, 2001).

La investigación de los crímenes se hizo a marchas forzadas, contra reloj, abstrayéndose de las lógicas presiones de la clase política, lo cual era muy difícil si no imposible, dado el clima reinante y la necesidad de saber de la sociedad en su conjunto. Así pudieron acontecer errores como el referido, en los primeros comunicados oficiales, a la autoría de los actos llevados a cabo o los referidos a la cita equivocada del explosivo empleado. Salvo para los miopes o para las personas torticeramente inclinadas a lo contrario de la realidad, siempre se tuvo la fehaciente sospecha y posteriormente la certeza acerca de los ejecutores materiales o inductores de los hechos. El terrorismo yihadista fue ganando posiciones a medida que pasaba la tremenda jornada, pese a las informaciones contradictorias que emanaban de unos portavoces gubernamentales conmocionados y, por tal, desconcertados. Nunca fue ETA (pp. 80 y ss.). Por el contrario, las células islamistas ya habían sido detectadas en España, detenidas en alguna ocasión y vigiladas en consecuencia. De estas actuaciones primordialmente, especialmente la caída anterior de un importante comando, además de involucrarse nuestro país en la guerra de Irak, concluye el autor del otro gran libro sobre este tema, el del prof. Reinarés Nestares, («¡Matadlos! Quien estuvo detrás del 11-M y por qué se atentó en España». Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2014) sobre las causas del 11-M, identificando a los culpables del horror como terroristas islámicos, no mencionando en sus páginas referencia alguna a cualquier otro grupo u organización criminal nacional o extranjero.

## II

El libro del Comisario Sánchez Manzano es una crónica de los terribles sucesos desde el mismo momento en que recibe el confuso aviso de las explosiones (p. 31). La actividad posterior se recoge con sumo detalle y precisión en sus abigarradas páginas. Y además, todo encaja. Los explosivos –Goma 2 ECO (pp. 121, 151 y 152), no Tytadyne, como precipitadamente se dijo por alguien no encargado de la pesquisa (p. 341)– los manidos temas de

la bolsa, «que no mochila» (p. 210) de Vallecas y la furgoneta de Alcalá, perfectamente explicados en el texto o, en fin, el suicidio de los islamistas en el piso franco de Leganés en explosión provocada por ellos mismos, llevándose por delante a un miembro de los GEOS (pp. 48 y ss.), que no implosión causada desde fuera que, sin discusión, sería un asesinato, atribuido así, sin consideración alguna y con una frivolidad pasmosa, a los agentes de policía actuantes, cosa que poco importa a los pretendidos periodistas de investigación.

El autor también se fija en el post-ataentado, notoriamente en la Comisión del Congreso y acierto a detectar en él un cierto resquemor y malestar, ya lejano en el tiempo, por lo allí manifestado y cómo se dijo. Previamente, no sale bien parado el presidente Aznar que ignoró la información, que ya habían transmitido los TEDAX –al parecer, no el CNI que tenía que conocerla– o no la atendió, acerca de los atentados (pp. 55 y ss.), ni desde luego el portavoz del PP, Jaime Ignacio del Burgo, ni los diputados Eduardo Zaplana y Alicia Castro, que preguntaron inquisitoriamente en vez de expresar una rotunda fe en lo que un alto miembro de la policía decía, el propio Sánchez Manzano, presente en los actos criminales y artífice de la indagación, junto con otros sacrificados compañeros, que condujo a la puesta a disposición judicial de los reos. La excelente y precisa respuesta al torpe interrogante: «–¿Vd. es experto en explosivos?– “–En explosivos no, en desactivación de explosivos–”» (pp. 96 y 97), resume la idea de la tensión gratuita vivida en las sesiones.

El juicio oral, perfectamente preparado por Sánchez Manzano (pp. 104 y ss.) nada choca con la verdad de los hechos ni existe contraposición alguna con lo insistentemente puesto de manifiesto por él: la clase de explosivos, la indagación de la famosa furgoneta Kangoo, el correcto depósito de la bolsa vallecana, la convicción de la autoría de los sucesos criminales, etc. La sentencia de la Audiencia Nacional nada extraño concluye. En concordancia con el sumario y la vista pública, resuelve con la condena de los yihadistas y en términos probados muy semejantes a las pruebas presentadas por la policía y la fiscalía.

Lo que denomina Sánchez Manzano «causas y consecuencias de una estrategia errónea» (pp. 161 y ss.) se contraen a dos situaciones, inteligentemente analizadas por él. Fue la primera los fallos en materia de prevención (pp. 166 y ss.) y la segunda, lo que denomina, con suavidad, «la inadecuada gestión de la comunicación» (pp. 171 y ss.). En efecto, la atención previa a los grupos islamistas terroristas, excepto las detenciones mencionadas por Reinares, ni su control, no habían sido muy estrechos. Del mismo modo, la política de transmisión inmediata de las noticias fue calamitosa, llena de confusión y retardando la realidad de los actos acaecidos. La consecuencia: la teoría de la conspiración, vinculada a periodistas, a la propia Comisión parlamentaria y a determinados acusadores particulares durante el juicio (pp. 180 y ss.) pues la verdad no parecía interesar a los turbios intereses sostenidos.

La estupefacción internacional también tiene cabida en el presente libro (pp. 257 y ss.). Era difícil hacer entender en el extranjero, sensibilizado con esta clase de terrorismo después del 11-S, que la brillante operación de la

policía española deteniendo en escaso tiempo a los autores y la de nuestra judicatura condenándoles, fuera contestada, con una obsesión deslegitimadora, desde dentro de nuestro país, pues cuándo el asunto de la responsabilidad de ETA no se sostuvo, el objetivo se centró en la Fuerza actuante, sin importar a los responsables de los panfletos o informaciones quien cayera ni el flaco servicio que se hacía a la información fiable.

La conclusión del libro es determinante. Nada ha arredrado a su autor en la exposición de la verdad de los sucesos acaecidos, ni siquiera la persecución de la que fue luego objeto por los mismos medios, que nunca tuvieron en cuenta la realidad de los hechos y trataron de desprestigiar la recta investigación llevada a cabo. Sánchez Manzano mantiene en su texto una versión impoluta, expresión que emplea para calificar la tarea llevada a cabo por sus TEDAX en este asunto (p. 300), que es la que se consagró en sedes judiciales y se ha impuesto a lo largo del tiempo. Ello no obsta para que, de vez en cuando, alguien siga diciendo que hay que seguir investigando para que se aclaren las dudas que todavía restan de los atentados del 11-M y es que las manipulaciones tienen eso: que nunca se desechan, pues lo construido desde la mala fe quedaría en la nada y sus creadores en muy mal lugar, después de haber gastado ríos de tinta y horas y horas de micrófonos que, desde luego, no pasarán a la historia de lo ético. Aunque, en el fondo, todo tiene remedio, cambiando de meta: se trata de buscar y encontrar otro motivo de desestabilización, para llamar la atención, siempre con un trasfondo lucrativo –¡a más exclusivas, más ventas!– que parece haberse encontrado, tampoco reparando en medios, en la actualidad más presente, en la abdicación del titular de la Corona. A ver que se les ocurre a estos osados comandos. Estaremos atentos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

REVIRIEGO PICÓN, Fernando/DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (Coords.):  
*El cine carcelario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, 485 páginas

## I

Los profesores Reviriego, Titular de Constitucional de la UNED y De Vicente, catedrática de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha, han coordinado este original libro, reuniendo a destacados especialistas en la materia y juristas procedentes de diversos campos. El cine se ha ocupado siempre de las cárceles en sus variados aspectos, fundamentalmente en lo que hace a las brutalidades supuestamente cometidas en las mismas o con una carga erótica considerable cuando de prisiones de mujeres se trataba en filmes de la serie B. Junto a ellas hay películas magníficas que han quedado en la historia del celuloide. De estas, y de su relevancia jurídica, se ocupa el presente texto. De distinta metodología se nos presentó, hace poco tiempo, otra aportación de temática similar y recopiladora, aunque sin poner en relación los argumentos con el aparato legal respectivo. Me refiero al volumen «Cárceles en el cine» (Everest, 2011), especie de álbum referido a la temática que nos ocupa y correcto en la selección de cintas y resumen de argumentos.

El presente texto pone en relación, en variadas ocasiones, el tema carcelario con los preceptos de Derecho positivo, bien del Código penal o de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Otras veces prima el mero relato de lo llevado a la pantalla. Pero, en cualquier caso, todo tiene interés. De ahí, estas notas.

## II

Los diferentes autores trazan, en dieciséis aportaciones y un prólogo, un casi completo panorama del múltiple cine penitenciario, desde las clásicas visiones del mismo hasta las más recientes. Es cierto que faltan algunas menciones como, por ejemplo, las señaladas en la inteligente introducción de Torres-Dulce, las cárceles de pueblo en las películas del oeste, para él tan queridas (p. 11), ausencia a la que hay que añadir la de los centros militares, no referidos en la obra. Ello no obsta a la bondad del libro que se ofrece al lector tanto al especialista cuanto al aficionado al séptimo arte.

La inmensa mayoría del acontecer penitenciario se encuentra retratado en las páginas de la obra. Fácil es toparse con las incidencias *intra* muros de los centros, pues se mencionan sucesos habituales en el celuloide, aunque no siempre en la vida real. No olvidemos que el cine es la narración de hechos que no tienen por qué ajustarse a la verdad. Si el guión es ficción, la realidad puede estar distante. Un ejemplo de lo dicho se puede encontrar en una de las películas, española por más señas, más alabadas del género, «Celda 211»,

donde el ajuste con nuestra legislación penitenciaria brilla por su inexistencia (Arribas, pp. 320 y 321).

Los distintos aspectos carcelarios se encuentran en la obra coordinada por los profs. Reviriego y De Vicente, recopilando excelentes films que de mucho de lo compendiado tratan. La subcultura carcelaria (Nistal, pp. 45 y ss.), fugas (De Vicente, pp. 105 y ss.), motines (Cancio, pp. 359 y ss.), cierta crueldad con los prisioneros (Enríquez, pp. 73 y ss.), la discriminación con los presos foráneos (Quesada, pp. 229 y ss.), el encierro de las mujeres (Rodríguez Ruiz, pp. 249 y ss.), el psiquiátrico (Pérez Rodríguez, pp. 271 y ss.) o el de menores (Montero, pp. 407 y ss.), entre otros temas se estudian. Pero también existen artículos de otros autores más centrados en la concordancia legal, sustantiva y penitenciaria, con las películas recogidas, aunque en algunos de los temas inmediatamente mencionados también se relacionan. De esta temática quiero referirme de seguido a tres importantes asuntos que, entre otros, he seleccionado.

La reflexión metodológica comienza con el profesor de Santiago, Abel Souto (pp. 15 y ss.), al centrarnos en el recordatorio de las denominadas teorías penales, desembocando en la expresión constitucional (art. 25.2 CE) y orgánica penitenciaria (arts. 1 y 59 LOGP) de la prevención especial, como siempre muchos hemos sostenido y, en lo que a mí respecta, al escribir ambos textos. Eugenio Arribas, jurista del Cuerpo Técnico de IIPP, nos habla, con la corrección que le es habitual, del régimen cerrado, del de aislamiento y el llamado de máxima seguridad (pp. 299 y ss.), derivado el primero del artículo 10 LOGP y, con posterioridad, en su desarrollo reglamentario. Y lo hace con extremado rigor, prudencia y conocimientos de lo que se trae entre manos. Sus años de dedicación a la Institución emergen en su clarificador trabajo. Por fin, el profesor de Cádiz, Ríos Corbacho (pp. 333 y ss.), se ocupa de la reinserción social de manera no muy convencida aunque respetuosa. Bien es cierto que «La naranja mecánica» no puede ser ejemplo de ello, pero su reflexión es profunda aunque no me acabe de convencer pues yo creo en ese principio esencial del sistema. De acuerdo totalmente, en cambio, con su crítica a la cadena perpetua.

El libro finaliza con un repertorio filmográfico y bibliográfico (pp. 453 y ss.) de interés, aunque no completo, lo que no es obstáculo para entender que la obra, en su conjunto, es muy recomendable para cualquier lector y que, cinéfilos o penalistas, han necesariamente de guardar en su bibliotecas como entretenimiento y adenda de cultura jurídica.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio: «Memorial de transiciones (1939-1978)». Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2015, 736 págs.

## I

El gran jurista Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona (Madrid, 1939) acaba de publicar este extraordinario texto de la historia vivida y que se me antoja como la mejor obra de su género dada a la luz en muchos años en España. Inteligente y sensible, el texto recorre todo el panorama que abarca su título, un «memorial», es decir, trata de asuntos vividos por quien lo escribe. No es una biografía, se nos aclara en la introducción, pero se le parece mucho, pudiendo ser calificada de un cuidadoso observatorio de cuanto acontece en derredor del protagonista, lo que vivió (p. 19), excluyendo los asuntos estrictamente sentimentales, aunque las breves líneas dedicadas a cómo conoció a su esposa, Isabel Diego, hija del insigne poeta del 27, Gerardo Diego, en plenas oposiciones (p. 138), son delicadas y bellísimas. Del vate español tengo presente mi examen de reválida de 4.º curso, en el Instituto Cervantes, premonitoriamente haciendo calle con el Ministerio de Justicia, cuando tuve que analizar en literatura su verso referido al ciprés de Silos, uno de los sonetos más hermosos de la lengua castellana.

Juan Antonio Ortega, en la vida pública, fue mi Subsecretario de Justicia y, más brevemente, mi Secretario de Estado para la Coordinación Legislativa y el Desarrollo Constitucional; tres veces Ministro de la UCD, Letrado y Consejero de Estado y Magistrado del Tribunal Constitucional andorrano. En la vida privada, entre otros empleos, magníficamente servidos, Secretario General de Repsol. Es decir, un jurista de los pies a la cabeza, íntegro, independiente, excepcionalmente dotado y profundamente demócrata. Es más, el cambio al sistema político actual no se entendería sin personas como él desde la sala de máquinas. Por eso, el director del Anuario, mi maestro el prof. Gimbernat, ha entendido el perfecto acomode de esta recensión entre sus prestigiosas páginas.

El texto tiene cinco grandes partes o extensos capítulos, divididos en numerosos y minuciosos apartados. Trasluce en ellos el detalle y la minuciosidad al que Juan Antonio Ortega está abonado en su vida intelectual y profesional. Riguroso, ameno y bien escrito, lo farragoso queda lejos de estos magníficos renglones. Incluso la abundancia de nombres recogidos no se hace pesada ni redundante pues cada uno de los mismos está perfectamente colocado en donde corresponde. No es especialmente crítico con los personajes que menciona, aunque alguno se lo merece. La bonhomía del autor le hace pasar de largo por los defectos de los nombrados y ensalzar, en cambio, la transcendencia de su quehacer en la historia narrada.

Resta, sin dudar, el segundo tomo de estas memorias: «quede para mejor ocasión, si la hubiere, no poco de lo que ya tengo escrito sobre los años 1979 a 1982» (p. 30), nos dice el autor, es decir las que transitarán por el devenir

de los años que verán su comienzo donde termina el libro que ahora tengo en mis manos. Los sucesos a partir de 1978, la entrada en Justicia del autor, el desempeño de varios Ministerios, quedan para más adelante. La nueva Constitución será el indudable punto de partida. La necesidad de esta continuación se torna imprescindible para el estudioso de esta larga y mágica etapa.

Yo tengo del autor la mejor de las opiniones. Fue mi profesor de Filosofía del Derecho en mi primer curso (1964-1965) de la Complutense, en la cátedra de don Luis Legaz Lacambra, cuyo manual, de editorial Bosch, a su justo decir «superaba en información, construcción y modernidad a cualquiera de los publicados entonces por catedráticos españoles de la disciplina» (p. 198). No siguió por este camino de la docencia mi admirado profesor ayudante de clases prácticas. Con generosidad narra sus oposiciones a adjunto, en la cátedra de Ruiz-Giménez, ganadas por Gregorio Peces-Barba (pp. 287 y 288), fin de la ventura universitaria. Pero el Derecho, para el bien de todos, le seguía esperando. Abogado del despacho del gran Eduardo García de Enterría y Letrado del Consejo de Estado, la despreocupación por el destino laboral asegurado hace ocuparse a Ortega Díaz-Ambrona en su pasión política. Y cuando le volví a encontrar, fue catorce años después, en la Subsecretaría de Justicia, nombrándome redactor de la Ley General penitenciaria, primero, y patrocinando mi nombramiento posterior de Director General del ramo de la mano de nuestro excepcional Ministro, Landelino Lavilla, su preparador de oposiciones y siempre maestro.

La amistad con Juan Antonio Ortega con quien esto escribe ha perdurado a lo largo del tiempo. Nos reúne, a sus colaboradores más queridos, anualmente, en agradable almuerzo y allí nos deleita con muchos de los temas que luego he visto reflejados en sus escritos. El recuerdo de nuestra etapa en Justicia, de la situación política actual y de los buenos amigos desaparecidos, colma, en ocasiones, la sobremesa.

## II

El presente libro de Juan Antonio Ortega Díaz-Ambroma tiene pasajes verdaderamente extraordinarios. Se apoya en sus rebuscadas notas, primero celosamente guardadas, para hacer su historia. Excelentes se me antojan las páginas dedicadas a su infancia (pp. 35 y ss.), al colegio del Pilar (pp. 67 y ss.) y a los estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Complutense (pp. 83 y ss.). Coincido con él en la magnitud esencial de estos años decisivos para cualquier persona. En la inédita autobiografía de mi maestro, Enrique Gimbernat, se insiste en este aspecto singular de la vida de cada persona. Las primeras luchas por la representatividad efectiva de los discentes (pp. 91 y ss. y 107 y ss.) o el respeto a los viejos maestros de Derecho, no tanto de Filosofía, su segunda carrera, ocupa algunas buenas reflexiones al autor de esta obra (pp. 131 y ss.).

Después vendrán las oposiciones, su primer fracaso y el éxito inmediato posterior cuando «sabía menos que antes, pero había aprendido mejor su técnica» (p. 219). A partir de aquí se va consolidando el gran jurista en el que Ortega Díaz-Ambrona se estaba convirtiendo sin remisión. No obsta a su dedicación profesional la vocación política ya manifestada indiciariamente en la época estudiantil.

La pugna por un partido de centro, iniciado, entre muchas aportaciones, con el grupo Tácito (pp. 303 y ss.) y cristalizado en la Unión de Centro Democrático, con los tres círculos que determinaron su nacimiento, como nos enseña: el centro, los liberales y los socialdemócratas (pp. 540 y ss.), ocupa muchas de las preocupaciones de nuestro protagonista. Su brillante idea final (pp. 687 y ss.) de la tercera España, entre la derecha y la izquierda, cuando «el péndulo ataca de nuevo» ahora, es soberbia. No se luchó, ¡y de qué manera!, para tirarlo todo por la borda. La fe en la transición constitucional de 1978 guía los pasos de la brillante escritura. Cuando se actuó como entonces, es difícil repudiar cuanto de bueno se hizo. Por ello, merecen mi frontal rechazo cuantos hoy, sin haber conocido la realidad ni pugnado por salir de la torva situación, desde la comodidad de su actuación presente, «pueden» impunemente hablar de que aquella fecha sagrada hay que olvidarla. Del mismo modo, la clara repugna a la consulta soberanista catalana surge en sus claras meditaciones (p. 689), precisamente con la autoridad de quien, desde puestos de gobierno, tanto luchó por el Estatut de 1979 en su momento.

Ello no quiere decir que en la obra no quepan los interrogantes (pp. 692 y 693), que resuelve positivamente Juan Antonio Ortega, relativos a la necesaria reforma de nuestra Carta Magna y a su inclinación a un sistema federal territorial, visto el fracaso del Estado autonómico; sobre la viabilidad de las listas abiertas electorales en las grandes ciudades o, en fin, acerca de la posibilidad de una gran coalición de gobierno, modelo alemán, si las cosas se tuercen irreversiblemente de manos de populismos impresentables y antipatrióticos.

Toda la España oficial, la franquista, y la real, las primeras fuerzas opositoras, así como las constitucionalistas, se ven retratadas en el presente gran libro de Ortega Díaz-Ambrona. El listado alfabético postrimer del mismo, extenso y exhaustivo (pp. 705 y ss.) lo demuestra. Quien haya sido algo en esta historia de España, durante esos años en que se enmarca el título, reflejado está en este apartado.

Excusado es decir que la presente obra se erige, en mi opinión, entre las superiores de este estilo literario. Hace algún tiempo presentí, cuando conocía que lo estaba elaborando, lo que podía aportar al respecto Ortega Díaz-Ambrona con su reflexión, en un campo, el de las memorias de la transición, ayuno de grandes libros. Estos textos desde dentro son fundamentales para conocer el pasado inmediato, el por qué de las decisiones adoptadas, los motivos del sacrificio asumido. Únicamente deseo ver publicada su segunda parte para tener completa en mi biblioteca la mejor historia reciente de nuestro país.

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: rafael.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.