

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO
LXVIII
FASCÍCULO
ÚNICO
ENERO
DICIEMBRE
2015

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXVIII

MMXV



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

Redactor-Jefe:

ESTEBAN MESTRE DELGADO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

Secretario:

RAFAEL ALCÁ CER GUIRAO
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Vicesecretaria:

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JOSÉ CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Pablo de Olavide

MANUEL COBO DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

HORACIO OLIVA GARCÍA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Ex-Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Roviri i Virgili de Tarragona

JUAN CÓRDOBA RODA
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

GERARDO LANDROVE DÍAZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

JESÚS M.ª SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Pompeu Fabra

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

LUIS ROMÁN PUERTA LUIS
Ex-presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

ÍNDICE

Págs.

NECROLÓGICA

Susana Huerta Tocildo, por Enrique Gimbernat Ordeig / Francisco Javier García Roca / Juan Carlos Carbonell Mateu / Mercedes Pérez Manzano 5

SECCIÓN DOCTRINAL

Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo, por Enrique Gimbernat Ordeig 21
La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria, por Carlos García Valdés 63
El caso Eichmann, por Kai Ambos 79
Algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la atenuante de grave adicción (art. 21.2ª del Código Penal). (A propósito de su relación con los delitos de violencia contra la mujer), por Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas 99
El sistema de reformatorio (reformatory system). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España, por Isabel Ramos Vázquez 145
La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español, por Carlos Mir Puig 185
Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM), por Sergio Cámara Arroyo 237
La injusticia de las costas en el proceso penal, por Ricardo Yáñez Velasco 277
Las neurociencias frente a la función de la pena, por Beatriz Romero Flores 335

CRÓNICAS EXTRANJERAS

La (in) conveniencia de criminalizar el chantaje, por José Milton Peralta 359

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por Gema Martínez Galindo 377
Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo 419
Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (año 2015), por Eduardo de Urbano Castrillo 499

CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo 501

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Revista de libros

Reseña del libro «Ordinamento penitenciario. Commentato», de Franco Della Casa / Glauco Giostra, por Vicenta Cervelló Donderis 605
Reseña del libro «Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable», de Vicenta Cervelló Donderis, por Carlos García Valdés 608
Reseña del libro «La justicia y sus puñetas», de Quico Tomás-Valiente / Paco Pardo, por Carlos García Valdés 612
Reseña del libro «Fundamentos del Sistema Penitenciario», de Ricardo Mata y Martín, por Carlos García Valdés 616

Revista de revistas

Reseña del artículo «La experimentación del sistema del coronel Montesinos, precursor del régimen abierto actual», de Daniel Fernández Bermejo, por Carlos García Valdés 621
Reseña del artículo «Un siglo de estudios de Derecho penitenciario comparado en España (ss. XIX-XX)», de Isabel Ramos Vázquez, por Carlos García Valdés 624
Reseña de los artículos «El Hospital del Emperador de Burgos. De Hospital de pobres y peregrinos a casa de corrección de mujeres (1796-1852)», y «El Monasterio de San Juan de Burgos: de cárcel correccional a prisión central (1835-1932)», de Isaac Rilova Pérez, por Carlos García Valdés 628

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

tienda@boe.es

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO LXVIII
MMXV

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2016

<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.

Susana Huerta Tocildo

(4 de junio de 1950-30 de abril de 2015)

El 22 de enero de 2016 se celebró, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, una «Jornada en Homenaje a Susana Huerta», hasta su fallecimiento catedrática de Derecho penal de esa Facultad. En la sesión de la mañana se analizó «El impacto de la obra de Susana Huerta en el Derecho penal español», sesión en la que intervinieron los profesores Ignacio Muñagorri (Universidad del País Vasco), Javier Boix (Universidad de Valencia), Mercedes García Arán (Universidad Autónoma de Barcelona), María Luisa Maqueda (Universidad de Granada), Miguel Ángel Iglesias (Universidad de Burgos), José Manuel Gómez Benítez (Universidad Complutense de Madrid), Tomás Vives Antón (Universidad de Valencia), Gonzalo Rodríguez Mourullo (Universidad Autónoma de Madrid), Fernando Molina (Universidad Autónoma de Madrid) y Miguel Díaz y García Conlledo (Universidad de León).

La sesión de la tarde («In Memoriam: Susana Huerta») fue presidida y moderada por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, profesor Raúl Canosa. A continuación reproducimos, revisados por sus autores, los elogios fúnebres que se pronunciaron en esa sesión.

I

Para honrar la memoria de Susana Huerta, en principio debería empezar por glosar su obra; pero en esta intervención puedo prescindir en gran parte de una exposición detallada de la misma, porque los organizadores de esta Jornada en Homenaje a Susana Huerta han

tenido el acierto de programar esta mañana dos sesiones científicas destinadas precisamente a analizar esa obra de Susana por lo que me voy a limitar a hacer una breve referencia a sus aportaciones.

De ellas quiero destacar, en primer lugar, que sus conocimientos y experiencias acumulados en el Tribunal Constitucional español y en el Tribunal de Justicia y en el Parlamento europeos le sirvieron para explicarnos en muchas de sus aportaciones, magistralmente, cómo debe interpretarse nuestro Derecho penal cuando se le pone en conexión con la Constitución Española y con el Derecho de la Unión Europea.

En segundo lugar, y como también se ha puesto de manifiesto esta mañana, una gran parte de la obra científica de Susana Huerta ha abordado problemas tan centrales –y, por ello, tan trillados– del Derecho penal como el error, la antijuridicidad, la omisión o el principio de legalidad. En cualquier ciencia lo realmente difícil, y lo que distingue al creador de un mero recensionista de su disciplina, es aportar ideas originales –lo que no ha de confundirse con ocurrencias– y, naturalmente, y cuantas más opiniones se hayan expresado sobre una determinada materia –que es lo que sucede precisamente con esos problemas centrales– menos posibilidades existen de decir algo realmente nuevo. Porque Susana lo hizo, por eso fue una creadora.

Junto con Manuel Cobo del Rosal soy el más viejo de los profesores vivos que pertenecen o han pertenecido al Departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense. Y nunca pensé, por la diferencia de edad que nos separaba, que tendría que ser testigo de la muerte de tres maestros del Derecho penal que fueron miembros, para nuestra fortuna, de este Departamento: de la de Luis Felipe Ruiz Antón, fallecido a los 57 años de edad, y de las de Emilio Octavio de Toledo y Susana Huerta que nos han dejado, ambos, poco antes de cumplir los 65.

En una milonga que forma parte de su obra *Para las seis cuerdas*, escribe Borges:

«Y sin embargo me duele
Decirle adiós a la vida,
Esa cosa tan de siempre,
Tan dulce y tan conocida».

Tengo 77 años y claro que también, más pronto o más tarde, me dolerá decirle adiós a la vida. Pero que con tan sólo 64 años Susana haya tenido que pasar ya por esa despedida, cuando todavía tenía tantos amigos, seres queridos y colegas con los que conversar y compartir alegrías y penas, tantas clases y conferencias que dictar, tantas obras que publicar y, en definitiva, tantas cosas que hacer, y, además,

dejando ya completamente huérfano a su queridísimo hijo Álvaro, es una injusticia que nos acongoja y contra la que, desde aquí, quiero protestar, aunque no sé muy bien ante quién.

Como la profesora que hoy recordamos y honramos estaba de baja por enfermedad, hacía tiempo que no hablaba con ella, por lo que, en abril del año pasado, pregunté a Marga Martínez Escamilla si estaba previsto hacerle alguna visita a Susana, a lo que Marga me contestó que, precisamente esa semana, Susana pensaba venir a la Facultad, en principio, aunque no era seguro, el jueves 23 de abril, ya que iba a reincorporarse a las enseñanzas este curso 2015/2016 y había que, contando con ella, distribuir los grupos de la asignatura. Llamé al móvil de Susana ese jueves por la mañana para asegurarme de que vendría a la Facultad, pero me saltó el contestador automático y en él le dejé mi recado. Dos o tres horas más tarde respondió a mi llamada, oí su querida voz, me dijo que había empleado toda la mañana en hacer gestiones en los bancos y que al día siguiente, viernes 24 de abril, nos podríamos ver en la Facultad. Ese viernes estuvimos en su despacho, conversando durante un buen rato con ella, Marga Valle y yo. La vi muy bien, tanto física como intelectualmente, hablamos, entre otras cosas, sobre las clases que pensaba impartir en el presente curso y sobre la preocupación que todos teníamos de ponernos al día para explicarles a los alumnos la extensa e infumable reforma del Código Penal que iba a entrar en vigor el 1 de julio, y le dije que próximamente recibiría en su casillero del Departamento la nueva edición que, publicada por Tecnos, habíamos preparado Esteban Mestre y yo, añadiendo que me parecía que le sería útil porque –modestia aparte– creía que no estaba nada mal. Al despedirme de ella nunca pensé que los dos besos que intercambiamos eran los últimos que nos íbamos a dar, porque la feliz impresión que extraje de aquella entrevista era la de que Susana volvía a estar en plena forma, llena de ganas y llena de proyectos.

El martes 28 de abril me llamó por teléfono Marga Martínez Escamilla para comunicarme que habían ingresado a Susana en el hospital y que los médicos la daban por desahuciada. No me lo podía creer. Pero si sólo tres días antes había estado con ella y mantenido una conversación con continuas referencias a un futuro –a la inminente entrada en vigor de la reforma del Código Penal, a sus próximas clases– que la Susana de siempre iba a afrontar con la energía y el entusiasmo también de siempre. Además del dolor que me produjo la tremenda noticia que acababan de transmitirme, la otra sensación que me invadió fue, para expresarlo con una palabra precisa, la de anonadamiento.

Siete días más tarde del fallecimiento de Susana Huerta, el 7 de mayo, cumplí 77 años de edad. Por lo general, no me afecta demasiado cumplir años; ni siquiera cuando cambio de década. Pero esta vez me sumí en un estado de depresión, que no acababa de entender, porque, al fin y al cabo, qué más da tener 76 que 77 años. Lo entendí, por fin, días más tarde, después de hablar con la joven Marga Valle, cuando me manifestó que esa depresión también se había apoderado de ella y juntos llegamos a la conclusión de que ese estado anímico no podía tener nada que ver con el hecho de que yo había cumplido un respetable año más, sino con nuestra entrevista con Susana muy poco tiempo antes de su muerte y con la idea, difícil de asimilar, de que la lúcida persona con la que habíamos estado hablando de su futuro, en realidad, ya no tenía ninguno por delante, y recordé las palabras de otro poeta, de Rafael Morales: «Entre la vida y la nada/¡que delgada es la frontera!».

Tengo la impresión de que me estoy extendiendo demasiado y no quiero robar más tiempo a la intervención de Francisco Javier García Roca, Juan Carlos Carbonell y Mercedes Pérez Manzano. Al primero apenas le conozco, pero seguro que también rige para él lo que me consta respecto de Juan Carlos y de Mercedes. Susana como Emilio os querían muchísimo y en un corto espacio de tiempo habéis perdido por partida doble una de las pocas cosas por las que vale la pena vivir: la incondicional amistad –a prueba de bombas, por así decirlo– de dos maravillosas personas que nunca os defraudaron y que nunca os iban a defraudar.

En el entierro de Ernst Lubitsch, cuando abandonaban el cementerio, dijo un entristecido Billy Wilder: «Se acabó Lubitsch». «Peor aún», le replicó William Wyler, «se acabaron las películas de Lubitsch». Naturalmente que para las personas que estamos congregadas en este Salón de Grados, su hijo Alvaro, sus familiares y sus amigos, el sentimiento que nos abruma es el de la tristeza. Pero estoy seguro de que muchos jóvenes y no tan jóvenes penalistas de toda España, que no tuvieron la oportunidad ni el privilegio de conocer a Susana, habrán pensado también, y también entristecidos: Se acabaron las obras científicas de Susana Huerta.

Gracias, Susana, por todo lo que has sido y por todo lo que nos has dado.

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático emérito de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid

II

Mi primer y entrañable recuerdo de Susana y de su esposo, Emilio Octavio de Toledo, viene siempre ligado al grupo de personas que formaban, a finales de los setenta y primeros de los ochenta, la llamada asamblea de PPNs de la Complutense, aunque ella enseñaba en la Autónoma, pues a esas reuniones asistían buena parte de sus amigos. Aquél inquieto y rebelde colectivo de universitarios fue un semillero de ideas y personas del que se alimentaron largo tiempo muchas universidades y administraciones. Pensábamos –impetuosamente– en modernizar la universidad, cambiar España, regenerar las instituciones, desarrollar la Constitución e integrarnos en Europa. Nada menos. Quizás fuera demasiado. Pienso ahora que hicimos lo que pudimos durante casi cuatro décadas, cada uno con mayor o menor fortuna, y me parece que podemos mirar hacia atrás no sólo sin ira sino con cierta satisfacción. Quizás convenga recordarlo cuando algunos explican a los más jóvenes que la transición a la democracia fue un epígono del fascismo, haciendo un ejercicio de anacronismo... Susana trabajó con ahínco en las universidades Autónoma, de Burgos y en la Complutense y como letrada en el Parlamento Europeo y el Tribunal Constitucional y no me cabe duda de que contribuyó al mejor funcionamiento de todas esas instituciones. A veces pienso que nunca hemos dejado de ser jóvenes PPNs en nuestro entusiasmo.

Este ha sido un *annus horribilis* para aquella bienintencionada asamblea de PPNs de Derecho, porque se han ido también de entre nosotros dos de los mejores, Luis Ortega y Pablo Santolaya, e igualmente he tenido que homenajearlos. La pérdida de estos tres amigos me provoca un sentimiento de fragilidad y vulnerabilidad, un vacío en los afectos que no es fácil de reemplazar. La vida quizás no sea como la imaginábamos en los ochenta, no éramos inmunes ni inmortales como nos creíamos entonces. Muy probablemente, frente al dolor de la muerte tiene escaso sentido exaltar lo auténtico frente a lo artificioso, como decía Claudio Magris en su viaje por el Danubio. Pero es justamente esto lo que voy a hacer. Susana era pura autenticidad.

Cuando más cosas compartí con ella fue durante su estancia como Letrada del Tribunal Constitucional donde ambos pasamos muy buenos ratos juntos. La alegría y el compañerismo de Susana eran esenciales en todas las reuniones de los letrados –de trabajo o de ocio– y con no pocos magistrados; muchos de los lazos intelectuales y de amistad que se trabaron tuvieron algo que ver con ella y con sus acogedoras casas de Ferraz y en Covarrubias.

Susana era especial, no pasaba jamás desapercibida, transmitía optimismo, seguridad y pasión en los constantes debates jurídicos que los letrados, con cualquier pretexto, sosteníamos a todas horas. El Tribunal Constitucional fue durante mucho tiempo la mejor facultad de derecho de España y un excelente laboratorio en el que advertir problemas e intentar construir soluciones. Susana se entregó con pasión –no exenta de razón– a esta tarea. Sus entendimientos de las categorías penales, de la dogmática penal, tuvieron evidente influjo en numerosas cuestiones y en particular en institutos como son la legalidad o la prescripción. La rica interdisciplinariedad de los debates y de los participantes era un verdadero lujo. Una oportunidad para disputar sobre cuestiones jurídicas que acaso no volvíamos a tener. A veces podías no estar de acuerdo con Susana, yo mismo no siempre lo estuve dada mi distinta formación como constitucionalista –que me hacía detenerme y autolimitarme con deferencia en el análisis de muchas cuestiones de legalidad para respetar la división de poderes–, pero ella siempre tenía una posición bien trabada y acababa por convertirse en una referencia. Sin discusión ni la ciencia ni la jurisprudencia son posibles.

Recuerdo que, en la calle Doménico Scarlatti, Susana trabajaba y hacía las cosas a su manera. No llegaba ni se iba a la misma hora de todos siguiendo un protocolo rutinario y funcional, no estaba en su naturaleza, trabajaba con intensidad a su aire con la misma pasión que mostraba en todas sus cosas. Pero sabíamos que estaba allí cuando la necesitábamos. La Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional fue otro de las cosas que impulsó constantemente y su consolidación debe mucho, sin duda, al entusiasmo de Susana y a su persistencia. Nos empujaba a asistir a sus sesiones y a viajar a los diversos escenarios anuales, para participar en los coloquios y jornadas de convivencia, y no era sencillo negarse cuando ella se lo proponía.

Al salir del Tribunal, ambos tuvimos un largo periplo por las universidades de Castilla y León antes de volver a Madrid, en mi caso en la Universidad de Valladolid donde enseñé trece años, al tiempo que ella lo hacía en la de Burgos, aunque en su caso sus viajes se endulzaron por sus estancias en Covarrubias. Cuando en 1997 volví a la vieja facultad de derecho de la Complutense ella ya estaba allí. Al poco de llegar, recuerdo un largo viaje en autobús donde comencé a quejarme con melancolía –un cierto *spleen* o angustia muy académicos– de los pequeños problemas causados por el estado de la facultad, típicos de la actual paralización universitaria y que la gran recesión ha agrandado, y que fui desgranando ante ella como rezando con parsimonia una letanía. – Tanto tiempo esperando volver para ahora esto –insistía

quejoso—. Susana me detuvo con contundencia. —A mi déjame tranquila, yo estoy encantada. Me soltó, seguida de toda otra letanía de bienaventuranzas sobre nuestra situación de fortuna y privilegio. No sé si tendría razón —sinceramente— pero en aquellos momentos me consoló muchísimo. Toda una inyección, contagiosa y directa, de optimismo y vitalidad en las venas; aún más insólita y valorable en una persona con su penetrante inteligencia. Así era... No podremos sustituirla ya cuando nos haga falta.

Estando todavía en la universidad de Valladolid coordiné varios I+D sobre los derechos fundamentales en el Convenio Europeo; luego ella me invitaría a participar en otro sobre la protección penal de los derechos. Según fuimos avanzando en aquella investigación interdisciplinar y buceando en un océano inagotable de jurisprudencia, me di cuenta de que necesitábamos un buen penalista y nadie mejor que Susana. Siempre he creído que para trabajar en equipo es menester seriedad y rigor jurídicos, pero también grandes dosis de humor e ironía que entretengan los recesos y generen una atmósfera propicia para la reflexión. Susana era perfecta. Le encargué una ponencia nada menos que sobre el principio de legalidad penal —cómo no— según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nadie se habría atrevido a redactarla. Pero ella ya había escrito su clásico trabajo sobre el tratamiento constitucional del mismo principio para las actas de la Asociación de Letrados. Mantuvimos una sesión de trabajo con ponencias en la facultad de Segovia que fue tan intensa y enriquecedora como siempre. No obstante, sus quejas sobre la jurisprudencia europea se oían desde la puerta. Algunos intentamos hacerle ver que el entendimiento propio de los sistemas continentales que poseen un principio de legalidad formal no podía erigirse en un estándar común en el espacio europeo por la presencia de —esos extraños— sistemas de *common law*. Pero Susana no cedió un ápice en sus exigencias garantistas. —No puede bastar con previsibilidad y certeza... Finalmente, y tras no pocas discusiones, el libro se culminó con éxito, *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, y está ya a punto de iniciarse su cuarta edición y actualización. Tuvo incluso una traducción al inglés en Martinus Nijhof de la que todos nos sentimos muy orgullosos: unos españoles explicando derechos fundamentales en inglés a los europeos, quién nos lo hubiera dicho en los ochenta. Más tarde, otro buen amigo, Lech Garlicki, catedrático de la Universidad de Varsovia, antiguo juez constitucional y uno de los mejores magistrados del TEDH escribió una reseña de la versión inglesa del libro en una revista polaca. No sé que diría, pero sí que destacaba y subrayaba con rotundidad la originalidad del trabajo de Susana.

Susana cabalgaba de nuevo, era una vez más el jinete polaco... No podía ser de otra manera.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho constitucional
de la Universidad Complutense de Madrid

III

Y ahora, Susana. Otro impacto durísimo para los penalistas españoles. En plena producción científica, en plena madurez intelectual y tras una traidora enfermedad ha muerto Susana Huerta. Su inteligencia y su tesón, su trabajo constante hicieron de su obra, sin duda, una de las más importantes de la doctrina penal española. Desde su tesis doctoral sobre el aborto con resultado muerte o lesiones graves, ha abordado siempre temas nucleares y comprometidos de la dogmática y la política criminal: sus trabajos sobre el error, la antijuridicidad (*Sobre el contenido de la antijuridicidad*) y, sobre todo, la omisión (*Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*), constituyen referencias imprescindibles para quien pretenda tratar cuestiones nucleares de la teoría jurídica del delito, como, por cierto, lo es el libro que con ese título publicó con su inseparable compañero, Emilio Octavio de Toledo, también tan prematuramente desaparecido. Sus trabajos sobre Parte Especial, (delitos patrimoniales, alzamiento de bienes, receptación, protección del patrimonio inmobiliario y derecho a la vida, integridad física y moral, violencia de género) son igualmente magníficos.

Su paso por el Tribunal Europeo de Luxemburgo primero y, sobre todo, en dos períodos como Letrada del Tribunal Constitucional después, contribuyeron decisivamente a su formación como jurista integral. Que Susana Huerta no haya sido nunca Magistrada de ese Tribunal es una clara muestra de la imperiosa necesidad de variar los métodos de selección. Quien más perjudicado ha resultado ha sido, sin duda, el ciudadano y sus garantías. Pero ese paso dio sus frutos también en su producción científica: Susana ha sido siempre exquisitamente sensible con los principios penales y las garantías individuales y lo fue aún más a raíz de esa excelente tarea en el TC: el principio de legalidad, la intimidad, el honor fueron singularmente defendidos en publicaciones suyas y abordó con especial lucidez cuestiones tan

complejas como la prescripción. Rechazó la introducción de la libertad vigilada, a la que calificó de «extraña consecuencia del delito», así como todas las reformas que desconocen los principios de legalidad y culpabilidad. Insistiría recientemente en ello en la magnífica ponencia que defendió en Valencia con ocasión del Seminario que tuve el honor de organizar sobre la omisión en la que volvió a defender su conocida demanda de una regulación expresa en el Libro II de los supuestos de comisión por omisión. Continuó ligada al Alto Tribunal a través de la Asociación de Letrados y ex Letrados, que prácticamente había fundado ella.

Inmensa ha sido también su labor en la Universidad española, especialmente en Burgos –donde construyó desde los cimientos el Área de Derecho penal– y en la Complutense, donde ha sido una excelente Directora de Departamento. Magnífico recuerdo dejó también su paso por la Autónoma de Madrid del que surgió la colaboración constante con Mercedes Pérez Manzano.

Susana asumió siempre los compromisos que adquirió, que fueron todos los que corresponden a una persona progresista y enormemente preparada. En el Grupo de Estudios de Política Criminal, al que perteneció desde su fundación, hemos sido testigos de excepción de un trabajo intenso y de indiscutible calidad que nunca olvidó que la dogmática más elaborada ha de estar siempre al servicio de la Justicia, que es lo mismo que decir la Libertad. Y es que Susana Huerta entendió siempre que la dedicación al Derecho penal supone un compromiso con la libertad de los ciudadanos y que eso es incompatible con la erudición vacua y con la ausencia de ideas, tan frecuentes por desgracia. Cualquiera de sus trabajos está preñado de sugerencias, de crítica, de contenido. Por eso son imprescindibles; por eso han aportado tanto.

Quienes la hemos conocido de cerca hemos disfrutado, además, de una amistad inquebrantable desde la exigencia, eso sí, de sus condiciones para mantenerla: la sinceridad, el desconocimiento absoluto de la hipocresía y el respeto personal. Ella, que siempre fue tremendamente generosa en esas virtudes, tenía pleno derecho a exigirnoslas a los demás. Y ciertamente lo hacía.

Sus últimos años han sido duros y ella los ha soportado con lucidez y abnegación: la enfermedad de Emilio que coincidió con la manifestación de la suya propia fue el principio de un tiempo de lucha y dolor, al que también contribuyó la ausencia física del hijo de ambos, Álvaro, su otro gran amor, al que la parálisis en que se encuentra la Universidad española no ha sido capaz de acoger hasta el momento.

Con Susana Huerta desaparece una gran persona, una excelente universitaria y una formidable jurista.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia

IV

1. Corría el otoño de 1978 cuando algo que estaba a punto de suceder tuvo una influencia decisiva en mi vida profesional y personal. Y no me refiero a la Constitución Española que estaba a punto de ser aprobada en *referendum*, que también tuvo una importancia singular en mi vida, sino a la aparición de Susana Huerta en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Susana Huerta se incorporó a la Universidad Autónoma de Madrid tras ganar una de las plazas de adjuntía que habían salido a concurso nacional, y, tras dicha incorporación, comenzó a impartir clases de Derecho penal, Parte General, en el grupo al que yo asistía.

Con tan solo 28 años Susana era una profesora muy joven, pero ya una experimentada docente, porque en aquel momento los ayudantes comenzaban a dar clase a los pocos días de incorporarse a la «cátedra» y porque lo exiguo de las remuneraciones de su contrato hacía que muchos de ellos duplicaran docencia: por la mañana en la Universidad pública y por la tarde en algún colegio universitario privado. Así que su juventud no se notaba en sus clases, aunque sí en aquellas minifaldas y pantalones de cuero ajustados que sorprendían en 1978 a los viejos catedráticos de nuestra Facultad de Derecho tanto como las rastas de un diputado en la sesión de inauguración de las Cortes Generales hace unos días.

No sé si las muchas clases que ya había dado o su natural capacidad de explicar de forma sencilla y clara los conceptos más difíciles, o la suma de ambas, no sé cuál fue la razón, pero lo cierto es que Susana apareció ante mis ojos como una persona especialmente dotada para la docencia.

Recuerdo sus primeras clases de parte general y en especial aquel cuadro sobre las concepciones causalista y finalista del delito que dibujaba todos los días al llegar a clase, en aquella pizarra verde, con tiza blanca y una letra primorosa, de la que las monjas que habían dirigido su vida escolar se habrían sentido orgullosas; en aquel armonioso cuadro ninguna letra ocupaba más espacio que el que le correspondía, ni

osaba despeñarse en una pendiente que hubiera obligado a cerrar el puzzle de la teoría jurídica del delito, al menos, sin la punibilidad.

Las explicaciones de Susana sobre la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad construyeron un universo conceptual tan atrayente que consiguió atrapar mi atención desde aquel momento y crear una vocación como penalista que a ella le debo.

Susana presentaba la dificultad de los conceptos manejados o las contradicciones de la teorías del delito, no como retos para la inteligencia de un penalista ávido de brillantez (hoy de sexenios), sino como elementos de una estructura que acaba aplicándose a la realidad y que tiene, por tanto, una influencia decisiva en si se sanciona penalmente o no a un ciudadano y en qué cantidad de restricción de su libertad resulta en su caso legítima.

2. A Susana le preocupaba que la centralidad adquirida por la dogmática, y específicamente, el mucho tiempo que ella misma le dedicaba en sus clases a la teoría jurídica del delito, tuviera un efecto negativo en los estudiantes de Derecho en cuanto podían –o podíamos– pensar que la política criminal o los derechos fundamentales carecían de relevancia. Pero dicha preocupación era infundada.

Susana fue una profesora progresista y así se manifestaba en clase. En aquel momento el pensamiento político inundaba todo en la sociedad española y Susana no dejaba sus convicciones al otro lado de la puerta de acceso al aula.

En el curso 1978-9 los profesores de la facultad de Derecho, cualquiera que fuera la materia que impartían, hablaban en sus clases de la Constitución recién aprobada, sobre todo de los derechos fundamentales y de las múltiples reformas legales que su aprobación iba obligatoriamente a provocar: unos se manifestaban a favor, otros en contra.

Quizás por eso no me sorprendió que el dolo pudiera estar en el tipo subjetivo o en la culpabilidad o que pudiera tener un contenido u otro, según el autor fuera causalista o finalista: si se podía discrepar de la Constitución, ¿por qué no del contenido y ubicación del dolo? A pesar de que yo carecía de capacidad suficiente para decantarme por una u otra teoría del dolo, a mí Susana me convenció y me pareció que su posición era profundamente coherente.

Muchos de los presentes sabemos de las dificultades de hacer entender a un estudiante de segundo curso los entresijos de la teoría jurídica del delito, sin embargo, Susana lo conseguía con facilidad pasmosa.

Pero si difícil era hacer entender a los estudiantes de Derecho la doble posición del dolo, tampoco era fácil abogar por un sistema de

plazos en el aborto como vía de exclusión de la responsabilidad penal. En el curso de Derecho Penal, Parte especial, 1979-1980 que Susana también impartió, y del que también fui testigo, Susana defendió en las clases su posición en esta materia, como en otras muchas.

Susana, que fue la primera catedrática de Derecho penal en España, fue un icono del feminismo en la España de los años setenta, ochenta y noventa debido a sus trabajos sobre el aborto; sin embargo, no se definió nunca como feminista ni hizo una interpretación feminista del Derecho penal. Cuando en algún momento comentaba el tiempo transcurrido hasta que consiguió acceder a una cátedra de Derecho penal, tiempo mayor que el de otros muchos a pesar de sus méritos, nunca lo atribuyó a la invisibilidad de las mujeres sino a pertenecer a una escuela pequeña con escaso peso en el escalafón.

Susana transmitía en clase una gran pasión por el Derecho penal, la misma con la que debatía en los seminarios o congresos de Derecho penal, en los que nunca se allanaba. Y fue esa pasión por el Derecho penal la que me contagió no solo en sus clases.

3. Susana dirigió mis primeras investigaciones en Derecho penal.

Dirigí mi tesina durante mi último año de carrera y en el verano de 1982 en el que perfilé su redacción. Y como Susana tenía entonces alquilada una casa cerca de Madrid, en Peguerinos, yo hice excursiones hasta Peguerinos en distintas ocasiones durante aquel mes de agosto. Le entregaba «papeles» que ella me corregía: nunca se refirió a mis errores e imperfecciones, que había muchos en aquellas páginas, solo me señalaba lo que a su juicio se podía mejorar diciéndome «tú lo puedes hacer mejor»; así, con aquella sencilla frase, siempre me motivaba para mejorar sin hacerme sentir mal, a pesar de que siempre salía de Peguerinos con los «papeles» tan llenos de subrayados y comentarios al margen en rojo, que cualquier observador objetivo e imparcial hubiera dicho que eran base más que suficiente para un juicio mucho más severo que el que Susana emitía tan generosamente sobre mi trabajo.

Susana fue muy respetuosa con mis conclusiones sobre la culpabilidad, que no compartía, aunque su experiencia y mayor bagaje científico le hubieran permitido refutar cualquiera de mis afirmaciones. Pero Susana me enseñó que lo realmente importante no era el contenido de mi posición sino si la había fundamentado de forma consistente o no.

Pero en Peguerinos no solo charlamos de la marcha de mi tesina, mientras Álvaro jugaba por el pueblo, sino que me invitó a comer y paseamos por el bosque, regalándome su tiempo y sus historias: las de su familia (en Salas y la casa de la Calle Covarrubias) y las del escala-

fón (amistades y enemistades, y adscripciones a escuelas, que con sabiduría y bondad me decía que no debía tomar en cuenta).

4. Y con el Derecho penal como motor fuimos tejiendo poco a poco una relación académica y personal que me enriqueció enormemente y por la que me siento profundamente agradecida.

Una relación que fue transformándose desde la de profesora-alumna, hasta la relación quasi-familiar, pasando por la de amistad: como todos sabemos, Susana no tenía hermanas ni hermanos, pero decidió adoptarnos como tales a algunas amigas a las que nos permitió estar cerca de ella hasta en sus últimos momentos. Que Susana me incluyera entre las que ella misma denominaba sus «hermanas postizas» es un regalo más que Susana me hizo, solo explicable por su enorme generosidad.

5. Como becaria del departamento de Derecho penal, fui testigo de los esfuerzos de Susana por su integración académica y personal en la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma: de sus ponencias en el seminario sobre la reforma penal que dirigía el profesor Rodríguez Mourullo (allí nacieron entre otros, su artículo sobre el error y el librito sobre el contenido material de la antijuridicidad); fui testigo también de los cafés con galletas o pastas que tomábamos en su despacho y Susana preparaba en su cafetera Melita, aunque a condición, eso sí, de que lavásemos personalmente las tazas: así que a media mañana podía verse siempre a los profesores de penal de la UAM peregrinando disciplinadamente, taza en mano, hacia los baños del departamento, para cumplir con el ritual del lavado en el baño correspondiente: el de señoras o caballeros, según los casos. Y es que uno de los rasgos de la personalidad de Susana era que era atrevida y natural y como venía de fuera (de aquí, de la UCM) no parecía extraño que hiciera las cosas de otra manera.

Susana no solo organizaba cafés, organizó cenas en su casa y comidas, con baño incluido en la piscina del chalet que alquiló el verano que preparaba el trabajo sobre la omisión para las oposiciones a cátedra. En aquellos años compartimos muchas cenas, preparadas también por otros.

Pero entre cafés, comidas y cenas, Susana era una trabajadora infatigable a la que le cundía el tiempo más que al resto de los mortales. Siempre me admiró su gestión del tiempo, que no solo le permitía dar las clases, publicar investigaciones de gran enjundia dogmática, ocuparse de su hijo Álvaro y preparar los ejercicios de cátedra: aún le quedó tiempo en aquellos años para matricularse en la Facultad de Filosofía y Letras.

6. Susana sacó la cátedra de Granada y las oposiciones de jurista lingüística en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1986, casi a la vez.

En 1986 decidió partir a Luxemburgo, y la distancia transformó nuestra relación.

Una relación que recuperamos e intensificamos a su vuelta en 1991, cuando volvió a Madrid y se incorporó como letrada al Tribunal Constitucional; que mantuvimos durante el tiempo que ejerció de catedrática de Derecho penal en la Universidad de Burgos; y que volvió a ser cotidiana cuando años después coincidimos ambas como letradas en el Tribunal Constitucional.

En todos esos años fui aprendiendo de y con Susana, mucho Derecho penal, y también que las obsesiones dogmáticas no pueden constituir el único hábitat del penalista. Pero sobre todo Susana me enseñó a gestionar la vida académica con cierta distancia, máxime en los malos momentos en los que siempre me apoyó.

Susana sostenía, con razón, que el Tribunal Constitucional no pasa por la vida de un penalista sin dejar huella. Prueba de que tenía razón es no solo las muchas publicaciones vinculadas a los derechos fundamentales que ella realizó a partir de 1991, sino también es prueba de ello, que, a partir de nuestra salida del Tribunal Constitucional, Susana impulsara un grupo de investigación con ex letrados del Tribunal Constitucional, universitarios de distintas especialidades; un grupo en el que hemos compartido proyectos de investigación y buenos ratos y en el que ya estamos echando mucho de menos su ausencia: su personalidad intensa, su sencillez, su generosidad y sobre todo su jovialidad.

7. Susana nunca ejerció un modelo vertical de relaciones académicas: ejercía su progresía también en su forma de trabajo. No ejerció un modelo vertical ni siquiera cuando dirigió mis primeros pasos, porque lo que marcaba las relaciones con Susana, más allá de sus convicciones políticas o dogmáticas, era su carácter y personalidad. La tolerancia y la generosidad no las ejercía Susana por convicción: eran rasgos de su propio carácter.

Todos la conocimos como una persona jovial y optimista; una persona positiva, que nunca se quejaba, ni siquiera cuando Emilio enfermó. Decía que cuando llegaba al hospital y veía otras personas en la misma situación que Emilio, pensaba que era una privilegiada porque al menos ella tenía medios económicos para afrontar la situación y familia y un grupo de amigos que siempre la arropaba, a los que no paraba de agradecerlos todo, aunque era ella la que llevaba todo el peso de la situación.

Pero Susana era también una persona de carácter, firme en sus convicciones dogmáticas y políticas. Pero esta fortaleza de carácter no la utilizaba de forma áspera ni con los estudiantes, a los que siempre trató de forma amable y respetuosa, ni con los profesores a los que dirigió, no obstante, con mano firme, tanto en Burgos como aquí en la Complutense.

Susana tenía una gran capacidad para mirar hacia delante con optimismo, y valorar las cosas buenas que cada momento de su vida le fue aportando. No perdió nunca ni su optimismo ni su alegría; tampoco durante su enfermedad, que fue minando poco a poco su cuerpo pero no su carácter. Un carácter, como ya he mencionado y no me cansaré de repetir, en el que su generosidad lo impregnaba todo.

Por eso, durante su enfermedad más que preocuparse por ella misma, se preocupó de los demás, de no cargarnos demasiado a familiares y amigos: no quería abusar, decía, de sus amigos y amigas, de su cuñado Fernando, de su sobrino Carlos, de su primo Eduardo, menos aún a Álvaro al que la distancia todo se lo hacía aún más complicado.

Susana Huerta fue una penalista excepcional, muy respetada académicamente, pero sobre todo Susana se ganó la estima personal de todas las personas que se fueron cruzando en su vida profesional y personal: de todo ese respeto y cariño hemos sido testigos los que hoy hemos venido a rendirle homenaje y otros a los que las circunstancias se lo han impedido.

Todos los que la conocimos participamos de su legado, personal o académico. Un legado que me ha enriquecido de forma especial; por el que siento un íntimo orgullo; y que me acompañará siempre en la memoria.

Susana derrochaba humanidad en cada paso que daba y en especial en esa risa, abierta y sonora, tan personal suya, con la que ha quedado grabada en mi memoria y con la que me gustaría que todos la recordásemos.

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho penal
de la Universidad Autónoma de Madrid

Teoría de la evitabilidad *versus* teoría del aumento del riesgo

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo expongo los postulados fundamentales de las dos teorías –la de la evitabilidad y la del aumento (o del incremento) del riesgo– que tratan de dar una respuesta al problema del «comportamiento alternativo conforme a Derecho», las someto, posteriormente, a un análisis crítico, y finalizo el trabajo con mi toma de posición. Me ocupo únicamente de las cuestiones fundamentales que plantea este grupo de casos y dejo al margen cuestiones de detalle. Y prescindo, asimismo, en una gran medida, de referencias bibliográficas y jurisprudenciales; para quien esté interesado en profundizar en los problemas que presenta este criterio de imputación objetiva del comportamiento alternativo conforme a Derecho, le remito a una monografía de próxima publicación sobre esta materia en la que encontrará esas amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales a las que aquí he renunciado.

II. LOS SUPUESTOS JURISPRUDENCIALES

En el presente apartado voy a describir cuatro supuestos resueltos por la jurisprudencia en los que se presenta el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho. Del primero de ellos se ocupó una sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca. Los tres restantes, muy conocidos, fueron juzgados por los tribunales alemanes y

constituyen los «leading cases» en torno a los cuales gira fundamentalmente la discusión de este problema en la dogmática alemana.

1. El caso del shock anafiláctico

«La menor Sara M. G. venía padeciendo desde hacía años una bronquitis asmática, estableciéndose, tras las pruebas pertinentes, como diagnóstico el de asma extrínseco por hipersensibilidad a neu-moalérgenos, más concretamente a los ácaros del polvo, a los anfígenos de gato y al polen de “parietaria”». Para combatir esta enfermedad se le había prescrito a Sara la administración de una vacuna de un extracto hiposensibilizante de ácaros, «mediante inyecciones subcutáneas, de dosis progresivamente crecientes ..., y para conseguir la finalidad deseada es estrictamente preciso que se respeten la dosificación e intervalos de administración establecidos ... [pretendiendo] la dosificación creciente de antígeno a intervalos de una o dos semanas ... la formación de anticuerpos IgG e ir alcanzando niveles plasmáticos crecientes de este tipo de anticuerpos». «En la correspondiente “Pauta de continuación de tratamiento” [para Sara] del Servicio de Alergia e Inmunología Clínica del Complejo Hospitalario de esta ciudad [Salamanca] se expresaba claramente que “la vacuna será puesta siguiendo rigurosamente el esquema de tratamiento siguiente, en cuanto a dosis, número de inyecciones y frecuencia de administración. Comenzará con 0,05 cc. e irá aumentando a 0,1, 0,2, 0,4, 0,7 cc. Se administrará una dosis cada DOS SEMANAS. Alcanzada la dosis de 0,7 cc., continuará con ella, sin aumentarla, hasta terminar el envase. A partir de la dosis 0,7 cc., su administración se efectuará UNA VEZ POR MES”» [mayúsculas en el texto original de la sentencia 31/2001, de 23 de febrero («caso del shock anafiláctico»), de la Audiencia Provincial de Salamanca, que es de la que me estoy sirviendo como introducción para plantear, y tratar de resolver, los problemas del delito imprudente cuando el resultado típico causado por la acción negligente se habría provocado también –con seguridad rayana en la certeza o con probabilidad o con mera posibilidad– aunque el autor hubiera actuado tal como exigían las reglas de diligencia].

La administración de la referida vacuna encierra considerables peligros, por lo que la «Circular 27/87 de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios ..., y con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias de los accidentes que pueden producirse por la administración de hiposensibilizantes, ... establece la necesidad de que se incluyan en los prospectos de extractos alérgicos un epígrafe de “precauciones” que, entre otras, indique que “este trata-

miento puede entrañar riesgo de shock anafiláctico grave”», figurando entre esas precauciones, por ejemplo, que la vacuna sea inyectada por personal sanitario en un centro de salud, donde debe disponerse de adrenalina 1/1000, permaneciendo el paciente en observación durante 30 minutos después de la aplicación de la dosis correspondiente, debiendo abrirse una ficha en la que se registren las dosis administradas y las fechas de las mismas. Como entre la dosis anterior de 0,5 cc. (administrada el 4 de marzo de 1998) y la que le causó la muerte a Sara habían transcurrido –sin respetarse los intervalos de tiempo pautados– dos meses y medio, se habría tenido que volver a iniciar la inmunoterapia con la dosis mínima inicial de 0,05 –«si se distancian los intervalos entre las dosis, el nivel de IgG decrece hasta el punto de que puede necesitarse iniciar el proceso de inmunoterapia de nuevo con la dosis mínima inicial»–, no obstante lo cual la ATS María Cristina G. M. aplicó a la menor, el 19 de mayo de 1998, una dosis de 0,4 cc., estableciéndose en la sentencia que «la causa de la muerte de la menor Sara M. G. fue una fibrilación ventricular determinante de una parada cardiorrespiratoria derivada de una reacción anafiláctica o de tipo anafilactoide provocada por la dosis vacunal que le había sido administrada momentos antes».

De lo expuesto hasta ahora se sigue que, al administrar la ATS a la paciente una dosis de 0,4 cc., en lugar de la de 0,05 que, de acuerdo con la *lex artis*, le debería haber aplicado, al haber transcurrido dos meses y medio desde que se le inyectó la última dosis de 0,5 cc., estamos ante una conducta imprudente causante del resultado típico de muerte, por lo que nada hay que oponer, en principio, a la condena decretada por la AP de Salamanca de la ATS María Cristina por un delito de homicidio imprudente. Pero, como también puede deducirse de lo expuesto hasta ahora, la administración de esa vacuna encerraba ciertos riesgos, *ya desde su dosis inicial*, que se trataban de contrarrestar con toda una serie de precauciones, y ello porque la complicación de un shock anafiláctico y, según la sentencia, «puede producirse aun en supuestos de administración de dosis correcta», si bien son «más frecuentes [las complicaciones] si no se respeta la pauta de administración de la inmunoterapia o se alteran las dosis».

Si he iniciado este artículo con una exposición relativamente detallada del supuesto de hecho de esta sentencia de la AP de Salamanca es porque, de la mano de él, pueden examinarse, teniendo a la vista un supuesto de hecho concreto, y con variantes casi matemáticas, la fundamentación, los argumentos y los inconvenientes de las dos teorías (la teoría de la evitabilidad y la del incremento del riesgo) que tratan de dar solución a estos casos en los que el resultado (en este caso

determinado: muerte por shock anafiláctico) producido por una acción imprudente (administración de una dosis vacunal de 0,4 cc.) también se podría haber producido con la acción correcta (con la administración de una dosis de 0,05 cc.), teorías que llevan –o pueden llevar– a resultados contrapuestos (absolución por un homicidio imprudente para la primera, condena para la segunda).

2. El caso de la novocaína

En el «caso de la novocaína» (1926) (1), el médico empleó cocaína para anestesiarse localmente a un niño, omitiendo utilizar la novocaína –como exigía entonces la *lex artis*–, muriendo el paciente a consecuencia de la anestesia y de su disposición física desfavorable, aunque posiblemente habría fallecido también si se le hubiera aplicado la novocaína científicamente indicada.

3. El caso de los pelos de cabra (1929) (2)

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

4. El caso del ciclista

En el «caso del ciclista» (3) (1957), el conductor de un camión, al adelantar a una bicicleta guardando una distancia lateral demasiado pequeña –0,75 m.–, atropelló con las ruedas delanteras del remolque del vehículo, y mató, a un ciclista, omitiendo aquél efectuar la manio-

(1) RG ID 555/26, dado a conocer por EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, Frank-FG I, 1930 p. 583.

(2) RG 63, 211 ss. Lo describo siguiendo la referencia que de él hace ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962), pp. 411-412.

(3) BGH 11, 1 ss.

bra con observancia de la distancia reglamentaria de al menos 1,5 metros, aunque, como pudo establecerse *ex post*, y debido a la embriaguez de la víctima, *posiblemente* también habría caído bajo las ruedas del camión, y perecido, aunque el camionero hubiera adelantado correctamente.

III. LAS CARACTERÍSTICAS QUE PRESENTAN ESTE GRUPO DE CASOS

Este grupo de casos viene caracterizado por que una acción imprudente ha causado un resultado típico, presentando la peculiaridad de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho –esto es: de que aunque el autor hubiera ejecutado la acción correcta, por ejemplo: aplicar la médicamente indicada novocaína en lugar de la contraria a la *lex artis* cocaína– se hubiera podido producir el mismo resultado lesivo.

En sus orígenes este problema se trató como uno de causalidad, ya que, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, la existencia de una relación de causalidad se acredita cuando, suprimiendo el comportamiento cuya condicionalidad se quiere determinar, el resultado desaparece. Por ello, habría que poner en cuestión la existencia de causalidad en el supuesto de que –volviendo al caso de la novocaína– no se pudiera despejar, con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, si, suprimiendo la acción imprudente –la inyección de cocaína–, la muerte del paciente no habría desaparecido, porque la aplicación de la novocaína habría conducido al mismo resultado letal.

Este enfoque del problema, como problema causal, ha dejado de tener vigencia, ya que no se puede discutir que en estos casos, e independientemente de lo que hubiera podido suceder con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, la realidad es que las muertes han sido causadas, por encima de cualquier discusión posible, porque a la menor se le aplicó una dosis vacunal de 0,4 cc., porque al niño se le anestesió con cocaína, porque las operarias resultaron contaminadas por los pelos de cabra que el dueño de la fábrica les entregó sin desinfectar, y porque el conductor del camión atropelló al ciclista.

Como, por consiguiente, en todos estos casos estamos ante conductas imprudentes causantes del resultado típico, la condena o absolución de los respectivos autores sólo puede encontrar una solución razonable dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, una teoría elaborada hace ya unas décadas, que, entre tanto, se ha convertido en dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, y

que postula que esa imputación objetiva es un elemento más que tiene que concurrir –junto a la causalidad, la imprudencia y, en su caso, el dolo– para emitir un juicio definitivo sobre la tipicidad de una conducta. Lo que sucede es que, sobre la eventual relevancia de la conducta alternativa conforme a Derecho, existen dos teorías –que paso ahora a examinar– que llevan a resultados no coincidentes: la teoría de la evitabilidad y la teoría del aumento (o del incremento) del riesgo.

IV. LA TEORÍA DE LA EVITABILIDAD

1. Su contenido

Para la teoría de la evitabilidad que es, con mucho, la mayoritaria, el resultado no se le puede imputar objetivamente al causante imprudente del resultado cuando éste se hubiera producido también si el autor hubiera ejecutado la acción correcta. En estos casos se afirma que falta la «conexión de la infracción del deber» («Pflichtwidrigkeitszusammenhang»), aunque existen otros términos, menos utilizados, para denominar esa conexión, como, entre otros, los de «realización de la lesión de cuidado precisamente en la producción del resultado» o «conexión de antijuridicidad» o «conexión de riesgo» o «conexión de la realización del peligro». Otros autores fundamentan la ausencia de imputación objetiva en estos casos en que «el resultado no ha descansado en la infracción del deber» o en que el resultado «no se ha causado por imprudencia».

2. **Distintas posiciones que se mantienen sobre el grado de probabilidad (o de posibilidad) que, para que excluya la imputación objetiva, debe concurrir en la circunstancia de que la acción correcta hubiera causado el mismo resultado**

A diferencia de la tesis inicial, especialmente en la jurisprudencia del Reichsgericht, de que, para que se pudiera absolver al autor, había que exigir que el comportamiento correcto hubiera llevado al mismo resultado con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza, las posteriores tomas de posición se alejan de un criterio tan estricto y se conforman, para estimar que no concurre la «conexión de la infracción del deber», con que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiera causado la lesión del bien jurídico con una probabili-

dad o posibilidad más o menos elevada. En la jurisprudencia alemana, ese giro se inicia con el auto del BGH 11, 1 ss. (caso del ciclista), el cual, frente a la opinión del Tribunal Superior de Justicia (Oberlandesgericht = OLG) de Hamm, partidario de condenar al conductor del camión, porque no existía seguridad rayana en la seguridad de que el resultado también se hubiera producido si el conductor del camión hubiera adelantado al ciclista guardando la distancia reglamentaria de 1,5 m. (4), resuelve, apartándose de su jurisprudencia anterior, que, para absolver al autor, basta con que concurra una «alta probabilidad» de producción del mismo resultado con el comportamiento correcto (5).

(4) El OLG de Hamm se apoya en anteriores sentencias del BGH y de los Oberlandesgerichte «en las que se manifiesta la opinión de que habrá que afirmar siempre la relación de causalidad entre un comportamiento contrario a las reglas del tráfico y un resultado lesivo cuando no se pueda constatar, con seguridad o con una probabilidad rayana en la seguridad, que ese resultado no se habría producido sin aquella infracción de las reglas del tráfico; sólo cuando, según un cálculo humano, sea seguro que se habría llegado al mismo resultado con un comportamiento del acusado conforme a las reglas del tráfico, está justificado negar la responsabilidad penal del autor por el resultado por él producido. La mera posibilidad, o la más o menos alta probabilidad, de que también sin el comportamiento reprochable se hubiera producido el mismo resultado no puede impedir la condena del acusado por un homicidio imprudente». (Como se puede apreciar de lo expuesto en esta resolución del OLG de Hamm, éste ubica el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho dentro todavía del de la causalidad material entre acción y resultado).

(5) Según el BGH, «la cuestión nuclear es la de qué requisitos deben concurrir en la prueba de la relación de causalidad. Su respuesta no presenta dificultad cuando, bien consta que el resultado se habría evitado sin el comportamiento contrario al deber del autor, bien consta que también se habría producido con un comportamiento conforme al deber. En el primer caso hay que afirmar la relación de causalidad y en el segundo debe ser negada. Hasta ahí no existe evidentemente ninguna discusión». El BGH prosigue su resolución afirmando que, para negar esa relación de causalidad, no basta «la mera posibilidad intelectual de que el resultado también se habría producido con un comportamiento del autor conforme al deber...», porque la posibilidad de que el resultado también se habría producido mediante otra cadena causal, es algo que nunca puede excluirse por completo». Para la absolución del autor no es suficiente, según el BGH, la «probabilidad», sino que hay que exigir la «alta probabilidad» –tal como concurría en el presente caso, según el tribunal de instancia– de que el resultado también se habría producido con la acción correcta, lo que lleva al BGH a decretar la absolución del conductor del camión: «Si, de acuerdo con el convencimiento del juez de instancia, se hubiera producido el mismo resultado o, sobre la base de hechos relevantes, ello no se puede excluir, entonces la condición colocada por el autor carece de significación juridicopenal para la apreciación del resultado. En este caso no puede afirmarse la relación de causalidad entre acción y resultado». (De acuerdo con los párrafos del auto del BGH que acabo de reproducir, la fundamentación del BGH de que en esos casos, y bajo esas circunstancias, está excluida la responsabilidad penal se basa en la ausencia de «causalidad», si bien matiza el tribunal que con ese término no se refiere a la «causalidad material», sino a una, por así decirlo, «causalidad jurí-

Y, por lo que se refiere a la doctrina, las diferencias entre los defensores de la teoría de la evitabilidad surgen en relación al grado de probabilidad o posibilidad que hay que exigir para que entre en juego esa exención de responsabilidad: en la versión más restrictiva –y actualmente prácticamente abandonada–, dicha exención sólo estará justificada cuando se pueda acreditar que el comportamiento alternativo conforme a Derecho habría producido el mismo resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; en su versión intermedia, cuando exista una probabilidad o posibilidad más o menos elevada de que el comportamiento correcto habría desembocado en idéntica lesión del bien jurídico; y en su versión más amplia –y que, por consiguiente, llevaría a la absolución en un número muy superior de causaciones imprudentes de resultados típicos–, cuando lo que tiene que constar con una seguridad rayana en la certeza es que el comportamiento correcto no habría producido el mismo resultado.

V. LA TEORÍA DEL AUMENTO (O DEL INCREMENTO) DEL RIESGO

En 1962, en un artículo publicado en la ZStW (6), Roxin, después de reconocer que en la relevancia de los procesos causales hipotéticos «se encierra algo correcto» (7), escribe: «La primera dificultad práctica [que presenta este grupo de casos] reside en la circunstancia de que casi nunca es seguro que el resultado no se habría producido con el comportamiento correcto. Por lo general, sólo puede precisarse una mayor o menor probabilidad de que ello hubiera sido así. Y cuanto menos probable sea que el resultado también se habría producido con un actuar inobjetable, menos evidente le parecerá una absolución al sentido jurídico. Si se comprueba que manteniendo la distancia adecuada,... que desinfectando los pelos de cabra o que aplicando la novocaína presumiblemente –pero no con una probabilidad rayana en la seguridad– todo habría salido bien, entonces no se comprende por qué no se le ha de reprochar al autor su comportamiento prohibido. O

dica». «Naturalmente», aclara el BGH (cursivas añadidas), «que la conducción del acusado fue, en un sentido mecánico-científiconatural, una condición de la muerte del ciclista. Pero con ello no queda dicho que la contradicción con las reglas del tráfico contenida en su comportamiento, el adelantamiento excesivamente ceñido, *sea causal, en sentido juridicopenal*, para la realización del tipo del homicidio en el sentido del § 222 StGB [homicidio imprudente]»).

(6) ZStW 74 (1962), pp. 411-444.

(7) *Op. cit.*, p. 421.

piénsese en la constelación –de importancia práctica– de que un médico causa en una operación la muerte del paciente a consecuencia de una grave infracción de la *lex artis*. ¿Podrá liberarse de toda responsabilidad mediante la indicación de que, teniendo en cuenta la dificultad del caso, una operación verificada conforme a la *lex artis* habría llevado también posiblemente a la muerte? No creo que esto sea defendible. Pues, conforme a ello, y como la mayoría de las operaciones tienen algún riesgo, se podría prescindir confiadamente de todas las medidas de cuidado; sería difícil rebatir el argumento de que, en cualquier caso, la operación podría haber salido mal» (8).

Para superar todas estas dificultades de la doctrina hasta entonces dominante, Roxin propone introducir el criterio del «incremento del riesgo», que formula de la siguiente manera: «Por consiguiente, la pregunta decisiva tiene este tenor: ¿Cómo puede reconocerse si una lesión del cuidado que ha llevado a la causación de la muerte fundamenta un homicidio imprudente? Como método para responderla propongo el siguiente procedimiento: Examínese, de acuerdo con los principios del riesgo permitido, qué comportamiento no se le hubiera podido imputar al autor como lesión del deber, y compárese con la forma de actuación del acusado. Y ahora compruébese si en el supuesto de hecho concreto, sometido a enjuiciamiento, mediante el comportamiento incorrecto del autor se ha incrementado la posibilidad de la producción del resultado frente al riesgo permitido. Si es ese el caso, entonces existe una lesión del deber que cumple el tipo, y procede una condena por imprudencia. Si falta un aumento del riesgo, entonces no se le puede cargar al agente con el resultado, y debe ser, por ello, absuelto», ya que «una acción que no aumenta el riesgo permitido, que no incrementa el peligro de producción del resultado, tiene que ser enjuiciada cuando causa un resultado, y según criterios de justicia, igual que un comportamiento no-prohibido» (9).

De acuerdo con su criterio del «incremento del riesgo», Roxin rechaza, por consiguiente, que la probabilidad o posibilidad de que el resultado también se habría producido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho pueda fundamentar una absolución: por el contrario, si sólo es probable –pero no *seguro*– que la acción correcta habría causado el mismo resultado, ello significa que el comportamiento imprudente causante efectivo del resultado era al menos algo más peligroso que aquélla, que, por consiguiente, ha elevado el riesgo (permitido) de producción del resultado, y que, por ello, debe fundamentar un homicidio imprudente: si el médico, en una intervención de

(8) *Op. cit.*, p. 422.

(9) *Op. cit.*, pp. 431-432.

alto riesgo, actúa contra la *lex artis*, muriendo el paciente, el que éste hubiera podido fallecer también en una operación ejecutada conforme a las reglas de la medicina, no anula la responsabilidad por homicidio imprudente, porque con su actuación concreta –y frente a la correcta– el cirujano ha «incrementado el riesgo» (permitido) de producción del resultado (10).

En su artículo de la ZStW de 1962 Roxin intenta aplicar su teoría a los distintos casos que eran –y siguen siendo– objeto de discusión, y en referencia concreta al de la novocaína, estima, de acuerdo con los datos suministrados por Spendel (11), que, como el paciente era uno en el que no se había reducido la glándula timo linfática –circunstancia ésta indetectable ex ante–, su hipersensibilidad frente a *cualquier* clase de anestésico habría conducido *con seguridad* –tanto con cocaína como con novocaína– a un llamado «incidente de narcosis», y, con ello, a su muerte. En el caso concreto, por consiguiente, la aplicación de la cocaína no supuso un peligro mayor que el «riesgo permitido» que conllevaba la anestesia, médicamente indicada, con novocaína, por lo que lo procedente era absolver al médico de un homicidio imprudente: «Si la inyección de cocaína ha provocado un incidente mortal de narcosis, entonces habría que absolver al médico. Porque para el status thymolymphaticus del paciente, cualquier anestésico era igual de peligroso, y la cocaína prohibida no creó un riesgo mayor que la novocaína permitida» (12).

En cambio, en el caso de los pelos de cabra Roxin (13) propone la condena por los homicidios imprudentes causados a cuatro operarias: «El perito... únicamente había expresado “que las tres modalidades autorizadas de desinfección... no ofrecían una garantía suficiente de desinfección real de los pelos, y que, por consiguiente, no estaba excluido que la infección se hubiera también producido después de la aplicación del procedimiento de desinfección”. Aquí, por consiguiente, la entrega sin control significaba un incremento considerable del riesgo, por lo que se imponía el castigo. A ello no se le puede oponer... que la desinfección en este caso sólo posiblemente hubiera tenido éxito y que la mera posibilidad no basta para condenar... El peligro consistente en la manipulación de pelos de cabra chinos, y que

(10) Cfr. ROXIN, ZStW 74 (1962), p. 422; el mismo, Literaturbericht. Allgemeiner Teil, ZStW 78 (1966), pp. 218-219.

(11) Cfr. Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte 1947, p. 70 n. 4, donde SPENDEL refiere la información que le había facilitado el catedrático de medicina de la Universidad de Heidelberg H. Sarres.

(12) ROXIN, ZStW 74 (1962), pp. 439-440.

(13) *Op. cit.*, p. 438. V. también el mismo, ZStW 78 (1966), pp. 217-218.

aquí ha llevado a varios resultados de muerte, sólo puede quedar impune cuando se han tomado todas las medidas que hubieran conducido a su reducción. Si no es ese el caso, entonces ese hacer peligroso sobrepasa el límite de tolerancia establecido por el legislador, y sus consecuencias deben caer sobre el autor».

Por otra parte, y en referencia al caso del ciclista, Roxin escribe: «Cómo debería haber sido decidido correctamente el caso del ciclista enjuiciado por el Bundesgerichtshof, teniendo en cuenta el hecho probado comunicado, no se puede afirmar con absoluta certeza. Sólo se nos dice que, según la convicción del tribunal, el accidente habría sucedido “con alta probabilidad” con un comportamiento reglamentario. Aquí todo depende de si éste al menos hubiera disminuido –entonces era obligada la condena– o si éste era exactamente el mismo –en ese caso tendría que haberse absuelto–» (14), por lo que la «cuestión [de si hay que condenar o absolver al camionero en el caso del ciclista] debe permanecer abierta» (15). Posteriormente, y aplicando más consecuentemente su teoría del aumento del riesgo, Roxin, en el caso del ciclista –y teniendo en cuenta que no existe certeza (sino sólo una «alta probabilidad») de que el resultado también se habría producido si en el adelantamiento se hubiera guardado la distancia reglamentaria– mantiene ya que el conductor del camión debería haber sido condenado por un homicidio imprudente: «En el caso del ciclista la aproximación demasiado estrecha del conductor del camión *ha elevado el riesgo* para el ciclista y, por ello, al conductor del camión se le debe imputar la muerte de aquél, si es que se sigue mi teoría del aumento del riesgo» (16).

Roxin opina también que su «procedimiento hace posible una solución fácil y satisfactoria de los casos dudosos en los que, con el comportamiento conforme con la norma, sólo posiblemente se habría producido el resultado. El tratamiento jurídico de tales supuestos de hecho no depende de lo que habría sucedido realmente –lo que, por lo general, no se puede saber–, sino únicamente de si un comportamiento conforme con el deber hubiera disminuido, de un forma mensurable, el peligro de producción del resultado. Esto no es una cuestión de prueba de procesos causales hipotéticos, *sino un problema de prueba pericial que puede ser resuelto generalmente con reglas científicas*» (17), un problema, por consiguiente, de «apreciación

(14) *Op. cit.*, p. 434.

(15) ZStW 78 (1966), p. 220.

(16) Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Chengchi Law Review 1994, p. 252, cursivas en el texto original.

(17) ZStW 74 (1962), p. 433, cursivas añadidas.

pericial» (18) y que puede ser resuelto «de manera científico-experimental» (19). Por lo demás, y frente a la indefinición de Roxin en su primera toma de posición sobre la teoría del aumento del riesgo, y para hacer frente a una objeción de Ulsenheimer, Roxin ha mantenido desde 1966 –y en ello están de acuerdo sus partidarios– que el juicio sobre si el comportamiento conforme a Derecho ha aumentado o no, frente al comportamiento imprudente, el riesgo de lesión debe emitirse ex post sobre la base de los conocimientos nomológicos y ontológicos vigentes al tiempo de dictar sentencia (20).

No obstante seguir siendo minoritaria, la teoría del incremento del riesgo –aunque no siempre en la formulación ortodoxa de Roxin, sino, más bien, con la introducción de matices y variantes más o menos importantes, *que a veces desvirtúan esa teoría hasta hacerla irrecusable*– ha encontrado bastantes seguidores en la doctrina (21) (no así en la jurisprudencia alemana, donde ha sido objeto de un rechazo expreso) (22).

VI. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA EVITABILIDAD

1. La teoría de la evitabilidad introduce, como *nuevo requisito de la tipicidad* (23) una «conexión misteriosa» (24) cuya presencia llevaría, consecuentemente, a la absolución del autor, por faltar uno de los elementos de esa tipicidad así concebida, no existiendo unanimidad sobre cómo designar a dicho requisito, empleándose, entre otras denominaciones, la de «realización en el resultado de la lesión del deber de cuidado» o la de «conexión de antijuridicidad» o la de «conexión de la infracción del deber» o la de «conexión de riesgo» o la de «conexión de realización precisamente entre el comportamiento incorrecto y el resultado producido».

(18) *Op. cit.*, p. 433

(19) *Op. cit.*, p. 442.

(20) Cfr. ROXIN, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, p. 139. Doctrina unánime entre los partidarios de la teoría del aumento del riesgo: v. sólo STRATENWERTH, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS 1973, pp. 229 ss.

(21) Indicaciones en ROXIN, AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. 188

(22) Indicaciones en ROXIN, *op. cit.* § 11 n. 189

(23) Y como nuevo requisito de la tipicidad distinto del indiscutible e indiscutido de la existencia de relación de causalidad entre acción y resultado.

(24) Arthur KAUFMANN, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Eb. Schmidt-FS, 1961, p. 233.

Pero estas denominaciones *no fundamentan nada*, sino que se agotan en constituir una *mera descripción* de lo que es común a este grupo de casos: que la acción correcta podría haber producido el mismo resultado que efectivamente causó la imprudente. Pero por qué en tales casos debe desempeñar un papel un proceso causal hipotético (del que, además, sólo se ha podido constatar que *probablemente* o *tal vez* habría llevado al mismo resultado) y, encima, hasta el punto de que debería anular la punibilidad de un autor que imprudentemente ha provocado un resultado lesivo, es algo para lo que la teoría de la evitabilidad nunca ha proporcionado una explicación razonable: esta teoría se limita a formular la afirmación apodíctica de que la «conexión de la infracción del deber» es un (nuevo) elemento del tipo, sin que proporcione la razón última de por qué ello es así.

2. Un conato de fundamentación de la teoría de la evitabilidad se encuentra en aquéllos que sostienen que en estos casos no se puede afirmar que el resultado haya sido causado «por imprudencia» (25), por lo que no puede afirmarse que el autor haya cumplido el tipo del § 222 StGB, que define el «homicidio imprudente» de la siguiente manera: «El que *causare* la muerte de una persona *por imprudencia*, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años o con multa» (26). Pero, que un comportamiento correcto tal vez hubiera causado el mismo resultado, no altera en nada el hecho de que ha sido una acción imprudente (una imprudencia) del conductor del camión la que causó el resultado (27).

3. Para la teoría de la evitabilidad, en cualquiera de sus variantes –por lo que se refiere al mayor o menor grado de probabilidad o de posibilidad de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho hubiera causado el mismo resultado que el imprudente–, forma parte

(25) Así, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana, la Audiencia Provincial (Landgericht) de Münster, que, en el caso del ciclista, fundamentó la absolución en que, como «el accidente mortal también podría haberse producido con un comportamiento [del conductor del camión] conforme al deber», no consideró probado «que él [el acusado] haya causado la muerte *por imprudencia*» (cursivas añadidas). En la doctrina acuden a este mismo argumento, entre otros, KÜPPER, Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, 1990, p. 100, y PUPPE, Brauchen wir eine Risikoerhöhungstheorie?, Roxin-FS, 2001, p. 288.

(26) Una definición análoga se encuentra en el CP, cuyo art. 142.1 tipifica así el homicidio imprudente: «El que *por imprudencia grave* causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años».

(27) En el mismo sentido ya LAMPE, Tat und Unrecht bei Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 101 (1989), p. 43: «... porque para el resultado fue causal el comportamiento imprudente, por mucho que el comportamiento conforme al deber hubiera producido el mismo resultado».

del tipo imprudente, además de los elementos tradicionales del comportamiento imprudente y de la relación de causalidad entre éste y el resultado, *como tercer elemento adicional*, que «la imprudencia haya causado el resultado» o que exista una «conexión de la infracción del deber o de la antijuridicidad» entre comportamiento activo imprudente y lesión. Pues bien, si este tercer elemento fuera tan integrante del tipo imprudente como el de la causalidad material entre acción y resultado, entonces habría que exigir, para afirmar la presencia de la tipicidad, la misma seguridad de concurrencia que se exige respecto de la causalidad.

Si, según la concepción del delito imprudente de la teoría de la evitabilidad, aquél exige, además de la relación de causalidad entre acción negligente y resultado, también que éste haya sido «causado por imprudencia» o que exista una «conexión entre la infracción del deber y la producción del resultado», en el sentido de que no se habría «causado por imprudencia» si también se hubiera producido con la conducta correcta, o en el sentido de que no existe conexión entre infracción del deber y resultado porque también sin esa infracción (es decir: con la conducta correcta) podría haber sucedido lo mismo, entonces, al considerar que la conducta del autor *únicamente* es atípica (por ausencia de imputación objetiva) cuando se demuestra que la acción conforme a Derecho habría provocado, con una mayor o menor probabilidad o posibilidad, la misma lesión que la imprudente, con ello está afirmando la presencia de imputación objetiva respecto de numerosos comportamientos *formalmente* imprudentes, a pesar de que, en una escala que va desde una altísima probabilidad hasta la mera posibilidad, *no se puede descartar que la acción conforme a Derecho también podría haber producido el resultado*, es decir: a pesar de que en dichos comportamientos imprudentes (muy probablemente, o sólo probablemente o simplemente posiblemente) *puede* faltar también la «causación por imprudencia» o la «conexión entre infracción del deber y resultado».

Con otras palabras: Si, como mantiene la teoría de la evitabilidad, la circunstancia de que el comportamiento correcto habría podido producir el mismo resultado que el negligente efectivamente ejecutado, *es tan elemento del tipo imprudente como lo es la conexión de causalidad fisiconatural entre movimiento corporal y lesión*, entonces, así como en relación con el elemento de la causalidad la *mínima duda* de que no haya concurrido lleva –sobre la base del principio *in dubio pro reo*– a suponer, en favor de éste, que esa relación de causalidad no ha existido y que, por consiguiente, no se ha cumplido el tipo imprudente, así también la mínima duda sobre si el comportamiento alterna-

tivo conforme a Derecho habría producido la misma lesión, debe llevar –igualmente en aplicación del *in dubio pro reo*– a estimar, en favor de éste, que dicho comportamiento alternativo habría llevado con seguridad también al mismo resultado, es decir: a que ha concurrido ese elemento *excluyente* de la tipicidad, y, por consiguiente a que, por ausencia de imputación objetiva, no se ha cumplido el tipo imprudente, de tal manera que, así como en relación al elemento típico causalidad hay que exigir *certeza* de que ésta ha existido efectivamente en la realidad, así también, y en relación a ese ulterior elemento (excluyente) del tipo, hay que exigir la *certeza* de que el comportamiento alternativo conforme a Derecho no habría producido el mismo resultado. Por ello, y partiendo de los principios que informan la teoría de la evitabilidad, la fórmula que ésta, consecuentemente, debería establecer sería ésta: no existe imputación objetiva cuando, *por mínima que sea la duda sobre ello*, no se puede descartar *con seguridad* que el comportamiento correcto no habría llevado al mismo resultado que el que causó la acción imprudente.

De acuerdo con ello, y en una aplicación estricta y consecuente del principio *in dubio pro reo*, para la teoría de la evitabilidad, en el caso del shock anafiláctico, la enfermera sólo podría ser condenada si se hubiera podido acreditar con seguridad que la dosis vacunal correcta de 0,05 cc. –en lugar de la de 0,4 cc. que, imprudentemente, fueron administrados por aquélla– no habría provocado el mismo resultado mortal y, como según los Hechos Probados, dicho shock, aunque con menor frecuencia «también puede producirse en supuestos de administración de dosis correcta», de ahí que procedería la absolucón de la enfermera por no constar con seguridad que no existió «conexión de la infracción del deber» o, expresado con otras palabras, que el resultado no se habría causado «por imprudencia».

4. Pero con todo lo expuesto hasta ahora todavía no hemos llegado a la principal objeción que hay que formular a la teoría de la evitabilidad, objeción que desconoce cuál es el sentido del «riesgo permitido», entendido como puesta en peligro de un bien jurídico que –si no excede de los límites fijados por ese riesgo– excluye la responsabilidad por imprudencia, aunque la acción peligrosa haya sido causante de un resultado típico.

Y así, por ejemplo y acudiendo al caso del shock anafiláctico, de acuerdo con la *lex artis*, que es la que en el Derecho penal médico marca la frontera entre lo que es –si se observa– una acción permitida y una –si no se observa– prohibida por imprudente, el legislador, *al remitir a dicha lex artis la determinación del contenido de la imprudencia*, pondera los bienes jurídicos en juego, en este caso: la *presen-*

cia real de una grave enfermedad, como lo es la bronquitis asmática (menoscabo en la salud de la paciente), frente a un *cierto riesgo* de que la terapia adecuada para curarla pueda provocar en el paciente un shock anafiláctico. Para hacer frente a este peligro realmente existente, la *lex artis* fija unas pautas, tanto en lo que se refiere a la administración progresivamente creciente de las dosis –desde la inicial de 0,05 cc.–, como a los intervalos máximos de tiempo que deben observarse entre las inyecciones por vía subcutánea de las dosis, y todo ello «con la finalidad de reducir al mínimo las consecuencias que pueden producirse en la administración de hiposensibilizantes» (cuanto más alto sea el nivel de anticuerpos protectores en la sangre menos riesgo de sufrir un shock anafiláctico, y viceversa), es decir: que en esa ponderación se prefiere curar la enfermedad que Sara está *realmente* padeciendo –beneficio–, reduciendo –aunque no eliminando–, al mismo tiempo, y en lo posible, el *riesgo* de que pudiera sobrevenir un shock anafiláctico. Y como ese era el procedimiento idóneo –por ser el menos peligroso–, de acuerdo con el estado de la ciencia al tiempo del inicio de la terapia, ahí, en ese procedimiento, es donde, de acuerdo con la *lex artis*, que es la que determina –cuando se sobrepasa– el contenido de la imprudencia, se fijó el límite del *riesgo permitido* al que se podía someter a la paciente.

La *lex artis* no puede tolerar una terapia al margen de esas dosis escalonadas a partir de la inicial de 0,05 cc. y al margen de los intervalos máximos de tiempo pautados, entre otras razones porque, *si se prescindiera de esa inmunoterapia que, en sus dosis y en su cadencia, es la menos peligrosa*, habría que establecer una *nueva ponderación –que tal vez llevaría a la prohibición de la administración de la vacuna–* entre la realidad del padecimiento actual de bronquitis asmática (*menoscabo de la salud*) y el *peligro, ahora ya mucho más elevado*, de que se desarrollara un shock anafiláctico que amenazaría a la enferma con la *pérdida de la vida*, ya que, obviamente, es preferible estar vivo con bronquitis, que sin bronquitis, pero muerto.

La teoría de la evitabilidad suprime ese papel que desempeña el riesgo permitido en el delito imprudente, porque, al excluir la responsabilidad cuando la acción conforme a Derecho podría haber producido el mismo resultado, desconoce que *pertenece a la esencia* del delito imprudente, cuando éste se manifiesta como una acción infractora del riesgo permitido que provoca un daño típico, que en estos casos la acción correcta no lo es porque no represente ningún riesgo para el bien jurídico protegido: lo es, porque ese riesgo es el jurídicamente tolerado y encierra una posibilidad de lesión de dicho bien jurí-

dico menor (o mucho menor o incomparablemente menor) que aquella otra acción en la que se somete a dicho bien a un riesgo prohibido.

Para la teoría de la evitabilidad, la probabilidad o posibilidad de que la acción que, manteniéndose dentro del riesgo permitido, *hubiera podido causar* el mismo resultado, excluye la imputación objetiva del resultado al autor que lo ha causado con una acción que ha sobrepasado dicho riesgo permitido. Pero es obvio que este entendimiento del delito imprudente no puede ser correcto, porque entonces, y por así decirlo, sería el autor imprudente quien, al margen del Derecho, fijaría *su propio riesgo permitido*, derogando el riesgo permitido establecido por la *lex artis* o por las medidas de prevención de riesgos que se establecen en las normas extrapenales que regulan el ejercicio de actividades peligrosas (normas que regulan la circulación rodada o la construcción de edificios o la explotación de minas o el tráfico aéreo, por ejemplo). Y es que, frente a esta concepción de la teoría de la evitabilidad, hay que oponer que, en tal caso, la prohibición de exceder del riesgo permitido se convertiría en papel mojado, ya que, por definición, y porque encierra también un (aunque mucho menor) peligro de lesión, la acción correcta *siempre* puede causar el mismo resultado.

Cuando hablamos de riesgo permitido y de riesgo prohibido nos estamos refiriendo a dos distintos niveles de posibilidades o probabilidades de que una acción produzca un resultado típico: ejecutando la acción respetuosa del riesgo permitido esas posibilidades están reducidas a un mínimo, mientras que si aquél no se respeta, si lo que se crea es un riesgo prohibido, esas posibilidades o probabilidades son mayores, o mucho mayores, y como, *por lo general*, no es reproducible experimentalmente qué es lo que habría sucedido si se hubiera actuado conforme a Derecho, frente a la *especulación* de que también con la acción correcta podría haber sobrevenido el mismo resultado (una mera especulación, por lo general, de imposible verificación, porque ésta requeriría disponer de unos conocimientos que están fuera del alcance humano), se alza la *realidad incontestable* de que el daño ha sido causado materialmente por una acción cuyo potencial lesivo era superior (o muy superior) al que el Derecho se había declarado supuesto a tolerar.

Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido *siempre* se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo –si bien de

diversa magnitud— de lesión), *nunca* se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico.

La realidad es, por consiguiente, que una acción por encima del riesgo permitido encierra más (o muchas más) probabilidades de causar un daño típico que la correcta. Y como esa acción encierra más probabilidades, y ha lesionado *efectivamente* un bien jurídico, y el ordenamiento jurídico —y precisamente por ello— ha prohibido su ejecución, de ahí que el autor de tal acción no pueda quejarse de que se le castigue por un delito imprudente, porque, si en lugar de ese comportamiento contrario a Derecho, hubiera ejecutado uno conforme con el mismo, al ser el riesgo generado mucho menor (justamente el riesgo que el legislador, después de una ponderación de intereses, está dispuesto a permitir), con un alto índice de probabilidad ese bien jurídico no habría sufrido menoscabo alguno. Si la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no se entiende qué razón puede existir para no castigar las acciones imprudentes cuando su mayor peligrosidad se materializa en las causaciones de resultados típicos, ni cómo puede servir como coartada para no hacerlo la indemostrable especulación de que también una que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido podría haber causado esa lesión, que, ciertamente, también podría haberla causado, pero sometiendo al bien jurídico a una probabilidad mucho menor de menoscabo.

5. Con todo lo expuesto he llegado al final de mi crítica a la teoría de la evitabilidad, cuyo rechazo fundamento en que:

Primero. Con su postulado de incorporar, como nuevo elemento de la tipicidad, que concorra lo que mayoritariamente se domina «conexión de la infracción del deber» —conexión cuya ausencia determina, consecuentemente, la atipicidad de la conducta— está únicamente *describiendo* un grupo de casos caracterizados por que la acción correcta podría haber causado el mismo resultado que realmente causó la imprudente, pero sin *fundamentar* por qué esa conexión debe pasar a constituir un nuevo elemento del tipo.

Segundo. Si, realmente, la «conexión de la infracción del deber» es tan elemento del tipo como lo es la causalidad material entre acción y resultado, entonces no se explica por qué si no consta —según las distintas direcciones de la teoría de la evitabilidad— con una probabilidad rayana en la certeza, o con una mayor o menor probabilidad o posibilidad, que la acción correcta habría producido el mismo resultado que la infractora del deber, debe afirmarse, no obstante, la tipicidad de la conducta imprudente causante del resultado típico, siendo así que esa tipicidad sólo puede afirmarse cuando concurre con seguridad cada uno de sus elementos, lo que en este caso significaría que

lo que debe acreditarse es la certeza de que la acción conforme a Derecho *no* habría causado el mismo resultado.

Y tercero. Cuando la acción imprudente que ha producido el resultado dañoso, lo es porque ha rebasado el riesgo permitido, nunca puede descartarse que la acción alternativa conforme a Derecho, que también representa un peligro menor, o mucho menor, de lesión –aunque sólo fuera con una mayor o menor probabilidad–, no hubiera podido causar el mismo resultado, con lo que el riesgo permitido, en lugar de fijarlo el legislador penal o extrapenal o la correspondiente *lex artis* a la que aquél se remite, se convertiría en papel mojado y lo fijaría –modificando sus parámetros– el mismo autor que siempre podría acudir a la coartada, para fundamentar su absolucón, de que el resultado tampoco se podría haber evitado con la acción correcta.

VII. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL AUMENTO DEL RIESGO

1. La teoría del aumento del riesgo convertiría los delitos de lesión en delitos de peligro

La primera objeción que la teoría de la evitabilidad dirige contra la del aumento del riesgo es la de que ésta convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro.

En este sentido se han manifestado, por ejemplo, *Erbert/Kühl*, quienes escriben (28): «Según la teoría del incremento del riesgo, el concepto central de los delitos de resultado no es la lesión, sino la puesta en peligro de la víctima. La esencia del delito no reside en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, sino en la infracción de una norma de comportamiento que regula el curso social ... Hay que dudar, sin embargo, de que con ello se esté acertando con el sentido de precisamente los delitos de resultado, de que su concepto central sea realmente la puesta en peligro y no, más bien, la lesión de la víctima, de que esos delitos de resultado estén basados en prohibiciones de incremento del riesgo y no en prohibiciones de lesión y de que penalicen la mera infracción de deberes de diligencia. Por consiguiente, la objeción más importante contra la teoría del aumento del riesgo es la de que, *contra legem*, convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro».

(28) EBERT/KÜHL, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, p. 572

Contra esto hay que decir:

En primer lugar, que la objeción de que la teoría del incremento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro debe ser rechazada, porque, si una acción por encima del riesgo permitido causa efectivamente el menoscabo de un bien jurídico, entonces estamos en presencia, no de un peligro para, por ejemplo, la vida, sino de una *lesión real* de ese bien jurídico, es decir: de un delito de lesión: de un homicidio imprudente, cuya indubitada existencia, *porque se ha producido una muerte*, es imposible de poner en cuestión. Para la teoría del incremento del riesgo ciertamente que uno de los requisitos, para que se pueda imputar objetivamente un resultado, es que el bien jurídico protegido *haya sido sometido a un peligro* (por encima del riesgo permitido), pero también exige, *además*, que esa lesión del bien *se haya producido efectivamente*, por lo que es incompresible que se le reproche que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro —siendo así que éstos se caracterizan por poner en peligro, *sin lesionar*, el bien jurídico—, cuando, si no hay lesión real, para la teoría del aumento del riesgo tampoco hay responsabilidad por un daño no-causado (29). La falta de solidez de esta objeción se pone de manifiesto también en que algunos detractores de la teoría del aumento del riesgo rechacen, como crítica válida contra ésta, la de que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro (30).

(29) En el mismo sentido, STRATENWERTH, Gallas-FS, p. 237: «Si, tal como lo exige el asunto, se parte de que el autor ha creado o incrementado precisamente el peligro que ha desembocado realmente en el resultado, entonces ningún proceso causal hipotético puede modificar en nada que al autor no sólo hay que cargarle el peligro, sino también el resultado. El que al autor la existencia de causas sustitutorias pueda beneficiarle de alguna manera, es un asunto distinto. Así consideradas las cosas, en ningún caso puede hablarse de una transformación de delitos de lesión en delitos de peligro». V. también SCHÜNEMANN, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, p. 355: «Porque la teoría del aumento del riesgo, en los delitos de comisión, no lleva a la sustitución, sino a la *complementación* del requisito de la causalidad entre acción y lesión del bien jurídico, y, por consiguiente, no tiene un efecto de ampliación, sino de *limitación* de la punibilidad, y es, por lo demás, perfectamente compatible con el concepto de los delitos de resultado, porque ..., desde el reconocimiento del *riesgo permitido*, ese concepto no consiste obviamente en la evitación de cualquier lesión de bienes jurídicos, sino únicamente en su *reducción* a una medida soportable» (cursivas en el texto original). V., finalmente, KAHLÖ, Das Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen GA 1987, p. 75 n. 35: «También con los criterios de la teoría del aumento del riesgo, por consiguiente, y por ejemplo, el ciclista (ebrio) de la resolución BGH 11, 1 no sólo ha sido puesto en peligro, sino que ha sido matado realmente».

(30) Así, FRISCH, Tastbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, p. 540; ERB, Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Bedeutung

Y, en segundo lugar, que, si con el reproche de que la teoría del aumento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro, lo que se quiere decir es que el *mayor peligro* de menoscabo del bien jurídico que encierra, frente a la acción correcta, la ejecutada por encima del riesgo permitido es lo que justifica que a ésta se le impute el resultado causado, no hay nada que oponer a esa *descripción* que se hace del contenido de la teoría del incremento del riesgo: en efecto, es ese mayor peligro (por encima del permitido) *materializado en una lesión real del bien jurídico protegido* el que fundamenta la punición del comportamiento por, por ejemplo, un homicidio imprudente; pero, por mucho que la acción prudente hubiera podido causar también el mismo resultado (en cuyo caso sería –por haberse mantenido dentro del riesgo permitido– una acción impune), no se alcanza a comprender por qué de ahí habría de derivarse la consecuencia de que, entonces, se estaría convirtiendo a los delitos de lesión en otros de peligro, ya que *el menoscabo de un bien jurídico causado por una acción que excede del riesgo permitido es una definición precisa de lo que es un delito imprudente*.

2. La teoría del aumento del riesgo infringiría el principio *in dubio pro reo*

a) Por lo que se refiere a la infracción del *in dubio pro reo*, lo primero que hay que decir es que los partidarios de la teoría de la evitabilidad, que son quienes dirigen esta objeción contra la teoría del aumento del riesgo, carecen de legitimación para formularla, ya que, como creo haber demostrado supra VI 3, la infracción de ese principio es precisamente una de las críticas de las que no puede escapar la teoría de la evitabilidad, porque, si ésta afirma –como lo afirma– que, si la acción correcta hubiera producido el mismo resultado que la acción imprudente efectivamente ejecutada, quedaría excluida la imputación objetiva al autor del daño causado, entonces sólo si se despeja, *sin duda de ninguna clase* –es decir: con *certeza*– que la acción correcta no habría llevado al mismo resultado, sólo entonces se podrá castigar a quien negligentemente provocó la lesión. Pero a este resultado, el único consecuente con los principios de los que parte la teoría de la

auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991, p. 132: «En primer lugar, hay que sostener que la exigencia de causalidad entre acción y lesión del bien jurídico, como fundamento de la imputación, se mantiene también según la teoría del aumento del riesgo. Qué relación hay que exigir, *además*, no es algo previamente dado, sino que constituye precisamente el problema que hay que resolver en la discusión sobre la conexión de antijuridicidad» (cursivas en el texto original).

evitabilidad, esta teoría no llega en ninguna de sus variantes: se conforma con que sea probable rayano en la seguridad o más o menos probable o sólo posible –es decir: *no con que sea seguro al 100%*– la presencia del elemento *excluyente* de la imputación objetiva de que el comportamiento correcto hubiera causado el mismo resultado, siendo así que, para condenar, debería exigir la certeza de que la conducta conforme a Derecho no hubiera producido la misma lesión que la imprudente efectivamente ejecutada: por consiguiente, la teoría de la evitabilidad aplica, en contra del reo, esa más o menos verosímil duda sobre lo que habría sucedido, interpretando la muy probable o probable o posible *no producción del mismo resultado* por la acción conforme a Derecho «*como si*» hubiera sido segura.

Pero, naturalmente, el hecho de que la teoría de la evitabilidad sea la primera en infringir el principio *in dubio pro reo* no desactiva –si fuera cierta– la objeción de sus partidarios contra la del aumento del riesgo de que ésta también lo hace.

b) La objeción de que la teoría del aumento del riesgo infringe el principio *in dubio pro reo* se fundamenta en lo siguiente: si, según la teoría del aumento del riesgo, procede la absolución siempre que la acción imprudente causante de resultado típico no haya supuesto un peligro mayor de producción del resultado que el que habría encerrado la acción alternativa conforme a Derecho –conforme a Derecho, porque se habría mantenido dentro del riesgo permitido–, entonces, y como esa acción correcta es una hipotética que no ha tenido lugar en la realidad, y como, precisamente por ello, nunca podremos averiguar si esa acción hubiera encerrado el mismo riesgo (permitido) de lesión que la incorrecta efectivamente ejecutada, de ahí que, si la teoría del incremento del riesgo fuera consecuente con el principio de que es a la acusación a la que corresponde la carga de la prueba, tendría que interpretar, en favor del reo –y ante la imposibilidad por parte de la acusación de demostrar si la acción correcta hipotética habría supuesto o no un riesgo igual de producción de resultado que la incorrecta–, que efectivamente la imprudente no habría supuesto un mayor riesgo de lesión que la conforme a Derecho, con lo que en este grupo de casos habría que llegar *siempre* –si se quiere tomar en serio el *in dubio pro reo*– a la absolución del acusado.

Sin embargo, y como ya se ha expuesto, no es ésta la posición de Roxin. En el caso del ciclista, por ejemplo, existía la «alta probabilidad» de que, aun guardando la distancia correcta, el conductor del camión, y debido al estado de embriaguez de aquél, también le habría atropellado, causándole la muerte. No obstante lo cual, Roxin, y ante la duda de si el adelantamiento incorrecto hubiera supuesto o no un

incremento del riesgo permitido, se inclina por la condena del autor y lo fundamenta de la siguiente manera: «Si, a pesar de haber guardado la distancia debida, el ciclista hubiera muerto, entonces en este curso se habría realizado un riesgo como el que reside siempre en un adelantamiento; pero de este riesgo, mediante su autorización, le ha liberado el legislador al conductor, de tal manera que el resultado no sería imputable. En cambio, si el conductor sobrepasa el riesgo permitido, y se produce el resultado como consecuencia del peligro contenido en el adelantamiento, entonces es imputable como realización de un peligro prohibido. No existe ningún motivo para, también aquí, liberar al autor del riesgo y absolverle; porque el límite máximo del riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad. Cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor» (31). Por consiguiente, la tesis de Roxin es extraordinariamente restrictiva (32), en cuanto que sólo niega la imputación objetiva en aquellos supuestos en los que consta, no con una mayor o menor probabilidad, sino *con seguridad*, como en el caso de la novocaína, que, debido a la predisposición física desfavorable del paciente, la acción imprudente había supuesto el mismo riesgo de lesión que la conforme a la *lex artis*: independientemente de si se hubiera administrado la cocaína (prohibida) o la novocaína (permitida), se sabe que en *cualquier caso* se habría producido la muerte.

Que la teoría del aumento del riesgo vulnera el principio *in dubio pro reo* es una crítica que ya formuló en 1969 Ulsenheimer y que, a partir de entonces, se ha utilizado continuamente como argumento contra esta teoría. Según Ulsenheimer, «como Roxin afirma una lesión del deber fundamentadora de la tipicidad siempre que se da un aumento del peligro, y sólo niega la relevancia de la infracción del deber cuando el riesgo de producción del resultado no se ha incrementado, el aumento del riesgo representa una circunstancia, que, bien

(31) ROXIN, AT I, 2006, § 11 n.m. 89. V. también ROXIN, Chengchi Law Review 1994, p. 252: «En el caso del ciclista, en cambio, la aproximación demasiado estrecha del conductor del camión *aumentó el riesgo* para el ciclista y, por ello, hay que imputar al conductor la muerte de aquél, si se sigue mi teoría del aumento del riesgo» (cursivas en el texto original).

(32) Cfr. Arthur KAUFMANN, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Jescheck-FS, 1985, pp. 275-276: «La teoría del aumento del riesgo –al menos en la versión representada por Roxin– lleva en *prácticamente* todos los casos de causalidad hipotética a la condena del autor y, con ello, a una altamente insatisfactoria extensión de la punibilidad (también esto ha de ser considerado un inconveniente)» (cursiva en el texto original).

como elemento de la antijuridicidad bien de la culpabilidad (33), *fundamenta* la punibilidad del autor. Por tanto, pertenece, sin lugar a dudas, a los *presupuestos del delito*, que, según el principio fundamental del proceso penal “*in dubio pro reo*”, y antes de que pueda producirse un pronunciamiento de culpabilidad, debe constar para la convicción del tribunal con una probabilidad rayana en la seguridad. En mi opinión, este principio de la prueba –de general reconocimiento– sería contradicho si una actuación infractora del deber que, posible o probablemente, *no* hubiera aumentado el peligro para el bien jurídico en cuestión, a pesar de esas dudas, fuera calificada de incrementadora del riesgo y, con ello, conforme al tipo de resultado. Esto significaría prácticamente: El aumento del peligro de una actuación imprudente debe ser afirmada mientras no se demuestre su ausencia. Sin embargo, no puede ser aceptada la inversión de la carga de la prueba que con ello se pondría de manifiesto» (34).

(33) Como estamos todavía en los años 60 del pasado siglo, Roxin todavía no había situado el aumento del riesgo como una cuestión a discutir dentro del marco de la imputación objetiva.

(34) ULSHENHEIMER, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen von Fahrlässigkeitsdelikten, JZ 1969, p. 367. Desde entonces la crítica a la teoría del aumento del riesgo, en el sentido de que vulnera el *in dubio pro reo*, aparece continuamente en los escritos de sus detractores. Cfr. SAMSON, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, pp. 47-48 («Como la impunidad del autor sólo se produce cuando el curso hipotético es tan efectivo como el real, cuando, con otras palabras, el curso hipotético hubiera llevado al resultado con absoluta seguridad, la condena depende de si el juez está en situación de averiguar todas las circunstancias. Si tiene dudas sobre si concurría la circunstancia de que el resultado también habría sobrevenido con el curso hipotético, y no se puede esclarecer esta circunstancia, tendría que condenar, a pesar de que la misma circunstancia habría conducido a la absolución si hubiera sido probada ... Con ello se pone de manifiesto que la teoría del aumento del riesgo lleva a una vulneración del principio *in dubio pro reo* siempre que la base del juicio esté centrada sólo en el estado de conocimientos del juez»); SCHLÜCHTER, Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1977, pp. 107-108; la misma, Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitsstatbeständen, JA 1984, p. 676; KRÜMPELMANN, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Bockelmann-FS, 1979, p. 462; EBERT/KÜHL, Jura 1979, p. 572; ERB, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht JuS 1994, p. 455; el mismo, Rechtmässiges Alternativverhalten, 1991, pp. 135-136, 145, 292; WACHSMUTH/SCHREIBER, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit – juristische und ärztliche Aspekte, NJW 1982, p. 2096; Arthur KAUFMANN, Jescheck-FS 1985, p. 277; TOEPEL, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, pp. 153 ss., 171-172; FEIJOO, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 56 n. 119; el mismo, *Teoría de la imputación objetiva*, 2000, p. 35; MORSELLI, *Observaciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva*, La ciencia penal, 2001, p. 397; CADAVID, *El incremento del riesgo como factor de atribución de resultados en la imprudencia*, Nuevo Foro Penal 67 (2005), pp. 64 ss.; KINDHÄUSER, Risikoerhöhung und Risikoverringerung, ZStW 120 (2008), *passim*.

La teoría del aumento del riesgo sigue siendo minoritaria, existiendo, en opinión de Samson (35), «una sospecha inicial de que, previsiblemente, en un futuro no muy lejano tendremos que despedirnos del aumento del riesgo». Si es verdad que tendremos que despedirnos de ella o no, y hasta qué punto está justificada la crítica de que vulnera el *in dubio pro reo* –la otra crítica de que convierte a los delitos de lesión en otros de peligro creo haberla rebatido ya en las anteriores páginas– y, en el caso de que lo esté, si esa crítica puede ser superada mediante una modificación de la teoría del aumento del riesgo, es algo de lo que me voy a ocupar a continuación en el siguiente apartado.

VIII. TOMA DE POSICIÓN

1. Como para resolver el problema del comportamiento alternativo conforme a Derecho, y como en la actualidad sólo existen dos teorías que pueden considerarse vigentes: la del incremento del riesgo y la de la evitabilidad, lo que hay que examinar ahora es si la primera presenta una solución convincente para este grupo de casos, puesto que supra VI ya han sido expuestas las razones por las que la de la evitabilidad no puede ser acogida: porque no ha acertado a explicar por qué la llamada conexión de la infracción del deber ha de ser considerada un elemento del delito imprudente de acción; porque si, no obstante esta falta de fundamentación, la teoría de la evitabilidad mantiene que la conexión de la infracción del deber es un elemento del tipo, tendría que exigir, sobre la base del *in dubio pro reo*, y consecuentemente, para que pudiera condenarse por un delito imprudente, que constase con seguridad –y no con una mayor probabilidad o posibilidad– que la acción alternativa conforme a Derecho *no* habría causado el mismo resultado (36); y, finalmente, porque, al considerar

(35) Hypothetische Kausalverläufe, 2002, p. 598.

(36) La posición de una minoría de sus defensores de negar la conexión de la infracción del deber sólo cuando se puede acreditar que la acción conforme a Derecho hubiera producido el mismo resultado con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza coincide prácticamente, en sus resultados, con la teoría del aumento del riesgo, pues, formulado de otra manera, ello quiere decir que únicamente procede la absolución cuando se ha demostrado que la acción infractora del deber, con certeza o con una probabilidad rayana en la seguridad, no ha aumentado el peligro de lesión encerrado en el comportamiento respetuoso con el riesgo permitido: cfr. ROXIN, ZStW 78 (1966), pp. 215-216: «La teoría desarrollada por mí, según la cual existe siempre un delito imprudente cuando el comportamiento causante del resultado ha traído consigo para la víctima –frente al riesgo permitido– un peligro incrementado, esto es: que una absolución presupone que el hacer prohibido era indiferente, en el

impunes acciones que, rebasando el riesgo permitido, causan un resultado típico, ya que, con una acción que lo hubiera observado, también se podría haber producido el mismo resultado, de hecho esta teoría convierte al riesgo permitido en papel mojado (37), ya que considera no punibles acciones que suponen un peligro mucho mayor de producción del resultado que en comportamientos ejecutados sin rebasar el riesgo tolerado: lo decisivo no es –ni debería ser– que la acción correcta también habría podido producir el mismo resultado (lo que es una verdad de Perogrullo), sino que, al encerrar un menor riesgo de lesión, *podría haberlo evitado*.

2. En el artículo de 1962, en el que formula por primera vez su teoría del incremento de riesgo, Roxin se muestra *demasiado optimista* sobre la posibilidad de despejar la difícil cuestión de si la acción imprudente, frente a la que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Para Roxin, que está operando, entre otros supuestos, con el caso de la novocaína y con el de los pelos de cabra, el problema de si la acción imprudente ha incrementado o no el riesgo (permitido) es «un problema de prueba pericial» (38), un problema, por consiguiente de «apreciación pericial» (39) que puede ser resuelto «de manera científico-experimental» (40). Y ciertamente que en esos dos casos la prueba pericial permite acreditar «de manera científico-experimental» qué habría sucedido si el autor hubiera obrado correctamente: de acuerdo con los conocimientos científicos, y debido a la no reducción

caso concreto, para el riesgo de producción del resultado, lleva en la mayoría de los casos a las mismas soluciones [de quienes sólo admiten la absolución por la acción imprudente cuando consta, con certeza o con una probabilidad rayana en la certeza, que la acción conforme a Derecho habría llevado al mismo resultado]; el mismo, AT I, 4.ª ed., 2006, § 11 n. m. 100: «El RG [en el caso de los pelos de cabra] llegó, sin embargo, a una condena con la fundamentación de que una causalidad del comportamiento del autor sólo puede excluirse “cuando concurre la certeza o una probabilidad rayana en la certeza de que el acontecimiento dañoso también se habría producido cuando no le hubiera precedido el comportamiento culpable” (RGSt 63, 214). Esto es insostenible –dentro del marco de la prueba causal– como inversión de la carga de la prueba, pero, en el resultado, lleva a una aplicación correcta de la teoría del incremento del riesgo».

(37) Riesgo permitido que se ha establecido por el legislador sobre la base de una *ponderación* entre, por una parte, el beneficio de la acción arriesgada para que, por ejemplo, se puedan construir edificios o se puedan llevar a cabo, en las mejores condiciones posibles, intervenciones quirúrgicas y, por otra parte, la reducción al mínimo de las nunca descartables lesiones de bienes jurídicos que pueden sobrevenir aun respetando los límites de dicho riesgo.

(38) ZStW 74 (1962), p. 433.

(39) *Op. cit. loc. cit.*

(40) *Op. cit.*, p. 442

de la glándula timo linfática, la «apreciación pericial» podría haber llegado a la conclusión de que el riesgo de muerte, *dadas las características del paciente*, era idéntico, tanto con la aplicación de la cocaína (infractora de la *lex artis*) como de la novocaína (medicamento indicada), por lo que, al no suponer la inyección de aquel anestésico un peligro mayor que el que se hubiera corrido con la aplicación de este último, y de acuerdo con la teoría del incremento del riesgo, hubiera procedido eximir al médico de responsabilidad criminal (41); y, por lo que se refiere al caso de los pelos de cabra, también parece que puede resolverse científicamente si la acción alternativa conforme a Derecho habría sometido o no a las obreras a un riesgo igual de resultar intoxicadas y muertas, puesto que en este caso, y a diferencia del de la novocaína, y según el informe pericial, sí que la acción imprudente de entregar el material no desinfectado incrementó el riesgo de lesión (42).

Alentado por la aplicación factible a estos dos casos de su teoría del aumento del riesgo –en el sentido de que los conocimientos científicos pueden dar una respuesta inequívoca sobre si la acción alternativa conforme a Derecho, y frente a la acción imprudente, ha aumentado o no el peligro de producción del resultado–, Roxin –y por ello he hablado anteriormente del «optimismo» que manifiesta en su primer artículo de 1962– piensa que en todos los casos que presenta la realidad puede llegarse a una conclusión tan tajante sobre si la acción

(41) Los datos científicos que maneja Roxin, décadas más tarde de dictarse la sentencia –igual riesgo de muerte con la aplicación de la cocaína que con la de novocaína–, no se corresponden con los que, al parecer, estaban vigentes al tiempo de dictarse aquella sentencia (1926): bien porque no se detectó al paciente esa predisposición física desfavorable, bien porque aún no se conocía la ley fisiconatural de que un paciente con la reducción de esa glándula habría sufrido un incidente de narcosis hubiera sido el que fuera el anestésico empleado, los tribunales alemanes partieron de la base de que *no era seguro* que la víctima hubiera estado sometido *al mismo peligro de muerte* si se le hubiera aplicado novocaína: cfr. EXNER, Frank-FG I, 1930, pp. 587-588: «Ciertamente que para el tribunal constaba que el paciente había muerto como consecuencia de la inyección de cocaína y que lo pericialmente correcto hubiera sido emplear novocaína; pero los peritos no pudieron decir con seguridad cuál habría sido el resultado con el empleo de novocaína; *tal vez* el paciente también habría muerto en este caso. A la vista de este dictamen, la primera instancia absolvió al médico acusado. Pero el RG revocó la sentencia y declaró: “*Sólo cuando se hubiera constatado que, por lo demás y bajo las mismas circunstancias, con la aplicación de la novocaína la muerte se habría producido también con seguridad o con una probabilidad rayana en la certeza*, no concurriría una acción punible. Ciertamente que también en este caso se daría una relación de causalidad entre el comportamiento del agente y la muerte del niño, pero entonces no se le podría hacer culpable al acusado de la consecuencia de su acción” (RG I D 555/26» (cursivas en el texto original).

(42) Cfr. supra n. 13.

imprudente ha aumentado o no el riesgo de lesión. Y así, en el caso del ciclista, Roxin se abstiene de dar una solución definitiva, achacando ese su non liquet, no a la *imposibilidad objetiva* de determinar si el riesgo creado por la acción imprudente era igual al que habría generado la correcta, sino a que el tribunal de instancia no *investigó suficientemente* –si lo hubiera hecho, lo habría podido determinar– el grado de peligro de lesión encerrado en el comportamiento alternativo conforme a Derecho: «Cómo hubiera sido la decisión correcta en el caso del ciclista, juzgado por el Bundesgerichtshof», escribe Roxin (43), «no puede decirse con última seguridad de acuerdo con el supuesto de hecho tal como se nos ha comunicado. Sólo se nos dice que el accidente, según la convicción del tribunal, también habría acaecido con “alta probabilidad” con el comportamiento reglamentario. Aquí todo dependería de si con él el riesgo se hubiera disminuido –entonces procedería la condena– o de si hubiera tenido la misma dimensión –entonces se tendría que haber absuelto-».

De estas afirmaciones de Roxin se deduce que éste no parece ser consciente de que existen casos en los que, *en virtud de la concurrencia de una circunstancia especial* –y ello es lo que sucede en el caso del ciclista–, surge la duda –no esclarecible científicamente– de si la acción imprudente representaba, *también en abstracto*, un peligro mayor o igual de producción del resultado que la correcta.

3. De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, y manejando supuestos de hecho jurisprudenciales a los que ya hemos hecho referencia, y por lo que se refiere a la determinación o determinabilidad de si la acción imprudente, frente al comportamiento correcto, ha aumentado el riesgo de lesión, pueden establecerse los tres siguientes grupos de casos.

a) En primer lugar, aquéllos en los que, tomando en consideración todas las circunstancias, se llega a la conclusión de que las razones que, *en abstracto*, llevaron al establecimiento de los límites del riesgo permitido –mayor peligro de la acción que lo rebasa que no de la que se mantiene dentro de sus márgenes– *se reproducen y concurren también en el caso concreto*. De este grupo puede servir, como ejemplo, el caso de la vacuna para controlar el asma: la prohibición de la administración de una dosis de 0,4 cc. –porque, *en general*, representaba un mayor peligro de lesión que la dosis permitida de 0,05 cc.– *conserva toda su vigencia en el caso concreto*, ya que no existe ningún indicio de que, *en la aplicación a la paciente individual Sara*, no siguiera concurriendo también un mayor peligro de desarrollo de un

(43) *Op. cit.*, p. 434. V. también el mismo, ZStW 78 (1996), p. 221.

shock anafiláctico si se le administraba la dosis prohibida en lugar de la correcta. Para la teoría de la evitabilidad –en su vertiente más laxa de que, para la absolución, basta la mera posibilidad de que el comportamiento conforme a Derecho también podría haber producido la lesión–, en este caso habría que absolver a la enfermera, porque no se puede descartar que la dosis correcta no hubiera causado el mismo resultado. Para la teoría del incremento del riesgo, en cambio, como la administración de la dosis vacunal por encima del riesgo permitido *aumentó* –frente a la dosis correcta– *el peligro de lesión*, la enfermera debe responder –como también apreció la AP de Salamanca– por un homicidio imprudente.

b) El segundo grupo de casos está integrado por aquellos supuestos en los que el criterio del riesgo permitido, cuyos límites se han establecido *en abstracto*, distinguiendo la acción respetuosa con el riesgo permitido –y que entraña los peligros que la ley está dispuesta a asumir– de la que lo infringe, y que representa un mayor peligro de menoscabo de bienes jurídicos que aquella, *ese criterio quiebra en el caso concreto, ya que, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ese supuesto determinado, y debido a la presencia de una variante no prevista al establecer los límites generales del riesgo permitido*, se llega a la *indubitada conclusión* de que la acción imprudente no ha supuesto un mayor peligro de producción del resultado que la que exigía la diligencia debida, esto es: de que *no ha habido un incremento del peligro de menoscabo del bien jurídico protegido*. Un ejemplo claro de este segundo grupo de casos es el de la novocaína, en el que, debido a las circunstancias particulares concurrentes en ese supuesto determinado, a saber: debido a la no reducción en el paciente de la glándula timo linfática, la anestesia con la novocaína habría llevado *al mismo resultado letal* que produjo la aplicación de la (médicamente no indicada) cocaína. Para la teoría del aumento del riesgo –y precisamente porque aquí no ha habido tal aumento del riesgo– falta la imputación objetiva del resultado y procede, por ello, la absolución del autor. (Como ya he indicado, *sólo* en este grupo de casos coinciden la solución absolutoria de la teoría del aumento del riesgo y la de la evitabilidad, porque si para ésta basta la mayor o menor probabilidad o posibilidad de que el mismo resultado se habría producido con el comportamiento correcto, con mayor motivo debe regir lo mismo cuando esa probabilidad o posibilidad ha devenido en certeza).

c) Frente al primer grupo de casos, en los que *conserva toda su vigencia en el supuesto de hecho concreto* el principio general del riesgo permitido de que la acción ejecutada por encima del riesgo permitido representa un peligro mayor de lesión que la acción que lo

respetar, *porque no concurre ninguna circunstancia especial* que desvirtúe que la acción prohibida (administrar una dosis vacunal de 0,4 cc. al paciente asmático) encierra efectivamente un riesgo de menoscabo del bien jurídico superior (o muy superior) al que habría supuesto la ejecución de la acción correcta (administración de una dosis de 0,05 cc.), y frente al segundo grupo de casos, en los que *la regla abstracta sobre los límites establecidos del riesgo permitido* (el anestésico prohibido cocaína es, en general, más peligroso que el permitido novocaína) *quiebra en el caso concreto, porque concurre una circunstancia especial* (la no reducción de la glándula timo linfática) que *equipara los riesgos* de la conducta prohibida y de la permitida (la novocaína habría sido igual de peligrosa para el bien jurídico lesionado que la cocaína realmente aplicada), el tercer –y último– grupo de casos, que ahora paso a estudiar, se caracteriza por que, a diferencia del primer grupo, *sí que concurre una circunstancia especial*, pero –y en esto se distingue del segundo– no se puede determinar con la *seguridad* con la que se ha llegado, por ejemplo, en el caso de la novocaína, si dicha circunstancia ha condicionado que la acción imprudente haya supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido.

4. A este tercer grupo de casos pertenece el caso del ciclista, en el cual concurre una circunstancia especial (la embriaguez del ciclista), en virtud de la cual no se puede establecer con seguridad si dicha circunstancia ha convertido o no en *igual de peligrosas* las acciones prohibida y permitida.

Como ya he descrito anteriormente, en el supuesto de hecho del auto del BGH 11, 1 ss. (de 25 de septiembre de 1957) –«tal vez la más famosa, pero, con seguridad, la resolución del BGH que ha sido comentada con más frecuencia» (44)– el conductor del camión adelantó a un ciclista con una distancia lateral de 75 cm. –en lugar de la reglamentaria de entre 1,5 y 2 m. prevista en Alemania y que coincide con la prescrita por nuestro Reglamento General de la Circulación (RGC) (45)–, cayendo aquél bajo las ruedas delanteras del remolque que estaba acoplado al camión, lo que le produjo la muerte instantánea. El ciclista tenía, en el momento del accidente, una tasa de alcohol en la sangre de 1,96 o/oo, como pudo verificarse por la correspon-

(44) PUPPE, Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung, ZJS 5/1998, p. 495.

(45) El art. 85.4 RGC establece que «[c]uando se adelante fuera de poblado ... un vehículo de dos ruedas... la separación lateral no será inferior a 1,50 metros». La misma regla de «al menos 1,5 metros» es la que se establece en la reciente Ley de 2015 sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

diente extracción que se le hizo al cadáver. En las distintas instancias alemanas que entendieron del caso se dio por probado que, «con una alta probabilidad», el accidente mortal también se habría producido aunque el acusado se hubiera comportado conforme al deber. El BGH, como los restantes tribunales inferiores, llegó a esa conclusión «en coincidencia con la probabilidad afirmada por el perito de que el ciclista, al principio, no percibió el ruido del motor del camión y de que después, de repente, cuando se dio cuenta de ello, sufrió un intenso susto, reaccionó bruscamente, girando su bicicleta, de manera absolutamente desordenada e irrazonable, hacia la izquierda, un comportamiento que es característico de ciclistas fuertemente ebrios».

Roxin, tras sus dudas iniciales (46), mantiene que, en contra de los acordado por el BGH, el conductor del camión debería haber sido condenado por un homicidio imprudente, «porque el límite máximo de riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad. Cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor» (47).

5. Permítaseme, antes de tomar posición de una manera definitiva, volver un momento a la teoría de la evitabilidad: la objeción más grave –que no la única– que hay que formularle es la de que, para ella, quien fija el riesgo permitido no es el legislador –o las normas de la *lex artis* a las que éste se remite para interpretar qué es lo que debe entenderse por «diligencia debida»–, sino, a su propio arbitrio y conveniencia, el mismo autor del homicidio o de las lesiones imprudentes. Y así, en el caso del shock anafiláctico, en el que la enfermera administró una dosis de 0,4 cc., en lugar de la medicamente indicada de 0,05 cc., si variamos el supuesto de hecho de la sentencia de la AP de Salamanca en el sentido de que la dosis administrada hubiera sido mucho menor –pero también prohibida– de 0,1 cc., y con esta dosis se hubiera producido también la muerte de la niña, es obvio que la intolerancia del paciente en relación a la inyección de una vacuna que ya se aproxima –sólo la supera en 0,05 cc.– a la dosis permitida, puede hacer pensar que incluso con una cantidad de 0,05 cc. también se habría producido el desenlace letal, es decir: que la acción correcta *probablemente* habría producido el mismo resultado. Pero si, como quiere la teoría de la evitabilidad, en un caso así hubiera que propugnar la absolución de la enfermera, entonces el índice de peligro de producción del shock anafiláctico que el legislador –con remisión a la *lex artis*– estaba dispuesto a asumir, para obtener la ganancia de tratar al niño de su asma, sería enmendado y derogado por la propia autora

(46) Cfr. supra nn. 15 y 16.

(47) ROXIN, AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. m. 89.

y en su propio beneficio. Aquí lo decisivo, en contra de la teoría de la evitabilidad, no es que la acción correcta hubiera podido causar también, hipotéticamente, el mismo resultado, *sino que la acción correcta, por encerrar un menor riesgo de lesión, podría también –asimismo hipotéticamente– haberlo evitado*. Como no podemos reproducir, por ser objetivamente imposible, cuál habría sido el resultado de la acción correcta, no sabemos tampoco si la muerte habría sobrevenido en cualquier caso, pero lo que sí sabemos es que, si se hubiera ejecutado, la paciente habría tenido más chances de sobrevivir, lo que constituye precisamente el sentido del riesgo permitido: someter al bien jurídico protegido –dado que, por definición, algún riesgo encierra siempre la acción correcta– a un menor peligro de lesión: no es posible determinar si la acción alternativa conforme a Derecho habría producido el mismo resultado, pero lo que sí que es fijo es que no habría sometido a la vida de la menor Sara al mismo riesgo de lesión que le ha hecho correr –materializándose, desgraciadamente en el resultado muerte– la acción imprudente y que, por consiguiente, con la acción correcta la niña *tal vez* habría salvado la vida de la que le privó el comportamiento infractor del deber.

Todavía sin movernos del Derecho penal médico, existe una objeción contra la teoría de la evitabilidad que Roxin formuló ya en su escrito pionero (48) y que, con toda razón, no ha cesado de repetir a lo largo de más de medio siglo: «Porque el legislador debe aferrarse a la obediencia la norma de cuidado también –y precisamente allí– donde su observancia incrementa claramente la chance de la conservación del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad. Cuando el cirujano, en una operación de riesgo médicamente indicada, provoca la muerte del paciente, a consecuencia, por ejemplo, de un grosero fallo técnico, según la opinión contraria [la de la teoría de la evitabilidad] debería quedar impune, porque no se podría excluir la posibilidad de un resultado mortal en una operación llevada a cabo conforme a la *lex artis*. Esto significaría una renuncia a cualquier exigencia del cuidado debido precisamente allí donde se exige un cuidado especialmente riguroso. La sentencia del BGH StrV 1994, 25, en cambio, absuelve de la causación de la muerte en un tratamiento médico incorrecto, si no es seguro que el paciente habría vivido más tiempo con un tratamiento efectuado conforme a la *lex artis*. Sin embargo, lo correcto es que, para una imputación del resultado, basta con que el fallo técnico haya incrementado el riesgo» (49).

(48) ZStW 74 (1962), p. 434.

(49) ROXIN, AT I, 4.^a ed., (2006), § 11 n. m. 91. V. también ROXIN, ZStW 74 (1962), p. 422: «O, piénsese en la constelación –de importancia práctica– de que un

Contra esta argumentación de Roxin ha opuesto Frisch: «Quien estime inadecuada la consecuencia de la impunidad, en el campo de la imprudencia, en graves infracciones del deber –por ejemplo, en el comportamiento groseramente deficiente de un cirujano–, deberá buscar la solución fuera de los delitos de resultado; por ejemplo, en la penalización de determinados comportamientos groseramente deficientes. Lo que no es aceptable es tratar toda la imputación del resultado para poder aprehender tales casos puntuales» (50). Y en el mismo sentido de Frisch se manifiesta Jakobs (51) cuando escribe: «Cuando la aplicación equivocada de un medicamento lesiona con seguridad, pero la correcta también lo hace en raros casos, no puede convencer la limitación de la responsabilidad a la responsabilidad por tentativa –lo que, en los delitos imprudentes significa ausencia de responsabilidad-. La solución correcta no reside, sin embargo, en la teoría del incremento del riesgo, sino en una ampliación de la responsabilidad de intentos peligrosos concretos en los casos de peligros masivos. Ello debe suceder mediante la creación de tipos especiales».

Por consiguiente, lo que confirman tanto Frisch como Jakobs es que, según la teoría de la evitabilidad –y en oposición a lo que mantiene la teoría del incremento del riesgo–, habría que absolver al cirujano que, en una operación de alto riesgo ejecutada imprudentemente, causa la muerte del paciente, siempre que se pueda afirmar que lo mismo podría haber sucedido aunque la operación se hubiera ejecutado conforme a la *lex artis*. Pero, por lo que se refiere al Derecho vigente, esa solución absolutoria –en contradicción con la práctica generalizada de los tribunales y con el sentido (común) de la justicia– no debería de preocuparnos demasiado, así se nos dice, ya que sólo afecta a «casos puntuales», afirmación de Frisch que debe ser rechazada: en primer lugar, porque, por muy pocas veces que se presenten, también los «casos puntuales» deben recibir una solución satisfactoria y, en segundo lugar, porque ni siquiera es cierto que esos casos de imprudencia quirúrgica sean puntuales, sino que, muy al contrario,

medico, a consecuencia de un fallo técnico grosero, provoca la muerte del paciente. ¿Debería liberarse de toda responsabilidad con la indicación de que, teniendo en cuenta la dificultad del caso, de cualquier manera una operación llevada a cabo conforme a la *lex artis* posiblemente habría llevado también a la muerte? No creo que tal suposición sea sostenible. Porque, según ello, y como la mayoría de las operaciones no están ausentes de riesgo, podría prescindir confiadamente de todas las medidas de cuidado; difícilmente podría rebatirse la objeción de que, en cualquier caso, las cosas también podrían haber salido mal».

(50) FRISCH, Tatbestandsmässiges Verhalten, 1998, p. 546.

(51) JAKOBS, AT, 2.ª ed., 1991, 7/102. V. también FEIJOO, *La teoría*, 2000, p. 41 n. 91.

están, desgraciadamente, a la orden del día, tal como pone de manifiesto un seguimiento, aunque sólo sea superficial, tanto de la jurisprudencia del TS como de los tribunales inferiores, sentencias en su mayoría condenatorias, sin más, por homicidios o lesiones imprudentes, *sin que los magistrados se suelen plantear –como tampoco lo hicieron los magistrados del caso del shock anafiláctico– la pregunta de qué es lo que habría sucedido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, ni si de la respuesta a esta pregunta debe depender la absolución o la condena del autor*. Como ni Frisch ni Jakobs parecen quedarse muy tranquilos con su solución de eximir de toda responsabilidad al cirujano imprudente que causa resultados lesivos, ambos proponen, *de lege ferenda*, la creación de tipos de peligro que sancionen las operaciones ejecutadas infringiendo la *lex artis*; pero tampoco esta segunda línea de defensa de la teoría de la evitabilidad puede convencer: en primer lugar, porque, aunque a consecuencia de esas intervenciones quirúrgicas contrarias a la *lex artis* se causaren muerte o lesiones de los pacientes, si en un futuro se introdujeran en los Códigos Penales esas modificaciones que proponen *Frisch y Jakobs*, el cirujano nunca respondería por esos resultados lesivos, sino sólo por un delito de peligro, y, en segundo lugar, porque, como el legislador no está ahí para salvar los pocos muebles que le quedan por salvar a la teoría de la evitabilidad, en ninguna parte existen movimientos de reforma legislativa dirigidos a crear tipos penales que sancionen –como delitos de peligro, que no de lesión– las intervenciones quirúrgicas imprudentes con resultados lesivos.

6. Frente a la teoría de la evitabilidad, y como vamos a ver a continuación, la del aumento del riesgo no sólo supera todas las objeciones que hemos dirigido contra aquélla en páginas anteriores, sino que está también en situación de fundamentar los resultados a los que llega, algo que nunca ha hecho la teoría de la evitabilidad, la cual, prescindiendo de afirmaciones apodícticas, jamás ha conseguido explicar satisfactoriamente cuál es la razón última por la que en los delitos imprudentes hay que exigir esa «misteriosa conexión de la infracción del deber». Si, introduciendo una variante en la sentencia del BGH 11,1, el conductor del camión adelanta a un ciclista que se encontraba *sobrio, y no ebrio*, como en el supuesto de hecho de aquella sentencia alemana, efectuando la maniobra con una distancia anti-rreglamentaria de 0,75 m. –en lugar de la permitida de 1,5– y le atropella y le mata, como esa maniobra encierra siempre un cierto peligro, nadie nos puede garantizar que, en el caso concreto, no se habría producido el mismo resultado, aunque la separación entre el camión y la bicicleta hubiera sido la correcta y aunque el ciclista no

hubiera probado ni una gota de alcohol; y, no obstante esa inseguridad sobre lo que habría sucedido si se hubiera observado la distancia reglamentaria, la condena por un homicidio imprudente estaría plenamente justificada: en primer lugar, porque el conductor del camión habría sometido a la víctima a un riesgo de lesión *mayor* que el que hubiera corrido si se hubiera efectuado la maniobra reglamentariamente, *riesgo mayor* que se ha materializado, efectivamente, en la producción del resultado típico, siendo así que el Derecho penal está ahí para proteger bienes jurídicos, protección que, naturalmente, es más eficaz cuanto menor sea el peligro al que se somete a esos bienes jurídicos; y, en segundo lugar, porque lo decisivo no es, en contra de lo que cree la teoría de la evitabilidad, que con la acción correcta se podría haber producido el mismo resultado, sino que éste –en cuanto que las posibilidades de causación habrían sido menores– *se podría haber evitado*.

Cuando el legislador fija el riesgo permitido –bien directamente mediante normas penales o extrapenales, bien mediante una remisión a la correspondiente *lex artis*–, lo hace, obviamente, porque, *en general*, la acción ejecutada con observancia del riesgo tolerado (la prudente) presenta menos peligros de lesión del bien jurídico que aquella otra que lo sobrepasa (la imprudente), fijándose los límites de ese riesgo permitido, tal como ya he expuesto anteriormente, después de una ponderación efectuada por el legislador que tiene en cuenta tanto el inconveniente de *permitir* una cierta amenaza de lesión, como los beneficios (sociales, económicos, industriales, médicos o puramente de esparcimiento, entre otros) que pueden reportar tales comportamientos arriesgados, comportamientos que sólo son penalmente lícitos si no se altera la relación: riesgo de lesión-beneficio concreto que se puede alcanzar con su ejecución. El único legitimado para llevar a cabo esa ponderación es el legislador y el autor de una conducta imprudente causante de un resultado lesivo ni está legitimado –ni es quien– para modificar los límites legales del riesgo permitido, apelando, tal como en el fondo hace la teoría de la evitabilidad, a que el resultado también se podría haber producido –*lo decisivo es que también se podría haber evitado*– con la acción correcta, para, de esta manera, alcanzar la impunidad.

Pero, como acabo de señalar, el establecimiento de los límites del riesgo permitido se hace de manera *abstracta*: por ejemplo, en el caso de la novocaína obviamente ésta presentaba, *en general*, un menor riesgo de provocar algún daño que la cocaína, y por ello la administración de aquella estaba permitida, mientras que la de ésta suponía una infracción del deber de diligencia. Pero si, *debido a la concurrencia*

de una circunstancia especial –en el caso de la novocaína, debido a la no reducción en el paciente de la cláusula timo linfática–, se llega a la conclusión de que, *excepcionalmente*, el peligro de lesión era *idéntico*, independientemente de que se hubiera inyectado el anestésico prohibido o el que exigía la *lex artis*, entonces desaparecen las bases de la ponderación que, con remisión a la *lex artis*, ha efectuado de *manera genérica* el legislador, porque, si la administración de la novocaína encierra un peligro de lesión igual al de la cocaína, *entonces desaparece el motivo que ha llevado a la prohibición de aplicar este producto*, ya que la razón de esa prohibición –la del mayor peligro– deja de tener vigencia en el caso concreto: el motivo de la prohibición era evitar un riesgo mayor al permitido, pero si, con la administración (imprudente) de la cocaína, ese riesgo, por las circunstancias del caso concreto, no se ha superado, entonces el autor tampoco ha sometido la vida del paciente a un peligro mayor del que el legislador estaba ya dispuesto a asumir como legítimo, o, con otras palabras: porque, aunque sea por casualidad, la acción imprudente, paradójica y excepcionalmente, no ha sobrepasado el riesgo permitido y, como no la ha sobrepasado, debe considerarse también permitida.

7. En defensa de su teoría, Roxin (52) alega también que, si la acción imprudente ha creado un riesgo igual al que hubiera generado la correcta, entonces la punición de aquélla –y la impunidad de ésta– desembocaría en un *versari in re illicita*. Pero este ulterior argumento a favor de la teoría del aumento del riesgo no me parece decisivo, porque la razón (mejor, la sinrazón) del *versari in re illicita* (53) reside en hacer responsable al autor, cuando la acción inicial fue ilícita, aunque el resultado se haya causado *sin dolo ni imprudencia*. Y que, por ejemplo en el caso de la novocaína, fue imprudente la administración de la cocaína causante de la muerte del paciente, no admite discusión: de lo que se trata precisamente es de argumentar por qué, *a pesar de ser imprudente*, no obstante, y como acertadamente fundamenta la teoría del aumento del riesgo, no hay responsabilidad penal.

8. Anteriormente (supra VII 1) ya se ha rebatido la objeción dirigida por la teoría de la evitabilidad contra la del aumento del riesgo de que ésta convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro. Pero aquélla ha formulado contra ésta una segunda objeción (supra VII 2) sobre cuya solidez aún no me he pronunciado: la de que infringe, además, el principio *in dubio pro reo*.

(52) Cfr. ZStW 74 (1962), p. 432.

(53) Sobre el contenido del *versari in re illicita* y, en general, de la responsabilidad por el resultado, cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 (2007), pp. 179 ss.

Esta segunda objeción carece de fuerza de convicción cuando se formula en relación con el primer grupo de casos que hemos descrito supra 3 a), es decir: en aquellos casos en los que «tomando en consideración todas las circunstancias, se llega a la conclusión de que las razones que, *en abstracto*, llevaron al establecimiento de los límites del riesgo permitido –mayor peligro de la acción que lo rebasa que no de la que se mantiene dentro de sus márgenes– se reproducen y concurren también en el caso concreto», grupo de casos del que hemos puesto como ejemplo el del shock anafiláctico. Como en ese supuesto no existe ninguna circunstancia que permita poner en cuestión que la inyección imprudente de 0,4 cc. de dosis vacunal suponía un peligro mayor de desarrollo del shock que la medicamente indicada de 0,05, es decir: como el mayor riesgo de lesión de la dosis prohibida, frente a la permitida, fue el que llevó al legislador –con remisión a la *lex artis*– a establecer, de manera general, los límites del riesgo permitido, y como esos límites establecidos de manera abstracta siguen teniendo vigencia en el caso concreto –la víctima habría tenido más posibilidades de supervivencia si se le hubiera administrado la dosis correcta– no existe motivo alguno para no calificar la conducta de la enfermera de un homicidio imprudente.

La única duda que existe es la de si la menor pudiera haber fallecido también con el comportamiento alternativo conforme a Derecho de habersele administrado la dosis correcta de 0,05 cc.; pero esa duda, por mucho que lo sea para la teoría de la evitabilidad, es jurídicamente irrelevante para la teoría del aumento del riesgo: para ésta, lo único determinante es si, en el caso concreto, la dosis imprudente sobrepasó los límites del peligro (permitido) y como, en efecto, los sobrepasó, *no existe incertidumbre alguna* sobre la circunstancia de que ha concurrido un incremento del peligro, que es precisamente el criterio del que la doctrina del aumento del riesgo hace depender la responsabilidad del autor. Con otras palabras: En este primer grupo de casos (del que puede servir de ejemplo el del shock anafiláctico) la teoría del aumento del riesgo, cuando llega a la conclusión de que el autor debe responder por un homicidio imprudente, no incurre en infracción alguna del principio *in dubio pro reo*, ya que –si bien no sabemos si la acción correcta, probable o posiblemente, podría haber producido el mismo resultado– *de lo que no existe duda alguna* es de que, con la imprudente, se ha incrementado el riesgo (permitido) de lesión y de que ese riesgo incrementado (generado por el autor) ha desembocado efectivamente en la producción del resultado típico.

Por consiguiente y resumiendo: Cuando la teoría de la evitabilidad objeta a la del aumento del riesgo que la aplicación de ésta supone una

infracción del *in dubio pro reo*, lo hace sobre la base de querer imponer a esta última su propia concepción del delito imprudente, desconociendo, con ello, que la teoría del aumento del riesgo parte de una concepción distinta de la de aquélla. Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero, como ya he indicado, esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido *siempre* se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo –si bien de diversa magnitud– de lesión), *nunca* se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico.

La teoría del aumento del riesgo, en cambio, *niega toda relevancia a la circunstancia de que, hipotéticamente, la acción correcta también podría haber causado el mismo resultado*; y, como lo niega, no es que afirme que, aunque exista una duda, hay que partir, en contra del reo, de que esa acción correcta no habría causado el mismo resultado: lo que afirma es que, aunque tal vez también podría haberlo causado, ello no modificaría en nada –no excluiría– la imputación objetiva del resultado al causante imprudente de aquél, siempre y cuando *conste* que, en el caso concreto, la acción correcta no ejecutada representaba un riesgo menor (justamente, el permitido) de provocar el resultado lesivo efectivamente causado por el imprudente.

Frente al primer grupo de casos, como el del shock anafiláctico, que acabamos de examinar, y respecto del cual creo haber demostrado que la teoría del aumento del riesgo no incurre en ninguna infracción del principio *in dubio pro reo*, y frente al segundo grupo [supra 3 b)], en el que está acreditado *con seguridad*, tal como sucede en el de la novocaína, que, en virtud de la concurrencia de una circunstancia especial –la no reducción de la glándula timo linfática del paciente–, tanto la acción correcta como la imprudente habrían producido el mismo resultado, lo que excluye igualmente que pueda haber vulneración de aquel principio –porque existe *certeza* de lo que habría sucedido si se hubiera ejecutado el comportamiento conforme a Derecho–, en este trabajo he construido un tercer grupo [supra 3 c)], del que puede servir como ejemplo el del ciclista, caracterizado por que, a diferencia del primer grupo, *sí que concurre una circunstancia especial*, pero –y en esto se distingue del segundo– no se puede determinar con la *seguridad* con la que se ha llegado en el caso de la novocaína, si dicha circunstancia ha condicionado que la acción imprudente haya

supuesto un riesgo mayor o igual que el que hubiera representado la acción ejecutada dentro de los márgenes del riesgo permitido.

9. Y es en este tercer grupo de casos donde la teoría del incremento del riesgo necesita, efectivamente, una corrección. Ciertamente que, en el caso del ciclista, *si éste no se hubiera encontrado ebrio*, y se le hubiera adelantado con una distancia antirreglamentaria de 0,75 m., siendo atropellado y muerto por el camión conducido por el autor, no se podría haber excluido que, con un adelantamiento con la distancia reglamentaria de 1,5 m –y porque esa maniobra también encierra un cierto peligro–, no se hubiera podido producir el mismo resultado. Pero, como ya he repetido, para la teoría del aumento del riesgo ello no varía en nada la calificación de la conducta como un homicidio imprudente, porque la conducta antirreglamentaria ha supuesto un peligro mayor de lesión que la correcta y porque lo que el Derecho penal persigue es no someter a los bienes jurídicos a un riesgo superior (del permitido) del que es estrictamente necesario.

Lo que sucede es que en el caso de la sentencia del BGH 11,1 *concorre una circunstancia especial*, a saber: la embriaguez de aquél, *que hace surgir la duda de si, en ese caso concreto, el adelantamiento antirreglamentario creó un riesgo mayor de producción del resultado que el que habría corrido la víctima si, mediante un adelantamiento no infractor del deber, se hubiera observado el riesgo permitido*. Ciertamente que este supuesto no es como el de la novocaína, donde la concurrencia de una circunstancia especial (no reducción de la glándula tímica) permite determinar *con seguridad* el no aumento del riesgo permitido de la acción imprudente frente a la correcta, pero tampoco lo es como el del shock anafiláctico, donde se reproducen en el caso concreto las razones que, en abstracto, llevaron a concluir que cualquier dosis que excediera del 0,05 de la vacuna rebasaba el riesgo permitido.

En el caso del ciclista, en cambio, y según se expone en el dictamen pericial, «el ciclista, al principio, no percibió el ruido del motor del camión y... después, de repente, cuando se dio cuenta de ello, sufrió un intenso susto, reaccionó bruscamente, girando su bicicleta, de manera absolutamente desordenada e irrazonable, hacia la izquierda, *un comportamiento que es característico de ciclistas fuertemente ebrios*» (cursivas añadidas). De ese dictamen, por consiguiente, no sólo se deduce que el atropello también se podría haber producido si el conductor del camión hubiera guardado la distancia correcta –esa posibilidad, irrelevante para la teoría del aumento del riesgo, habría existido también aunque en ciclista se hubiera encontrado sobrio–, sino lo que hay que poner en cuestión es si, efectiva-

mente, el adelantamiento (imprudente) guardando una distancia de sólo 0,75 m. aumentó, frente a la acción correcta (separación entre el camión y la bicicleta de 1,5 m.) el riesgo (permitido) de producción del resultado. Porque si, como establece el perito, los conductores fuertemente ebrios sólo perciben el ruido del motor en el momento del adelantamiento, lo que genera en ellos una reacción de pánico que les lleva a girar la bicicleta, desordenada e irrazonablemente, hacia la izquierda esto es: hacia el vehículo que está efectuando la maniobra de adelantamiento, entonces surge la duda de si fue *indiferente* para la producción del resultado la menor (imprudente) o mayor (reglamentaria) distancia con la que se hubiera adelantado al ciclista, es decir: surge la duda de si las razones que han llevado al legislador a establecer, *de manera general*, que en los adelantamientos de ciclistas se debe guardar una distancia de 1,5 m. –porque, si ésta se guarda, existe un *riesgo menor* de accidentalidad que si se observa una separación inferior– sigue teniendo vigencia *en este caso concreto, en el que concurre la circunstancia especial de la embriaguez del ciclista* y, por ello, y dada la tendencia de ciclistas en tales condiciones (condiciones que obviamente también influyen sobre sus posibilidades de mantener el equilibrio) a dirigir su vehículo hacia la izquierda, ante el susto repentino que les provoca el ruido del motor, no antes, sino precisamente en el momento del adelantamiento, aquél, sí o sí, habría acabado bajo las ruedas del remolque del camión. Ciertamente que, como escribe Roxin, que en este caso se inclina por la condena del camionero por un homicidio imprudente, «el límite máximo de riesgo tolerable se establece mediante la distancia legal de seguridad» y que «cualquier aumento de ese riesgo hace caer las consecuencias sobre el autor» (54); pero este es el riesgo permitido que se establece en abstracto *para la generalidad de los casos*, de la misma manera que, para la generalidad de los casos también, el límite máximo de riesgo tolerable se había establecido, en el caso de la novocaína, en la administración de este anestésico, rechazándose el de la cocaína que, en abstracto, significaba un riesgo mayor que el encerrado en la novocaína de que pudiera sobrevenir un «incidente de narcosis». Sin embargo, y así como, en concreto, la concurrencia de la circunstancia especial de la no reducción de la glándula timo linfática en el paciente altera los datos sobre los que se ha basado la ponderación genérica del riesgo permitido de que la cocaína es más peligrosa que la (medicamente indicada) novocaína, así también, en el caso del ciclista, y debido a otra circunstancia especial (en este caso, a la intensa embriaguez del

(54) AT I, 4.^a ed., 2006, § 11 n. m. 89.

ciclista), no con la *certeza* del caso de la novocaína, pero sí con una *duda razonable*, si hemos de creer el dictamen del perito, no se puede descartar que el adelantamiento antirreglamentario no haya supuesto un *peligro igual* de atropello del ciclista que el que hubiera corrido si en esa maniobra se hubiera guardado la distancia debida, es decir: que existe la duda razonable de si dicho adelantamiento guardando una separación de 0,75 m. ha incrementado el riesgo (permitido) de lesión que el legislador ha fijado en 1,5 m. Y, como concurre esa incertidumbre de si ese adelantamiento antirreglamentario ha incrementado o no el riesgo permitido que el legislador ha asumido como tolerable, en la duda hay que suponer lo más favorable para el reo, o sea: que no lo ha incrementado, lo que debe llevar a la absolución del conductor del camión por un homicidio imprudente, en cuanto que no aparece con la claridad necesaria que la acción incorrecta haya supuesto, frente a la correcta, un incremento del riesgo de lesión.

IX. CONCLUSIONES

1. Salvo supuestos excepcionales, como el caso de la novocaína, en el que científicamente se pudo comprobar que también la aplicación de la médicamente indicada novocaína habría producido el mismo resultado letal que la negligentemente aplicada cocaína, en la práctica totalidad de los supuestos es imposible determinar si la acción correcta habría conducido al mismo resultado que causó la imprudente.

2. Contra la teoría de la evitabilidad, al defender la absolución del autor imprudente siempre que la acción correcta, con un mayor o menor grado de probabilidad o posibilidad, hubiera podido producir el mismo resultado que el efectivamente causado por la que no observó la diligencia debida, hay que oponer, además de otras objeciones ya desarrolladas supra VI, que convierte en papel mojado los límites del riesgo permitido establecidos, bien directamente por el legislador, bien indirectamente –mediante su remisión a la *lex artis*–, exculpando al autor también en aquellos casos en que los ha sobrepasado, desconociendo que lo decisivo no es que la acción correcta también podría haber producido el mismo resultado típico, sino que –en cuanto que encerraba un menor riesgo de lesión, justamente el que se había generado si se hubiera mantenido dentro de los límites del peligro permitido– *podría haberlo evitado*.

3. La teoría correcta es la del aumento del riesgo, porque sólo propone la absolución en aquellos casos en los que se puede acreditar que el principio abstracto de que la acción que rebasa el riesgo permitido

supone un mayor peligro de lesión que la que se mantiene dentro del mismo, y debido a la concurrencia de una circunstancia especial –por ejemplo, a la reducción de la glándula tímica linfática del paciente en el caso de la novocaína–, quiebra en el caso concreto, ya que, si la acción imprudente no ha generado un riesgo de lesión superior al permitido, desaparece el motivo por el cual el legislador tomó la decisión de prohibir la conducta *formalmente* imprudente. En el caso de que también concorra una circunstancia especial –como, por ejemplo, la embriaguez del ciclista en el supuesto de hecho del auto del BGH 11, 1 ss.–, y, como consecuencia de ello, surja la duda de si, en concreto, la acción imprudente aumentó el riesgo permitido de lesión, habrá que estimar, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, lo más favorable para el autor, esto es: que no lo aumentó.

4. Ciertamente, que si se defiende, como se hace aquí, la teoría del aumento del riesgo, *sólo en muy pocos casos será posible la absolució del autor imprudente*, a saber: cuando consta que –o cuando se duda de si– la acción imprudente no encerraba un riesgo de lesión superior al permitido. Que según Arthur Kaufmann (55), la teoría del incremento del riesgo conduce a «una altamente insatisfactoria extensión de la punibilidad» y que esto sea un «inconveniente», es una opinión tan respetable como equivocada, a la que hay que oponer: la teoría de la evitabilidad sin más, pero mucho más aún si se la desarrolla consecuentemente, es decir: aplicando el *in dubio pro reo*, es, en realidad, la «insatisfactoria» y la «inconveniente», en cuanto que legitima –no sancionándola penalmente– la no observancia del riesgo permitido y en cuanto que, con ello, hace tabla rasa de la ponderación de intereses llevada a cabo por el legislador al establecer los límites de aquél, y para muestra basta un botón: debería llevar a la absolució de la enfermera en el caso del shock anafiláctico.

(55) V. supra n. 32.

La legislación penitenciaria española: orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria (1)

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho penal UAH

*A la querida memoria de Emilio Tavera Benito, mi
Subinspector General Penitenciario. No tuve cola-
borador más sabio, más sereno, más leal.*

RESUMEN

El presente trabajo aborda, desde una óptica histórico-evolutiva y desde la visión en primera persona, desde la promulgación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, la evolución del sistema penitenciario español y su legislación de prisiones.

Palabras clave: Prisión; Cárcel; sistema penitenciario; historia penitenciaria; Ley penitenciaria; Legislación penitenciaria española.

ABSTRACT

This paper addresses the one hand, the historical evolution of Spanish prison law, according to their principles and uniqueness and, moreover, the recent history of Spanish prisons, after the enactment of the General Penitentiary Law.

Keywords: Prison, Prison Law, Penitentiary System, Recent Spanish Penitentiary history; prison legislation, Spanish penitentiary law.

(1) Conferencia inaugural de la Jornada conmemorativa del 25 aniversario de la puesta en servicio del establecimiento penitenciario de Picassent, pronunciada el 14 de enero de 2016 en el Paraninfo de la Universidad de Valencia.

I

Puedo asegurarles que constituye un verdadero placer intervenir en esta mañana ante Vds. y ello por un triple motivo: por venir a hablar de un tema que no solo configura parte de mi vida sino que la justifica, por hacerlo con la conferencia inaugural de esta Jornada organizada en Picassent con motivo del 25 aniversario de su puesta en servicio y, en fin, por haber sido invitado a efectuarlo por el director del actual establecimiento penitenciario de Valencia, Miguel Ángel Martínez, hijo de Santiago Martínez Motos, mi inolvidable director de Herrera de la Mancha, esforzado, sacrificado y no recompensado como se merecía.

Las efemérides penitenciarias se van sucediendo. Los 75 años de la prisión de Burgos (2) o el centenario de El Dueso (3), ambos en 2007, son acontecimientos que a los buenos penitenciaros no pueden dejar indiferentes. Las muestras y publicaciones que se llevaron a cabo en aquel momento son prueba del reconocimiento que los centros penitenciarios merecen.

Ayer tuve el honor de disertar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de esta ciudad que me acoge y, como es lógico, no voy a repetir mi discurso (4). Vds. se merecen algo más de mí. Aunque es evidente que la historia carcelaria española es la misma y su presente idéntico, voy a tratar de resumir mi enfoque partiendo de la base de mis estudios de la brillante etapa histórica de nuestro Derecho penitenciario, mis recuerdos de la época en que todo se transformó y de cómo se llevaron a cabo los deseos plasmados en una legislación ejemplar, cual la española, para el resto de los países del entorno cultural.

Mi dedicación al Derecho penal se ha centrado, fundamentalmente, en el penitenciario. A su investigación dediqué mis primeros años, aquellos en los que mi maestro, el prof. Enrique Gimbernat, me dijo que le parecía muy bien mi temprana vocación pero que «de eso no había cátedras». La vida, generosa conmigo, me proporcionó, tiempo después, la ocasión de obtener la de Alcalá. Mi tesis doctoral, de 1974, al régimen penitenciario español fue dedicada (5). Allí esta-

(2) *Vid.* Centro Penitenciario de Burgos, «75 años. 1932-2007». Ayuntamiento de Burgos y otras instituciones. Campher. Burgos, 2007.

(3) *Vid.* Centro Penitenciario El Dueso, «Centenario 1907-2007. Colonia Penitenciaria El Dueso». Gráficas Quinzaños. Santander, 2007.

(4) Titulado «Orígenes y evolución del Derecho penitenciario español», en el Libro-Homenaje al prof. Santiago Mir Puig, en prensa.

(5) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática*. Instituto de Criminología. Madrid, 1975.

ban las primigenias bases de cuanto se hizo luego. Nadie, y menos yo mismo, podíamos presagiar que cuatro después, en 1978, ocuparía la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y redactaría y presentaría la Ley General Penitenciaria hoy todavía vigente.

Desde ese lejano momento puse en práctica cuanto mi maestro me había enseñado. Que los precedentes tiene un peso en toda legislación actual y que, por ejemplo, la estructura de nuestros Códigos penales, que se han venido sucediendo en el tiempo, es tributaria del de 1848 (6) que transforma la sistemática de la mera recopilación que fue el anterior de 1822. Y si conocer el ordenamiento punitivo era esencial, también lo fue, y de manera superlativa, acceder a la ciencia destilada por los autores clásicos. Me regaló los tres tomos de los Comentarios del Pacheco y yo, a partir de aquí, compré cuanto pude al respecto. Y aprendí. Cuando me centré en la materia penitenciaria el camino metodológico ya lo tenía recorrido. Leí todo lo publicado, accediendo así a unos conocimientos que me deslumbraron. Yo no nunca había tenido en mis manos una legislación tan cercana al ser humano ni una temática tan viva como la que me brindaban, por ejemplo, la Ordenanza General de los Presidios del Reino o autores como, entre otros, Concepción Arenal, Fernando Cadalso o Rafael Salillas. Y todo ello me arrastró para siempre. Este recordatorio devoto será la primera parte de mi conferencia.

II

La historia penitenciaria española viene de lejos y se conformó con actitudes y saberes muy determinantes. Penitenciarios y penitenciaristas labraron un camino que, con el correr de los años y de las décadas, desembocaría en el sistema moderno y, en ocasiones, inigualable. Un primer paso fue el rechazar el modelo estadounidense. Las Comisiones de ilustres representantes que desembarcaron en aquellas tierras a conocer los nuevos establecimientos erigidos no volvieron muy convencidos. Europa sí. Nuestro continente gustó en exceso del sistema celular filadélfico y aún hoy se mantiene en muchas de sus leyes y reglamentos. España fue otra cosa. Ni había los suficientes fondos para construir ese tipo de centros ni se adaptaba el severo aislamiento a nuestro suelo. El preso nacional, decían Salillas y su discípulo, el gran penalista Bernaldo de Quirós, maestro de Jiménez de

(6) GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*. Facultad de Derecho. Madrid, 1979, p. 19.

Asúa, vive en los patios, al sol, a voces, y era poco propicio a la soledad de la celda. Nuestros centros reconvertidos, en todo caso, tampoco proporcionaban las edificaciones adecuadas. Viejos cuarteles, almacenes de Marina o conventos desafectados no eran precisamente muy aptos para el encierro que se pregonaba allende los mares. Los dormitorios colectivos, las brigadas, eran todo lo que se podía ofrecer para recogimiento nocturno y los amplios patios lo que se destinaba en las prisiones radiales para la convivencia diurna.

Pero en este ambiente no muy lustroso nuestros especialistas hicieron milagros. De una parte, los gobernantes que, desde Javier de Burgos, Martínez de la Rosa o Venancio González, pusieron las bases de un régimen carcelario más humano al que se estilaba por doquier. Por la otra, militares destinados a lo largo de su carrera profesional en las prisiones, que entonces estaban todas sometidas a la competencia de los ministerios castrenses, para muchos paso obligado para su ascenso. Soldados que llegaron a la cúspide de su respectivo escalafón, como Abadía o Morla, pasaron primero por el mando de centros carcelarios. Otros no menos relevantes, como Puig y Lucá, Alegret, Guyón o Haro también siguieron esa senda (7). Y entre todos, Manuel Montesinos (8). Ninguno, con ser todos los citados verdaderamente relevantes, como el director de las prisiones valencianas luego Inspector de las del Reino. A él le debemos la invención del régimen progresivo de cumplimiento de condenas y la inspiración de los cuatro Reglamentos de desarrollo de la Ordenanza de 1844. Con redoblado mérito, pues no solo arriesgó su destino militar autorizando a trabajar a los internos fuera del establecimiento, acortando su condena, sino que carecía de base legal alguna para hacerlo pues la legislación sustantiva del momento no contemplaba tal beneficio. Será aproximadamente medio siglo después cuando la realidad del revolucionario sistema se plasme en el Decreto de 1901 y se consolide en el posterior de 1913 y en la Ley de Libertad condicional de un año posterior. Pero entonces, en nuestro Derecho penitenciario, ya había irrumpido, como una fuerza incontenible, Fernando Cadalso. De la ciencia penitenciaria española hablaré brevemente luego.

Las leyes penitenciarias del XIX completan un panorama alentador y modifican el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Su aliento positivo se deja sentir. Los muros del establecimiento propor-

(7) Vid. GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*. 3.ª ed. Ópera Prima. Madrid, 2009, p. 13.

(8) Por todos, acerca de su figura y su sistema premonitorio *vid.*, la obra de uno de los más relevantes penitenciaristas contemporáneos, SANZ DELGADO, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer. Madrid, 2003, pp. 168 y ss.

cionan otra dimensión al encierro. Los precedentes castigos no se descuentan en locales adaptados a tal fin. Unos barcos a remo, las galeras, o unos pozos mineros, los de azufre de Almadén, constituyen la esencia de la penalidad utilitaria propia del pasado. Siempre el sitio cerrado, oscuro y opresor, marco de un cumplimiento forzoso y forzado. De Real Cárcel de esclavos habló Salillas (9). Y también el mar, la mar siempre primero, que diría el poeta, como expresión de su omnipresencia. Las aguas marítimas son las que bogan las naves, servidas por los presos amarrados a las bancadas; son las mismas que azotan el litoral de los arsenales, las mismas en las que España declinó su poderío naval tras la derrota de Trafalgar, en 1805, que arruina nuestra marina de guerra y, en consecuencia, nuestros establecimientos ribereños que se quedan así sin su cometido principal, cual atender a los navíos. A partir de entonces, del ocaso de los baluartes costeros, serán los locales defensivos en ultramar y los centros industriales peninsulares, quienes tomarán el relevo. La ejecución de las penas en las nuevas moles grises reconvertidas, cuyos patios miran al cielo, al aire libre, donde el humo de las galerías mineras se sustituye por el viento, necesita de una reglamentación. Son precisamente los militares quienes la proporcionan en un principio y por un corto periodo.

En efecto, dos grandes ordenamientos emergen en esta etapa claramente fundacional del sistema. Habrá otros más localistas, como los de presidio gaditano, pero los de 1804 (10), sobre los arsenales marineros y de 1807 (11), de presidios peninsulares, se llevan la palma. Su sentido es plenamente militar. Sus mandos, disciplina, organización interna y funcionamiento responden a su claro espíritu castrense, bien es cierto que matizado respecto al servicio de armas. Asimilados a un regimiento, de ahí que la dirección recayese en un coronel, estas disposiciones son muestra característica de rigor y seriedad, propios de la institución, a la vez que cierto compañerismo que enmarca la relación con los subordinados. Al asimilarse, en muchas ocasiones, la labor del interno a la del servicio de tropa, el acercamiento es más fácil. Ello es sencillamente detectable en el trabajo en el interior que se les encomienda a los condenados en los arsenales, en muy poco diferente al que desempeñan los militares de reemplazo. Todos achican agua, calafatean o arman los buques. El presidio peninsular tiene un conte-

(9) SALILLAS, «*La Cárcel Real de esclavos y forzados de las minas de Almadén y características legales de la penalidad utilitaria*», en *Asociación para el Progreso de las Ciencias*, VI. Madrid, 1914, pp. 31 y ss.

(10) Real Ordenanza de los Presidios Navales, de 20 de marzo de 1804.

(11) Reglamento General de los Presidios Peninsulares, de 12 de septiembre de 1807.

nido más industrial, de ahí su otro nombre por el que es conocido. Las labores en talleres o en obras públicas ocupan el tiempo de sus reclusos. La industria militar poco o ningún beneficio obtiene al respecto. Ha de ser posteriormente, cuando la red penitenciaria se extienda a África, cuando se retome la idea del servicio de guerra de los penados mezclados con la clase de tropa.

De todos los presidios de nuestras posesiones norteñas, Ceuta ocupa el lugar más preeminente. Mayor, se le denominaba, en comparación con los cuatro menores: Melilla, Alhucemas, Chafarinas y Peñón de Vélez de la Gomera. Su reglamentación de fin de siglo, del año 1889 (12), vendrá a suponer un precedente hito, un radical acontecimiento que no será considerado como se merecía hasta la llegada científica de Salillas y legislativa de Cadalso. Su mención de la progresión en el cumplimiento de la pena es la razón y la causa de haber sido rescatado del olvido, pasando así a la historia penitenciaria. Otro suceso extrapenitenciario señalará el fin de este destino. Las conclusiones de la conferencia de Algeciras, de 1906, son determinantes para que los presos africanistas se asienten en territorio peninsular a partir de 1907.

III

Es precisamente el declive de la competencia militar la que proporciona alas a la ejecución carcelaria civil. Marina y Guerra ceden su autoridad en este campo, sucesivamente, a Fomento, Gobernación y Gracia y Justicia. El régimen se va haciendo más acorde con las esencias de una penalidad ordinaria. Ese monumento granítico que representa la Ordenanza General de 1834 (13) viene a discernir el campo ordinario de cumplimiento del castrense. Desde entonces, ratificado por la Ley de Prisiones de 1849 (14), este último sistema penitenciario inicia su caída en picado. Aplicable únicamente a los reos componentes de los ejércitos, los condenados por el Código penal común se sustraen a esa ejecución. Y el despegue de las prisiones regidas por la Ordenanza es inevitable en medida proporcional al retraso que experimentarán las sujetas al mando de Guerra, escasas y mucho peor dotadas. Todo tiene una explicación. El número de sentenciados es infinitamente menor, pues el arresto por faltas leves y menos graves en

(12) Real Decreto de 23 de diciembre de 1889.

(13) Ordenanza General de los Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834.

(14) Ley de 26 de julio de 1849.

los cuarteles subsana la deficiencia. Solo los delitos más graves, que no son tantos, se descuentan en castillos o fortalezas. El presupuesto, siempre no muy boyante, se resiente. Los centros penitenciarios, en cambio, destino de todos los hechos criminales cometidos por los condenados, de muy superior cuantía, tienen una mayor atención de las arcas públicas. La creación del cuerpo de empleados de establecimientos penales, en 1881 (15), completa y cierra el círculo. Y además, la mejor doctrina penitenciaria del momento se vuelca con el régimen carcelario y los establecimientos civiles. Cuanto se ha escrito en el s. XIX y principios del XX, a este sistema se refiere, motivo de su avance y reconocimiento comparado.

La regulación del trato, que no tratamiento, de los reclusos es exhaustiva en la normativa que nace al igual que la dedicación de nuestros científicos. A ellos voy ahora a dedicarme.

Concepción Arenal, ateneísta destacada, visitadora de las prisiones gallegas y luego de todas las nacionales, no es una profesional penitenciaria. Es una mujer entregada a la causa de la mejora de las cárceles y prisiones, dotada de una excepcional capacidad para la lástima y el perdón. A su espíritu pietista y comprensivo con la desesperanza de los pobres, de las víctimas, de los presos, decía Gumersindo de Azcárate, debe mucho la reforma de nuestros centros y de su criterio humanista, por ejemplo, es tributaria la ocultación de la ejecución de la pena de muerte de los lugares públicos al interior de los establecimientos en 1900. Una de mis primitivas lecturas, además de los primeros libros de Salillas, fueron sus obras completas cuya primera edición de páginas sepia primorosamente guardo. Entre las mismas, el visitador del preso se alza como un monumento a la solidaridad, la benignidad y la conmiseración. No fue redactora en concreto de norma alguna pero su impronta quedó indeleble en nuestra historia carcelaria. Su augusto retrato presidió mi sala de juntas de la Dirección General, sustituyendo al del general Franco, como hoy lo hace en la correspondiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Penitenciarios de verdadero fuste fueron Rafael Salillas y Fernando Cadalso. Desde dentro de la Institución, pues ambos fueron funcionarios, de distinta suerte, eso sí, tejieron una obra fundamental, cada uno en su estilo, determinante para el conocimiento del presente en que escribían y para el futuro. He dicho en otra ocasión que una de mis lecturas penitenciarias que más honda huella dejaron en aquel joven doctorando y emergente profesor que fui, fue «La vida penal en

(15) Real Decreto de 13 de julio de 1881.

España» del maestro de Angüés (16). Escrita en 1888 el texto es de una lealtad crítica sobrecogedora y desacostumbrada. Desde entonces me hice, no sin dificultades, económicas y de búsqueda, con la totalidad de su obra. Lo mismo efectué luego con la de Cadalso, Lastres y todo el resto de los escritores del ramo. Mi biblioteca fue creciendo junto con mi devoción por la temática a la que he dedicado gran parte de mi vida académica. Y me recompensó aquella entrega. Cuando accedí al cargo de Director General tenía en mi mejor memoria lo narrado o investigado por los maestros nacionales y de ello, con legitimidad, me serví.

Si Salillas fue un potente innovador ideológico, pues su fortuna como inspirador de leyes tuvo menos éxito inmediato que sus aportaciones científicas, no deben dejarse de señalar dos de sus importantes realizaciones, que se remontan al mismo año, y una secuela. En efecto, en 1903 se suceden dos acontecimientos singulares para nuestro campo: se propugna el sistema tutelar correccional o tratamiento individualizador de cada penado (17) y se crea la Escuela de Criminología (18). Escasa repercusión tuvo la norma salillista, arrumbada por la fuerza legislativa que significó la de inspiración cadalsiana. Pero la historia ignora las vueltas que la misma da. Tuvo que esperar setenta y seis años para hacerse realidad el sueño de aquel hombre modesto, criminólogo y penitenciario ejemplar. Hoy nuestra vigente Ley Orgánica habla del sistema «de individualización científica, separado en grados». Precisamente el recuerdo y el conocimiento del pasado me facilitaron dar con el término adecuado cuando escribí el precepto concreto que recoge la frase (19).

Cadalso en el Derecho penitenciario español es la referencia obligada durante décadas. Cuando estudié sus textos e incluso cuando accedí al cargo rector del Centro Directivo, en el mundo penitenciario era la doctrina indiscutible y correcta. No era, desde luego, el mérito atribuido gratuito. Cadalso manda establecimientos y alcanza el máximo cargo directivo pero, sobre todas las cosas, retoma el sistema ideado por Montesinos y lo eleva a categoría. Las disposiciones

(16) SALILLAS, «La vida penal en España». *Revista de Legislación*. Madrid, 1888.

(17) Real Decreto de 18 de mayo de 1903.

(18) *Vid.*, muy recientemente, al respecto, FERNÁNDEZ BERMEJO, «La Escuela de Criminología y el Centro de Estudios Criminológicos del Perú», en *IusPuniendi*, 2, 2015, pp. 493 y ss.

(19) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, *Del presidio a la prisión modular*. 3.^a ed. Opera Prima. Madrid, 2009, p. 44.

de 1901 (20) y 1913 (21), que llevan su impronta, contemplan el régimen progresivo de cumplimiento de condenas que se mantendrá hasta la norma vigente. Para completar el panorama y asegurarse el futuro, se promulga, en 1914, la Ley de Libertad Condicional (22) también debida a su inteligencia y a su pluma. Todo así queda dicho y escrito. Con tiempos rígidos y tasados previamente para el ascenso de periodo carcelario y traslados consiguientes de establecimientos, con el complemento, en 1902 (23), del catálogo de prisiones centrales y centros penitenciarios clasificados según el destino de los condenados, la totalidad del sistema gira alrededor de la separación y la aplicación de los tres grados (hoy, denominados cerrado, ordinario y abierto), hasta obtener el cuarto o libertad condicional.

Este sistema progresivo permanece inalterable en el tiempo. Los Reglamentos primorriveristas, la legislación republicana o la normativa reglamentaria franquista lo mantienen invariablemente, pasando su denominación a los Códigos penales cuando del método de la ejecución de la pena privativa de libertad se trata. Instrumentos como la redención de penas por el trabajo, nacido durante la misma guerra civil y en vigor hasta el vigente texto punitivo de 1995, contribuyen a sumarse al adelantamiento de condena e influye positivamente en los grados. La Ley Orgánica General Penitenciaria todo lo transforma, es el gran cambio legislativo, el nuevo Derecho penitenciario español. Cómo se llegó a la misma y cómo se puso en funcionamiento es la segunda parte de mi presente intervención.

IV

La exposición de la elaboración de la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria ha de enmarcarse en el contexto de la transición política española del régimen autoritario a la democracia. Espero ser capaz de explicarles el ambiente del momento que no he podido olvidar. Pero antes, como accedí a la redacción del texto y al cargo de Director General.

Ya he dicho que mi materia específica de estudio e investigación era el Derecho penitenciario. Desde el año 1971 venía escribiendo con continuidad en Cuadernos para el Diálogo al respecto. El acceso a la

(20) Real Decreto de 3 de junio de 1901.

(21) Real Decreto de 5 de mayo de 1913.

(22) Ley de 23 de julio de 1914.

(23) Decreto de 10 de marzo de 1902.

cátedra salmantina de mi maestro, Enrique Gimbernat, conllevó que le acompañara a la ciudad del Tormes. Allí recibí, en las Navidades de 1977, la llamada del Ministerio para hacerme cargo, como presidente, de la ponencia redactora de la Ley. Acepté después de escuchar a mi maestro que entendió que la ocasión era única. Asumí la petición con ilusión y ofrecí al ministro, Landelino Lavilla, una posición personalista y una metodología de trabajo concreta: pocos miembros en la Comisión, seleccionados por mí y asunción personal de la plena responsabilidad. Debían estar llenos de preocupación los mandos ministeriales por los acontecimientos que se venían sucediendo en nuestras cárceles y la necesidad de su reforma, pues pusieron en las manos de un profesor de 30 años, cercano a la UCD, pero no militante, el relevante encargo. Repartí materia entre los profesionales designados, presidí hasta marzo las reuniones y me reservé la parte sustancial del Anteproyecto de la norma para redactarla en su conjunto concordando sus partes. Presentada como un mero trámite a la Sección correspondiente de la Comisión General de Codificación, aprovechando las vacaciones de Semana Santa, me llevé el texto para tratar de rematarlo.

La vida me reservaba otra sorpresa, de motivo trágico en este caso. En esos días, un martes, fue asesinado en Madrid, al salir de su casa, en la esquina de la gasolinera de la calle Cartagena, Jesús Haddad Blanco, Director General de Instituciones Penitenciarias, por un comando de los Grapos. Procedente de ministerio tecnócrata, decidió aceptar el cargo por la amistad con el subsecretario de Justicia, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona. En mi breve retiro playero recibí otra llamada, esta vez la definitiva. Ahora no se trataba de asumir la redacción de la Ley, era para ocupar el puesto vacante y continuar con la tarea emprendida por el Centro Directivo desde dentro. Lo dudé poco pues volví a tener el apoyo de Gimbernat y de mi familia, que lo entendieron perfectamente. A finales de marzo de 1978 tomé posesión en el ministerio de la Dirección General que marcó mi vida. Rodeado de los más directos colaboradores que elegí, reconocidos como los mejores expertos del momento, que fueron extremadamente fieles a mi persona y leales al proyecto que se iniciaba, como Francisco Bueno Arús, Jesús Alarcón o Emilio Tavera, todos hoy desaparecidos y en mi mejor recuerdo, di comienzo a la andadura para la que fui nombrado.

El ambiente no era propicio para emprender una reforma serena y tranquila. Los motines se habían sucedido en nuestras prisiones y el deseo de que las dos amnistías concedidas por el gobierno para los reclusos por motivos políticos, que alcanzó a muchos terroristas, por ese generoso prurito de «empezar de nuevo», se extendiera a los con-

denados por hechos criminales comunes fue una de las causas determinantes de los múltiples conflictos. Recuerdo, a este respecto, la frase, directamente dirigida a los presos, de algún miembro de las Comisiones parlamentarias oficiales, a quienes permití las visitas a los centros, plena de irresponsabilidad, referida a que «hay que quemarlo todo para que podáis salir» o la que me dijeron los presos de Málaga, pensando en la amnistía o en las revueltas violentas: «Nosotros saldremos a la calle o al cementerio» y mi frase contundente: «Yo me ocuparé que no vayan ni a un sitio ni a otro».

Por otro lado, la necesidad de redacción de un texto penitenciario era evidente y una exigencia democrática. Si la política de consenso había funcionado con absoluta corrección en la elaboración de la Constitución, no se me alcanzaba el por qué no podía aplicarse en el tema de mi competencia. Como así fue. La ley Penitenciaria fue una norma pactada por todas las fuerzas con representación en ambas Cámaras y aprobada por unanimidad en el Congreso y aclamación en el Senado (24). Fue la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, la primera de desarrollo constitucional y, prácticamente, ahí sigue rigiendo la vida de nuestros centros.

Pero antes de este instante supremo había que abordar determinadas cuestiones. En primer lugar, la inversión en nuevos establecimientos. Recorrí unos treinta de los existentes en servicio, muchos en variadas ocasiones, y era difícil encontrar alguno adaptado a la reforma que se pretendía. Antiguos, con escasos departamentos celulares y muchas brigadas y dormitorios colectivos que solo el hacinamiento procuraban, su estructura no favorecía, en líneas generales, lo que se pretendía. Si a ello añadimos los casi cuarenta deteriorados por los incendios, la situación no era muy favorable para ninguna transformación en profundidad. La inversión de 10.500.000 de pesetas de las de entonces, favoreció el cambio arquitectónico que tuvo, lógicamente, dos objetivos: reparar de urgencia los destrozados e iniciar la construcción de nuevos centros con un criterio moderno, abandonando los sistemas radial o de poste de teléfono y patrocinando el modular que aún rige.

Sin Ley en vigor, había que legislar mediante Órdenes Circulares que adaptasen el Reglamento de 1968 a la realidad de la situación que nos encontrábamos en el Centro Directivo. Algunas son mi permanente satisfacción. La conversión de Valencia-mujeres y Alcázar de San Juan en prisiones abiertas, las visitas vis a vis, la educación en los establecimientos, los permisos de salida o la implantación del deno-

(24) Vid. SAINZ MORENO: *Ley General Penitenciaria. Trabajos Parlamentarios*. Cortes Generales. Madrid, 1980, pp. 138 y 190.

minado «régimen de vida mixta», antecedente del cerrado, fueron el contenido de las más importantes. No siempre tuvieron la comprensión de todos. La extrema derecha fue reticente con todo lo que significaba equilibrio en la ejecución y reforma generosa de nuestro sistema. Incluso alguna autoridad judicial, que no entendía nada, intentó el procesamiento de quien les habla por conceder permisos de salida a los internos alegando que tales no se contemplaban en la legislación adjetiva vigente y podían constituir delito de infidelidad en la custodia de presos. Todos los obstáculos se fueron superando y ello es el patrimonio de las autoridades ministeriales y de cuantos trabajaron conmigo en aquellos tiempos.

Como bien puede intuirse, todo era difícil y, algunos de los sucesos, los menos, gratificantes. Me voy a permitir narrarles algunas anécdotas, por llamarlas de alguna manera, que les pueden ofrecer una visión real de cuanto se abordó y se sufrió entonces. Recuerdo al respecto el tiroteo del cuartel de la Policía Nacional en Basauri por miembros de ETA, desde la carretera que lo circunda y en posición elevada, disparando y asesinando a los agentes cuando hacían gimnasia. Cuando las autoridades del más alto rango de Interior acudieron al local hubo un conato de retenerlas hasta que no se satisficieran determinadas peticiones. La prisión de Bilbao estaba al lado y había presos de la organización terrorista en su interior. Les aseguro que los momentos fueron intensos y pudieron ser trágicos. Únicamente la firmeza de su buen director, de los funcionarios de servicio y de los guardias civiles que guardaban el recinto hizo que nada pasara a mayores.

Cuando, después de mi atentado por los Grapo, comparecí ante el Congreso para seguir discutiendo la futura Ley penitenciaria, un conocido parlamentario y abogado en causas de terrorismo me dijo: «Me alegro que estés bien. No ha sido ETA. Si es ETA te mata, pero ETA no tiene nada contra ti». Yo le dije a mi ministro, cuando se lo conté: «No supe si darle las gracias o mandarle detener». Hice lo primero.

En la prisión central de Burgos, así todavía llamada, experimenté una alegría de las que no se daban muchas por entonces. Después de recorrerla entera, pasar allí todo el día, hablar con todos y explicar la reforma que se estaba acometiendo, al salir del centro escuché un acerrado aplauso en su patio central, reconocimiento que aún llevo dentro. El mismo patio del reloj al que unos leales funcionarios, tiempo después, pusieron mi nombre. En mi memoria aquel aplauso es preferente al que recibí de los senadores el día 12 de septiembre de 1979 cuando en aquella sede se aprobó la Ley.

En el viejo Puerto de Santa María tuve un encuentro con los sancionados disciplinariamente en su celular que más parecía, como

luego lo describí, una profunda trinchera. Allí me topé con un recluso extremadamente conflictivo, que conocía de otros establecimientos: «de talego en talego, Julián» le dije: «Ya ve Vd. me persiguen», me respondió y añadió: «Haga algo por sacarme de aquí». Lo hice con él y con todos los castigados, con ocasión de mi visita, lo que entonces era tradición, bajo compromiso de no volver a incurrir en graves faltas disciplinarias. No se los demás, pero mi interlocutor cumplió.

Por último, dos pequeñas historias precisamente referidas al antiguo centro valenciano, cuando era prisión Modelo y estaba, como todos, bajo mi mando. Cuando yo visitaba los establecimientos siempre me reunía con los funcionarios y los internos. Al hacerlo con uno de los reclusos más conflictivos, procedente de muchas prisiones, mientras me contaba sus problemas se interrumpió y me dijo: «Vd. cree que me han cacheado bien y que Vd. está seguro, pues mire» y me exhibió un pincho de considerables proporciones. «Y ahora que hacemos», me dijo. «Vd. se lo guarda y yo no digo nada», como así fue. Donde sí hice fue en otro centro donde unos presos jóvenes me comunicaron que sufrían ataques sexuales por parte de otros reclusos. Pese a sus reticencias, me dieron los nombres de los agresores y en conducción especial y directa salieron esa misma noche para una prisión bastante más desagradable y me cuidé muy mucho de que jamás volvieran al local de procedencia.

En ese mismo lugar de la antigua Modelo de Valencia, en el departamento de celdas bajas, de construcción cuadrangular, con celdas de las llamadas americanas, es decir visto su interior desde afuera al recorrerlas, uno de los allí castigados, antiguo conocido de El Dueso, me dijo: «A Vd. le parece bien esto», a lo que contesté: «No, Alfredo, pero tampoco me parece bien el asalto que Vd. y otros han efectuado al economato, lesionando a los internos que lo atendían». En todo caso, este departamento, en verdad decimonónico, no duró mucho.

IV

La Ley penitenciaria tuvo referencias de Derecho comparado y mucho de nuestra mejor tradición adaptada al momento en que fue elaborada. Entre la legislación extranjera, las normativas sueca (25), italiana (26) y alemana (27) estuvieron a la vista. Se trataba de textos

(25) Ley de 19 de abril de 1974.

(26) Ley de 26 de julio de 1975.

(27) Ley de 16 de marzo de 1976.

demasiado amplios, tipo reglamento, que todo lo trataban de regular. Cuando volví los ojos a la más cercana disposición francesa, su Código de procedimiento penal nada mejor ofrecía. Nuestra Ley Orgánica es un conjunto de 80 artículos que reflejan la esencia de un moderno Derecho penitenciario. Contiene la definición de su objetivo: la reeducación y la reinserción social de los sentenciados, sus principios programáticos, la clasificación de los establecimientos y su correspondencia con los tres grados que se contemplan, la diferenciación entre régimen y tratamiento, la aparición de la figura del juez de vigilancia penitenciaria, la mera mención necesaria del funcionariado, que se completó, muchos años después con la redacción de su Código deontológico (28), cuya comisión presidí o, en fin, la asistencia postpenitenciaria. Su desarrollo se dejó al extenso Reglamento, primero el de 1981 y hoy al de 1996.

Nuestra superior historia se plasmó en connivencia con la mejor aportación comparada. Entre la segundas no puede dejar de mencionarse la figura del juez de vigilancia. De tradición brasileña, Italia y Francia, fundamentalmente, la trajeron a su ordenamiento, bien con este nombre o con la denominación de juez de ejecución de penas, y su implantación en España se hizo imprescindible, aunque en nuestros lares sus competencias son mayores que en los países mencionados pues alcanzan a lo penológico y a lo penitenciario. ¿Por qué era necesario? Por ser la Administración, hasta ese momento, juez y parte. En efecto, recuerdo como personalmente despachaba con mi jefe del servicio técnico-jurídico, como entonces se llamaba, el desaparecido y gran jurista Francisco Bueno Arús, todas las sanciones disciplinarias o los terceros grados, cupiendo únicamente el recurso contencioso final que se solventaba, siempre, demasiado tarde para los intereses del recluso. Además, su inclusión en la Ley era un clamor doctrinal que, con toda justicia, había que atender y que yo mismo había defendido años atrás (29).

Del pasado se plasmaron en la norma lo que entendí más adecuado. Especialmente la clasificación de establecimientos y el trato humanitario. La apreciación imparcial del régimen enseña una muestra de derechos y deberes razonable. Es esa relación especial de sujeción la que posee un contenido que está perfectamente distribuido en el articulado, entrecruzándose aquéllos. La parte del tratamiento la redactó Alarcón Bravo. Junto con Tavera, nunca tuve un colaborador más inteligente y fiel, por eso mi recuerdo, cuando ya no está, es imperecedero. Jesús Alarcón, creó el Gabinete Psicológico en la pri-

(28) Instrucción 2/2011, de 21 de febrero.

(29) Vid. GARCÍA VALDÉS, *La nueva Penología*. Instituto de Criminología. Madrid, 1977, pp. 27 y ss.

sión de Carabanchel (30), a finales de los años sesenta y fue uno de los impulsores de la Central de Observación (31). Tenía que verter sus conocimientos en la legislación que nacía. Ese título III es el único que se debe completo a su querida pluma, con excepción de la redacción del art. 72, ya citada, que a quien les habla se debió. No así su reforma por la Ley 7/2003, desafortunada donde las haya.

El tratamiento diseñado en la Ley se basa en las ciencias de la conducta y trata de conseguir aquel objetivo reinsertador, recogido en el primer precepto de la norma, lo que se repite ahora en el 59. Esta concepción es modesta. No pretende alcanzar una adaptación conductual total del reo a la sociedad en la que vive, sino el proporcionarle los instrumentos de ser capaz de llevar una vida sin delitos y que de los mismos en un futuro se sirva. Es lo que se denomina acepción mínima del tratamiento y esa fue la apuesta normativa de Alarcón. Hoy la disposición reglamentaria vigente ha ampliado el campo de actuación de los instrumentos del mismo, partiendo de la intervención en el comportamiento global del penado, incluyendo como elementos de aquél el trabajo, la educación, la enseñanza o el deporte.

Siempre tuve en la cabeza el ancestral nombre del ministerio al que entonces servía. Gracia y Justicia era su augusta denominación y algo quería, sin duda, decir, cual era atender a los dos aspectos de la ejecución penal. Los beneficios eran consustanciales también en la materia penitenciaria. Premios por buena conducta y castigos proporcionados se entremezclan en una gestión correcta de un centro. El acortamiento de condena existe desde la Ordenanza de 1834. Por eso la legislación los contemplan de forma justa, y por ello, porque Instituciones Penitenciarias contempla ambas categorías, la prisión permanente revisable trastoca este sistema que ha regido durante décadas.

Los permisos de salida obtienen en la Ley el respaldo que no tenían antes. Ya he mencionado algunas de las dificultades surgidas cuando su puesta en marcha. Hoy se alzan como un medio inevitable de preparación a la libertad con una estadística de fracasos realmente inapreciable. Del mismo modo, en la Ley estaba el germen de las prisiones mixtas o de las formas especiales de ejecución, aunque no se contenían estas últimas en su articulado. Que el actual CIS de Córdoba lleve mi nombre (32) es, junto con la medalla de oro al mérito penitenciario, el mayor honor que he recibido, entre tantos, en mi vida.

(30) ALARCÓN, «El Gabinete Psicológico de la Prisión Provincial de Hombres de Madrid», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, enero-marzo 1965, pp. 51 y ss.

(31) Creada por Decreto de 22 de septiembre de 1967.

(32) Por Orden de 28 de octubre de 2004.

Del régimen penitenciario de los terroristas también había que ocuparse. En mi etapa se optó por la concentración en dos centros: Soria para ETA y Zamora para los Grapos. Este era el mayor número de internos, unos trescientos. La extrema derecha permanecía presa en Ciudad Real y los militantes de Terra Lliure en Segovia. Todos eran viejos establecimientos, con años de imponente servicio. Pero no había otros. Cuando se pone en funcionamiento Herrera, la ocasión no fue desaprovechada por el nuevo gobierno. «Menos mal que teníamos Herrera», me dijo un importante ministro socialista y me lo manifestó con alivio cuando, en 1983, ya lejos del cargo, trasladaron a la totalidad de los etarras según Orden de la Presidencia (33). La posterior política penitenciaria de dispersión en todos los departamentos cerrados de la Península a las nuevas disponibilidades de locales y de medios fundamentalmente obedece. No voy ahora a tratar de este relevante asunto sobre el que he escrito con detenimiento (34). Baste decir que el arrepentimiento y el abandono de la organización criminal se está logrando, por un lado, por mantener, desde hace años, la dispersión de los recalcitrantes y, por el otro, con la denominada «vía Zavalla» o «vía Nanclares», es decir favorecer a quienes pretenden dejar de pertenecer a la banda (35).

Quiero ir finalizando. Mis 31 y 32 años los dejé en Instituciones Penitenciarias en aquella etapa magnífica de la reforma política y del desarrollo constitucional que, a diferencia de otros, no me canso en alabar y de la que me muestro definitivamente orgulloso. Pero lo anterior, lo de la edad, no es rigurosamente cierto pues no acabó allí. Desde entonces, me siento vinculado a la Institución de forma invencible. Con la vista puesta en el pasado, uno llega a la conclusión que no puede rechazar la más esforzada, la más vocacional, la más valiente, en definitiva, la mejor etapa de su vida que, como diría Mario Benedetti, fue mi razón (y mi corazón) de ser.

(33) Orden de 26 de octubre de 1983.

(34) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, «Los presos terroristas en España: concentración vs. dispersión y régimen penitenciario. Historia y presente», en *Libro-Homenaje a Bern Schünemann*. Gaceta Penal. II. Lima, 2014, pp. 457 y ss.

(35) A fecha de hoy, el número de etarras presos en cuarenta centros penitenciarios españoles asciende a 399, a los que hay que sumar los 87 de Francia y 1 en Portugal.

El caso Eichmann *

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Göttingen

«*Un momentito, señor*», dijo el agente del Mossad, Peter Malkin, casi disculpándose, para llamar la atención de quien caminaba de forma sincronizada y se iba perdiendo en las sombras de un pequeño pueblo en la provincia de Buenos Aires a mediados del año 1960 (1). Esas fueron las simples pero muy simbólicas palabras que accionaron una cadena de eventos que cambiaron irrevocablemente el escenario del derecho penal internacional. Tras algunas consideraciones sobre el trasfondo histórico del caso Eichmann, el capítulo analizará las cuestiones jurídicas más importantes del juicio.

I. TRASFONDO HISTÓRICO: DESDE BERLÍN Y BUENOS AIRES HASTA JERUSALÉN

Otto Adolf Eichmann era un miembro de las *Schutzstaffel* («SS»), del *Sicherheitsdienst* («SD») y de la Gestapo, todas ellas agrupaciones que fueron declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Más importante es el hecho de que, en la burocracia nazi de destrucción, él era el jefe de la sección IV B 4 de la *Reichssicherheitshauptamt*, una oficina que era el resultado de la fusión del servicio secreto del partido nazi y de la policía de seguridad del estado Nazi (*Gestapo*). En esta función, Eichmann organizó y coordinó las

* Versión original publicada en W. S. Schabas (ed.), «The Cambridge Companion to International Criminal Law», CUP 2016. Traducción del inglés a cargo de Leandro A. Dias, revisada por el autor.

(1) N. BASCOMB, *Hunting Eichmann*, Boston: Mariner Books, 2009, p. 226.

deportaciones de los judíos a los campos de concentración. El Tribunal Distrital de Jerusalén que sentenció a Eichmann a muerte el 12 de diciembre de 1961 (2) sintetizó su rol de la siguiente manera:

Hallamos que en la RSHA (*Reichssicherheitshauptamt*), la autoridad central que se ocupaba de la «Solución Final» del problema judío, el acusado estaba en la cúspide de aquellos que se encargaban de llevar a cabo la «Solución Final». En el cumplimiento de esa tarea, el acusado actuó de conformidad con las directivas generales de sus superiores, pero de todos modos mantenía poderes *discrecionales amplios* para el planeamiento de operaciones de su propia iniciativa. Él *no era una marioneta* en manos de otros; su lugar estaba entre aquellos que tiraban de las cuerdas. Debe añadirse [...] que la actividad del acusado era *más vigorosa* en el propio Reich y en otros países desde los cuales los judíos fueron despachados hacia Europa del Este; pero también se distribuyó ampliamente por distintas partes de Europa del Este (3).

Al igual que muchos criminales de guerra nazi, Eichman logró escapar del enjuiciamiento inmediato de posguerra. A comienzos de 1946, Eichmann, utilizando los alias de Otto Heninger y Otto Eckmann, escapó del cautiverio de guerra americano y se ocultó en un pequeño poblado en el Brezal de Lunenburgo, un área en el norte de Alemania (4). Allí vivió una vida modesta y aparentemente disfrutó de aprecio generalizado (5). Para convertir su dinero de «Marco estatal» al «Marco alemán», la nueva moneda de posguerra —era demasiado cauteloso como para acudir a las autoridades oficiales de la ocupación— Eichmann compró una granja de gallinas y vendía los huevos, obteniendo una buena ganancia (6). A medida que la vida en Alemania se volvía cada vez más riesgosa para quienes estaban sospechados de crímenes de guerra, Eichmann huyó a Génova desde Austria. Apoyado por contrabandistas, seguidores nazis, simpatizantes y miembros de la Iglesia Católica, utilizó una consolidada ruta de escape

(2) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén). La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 29 de mayo de 1962: *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel).

(3) *Ibid.*, párr. 180 (énfasis agregado).

(4) D. CESARANI, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, p. 204.

(5) B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem: Das unbehelligte Leben eines Massenmörders*, Zürich and Hamburg: Arche, 2011, pp. 107-108.

(6) D. CESARANI, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, p. 204.

para criminales de guerra, conocida como la «línea de rata» (7), y obtuvo nuevos documentos de identidad y una visa para Argentina (8).

El 14 de julio de 1950, Eichmann llegó al puerto de Buenos Aires con el nombre de Ricardo Klement y fue rápidamente integrado en una comunidad de exiliados alemanes, compuesta por muchos antiguos nazis, que lo ayudaron a encontrar distintos alojamientos y oficios en los años posteriores. Más importante era el hecho de que en el grupo de sus antiguos camaradas él podía mostrar su verdadera identidad y sus convicciones nuevamente, tal como fue documentado de modo infame a través de una serie de entrevistas que el periodista holandés Willem Sassen realizó con él durante varios meses en 1957 (9). Aparentemente, Eichmann se sentía bastante seguro. Esto podría también explicar por qué no pensó seriamente en cambiar los apellidos de su esposa y tres de sus hijos cuando llegaron a la Argentina en 1952. La esposa de Eichmann se llamaba Vera Liebl de Eichmann y sus hijos Klaus (también conocido como «Nicolás»), Dieter («Tito»), Horst y Ricardo (nacido en Argentina dos años después) (10).

Sin embargo, la nueva vida de Eichmann no duró demasiado. El servicio secreto israelí, *Mossad*, lo capturó frente a su casa en Buenos Aires el 11 de mayo de 1960 (11). Luego fue llevado a una casa segura, donde fue examinado e interrogado exhaustivamente (12). En el día de su salida de Argentina, Eichmann fue drogado fuertemente y

(7) *Ibid.*, p. 205. No hay evidencia seria que indique que este tipo de escape haya sido organizado por antiguos oficiales nazis. Por el contrario, recientes investigaciones sugieren que fue organizada por la Santa Sede, originalmente para ayudar al movimiento ultra-católico de Ante Pavelić y sus «Ustashas» croatas en la tarea de conseguir un refugio seguro en la Argentina de Juan Domingo Perón. Véase I. MONTES de OCA, *Ustashas: El ejército Nazi de Perón y el Vaticano*, Buenos Aires: Sudamericana, 2013, Chap. 4; O. BLASCHKE, *Die Kirchen und der Nationalsozialismus*, Stuttgart: Reclam, 2014, pp. 235-240.

(8) Con respecto a este tema y a los siguientes, véase: B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem: Das unbehelligte Leben eines Massenmörders*, Zürich and Hamburg: Arche, 2011, pp. 130-133, 145-146, 163. Durante un tiempo se pensó que Eichmann primero viajó por el Oriente Próximo y por el Oriente Medio antes de llegar a la Argentina (por ejemplo, I. de KONING, *A Study of Adolf Eichmann: Adolf Hitler's Expert in Jewish affairs* (Newton Mass. 1964) 28) pero esto terminó siendo una cortina de humo, cf. B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem*, pp. 135-143.

(9) B. STANGNETH, *Eichmann vor Jerusalem: Das unbehelligte Leben eines Massenmörders*, Zürich and Hamburg: Arche, 2011, pp. 245, 398-9.

(10) N. BASCOMB, *Hunting Eichmann*, Boston: Mariner Books, 2009, p. 80.

(11) P. A. PAPADATOS, *The Eichmann Trial*, London: Stevens & Sons, 1964, p. 53; D. STAHL, *Nazi-Jagd: Südamerikas Diktaturen und die Ahndung von NS-Verbrechen*, Göttingen: Wallstein, 2013, p. 121.

(12) D. CESARANI, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, p. 231.

llevado a Israel en un avión de la aerolínea estatal El Al, aterrizando allí el 22 de mayo (13). El juicio ante el Tribunal Distrital de Jerusalén comenzó el 11 de abril de 1961 (14).

La operación que dio lugar a la captura de Eichmann fue mucho menos profesional que su secuestro. De hecho, Fritz Bauer, un judío alemán, perseguido primero por los nazis y luego uno de los más decididos fiscales como Fiscal General del distrito de Braunschweig (Baja Sajonia) y después del estado alemán de Hessen, demostró ser el informante clave del Mossad en la localización de Eichmann (15). Él inicialmente recibió la información de un hombre llamado Lothar Hermann, un judío alemán exiliado en Argentina. Hermann, torturado por la Gestapo, prisionero en Dachau y luego exiliado en Argentina, sospechaba que el novio de su hija, llamado Nicolás Eichmann, podía tener algún tipo de relación familiar con el fugitivo. Cuando finalmente descubrió que «Klaus» Eichmann solía vivir junto con su madre, sus hermanos y su «tío» Ricardo Klement en Buenos Aires, se lo informó a Bauer (16). Este último tuvo entonces que utilizar todas las maniobras posibles para vencer la amplia red de apoyo germano-argentina de la cual Eichmann y otros nazis se habían beneficiado (17).

II. *OUTSIDERS VS. INSIDERS*

El caso Eichmann no es importante solamente por el derecho aplicado y la figura histórica de Eichmann, sino también porque implicó un enfrentamiento entre los agentes jurídicos, los «insiders» –esto es, el fiscal, el juez y la defensa– y los observadores externos, los «outsiders» –por ejemplo, historiadores, filósofos, antropólogos y personas con conocimientos similares en humanidades–. Hannah Arendt ha sido quizá la figura más famosa dentro de estos observadores externos. En una entrevista reciente, Gabriel Bach el fiscal adjunto israelí en el jui-

(13) *Ibid.*, p. 234.

(14) P. A. PAPADATOS, *The Eichmann Trial*, London: Stevens & Sons, 1964, p. 1.

(15) R. STEINKE, *Fritz Bauer oder Ausschwitz vor Gericht*, Munich and Zurich: Piper, 2013, pp. 13 y ss.

(16) N. BASCOMB, *Hunting Eichmann*, Boston: Mariner Books, 2009, pp. 73-80.

(17) Hay muchas cosas increíbles que merecen ser mencionadas aquí, como la siguiente: El servicio secreto alemán, BND, controlado sin inconvenientes por antiguos nazis, ya sabía en 1952 de la verdadera identidad de Eichmann y de su residencia en Buenos Aires, pero hizo lo posible por ayudarlo a él y a otros nazis a esconderse en lugar de ayudar a las autoridades encargadas de juzgarlos en su tarea de atraparlos (R. STEINKE, *Fritz Bauer oder Ausschwitz vor Gericht*, Munich and Zurich: Piper, 2013, p. 18).

cio dijo lo siguiente respecto de la perspectiva de Arendt, por supuesto diferente a la suya como un «insider»:

No sabía nada sobre Hannah Arendt antes de su llegada. Ella llegó unos días antes del juicio y me habían dicho en ese momento que una filósofa de Norteamérica, Hannah Arendt, había llegado y deseaba escribir una crítica del caso –antes incluso de su inicio. Algo me sonaba un poco extraño y di a conocer que estaba disponible para reunirme con ella a los fines de discutir las cuestiones que había planteado. Dos días después recibí una respuesta diciendo que ella no estaba disponible para hablar con nadie de la Oficina del Fiscal. Esto me sorprendió una vez más– lo que quiero decir es que ella no tenía que aceptar lo que nosotros estábamos diciendo, pero no estar disponible para hablar con nadie de la Oficina del Fiscal era un poco extraño. Aun así di instrucciones no solo para que se le permita presenciar el juicio diariamente, sino para que también se le permita consultar todos los documentos, tanto de la defensa como de la fiscalía, a los fines de que pudiese adquirir una nueva percepción respecto de los interrogantes que pudiese llegar tener.

Y luego escribió ese libro... [Ella] no solo expresó algunas ideas extrañas, sino que realmente reprodujo muchos de los documentos citados de una forma totalmente distorsionada... Entre otras cosas, ella escribió, por ejemplo, que retratamos a Eichmann de un modo tan oscuro que realmente minimizamos la culpabilidad de Hitler y Himmler. Ella escribió eso en su libro. Esto también es, naturalmente, ridículo. Por supuesto que Hitler y Himmler aportaron la idea. Eichmann fue responsable de llevarla a cabo. Pero el hecho de que él era un seguidor acérrimo y que, por esa misma razón, permaneció como jefe del departamento de asuntos judíos durante todo el tiempo, no disminuye la culpabilidad de quienes habían tomado previamente las decisiones clave.

Todo esto es muy, muy extraño y difícil de aceptar... Es absolutamente incorrecto manifestar que él estaba solamente cumpliendo órdenes de una forma, de cierto modo, banal. Realmente nos encargamos de demostrar eso en el caso (18).

Pareciera, entonces, que Hannah Arendt no deseaba conocer –mucho menos comprender– la perspectiva de aquellos que llevaron adelante el juicio. De acuerdo con estos últimos, representados por Bach, Hannah Arendt elaboró una explicación errónea del juicio, incluso distorsionando la «verdad» del juicio. En efecto, su explica-

(18) Los extractos son una traducción de la entrevista dada en alemán por Bach a la *Deutschland Radio Kultur*, 7 de abril de 2011, disponible en <http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/thema/1431281/> (última consulta el 8 de abril de 2015).

ción desencadenó serie de críticas (19), que incluían ataques personales que cuestionaban su integridad como judía, en especial porque ella criticó, aunque solo en una porción pequeña de su libro, el rol de los Consejos Judíos (*Judenräte*) que habían sido establecidos por los nazis para administrar y controlar mejor a las comunidades judías en los territorios ocupados y en los campos de concentración.

Obviamente que la perspectiva jurídica y la consiguiente crítica de la perspectiva no-jurídica de Arendt representa solo la mitad de la verdad. De hecho, la perspectiva estrictamente jurídica no era de interés para Hannah Arendt. Ella estaba preocupada por entender el fenómeno de Eichmann como la «banalidad del mal», esto es, como un representante del sistema nazi que solo podía existir y funcionar porque había muchas personas igualmente banales, tan mediocres como el propio Eichmann, que conformaban el funcionamiento del sistema o que incluso fueron convertidos en engranajes indispensables en la máquina de destrucción nazi (20). Claramente, la crítica de Hannah Arendt generó mucha preocupación entre los fiscales, pero es importante resaltar las diferencias de perspectiva. De nuevo, su perspectiva era externa al caso y, además, no se centraba en sus cuestiones técnicas, de derecho penal, sino en los –más importantes desde su perspectiva– aspectos sociológicos, psicológicos, filosóficos y antropológicos. Ambas perspectivas son legítimas y cumplen importantes, aunque diferentes, funciones. Ellas reflejan la tensión entre la visión interdisciplinaria externa, normalmente adoptada por una comisión (interdisciplinaria) de la verdad, y la visión jurídica interna de un tribunal penal, que solamente busca determinar si el imputado es culpable, o no (21). A su vez, Arendt coincidió con el veredicto final (incluso con la pena de muerte) y no quería, de ninguna manera, escribir una defensa de Eichmann. Su punto era simplemente que la dicotomía de bien versus mal se quedaba corta en la explicación de la maquinaria de exterminación nazi. Por el contrario, el mal es más banal, consiste en la incapacidad de pensar y, por lo tanto, de juzgar,

(19) Véase, por ejemplo, J. ROBINSON, *And the Crooked Shall be Made Straight: The Eichmann Trial, the Jewish Catastrophe and Hannah Arendt's Narrative*, New York: Macmillan, 1965.

(20) Para una defensa de Arendt y un análisis de la expresión «banalidad del mal», véase D. LUBAN, «Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law», (2011) 11 *International Criminal Law Review* 621 y ss., quien manifiesta que la crítica de Arendt «plantea interrogantes que todavía son relevantes hoy en día».

(21) Véase también R. BIRN, «Criminals as manipulative witnesses: A case study of SS General von dem Bach-Zelewski», (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 444, p. 474, quien alude a las «tensiones inherentes entre las narrativas históricas y las exigencias jurídicas».

como el centro de la acción moral (22). Es la incapacidad reflexionar sobre la propia conducta que en última instancia da lugar a una mera obediencia ciega en la ejecución de actos inhumanos. Después de todo, Arendt quería denunciar «la ilimitada maldad de hombres ordinarios», tales como eran representados por Adolf Eichmann (23).

De modo interesante, el por entonces recientemente fundado Estado de Israel, demostró gran independencia en el caso Eichmann, garantizando, de esta forma, que Eichmann tuviese un juicio justo. Existe un amplio consenso sobre este punto en la literatura jurídica sobre el tema, particularmente en la literatura inglesa y alemana (24). Incluso se le permitió a Eichmann seleccionar cualquier abogado (alemán) que quisiese, nazi o no (25). El mismo fiscal Bach recordó que, en su primer encuentro con Eichmann, le informó de su derecho a guardar silencio y de su derecho a contar con un abogado (26). Esto no puede ser sobreestimado debido al hecho de que en estos de enjuiciamientos por atrocidades masivas, con frecuencia perpetradas por un antiguo régimen derrotado, existe siempre el peligro de que se prive a los imputados de sus derechos más básicos.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE ISRAEL-ANÁLISIS JURÍDICO

La acusación afirmaba, en 15 cargos, que Eichmann era culpable de crímenes contra el pueblo judío, crímenes de lesa humanidad y membresía en una organización «hostil» (27). La mayor parte de los hechos alegados no fueron controvertidos, mientras que la jurisdic-

(22) M. NOGUEIRA de BRITO, «When Thinking is Acting: The Concept of the Banality of Evil as a Key to Hannah Arendt's Political Thought», en K. Ambos, L. P. Coutinho, M. F. Palma y P. de Sousa Mendes, eds., *Eichmann in Jerusalem - 50 Years After*, Berlin: Duncker and Humblot, 2012, pp. 89-103, p. 93; P. de Sousa Mendes, «Judging Eichmann to Render Justice», en *ibid.*, pp. 107-121, p. 120.

(23) A. ARÁUJO, «Hannah Arendt, Adolf Eichmann: of Radical Evil and its Banality», en *ibid.*, pp. 71-77, at p. 77.

(24) Véanse las referencias en K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2nd edn. (Berlin: Dunchker & Humblot 2004) nota al pie de página 110.

(25) Eichmann fue defendido por el Dr. Robert Servatius (cf. T. Taylor, *Die Nürnberger Prozesse*, 2nd edn. (München: Heyne, 1996), p. 496; C. Große, *Der Eichmann-Prozess zwischen Politik und Recht* (Frankfurt/M: Lange 1995), p. 22.

(26) En la versión oral completa de la entrevista, *Deutschland Radio Kultur*, 7 de abril de 2011, que no se encuentra reproducida en el sitio web citado previamente.

(27) *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5 (District Court, Jerusalem), párrs. 181-215.

ción del Tribunal y la responsabilidad penal individual de Eichmann fueron objetadas a partir de varios fundamentos. En cambio, los requisitos concretos de su responsabilidad recibieron menos atención.

1. La responsabilidad individual de Eichmann

El Tribunal de Jerusalén no consideró suficiente el hecho de que Eichmann había pertenecido a organizaciones declaradas criminales por el Tribunal Militar Internacional, esto es, rechazó responsabilidad penal por la mera *pertenencia* a una organización criminal. A pesar de la posición prominente de Eichmann, el Tribunal consideró que era necesario que él hubiese realizado conductas activas con vistas a la comisión de crímenes: «La Fiscalía tenía que probar que la pertenencia del Acusado a estas organizaciones –y su pertenencia no está en tela de juicio– y además que el Acusado *participó en la comisión de crímenes*, como un miembro de estas organizaciones –y *esto ha sido acreditado*–» (28). Con esta declaración el Tribunal asumió un enfoque mucho más restrictivo que el del derecho penal de la mayor parte de las democracias occidentales, que criminaliza la mera pertenencia a organizaciones criminales o terroristas (29). Interesantemente, el derecho israelí actual también criminaliza ampliamente la pertenencia a partir de cuatro delitos con expresiones, cargas de la prueba y sanciones diversas (30).

(28) *Ibid.*, párr. 215.

(29) Véase el profundo estudio realizado por I. MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte: eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

(30) Los delitos están establecidos en las secciones 58 y 85 de *Las Regulaciones (de Emergencia) sobre Defensa 1959*, sección 3 de la *Ordenanza de Prevención del Terrorismo N.º 3 de 5708-1949*, y la sección 147 del Código Penal israelí de 1977. El Tribunal Militar de Apelaciones israelí interpretó «pertenencia» como un término que incluye pertenencia pasivo-nominal (Apelación n.º 7\68, *Baransi v. The Military Prosecutor*, Collection [of the Military Court of Appeal] 2, 62, en 67 [1968]). Además determinó que la mera intención de formar parte de una organización ilegal es suficiente para una condena (Apelación n.º 8\70, *Baransi v. The Military Prosecutor*, Collection 3, 7, en 30 [1970]). Recientemente la Corte Suprema de Israel ha interpretado el término «pertenencia a una organización terrorista» en el contexto de un arresto preventivo de «combatientes ilegítimos». El Tribunal realizó cierto esfuerzo para restringir el alcance de este término, señalando que: «... es insuficiente demostrar una conexión tenue con la organización terrorista con el fin de poder realizar una inclusión dentro del ciclo de las hostilidades en el sentido amplio de este concepto» (CrimA 6659/06, *A. v. The State of Israel*, 11 June 2008, párr. 21 de la sentencia del juez Beinisch).

El segundo aspecto sustantivo se refiere al problema de la conspiración (*conspiracy*). Debido a la fuerte influencia del *common law* inglés en el derecho penal israelí (31) –solamente después del juicio contra Eichmann los conceptos propios del derecho penal de Europa continental adquirieron una cierta importancia (32)– no resulta demasiado sorprendente que el fiscal haya acusado a Eichmann de conspirar. Sin embargo, el Tribunal rechazó este concepto y, en cambio, demandó algo «más que el mero consentimiento» en la comisión de crímenes: «No consideramos que una persona que consiente la comisión de un hecho o de hechos punibles (y esta es la esencia de la conspiración), se convierte *ipso facto* en imputable, sin una base adicional de responsabilidad como autor de todos esos actos... Esa responsabilidad demanda... algo más que el mero consentimiento, como por ejemplo solicitar, ayudar, instigar, e incluso en casos extremos de un propósito común... al menos la presencia del Acusado en la comisión del crimen» (33).

En consecuencia, la clase de imputación realmente utilizada por el Tribunal para condenar a Eichmann fue la responsabilidad individual propiamente dicha, esto es, la autoría de Eichmann o su participación (secundaria) en hechos punibles. Para empezar, tenemos aquí un problema lingüístico. En tanto la sentencia fue escrita originalmente en el lenguaje oficial del Estado de Israel, hebreo, y en tanto muy poca gente puede leer hebreo, la gran mayoría de los analistas han recurrido a la versión en inglés, o a otra versión traducida (34). Esto puede ayudar a explicar la confusión terminológica de esta parte de la sentencia con respecto al modo de imputación (forma de autoría o participación secundaria). El Tribunal utiliza palabras diferentes, que son inconsistentes y contradictorias: por un lado, dice que Eichmann es un cóm-

(31) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 189: «... de conformidad con las reglas del Common Law inglés, de las cuales derivan».

(32) Esto se debió principalmente a Sheneor Zalman Feller, un judío de origen rumano, abogado litigante y profesor en Bucarest, quien inmigró hacia Israel en 1964 y se convirtió en un profesor de tiempo completo en la Hebrew University en 1967. Él importó algunas ideas desde el derecho rumano y soviético (él además había trabajado como fiscal en la Unión Soviética), y fue el director de doctorado de Mordechai Kremnitzer y de Miriam Gur Arye, quienes luego se convertirían en profesores en la Hebrew University y serían muy influyentes en algunas reformas legales (estoy en deuda con la Prof. Miriam Gur Arye por haber compartido esta información conmigo).

(33) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 188.

(34) Hay también una versión alemana en A. W. LESS, ed., *Schuldig: das Urteil gegen Adolf Eichmann*, Frankfurt: Athenäum, 1987.

plice (35). Aquí, podríamos tender a pensar en el concepto de «cómplice» que existe en Europa continental. Sin embargo, en el *common law* y en el derecho inglés, «complicidad» puede implicar más que la mera asistencia o cooperación en el delito del autor, como normalmente se entiende en la mayor parte de los sistemas de *civil law* (36). El término cómplice puede también ser entendido en el mismo sentido que un coautor, es decir, la persona que actúa «con otro» (Estatuto de Roma, artículo 25(3)(a)), o el colaborador necesario español (37).

La sentencia también habla del interviniente principal (*principal offender*) (38), en la terminología clásica del *common law* «interviniente principal de primer grado» (*principal of first degree*), que en los sistemas de *civil law* sería el autor directo o material que comete el delito, en el sentido más estrecho de una teoría formal-objetiva de autoría de propia mano. Sin embargo, el *common law* solamente utiliza el término «principal» para distinguirlo del «participante secundario», esto es, la persona que juega un rol menos importante en la ejecución del crimen. Aquí queda claro que el Tribunal del Distrito no

(35) *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 194: «... todo aquel que actuó en el exterminio de judíos, sabiendo el plan para la Solución Final y su puesta en marcha, debe ser considerado como cómplice en la aniquilación de los millones que fueron exterminados...»

(36) Mientras que Andrew ASHWORTH y Jeremy HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 419 y ss., parecen entender a la complicidad en el sentido de complicidad u otras formas de participación secundaria («interviniente principal es una persona cuyos actos se subsumen en las definiciones legales del crimen, mientras que un cómplice es cualquiera que ayuda, instiga, aconseja o le procura algo a un autor... Dos personas pueden ser coautores, siempre y cuando en conjunto satisfagan la definición del delito sustantivo y cada uno, por ejemplo, haya infligido lesiones en la víctima con el grado de responsabilidad requerido»). David ORMEROD, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 13.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 190-191, no hace una distinción tan clara («La distinción entre un interviniente principal conjunto y un coautor o un instigador es a veces una distinción fina... [el] test sería el siguiente: ¿contribuyó D2, con su propio acto, a la causación del *actus reus*? Si lo hizo, él es un interviniente principal»).

(37) De acuerdo con el artículo 28(2) del Código Penal Español «[I]os que cooperan en su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado» también calificarían como autores.

(38) *A-G Israel v. Eichmann* (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 194: «Su responsabilidad es la de un “autor principal” que perpetró el crimen en su totalidad en colaboración con otros». En este apartado el Tribunal compara este tipo de responsabilidad con aquella de dos personas que colaboran en la falsificación de un documento (*ibid.*: «Dos personas podrían colaborar en la falsificación de un documento, cada una de ellas falsificando solamente una parte del documento»).

adoptó el modelo dualista de participación («*Differenzierungsmodell*»), el cual distingue entre diferentes formas de participación ya al nivel de atribución de responsabilidad (39) sino que optó por el sistema unitario de autoría («*Einheitstätermodell*») (40), que considera a cualquier contribución causal en resultado delictual como una «autoría» o «comisión» (41).

El problema de la correcta y más precisa forma de responsabilidad es particularmente relevante en nuestro contexto desde que el académico alemán Claus Roxin desarrolló la teoría del control sobre el (o dominio del) hecho («*Tatherrschaft*») por medio de una estructura organizada de poder («*Organisationsherrschaft*») alrededor del mismo momento en que el juicio contra Eichmann tuvo lugar (en los 60's), tomando los hechos del caso como un ejemplo. Sin embargo, el Tribunal de Jerusalén no utilizó esta teoría. De hecho, nunca podría haber sabido de su existencia en tanto el innovador trabajo de Roxin fue publicado recién después del juicio (en 1963) (42). En cambio, la responsabilidad de Eichmann fue determinada en relación con su participación en la «Solución Final», esto es, cualquier tipo de participación, sin importar su forma concreta (tanto una forma de autoría como una forma de participación secundaria), fue considerada suficiente. De

(39) Como lo hace, al menos en un sentido terminológico, el artículo 25(3) del Estatuto de Roma, al distinguir entre modos de autoría (directa, junto con otro o a través de otra persona) y modos de participación secundaria (instigación y asistencia). Sobre los diferentes modos de participación en el art. 25(3) del Estatuto de Roma, véase K. AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 144 y ss.

(40) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 197: «[D]eseamos enfatizar que, de todos modos, se considera que el Acusado ha cometido el crimen en sí mismo... sin importar si cometió el acto para facilitar o para ayudar a otro en la realización del exterminio... o si aconsejó o le solicitó a otros el exterminio...».

(41) Respecto de los diferentes tipos de sistema unitario, véase T. ROTSCHE, «*Einheitstäterschaft*» statt *Tatherrschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, pp. 131 y ss. y *passim*.

(42) ROXIN publicó su artículo clave sobre «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate» en la revista jurídica alemana 110 *Goldammer's Archiv für Strafrecht* («*GA*») (1963) 193-207 (para una reciente traducción al inglés, véase «Crimes as Part of Organised Power Structures» (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 191). Naturalmente él ya había trabajado en el artículo con anterioridad y, por ende, el desarrollo de su teoría fue paralelo al juicio contra Eichmann que finalizó con la sentencia del 12 de diciembre de 1961. La primera edición del trabajo de ROXIN para su *Habilitation* como profesor (*Täterschaft und Tatherrschaft*), en el cual la teoría del dominio del hecho fue desarrollada con mayor amplitud, fue publicada en 1963 (8.ª ed. 2006). Para una traducción al español de la 7.ª ed., véase *Autoría y Dominio de Hecho en Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000 (trad. de J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo).

hecho, y a pesar de que una forma pura de responsabilidad colectiva u organizacional fue rechazada, el punto de referencia fue la empresa colectiva de la «Solución Final».

Esto se deriva de dos consideraciones. Por un lado, se puede inferir de varias referencias a la «Solución Final» en la sentencia: «[T]odos los actos perpetrados durante la implementación de la Solución Final del Problema Judío han de ser considerados como uno individual en su totalidad, y la responsabilidad penal del Acusado ha de ser decidida en concordancia» (43). Además,

Por lo tanto, el Acusado será condenado (si no se presenta una justificación para sus actos) por el crimen general de la «Solución Final» en todas sus formas, como un cómplice en la comisión del crimen, y su condena se extenderá a todos los múltiples actos que forman parte de ese crimen, tanto los actos en los que él participó activamente en su propio sector como los actos cometidos por sus cómplices en el crimen en otros sectores del mismo frente (44).

Por otro lado, la sentencia hace referencia al aparato organizado de poder nazi en el cual Eichmann participó a sabiendas:

Estaba por consiguiente claro desde el principio que se requería de un aparato complicado para llevar a cabo la tarea. Todo aquel a quien se integraba en el secreto de la exterminación, desde ciertos rangos en adelante, era consciente, también, de que tal aparato existía y que estaba funcionando, a pesar de que no todos ellos sabían exactamente cómo cada parte de la máquina operaba, con qué medios, a qué ritmo, y ni siquiera en qué lugar. Por lo tanto, la campaña de exterminio era un acto individual comprensivo, que no puede ser dividido en actos u operaciones llevadas a cabo por diversas personas en tiempos diversos y en lugares diferentes. Un equipo de personas lo consumaron conjuntamente en todo momento y en todos los lugares (45).

Finalmente, se lo considera responsable a Eichmann como a cualquier otra persona que participó a sabiendas en la empresa criminal nazi del Holocausto:

Pero más importante que eso: En un crimen tan enorme y complicado como que ahora estamos considerando [la Solución Final, K. A.], dentro del cual muchas personas participaron a distintos niveles y con distintas actividades –los planificadores, los organizadores y

(43) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 190.

(44) *Ibid.*, párr. 195.

(45) *Ibid.*, párr. 193.

aquellos que ejecutaron los actos, de acuerdo con sus distintos rangos—, no tiene demasiado sentido utilizar conceptos ordinarios de aconsejar y solicitar la comisión de un crimen. En virtud de que estos crímenes fueron cometidos en masa, no sólo en relación con el número de víctimas, sino también en relación con el número de quienes cometieron el crimen, el grado de cercanía, o lejanía de estos criminales respecto del homicida concreto no significa nada en lo referente a la determinación de su responsabilidad. Por el contrario, en general, el grado de responsabilidad aumenta a medida de que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y llegamos a los altos rangos de mando, los «consejeros» en lenguaje de nuestro Derecho. Respecto de las víctimas que no murieron pero que fueron colocadas en condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física, es especialmente difícil de definir en términos técnicos quién instigó a quién: el que persiguió y capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o el que las forzó a trabajar allí (46).

[I]ncluso si viésemos a cada sector de la implementación de la Solución Final separadamente, no había un sector en el cual el Acusado no haya actuado de un modo u otro, con diversos grados de intensidad, por lo que el camino alternativo también nos conduciría a considerarlo culpable por todo el frente de actividades de exterminación (47).

De lo expuesto se sigue que el Tribunal básicamente consideró que los macro-crímenes como los que dieron lugar al caso deben recibir un tratamiento que tenga en cuenta su naturaleza específica. La estructura ordinaria de las formas de responsabilidad individual (que distinguen entre autoría y participación secundaria) no capturan adecuadamente esta naturaleza específica, en tanto ignoran la particular relación entre el sistema (criminalidad sistemática) y el individuo (criminalidad individual) en un contexto macro-criminal. Aunque sea claro que el derecho penal internacional debe ocuparse principalmente de la macro-criminalidad y el derecho penal interno debe, normalmente, ocuparse de la criminalidad ordinaria e individual, los límites entre el nivel sistemático y el nivel individual no siempre son claros. Mientras que el derecho penal interno, ordinario, en cualquier nivel y de cualquier forma, siempre apunta al autor individual, está claro que el derecho penal internacional no puede ignorar el trasfondo político, social, económico y cultural de los eventos criminales («el fundamento delictivo»). Por lo tanto, va mucho más allá del establecimiento de mera responsabilidad individual. También parecería claro que los

(46) *Ibid.*, párr. 197 (énfasis agregado).

(47) *Ibid.*, párr. 198.

niveles sistemáticos e individuales no son mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, se complementan el uno con el otro; un enfoque unilateral en uno u otro no tomaría en cuenta en su totalidad las complejidades de la macro-criminalidad.

Sea como fuere, a pesar de que Eichmann fue en última instancia condenado como un «interviniente principal» (*principal offender*), a partir de sus distintos actos de apoyo a y en cooperación con la Solución Final, el Tribunal se pronunció a favor de un tipo de responsabilidad colectiva u organizacional. De hecho, el razonamiento del Tribunal nos hace recordar el concepto de empresa criminal conjunta («ECC»), basado en la teoría inglesa del diseño común, que experimentó un cierto renacimiento en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas, en especial en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (48).

Retomando el concepto de dominio del hecho por medio de un aparatado organizado de poder (*Organisationsherrschaft*), todavía está vigente la pregunta –y la cuestión no fue analizada en el juicio contra Eichmann– de si una persona como Eichmann, que pertenece al nivel organizativo intermedio del régimen, puede tener un dominio del hecho en los términos de esta teoría (49). No puede negarse que solamente el nivel más alto de la organización, normalmente constituido en términos formales como el Consejo de Defensa

(48) La doctrina de la ECC fue introducida por primera vez en *Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-A), Sentencia del 15 de julio de 1999, párrs. 172 y ss.; recientemente, véase, *Prosecutor v. Gotovina et al.* (IT-06-90-T), Sentencia del 15 de abril de 2011, párrs. 1950 y ss. Para un análisis y una crítica, véase Kai AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 123 y ss., 160 y ss., 172 y ss.

(49) Véase, para un análisis en mayor detalle del concepto de *Organisationsherrschaft*, K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.^a ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004, pp. 604-5 (énfasis en el original; nota al pie de página omitida. Para una versión en español, véase, La parte general del Derecho Penal Internacional, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005 [trad. de Ezequiel Malarino]); id., «Zur “Organisation” bei der Organisationsherrschaft», en: B. Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin* (Berlin: De Gruyter 2011) pp. 837-852, pp. 847 y ss.; véase la versión en español en «Sobre la “organización” en el dominio de la organización», (2011) *Indret* 3/2011 (trad. de D. Tarapués Santino), www.indret.com (última consulta el 8 de abril 2015). Para un análisis de la aplicación de la doctrina con respecto al ex presidente peruano, Alberto Fujimori, véase K. AMBOS, «The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus» (2011) 9 *JICJ*, pp. 137-158 (para una versión en español, véase «El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado» (2011) 5 *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 229-272 [trad. de D. Tarapués Santino]).

Nacional, la Junta o incluso como el mero gobierno, podría ejercer un dominio absoluto por *medio de y sobre* la estructura organizada de poder que le está subordinada. A su vez, este nivel más alto representa al Estado de un modo particular y es responsable por cualquier interferencia potencial en derechos fundamentales. Todo otro poder es meramente derivado y, por ende, su ejercicio debe serle atribuido a los líderes del Estado. Sólo el dominio de los líderes del Estado no podría ser bloqueado desde arriba, ni interferido de alguna forma. En cambio, una «interferencia» de este tipo es enteramente posible con respecto a empleados altos o medios como Eichmann: sus órdenes de transportar judíos a campos de concentración podían haber sido suspendidas o canceladas por sus superiores en cualquier momento. Además, su poder de mando sobre los ejecutores directos podía haber sido sustituido por parte de sus superiores sin dificultades, en tanto los autores directos, en última instancia, no eran responsables ante Eichmann, sino más bien ante los líderes del NS.

Se debe decir, por lo tanto, que el dominio sobre la organización solamente puede establecerse, sin ninguna duda, en relación con aquellos oficiales estatales que actúan en el trasfondo y cuyo poder de comando y órdenes no pueden ser simplemente suspendidas o canceladas, esto es, en relación con aquellos que, en ese sentido, pueden dominar y gobernar «*sin interferencias*». De acuerdo con lo que ya se ha mencionado, esto solamente ocurre con el gobierno formalmente constituido, esto es, la cúspide real de la organización, y, en casos excepcionales, también con el liderazgo real de las fuerzas de seguridad militar y policial («generales») que se encuentra fuera del gobierno civil. También podemos añadir que su capacidad de dominar la organización puede ser asumida sin más si ellos mismos son el gobierno, o forman parte de este último.

En cambio, los autores que no pertenecen a la cúspide de la organización sino, por ejemplo, a un nivel de liderazgo intermedio, tienen, en el mejor de los casos, dominio sobre la organización dentro del aparato con respecto a *sus* subordinados. Ellos, por lo tanto, no tienen el control del aparato completo, sino que, como mucho, de *parte* de este. Este dominio parcial, de todos modos, justifica que se los considere como autores mediados con respecto a la parte de los eventos que está efectivamente bajo su control. Por otro lado, el hecho de que ellos dependan de la cúspide de la organización parecería ser un argumento en contra de la posibilidad de una autoría mediata y más bien uno a favor de una *coautoría* basada en la división funcional de trabajo. De hecho, sin esa división de trabajo, la «Solución Final» nunca podría

haberse llevado a cabo. Tampoco la máquina de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, específicamente bajo las órdenes y supervisión del comandante del campo Höß, podía haber funcionado tan eficientemente.

Si uno sitúa la organización en el centro de la imputación de responsabilidad penal y si uno entiende «*Organisationsherrschaft*» como dominio sobre o por medio de la organización (completa), un dominio parcial, como ocurre en casos de aquellos que operan en un nivel medio recibiendo y realizando órdenes, no resulta suficiente para establecer «*Organisationsherrschaft*». Aquellos participantes en actividades macro-criminales con «dominio parcial», que reciben y emiten órdenes al mismo tiempo, son por lo tanto (en el mejor de los casos) coautores; su posible falta de equivalencia en relación con aquellos que reciben sus órdenes (quienes podrían ser autores directos) puede ser aceptada de mejor manera que su ausencia de dominio en relación con la cúspide de la organización, en tanto esta última impide, en última instancia, su dominio respecto de la organización (completa).

De todos modos, parecería obvio –y en esto el Tribunal de Jerusalén estaba en lo cierto– que las clases tradicionales de autoría y participación podrían no ser aplicables sin más a actos cometidos en un contexto de macro-criminalidad. En tanto esta criminalidad se caracteriza por la combinación de estructuras individuales y colectivas para atribuir culpabilidad (50) y, más allá de esto, por una organización que planifica, coordina y finalmente lleva a cabo los hechos punibles, debemos colocar a esta última en el centro de nuestra atención. El aparato organizado de poder es, como «sistema de injusticia formalmente constituido», al mismo tiempo parte de y fuerza motora detrás de la «injusticia del sistema». Por ende, se encuentra en el centro de la imputación y «colectiviza» –en el sentido del sistema dual (colectivo-individual) de imputación reconocido en derecho penal internacional («principio de imputación del acto global»)– la clásica perspectiva individual del derecho penal. La cúspide de la organización hace uso de la funcionalidad del aparato para generar la «injusticia del sistema», actúa por medio del aparato en combinación con los autores directos para lograr los objetivos supra-individuales de la organización, respecto de los cuales todos los miembros de la organización están, en última instancia, subordinados.

Por lo tanto, una nueva perspectiva del *Organisationsherrschaft* podría surgir. El quid de la cuestión a explorar en mayor detalle es el

(50) K. AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*. Vol. I, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 83-86.

hecho de si esta forma de responsabilidad podría ser incluida en el sistema ordinario de modos de imputación como un tipo de autoría mediata, o si debería ser concebida como una forma de responsabilidad autónoma, independiente, de aplicación en casos de macro-criminalidad.

2. Defensas

La Defensa de Eichmann presentó una serie de posibles agravios sustantivos o procedimentales que excluirían su responsabilidad penal o impedirían un enjuiciamiento. La objeción *ex post facto o nullum crimen (sine lege praevia)* fue rechazada por el Tribunal del Distrito (51), que entendió al principio de legalidad –tal como lo había hecho el Tribunal Militar Internacional previamente– como una expresión de consideraciones generales de equidad, por lo cual la única pregunta relevante era la de si el juzgamiento de los crímenes lucía justa. Este sería un caso claro: «Es, en efecto, difícil encontrar un supuesto más convincente de *derecho retroactivo justo* que la legislación que prevé el castigo de criminales de guerra y autores de crímenes de lesa humanidad y contra el pueblo judío, y todas las razones que justifican los Juicios de Núremberg justifican *eo ipse* la legislación retroactiva del legislador de Israel» (52).

Según la visión de la Corte Suprema, el principio de no retroactividad no se había convertido siquiera en derecho internacional consuetudinario (53). En cambio, los crímenes en cuestión han estado siempre prohibidos por el derecho internacional consuetudinario, por lo que su codificación en la Ley (de Castigo) de Nazis y Colaboradores de Israel solo tenía un efecto declaratorio. De esto se sigue que el acusado debía o al menos tenía que haber sido consciente de la criminalidad de sus actos, esto es, que el principio *nullum crimen*, desde una perspectiva subjetiva, centrada en un aviso justo al acusado (*fair warning*), tampoco se habría violado.

La defensa de actuación en cumplimiento de órdenes de un superior también fue rechazada por el Tribunal del Distrito por, en lo esencial, una razón jurídica y una fáctica. En cuanto a la última, el Tribunal argumentó que Eichmann no había actuado de conformidad con una

(51) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 7-8, 19 (en especial sobre genocidio), 27.

(52) *Ibid.*, párr. 27 (énfasis agregado).

(53) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párrs. 8, 11.

obediencia ciega, sino que, mayormente, con entusiasmo y predisposición (54). En lo que se refiere a la admisibilidad jurídica de la defensa de cumplimiento de órdenes de un superior, el Tribunal señaló que esta defensa no está reconocida en derecho penal internacional respecto de órdenes «manifiestamente antijurídicas», tales como las recibidas y ejecutadas por Eichmann (55). La Corte Suprema entendió al criterio de elección moral (introducido por el Tribunal Militar Internacional) no como una defensa autónoma, sino como una expresión de los conceptos de actuación bajo «coacción» o «estado de necesidad», una defensa que se analizará a continuación (56). Además, el Tribunal distinguió la defensa de actuación en cumplimiento de órdenes de un superior de la doctrina del Acto de Estado al señalar que en el primer caso se trata de un enfoque individual, en comparación con el enfoque en el colectivo-estatal del segundo (57). Mientras que la actuación en cumplimiento de órdenes de un superior presupone imputación a una persona natural, el Acto de Estado presupone imputación a un Estado. La causa de justificación de obediencia a la orden de un superior se basa en la autoridad del superior inmediato, mientras que el efecto de un «Acto de Estado» se refiere a la autoridad suprema en el Estado. Se supone que la actuación bajo la orden de un superior implica una hipotética ausencia de actuación alternativa; en cambio, un Acto de Estado recibe su efecto vinculante a partir de la actuación dentro del ámbito de la autorización brindada. De modo más general, la Corte Suprema argumentó que la aplicación de esta doctrina presupone que los actos en cuestión son legítimos y no violan, como es el caso de los actos del régimen nazi, el derecho internacional ni constituyen crímenes internacionales. De otro modo, esos actos deben ser considerados –de conformidad con la «fórmula de Radbruch»– (58)

(54) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 216, 228, 231; *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(55) *Ibid.*, párrs. 218-220; *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(56) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(57) *Ibid.*, párr. 15.

(58) G. RADBRUCH, «Five Minutes of Legal Philosophy» [1945] (trad. B. L. Paulson y S. L. Paulson), (2006) 26 *Oxford Journal of Legal Studies* 13: «El conflicto entre justicia y seguridad jurídica bien puede ser resuelto de este modo: el derecho positivo... prevalece incluso cuando su contenido es injusto y no beneficia al pueblo, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, como *derecho defectuoso*, debe ceder ante la justicia».

culos (59). De hecho, «[u]n Estado que planea e implementa una «solución final» no puede ser tratado *as par in parem*, sino sólo como una «pandilla de criminales» (60).

En cuanto a la ya mencionada defensa de coacción o estado de necesidad, el Tribunal tomó el criterio de la decisión moral como punto de partida. Más en concreto, el Tribunal requirió, objetivamente, un peligro inminente para la vida del subordinado en caso de no obedecer la orden y, subjetivamente, que haya llevado a cabo el mandato debido al deseo de salvar su vida y en la creencia de que no había otra posibilidad de lograr esto último (61). En lo que respecta a Eichmann, el Tribunal desechó este último requisito, en tanto Eichmann incluso excedió sus deberes, a partir de la demostración de sobre entusiasmo y de una gran ambición.

El agravio relativo a la posible captura ilegal de Eichmann en Argentina fue rechazado por el Tribunal porque esto sería indistinto para la jurisdicción de los tribunales israelíes (62). Si bien una captura tal podría ser –en tanto vulneración de la soberanía territorial del Estado– ilícita en derecho internacional, el derecho a un recurso o a reparaciones sólo le estaba conferido al Estado lesionado y no al individuo capturado (63). Además, Argentina e Israel habían finalmente llegado a un acuerdo el 3 de agosto de 1960 (64) y Argentina renunció a su reclamo original (65). En este contexto, el Tribunal Distrital tam-

(59) *A-G Israel v. Eichmann*, (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 14; véase también Tribunal Distrital, «Case of Adolf Eichmann» párr. 28 (p. 216).

(60) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 28.

(61) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 15.

(62) Sobre la doctrina *male captus, benedetentus*, relevante en este contexto, cf. C. PAULUSSEN, *Male captus benedetentus? Surrendering suspects to the International Criminal Court*, Antwerp: Intersentia, 2010.

(63) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 40-50.

(64) Véase la declaración conjunta del 3 de agosto de 1960, reimpresa en (1968) 36 ILR 6-7: «Los gobiernos de Argentina e Israel ... resuelven considerar cerrado el incidente que se deriva del accionar llevado a cabo por ciudadanos de Israel, que infringió los derechos fundamentales del Estado de Argentina».

(65) Argentina originalmente reclamó una violación a su soberanía, demandando reparaciones, castigo para los secuestradores y el retorno de Eichmann (D. Cesarani, *Eichmann: His Life and Crimes*, London: Heinemann, 2004, pp. 235, 238; D. Stahl, *Nazi-Jagd: Südamerikas Diktaturen und die Ahndung von NS-Verbrechen*, Göttingen: Wallstein, 2013, pp. 122). Sobre esta base, el Consejo de Seguridad de la ONU emitió una resolución que condenó el accionar israelí y solicitó reparaciones adecuadas para Argentina, pero al mismo tiempo dejando abierta la forma en que debían producirse: UN Doc. S/RES/138(1960).

bién rechazó todo tipo de inmunidad (66) para Eichmann, dado que, en especial, él no era un delincuente político (67). La Corte Suprema compartió estos argumentos en lo sustancial (68).

Por último, aunque no por eso menos importante, un eventual plazo de prescripción según el derecho argentino fue también considerado irrelevante porque el derecho aplicable era el de Israel, que no proporcionaba tal limitación (69).

(66) El Tribunal no realizó ningún tipo de diferenciación adicional sobre la clase de inmunidad.

(67) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párrs. 51-52.

(68) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel), párr. 13.

(69) *A-G Israel v. Eichmann* (1968), 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén), párr. 53.

Algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación
de la atenuante de grave adicción (art. 21.2.^a del CP).
(A propósito de su relación con los delitos de
violencia contra la mujer) (1)

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El objetivo primordial de este trabajo es analizar la relación existente entre la atenuante de grave adicción y los delitos de violencia contra la mujer. Para ello se examinan las diversas interpretaciones seguidas por la doctrina y la jurisprudencia a propósito de la circunstancia y su ámbito de aplicación. En especial, son objeto de estudio su fundamento, el requisito de la grave adicción del sujeto, el elemento de la conexión causal con el delito perpetrado, sus diferencias con la eximente incompleta del artículo 21.1.^a (en conexión con el 20.2.^o) y la posibilidad de apreciarla como muy cualificada.

Palabras clave: *Violencia contra la mujer, atenuante de grave adicción, alcoholismo.*

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the relationship between the attenuating circumstance of the serious addiction of drug abuse and other substances and the crimes of violence against the woman. This is done by examining the diverse interpretations of the

(1) La elaboración de este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación 97/2012, del Instituto de la Mujer.

doctrine and jurisprudence regarding the circumstance and its scope of application. Particular attention is being paid to its legal basis, the serious addiction requirement, the causal connection with the commission of the offence, its differences with the incomplete extenuating circumstance of art. 21.1st (in connection with art. 20.2nd) and the possibility of applying it as a very qualified attenuating circumstance.

Key words: *Violence against women, attenuating circumstance of the serious addiction, alcohol abuse*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aproximación general a la atenuante de grave adicción. 1. Fundamento y naturaleza. 2. Análisis de sus elementos. 2.1 La grave adicción a determinadas sustancias. 2.2 La vinculación entre el estado del sujeto y la realización del hecho delictivo. 3. Grave adicción y *actio libera in causa*. 4. Delimitación de la atenuante frente a la eximente incompleta. 5. La apreciación de la atenuante muy cualificada. 6. La atenuante analógica.–III. Abuso de alcohol, atenuante de grave adicción y delitos de violencia contra la mujer. 1. Algunas precisiones sobre la relación entre el consumo de alcohol y el ejercicio de la violencia. 2. ¿Puede usarse la atenuante en los delitos de violencia contra la mujer?–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Colectivos de víctimas, asociaciones de mujeres y hasta una parte de la clase política han venido alzando la voz para que, en el ámbito de la violencia contra la mujer, el abuso de alcohol deje de apreciarse como circunstancia atenuante o eximente de la responsabilidad criminal. La propuesta formó parte, de hecho, tanto del borrador elaborado por la subcomisión del Congreso de los Diputados que estudió la posibilidad de mejorar la Ley Integral contra la Violencia de Género, en 2011, como del informe final aprobado por su Comisión de Igualdad, si bien este último no dejó de recomendar que se profundizase «en la valoración jurídica» de dichas circunstancias (2).

(2) Esa recomendación figura en el apartado V.III.3 del borrador («La Subcomisión considera que la exposición a los efectos de las bebidas alcohólicas o a las drogas no debe contemplarse como una circunstancia atenuante o eximente en los delitos relacionados con la violencia de género y, por el contrario, debe valorarse como agravante específica al igual que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial»). *Vid. Boletín Oficial de las Cortes*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 296, 23 de noviembre de 2009, p. 51. Por su parte, a tenor del informe, «la subcomisión considera que la exposición a los efectos de las bebidas alcohólicas o a las drogas no debe contemplarse como una circunstancia atenuante o eximente en los delitos relacionados con la violencia de género, y por tanto recomendamos profundizar en la valoración

La cuestión no es, por supuesto, baladí. Es bien sabido que sectores de la Judicatura y de la Fiscalía han valorado negativamente esas iniciativas, considerándolas, como poco, innecesarias –teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.2.º CP para los casos en que el sujeto podría prever los efectos violentos del abuso del alcohol– y criticándolas, con carácter general, por desconocer que la embriaguez conlleva una merma de las condiciones psíquicas, es decir, una disminución de la voluntad e inteligencia. Sin embargo, difícilmente podría tacharse de poco sugerente un debate en el que confluyen cuestiones nucleares tanto de política criminal general (la responsabilidad *social* de los jueces por sus decisiones en asuntos particularmente sensibles, la discutida función promocional del Derecho penal, la influencia de los medios de comunicación en la agenda del legislador penal...), como de la *de género* (la inversión en educación y prevención como alternativa a las estrategias meramente punitivas, el acierto o desacierto de trasladar a ese ámbito soluciones adoptadas para delitos de distinto perfil criminológico y/o victimológico...). Ello es lo que justifica, principalmente, mi decisión de examinar, en las páginas que siguen, los requisitos y el ámbito de aplicación de la atenuante de grave adicción y su compatibilidad con las características de los delitos de violencia contra la mujer.

Existen, naturalmente, otros motivos para detenerse en esa circunstancia y que deben ser explicados, también, en esta introducción. Una interpretación atenta al tenor literal del texto punitivo permite tratar los supuestos de abuso de alcohol con arreglo a diversas figuras de su Parte General: las eximentes completas de los números 1 y 2 del art. 20, la eximente incompleta del art. 21.1.^a –en relación con las anteriores–, la atenuante segunda del art. 21 e, incluso, la atenuante analógica (art. 21.7.^a). Pues bien, la realidad es que la interpretación doctrinal y jurisprudencial más extendida de ese sistema (la que lo alinea con las posibles variaciones en la intensidad de los efectos del alcohol) no ha logrado delimitar, con la precisión deseable, los ámbitos de aplicación de las tres últimas (3). De hecho, es esa misma inter-

jurídica de dicha circunstancia». De esta forma, continúa, «daríamos un paso importante en este tema porque... somos conscientes de que el endurecimiento de las penas no es la solución para este problema, ni mucho menos, pero tampoco vamos a disculpar la conducta del agresor, del maltratador». *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Igualdad*, sesión número 15 celebrada el martes 17 de noviembre de 2009, núm. 417, 17 de noviembre de 2009, p. 14.

(3) En esa idea abundan, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 234; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2010, p. 825; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes*,

pretación la que ha hecho de la drogadicción «la estrella... de las atenuantes por analogía», habiéndose apreciado, con ese título, como subraya Sánchez Yllera, tanto en situaciones de intoxicación semiplena, como en casos de síndrome de abstinencia no inhabilitante o de verdadera toxifrenia, esto es, de enfermedad mental que disminuye, sin eliminarla, la capacidad volitiva del sujeto (4).

En la elección del objeto de este trabajo ha pesado asimismo, finalmente, el que la configuración legal de la atenuante segunda siga dando pie a decisiones judiciales muy heterogéneas, sustentadas, a su vez, en planteamientos divergentes de sus presupuestos y elementos básicos (5). Me ha parecido especialmente oportuno, por ello, intentar elaborar una propuesta reinterpretativa que, respetando la letra y el espíritu del Código penal, y dando cuenta de las exigencias propias del principio de seguridad jurídica, les permita a los tribunales adaptar racionalmente la norma del artículo 21.2.^a a los supuestos concretos que se vayan planteando.

atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Madrid, 1997, pp. 361 y 362, concluyendo que los expedientes utilizables para «abrir hueco» entre la exigente completa de síndrome de abstinencia y la atenuante segunda se saldan, bien con la reconducción de aquella a «supuestos rigurosamente irreales», bien con la vulneración del tenor literal del art. 21.2.^a en lo relativo a la exigencia de «gravedad» de la adicción. Resultan también muy gráficas las palabras con que VALLE MUÑIZ y QUINTERO OLIVARES presentan ese sistema: «demasiadas respuestas legales posibles para un mismo problema –la adicción a drogas o a alcohol– por más que varíe su intensidad cuantitativa». Vid. VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 281. En otro lugar, el propio QUINTERO alude a las razones «un tanto incomprensibles» por las que el legislador ha querido completar el régimen general de las eximentes incompletas, en relación con la drogodependencia y el síndrome de abstinencia, con la incorporación de la atenuante segunda. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, 4.^a ed., Pamplona, 2014, p. 790.

(4) Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., «Comentario al art. 21.2.^a», en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1995, p. 203. Sobre el extensísimo ámbito de aplicación de la atenuante analógica del art. 9.10.^a del Código penal (reconducible al vigente art. 21.7.^a) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vid. CASTELLÓ NICÁS, N., *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997, pp. 272 y ss.; PADILLA ALBA, H. R., «Comentario al art. 21.2.^a del Código penal», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 1999, p. 687 y nota 23.

(5) Vid. LORENZO SALGADO, J. M., «Nota á Sentencia do 29 de setembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.^a)», en *Revista Xurídica Galega*, n.º 25, 1999, pp. 153 y 154; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), pp. 825 y 826. Para QUINTERO OLIVARES la inclusión de la atenuante segunda obedece al temor del uso que el legislador pudiera hacer del juego entre las eximentes incompletas y la atenuante analógica de las situaciones de intoxicación semiplena no buscada de propósito. Vid. (n. 3), p. 790.

II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA ATENUANTE DE GRAVE ADICCIÓN

1. Fundamento y naturaleza

Uno de los puntos más discutidos en la interpretación de la atenuante de grave adicción es el de su fundamento. En líneas generales, todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales lo asocian a un déficit o menor grado de culpabilidad, derivado del hecho de que si se ha delinquido ha sido, precisamente, por consecuencia de la adicción. A tenor de ellas nos hallaríamos, pues, ante una circunstancia de naturaleza subjetiva, personal, no transmisible a los partícipes, aunque su actuación hubiese estado motivada por el ánimo de mitigar la situación del drogadicto (6). A partir de este planteamiento tan sencillo se han ido abriendo, no obstante, dos líneas diferenciadas de trabajo: la que pone en relación la grave adicción, exclusivamente, con una disminución de la imputabilidad del sujeto activo y la que, de forma complementaria o alternativa, da entrada a la idea de la menor exigibilidad de la conducta.

La tesis mayoritaria ubica su fundamento, en efecto, en el terreno de la disminución de la posibilidad de imputación personal del hecho y se sigue del siguiente razonamiento: si la atenuación se vincula a los trastornos que produce la dependencia en la psique del sujeto, su elemento teleológico habrá de examinarse sobre el plano de la reducción de sus capacidades de voluntad y entendimiento, esto es, en conexión con la capacidad de autodeterminación de la persona (7). El art. 21.2.^a

(6) *Vid.*, en este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, 2000, pp. 213 y 220; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., Valencia, 2004, p. 882.

(7) *Vid.*, entre otros, LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 53; GOYENA HUERTA, J., en ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J./GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 92 y 93; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), 281; PADILLA ALBA, H. R., *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Granada, 2001, p. 202 y nota 47; mismo autor (n. 3), p. 686; ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2007, pp. 213 y 214; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), pp. 880 y 881; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDRASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, p. 130; ROMÁN PINA-FUSTER, R., *Embriaguez, alcoholismo y Derecho penal*,

desempeñaría, así, un papel relevante a la hora de graduar los efectos de los déficits de imputabilidad en el Código penal (8), situándose a medio camino entre la exigente incompleta de drogadicción o consumo de bebidas alcohólicas y la simple excitación, a la que se atribuye el único significado de producir una inteligencia más aguda y audaz y fortalecer la voluntad (9).

Podría parecer que esta lectura de la circunstancia obliga a valorar (siempre) el estado anímico del responsable de la infracción. En otros términos, puesto que se trata de ponderar los efectos de las drogas sobre su voluntad y entendimiento, lo lógico –cuando menos sobre el papel– sería comprobar si, en el caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad y grado de la adicción, se ha producido una disminución anímica bastante como para que aquellos hubieran quedado verdade-

Barcelona, 2000, pp. 80 y 81; CEREZO MIR, J., *Derecho penal, Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid, 1997, pp. 112 y 113; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 9.^a ed., Valencia, 2015, p. 486; LACRUZ LÓPEZ, J. M., en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2011, p. 595; CASANUEVA SANZ, I., «La atenuante de ‘grave adicción’ en la Jurisprudencia más reciente», en ECHANO BALDASÚA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 107; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 232; CASTELLÓ NICÁS, N., «Causas de inimputabilidad: drogadicción», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 110, 2006, p. 430; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.^a ed., Barcelona, 2015, p. 614; OBREGÓN GARCÍA, A., «La exigente del art. 20.2, inciso 1.º, CP: Estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 110, 2006, p. 147; BACIGALUPO, E., «La protección de la mujer contra la violencia de género en España», en BIRGIN, H./GHERARDI, N. (coord.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, México, 2011, p. 161.

(8) *Vid.* VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 28; QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 790; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), pp. 880 y 881; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (n. 7), p. 130; CASTELLÓ NICÁS (n. 4), p. 304; CASANUEVA SANZ (n. 7), p. 107; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2010, p. 136; CORCOY BIDASOLO (n. 3), pp. 232 y 233; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825; GOYENA HUERTA (n. 7), pp. 93 y 94; MIR PUIG (n. 7), pp. 614 y 615.

(9) *Vid.*, por ejemplo, GOYENA HUERTA (n. 7), p. 80; ROMÁN PINA-FUSTER (n. 7) p. 80. Como explica OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 145, «debido al carácter gradual o progresivo de los efectos del alcohol, el sujeto sigue conservando –hasta que alcanza una elevada perturbación– la facultad de idear acciones delictivas y la capacidad física para realizarlas». En la jurisprudencia pueden verse las siguientes resoluciones: SAP de Barcelona de 4 de julio de 2012, SAP de Madrid de 12 de julio de 2012, SAP Madrid de 11 de octubre de 2012, SAP de Almería de 22 de octubre de 2012, SAP de Guadalajara de 26 de noviembre de 2012, SAP Burgos de 14 de diciembre de 2012, STS de 5 de febrero de 2013, STS de 15 de febrero de 2013, SAP de Barcelona de 15 de abril de 2013, STS de 15 de abril de 2013, SAP Alicante de 15 de mayo de 2013, STS de 28 de mayo de 2013, STS de 18 de junio de 2013, STS de 24 de junio de 2013, STS de 9 de julio de 2013.

ramente condicionados (10). Curiosamente una corriente jurisprudencial adopta, sin embargo, una perspectiva meramente formal, al considerar que el legislador se ha limitado a dar por sentado algo científicamente comprobado: que en los casos de grave adicción se produce una clara disminución de la imputabilidad del agente (11). Con arreglo a ella, y en especial cuando el objeto de la adicción es la heroína, el crack o la cocaína, la antigüedad de la adicción y la intensidad y prolongación en el tiempo del consumo permitirían inducir un cierto deterioro de las facultades intelectivo-volitivas, sin necesidad de acreditar el déficit psíquico con el que el sujeto hubiera cometido el delito (12). El texto punitivo sancionaría, por consiguiente, una presunción *iuris et de iure* de que toda drogodependencia intensa, que provoca la realización de un delito, lleva aparejada una merma de la capacidad de autodeterminación. Se soslayan así las (considerables) dificultades que plantearía acreditar la incidencia de la adicción en las facultades psíquicas del sujeto, en particular cuando no había sido objeto de un reconocimiento médico inmediato (13).

En cambio, para un segundo grupo de opiniones la atenuante guarda relación –como rasgo esencial– con las motivaciones del sujeto, con los impulsos, difícilmente controlables, que se esconden tras los delitos cometidos por causa de situaciones de dependencia intensa con relación a las drogas. Por lo que alcanzo a ver, el principal promotor de esta interpretación ha sido Rodríguez Morullo (14), a

(10) Tal y como defiende, por ejemplo, CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 430.

(11) *Vid.* SAP Alicante de 28 de mayo de 2013, SAP Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2013, SAP Jaén de 26 de junio de 2013, STS de 18 de julio de 2002, STS de 19 de diciembre de 2002, STS de 29 de mayo de 2003, STS de 26 de julio de 2006 y STS de 1 de marzo de 2013. En la doctrina parecen recoger este punto de vista, por ejemplo, ARIAS EIBE (n. 7), p. 214 y CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 233. Esta última escribe que «de probarse en el juicio oral que el acusado era una persona que sufría grave adicción a la droga y que cometió el delito para obtenerla, se habrán probado dos hechos de los que lógicamente cabe inferir que concurre el efecto psicológico requerido de disminución de la imputabilidad, por afección de las facultades intelectuales o volitivas».

(12) *Vid.* la STS de 22 de julio de 2005, que extiende incluso dicho planteamiento a la apreciación de la eximente incompleta «cuando de aquellos datos reveladores de una grave, intensa y antigua adicción a sustancias particularmente nocivas se pueda deducir según los criterios de la razón, la experiencia y los conocimientos científicos un severo deterioro de la salud psíquica del sujeto». En esa misma línea pueden verse, también, STS de 16 de junio de 2001, STS de 2 de marzo de 2006, SAP Málaga de 17 de abril de 2012, SAP Cádiz de 15 de junio de 2012, SAP Barcelona de 3 de abril de 2013 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2013.

(13) Incide en ello, entre otros, CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 424 y 430.

(14) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 112.

quien siguen, entre otros (15), Martínez Garay (16) y, ya con matices, quienes le atribuyen una suerte de doble fundamento: el consabido déficit de imputabilidad y una menor exigibilidad, debida a esa presión motivacional provocada por la dependencia o adicción (17).

(15) Vid. ROPERO CARRASCO, J./ZAMORANO MORENO, P., «Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal», en *Studia Carande*, vol. 5, 2000, p. 16; LORENZO SALGADO, J. M., «Imputabilidad, suspensión de la ejecución de la pena y cumplimiento de la condena», en BECOÑA IGLESIAS, E./RODRÍGUEZ LÓPEZ, A./SALAZAR BERNARD, I. (coord.), *Drogodependencias V. Avances 1999*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 35 y 36. Comentario aparte merece la postura de Martínez Galindo. Tras suscribir, expresamente, la interpretación de RODRÍGUEZ MORULLO, escribe que «parece exigirse la existencia de una influencia apreciable de la drogadicción en el psiquismo de quien la padece, que sea leve o poco acusada en el momento de cometer el delito, pues si la prolongada adicción ha producido un deterioro mental desembocando en anomalías y alteraciones psíquicas y menoscabando o eliminando la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, estos casos se tratarían dentro de la eximente del artículo 20.1.º CP, no en la del 20.2.º». Vid. MARTÍNEZ GALINDO, G., «Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 494. Esta autora nos presenta, por lo tanto, un nuevo escenario, en el que la atenuante segunda aparece situada en línea de progresión, ya no con la eximente del art. 20.1.º, sino con la del 20.2.º A pesar de parecerme muy sugerente, y de reconocerle el mérito de descubrir otro de los flancos que deja abiertos la tesis de RODRÍGUEZ MORULLO, no creo, sin embargo, que su construcción contribuya a clarificar el confuso panorama de la drogadicción en el Código penal español. Bien al contrario, lo que se sigue de ella son los mismos problemas delimitación de la grave adicción (como atenuante ordinaria o/y muy cualificada) frente a la eximente incompleta del art. 21.1.ª en relación con el 20.1, cuando aquella se traduce en anomalías y alteraciones psíquicas que condicionan significativamente la capacidad volitiva e intelectual del sujeto, en la atenuante cualificada del 21.2.ª Todo ello, por supuesto, sin olvidar la necesidad de reservarle un espacio propio a la atenuante analógica en relación con ambas. En la jurisprudencia trasladan el centro de gravedad de la atenuante desde el terreno de la afección a la imputabilidad al de la compulsión a delinquir, esto es, al de la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal, como elemento desencadenante del delito, entre otras, las siguientes resoluciones: STS de 22 de mayo de 1998, STS de 4 de diciembre de 2002, STS de 17 de marzo de 2003, STS de 21 de abril de 2003, STS de 29 de mayo de 2003, STS de 5 de junio de 2003, STS de 24 de febrero de 2005, STS de 2 de marzo de 2006, STS de 20 de marzo de 2013, STS de 15 de abril de 2013, STS de 28 de junio de 2013 y STS de 22 de julio de 2013.

(16) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, 2005, pp. 440 y ss.

(17) Examinan también el fundamento de la circunstancia sobre el plano de la motivación para delinquir ALTÉS MARTÍ, M. A., «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Código penal de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia, 1997, p. 84; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código penal» en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al*

Los argumentos con que se sostiene este planteamiento son dos: uno positivo y de orden literal –Rodríguez Mourullo subraya que lo que el legislador tiene en cuenta es que el delito «aparezca decidido y cometido “a causa” de la adicción» (18)–; y otro negativo, de carácter material, y que alude a lo «arriesgado» de apelar a la incidencia de la ingestión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto poniendo por delante la mera condición de drogadicto, en una u otra escala (19). La idea sería, por lo tanto, la de que, aunque la dependencia puede colocar a una persona en situaciones verdaderamente angustiosas (generar la aparición de abstinencia, conducir al aislamiento o a la marginación social, requerir desembolsos económicos extraordinarios...), el presupuesto psiquiátrico-psicológico de la imputabilidad sólo resulta afectado cuando se alteran significativamente la capacidad cognitiva y la dimensión afectiva de la psique, produciéndose, como explica Martínez Garay, «una percepción errónea distorsionada o excesivamente parcial» de la realidad intersubjetiva (20).

La tesis que se defiende en este trabajo coincide, en esencia, con la formulada por Rodríguez Mourullo. Como explica este autor, con la claridad que le caracteriza, el legislador no toma en consideración, en absoluto, las posibles alteraciones que la adicción haya podido producir en la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión (21). El presupuesto de la circunstancia es el padecimiento de una grave adicción –y no las anomalías o alteraciones psíquicas producidas por la administración continuada de la sustancia en cuestión, ni un síndrome de abstinencia o una situación de intoxicación por su ingesta (22)– y es ese padeci-

Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 320. Es partidario, en cambio, del doble fundamento de la circunstancia, en el sentido apuntado en el texto, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), pp. 213 y 214. BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002, pp. 122 y ss., habla de un fundamento único pero que «condensa razones político-criminales, una menor imputabilidad en el sujeto y una mayor o menor exigibilidad, según los casos y el punto de vista».

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 14), p. 112.

(19) *Vid.* MARTÍNEZ GARAY (n. 16), pp. 441 y 442.

(20) Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *op. loc. cit.*

(21) *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO (n.14), p. 112.

(22) Cfr., en ese mismo sentido, ALTÉS MARTÍ (n.17), p. 84; LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596; PUENTE SEGURA (n. 3), p. 361, a cuyo juicio, y aunque resulte complicado fijar los límites entre uno y otra, «hay dependencia grave antes de que haya síndrome de abstinencia». En la Jurisprudencia, la STS de 23 de octubre de 1998, identifica el presupuesto del delito con «estados intermedios», en los que el adicto no se encuentra ni en situación de intoxicación por el consumo de drogas, ni en una

miento el que ha de condicionar al sujeto, desde el punto de vista de la motivación para delinquir (23). Así pues, lo determinante no es la situación de dependencia, sino la medida en que el sujeto se haya visto compelido, verdaderamente, por aquella a realizar el delito; medida que representa, por cierto, un elemento típico de la agravante y que, como tal, habrá de quedar suficientemente acreditada (24). Desarrollaré, a continuación, los elementos argumentativos que hablan en favor de esta interpretación.

El primero de ellos se centra en la propia descripción legal de la grave adicción. El hecho de que, a diferencia de lo que sucede con las dos primeras eximentes del art. 20, el acento se ponga en lo que motiva

situación de síndrome de abstinencia. Aciertan, por ello, MIR PUIG (n. 7), p. 615 y GOYENA HUERTA (n. 7), p. 94, cuando subrayan que la única embriaguez o intoxicación que podría atenuar la pena sería, en cualquier caso, la causada por una grave adicción. Ello no significa, naturalmente, que todos y cada uno de los supuestos en que el sujeto activo padece una grave adicción en el momento de cometer el delito deban subsumirse en el art. 21.2.^a Así lo asume el propio legislador, al reconocer efectos eximentes o semieximentes al síndrome de abstinencia, que define precisamente, como es bien sabido, la situación de sujetos que, padeciendo una grave adicción, no se hallan bajo los efectos de la ingestión de la droga de que dependen. Así las cosas, cualquier intento por distinguir los ámbitos de la eximente y de la atenuante segunda a partir del hecho de que el sujeto se hallase o no, en el momento de cometer la infracción, bajo los efectos de la ingestión próxima de las sustancias a las que es adicto debe tacharse de «incoherente» –tal y como hacen MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), pp. 485 y 486–. En realidad, a los ojos de aquel, lo que da sentido a ese juego de calificaciones jurídicas es que, mientras algunas adicciones se saldan con la anulación o la disminución significativa de la imputabilidad, otras –sin alcanzar a afectarla– determinan al drogodependiente a perpetrar cierta clase de delitos. Ese mismo dato deja entrever, sin embargo, los límites de la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO.

(23) El criterio que doy por bueno en este punto es muy distinto, entonces, del que acogen autores como MIR PUIG –(n. 7), p. 615–, QUINTERO OLIVARES –(n. 3), p. 790– y PADILLA ALBA –(n. 7), pp. 201 y 202 y (n. 4), p. 686–, que defienden expresamente la apreciación de la atenuante ordinaria en los casos en que el drogodependiente o toxicómano ya se halla, en el momento de delinquir, bajo los efectos de un síndrome de abstinencia que no haya dado lugar a la apreciación de la eximente completa o incompleta. PADILLA ALBA trae en su apoyo dos argumentos: el de que lo que origina dicho síndrome es, justamente, la dependencia física y/o psíquica y el de que, habitualmente, los drogodependientes delinquen buscando los recursos que les eviten «verse bajo los efectos del síndrome». A mi modo de ver, la concurrencia, junto con la grave adicción, de un síndrome de abstinencia con influencia, aunque sea menor, en la imputabilidad del sujeto excede de lo que, en puridad, procede valorar con ayuda de la atenuante segunda. Reconozco, con todo, que hacerla confluír con la atenuante analógica, apostando, en consecuencia, por su compatibilidad, no dejará de suscitar reparos de diversa índole. El argumento sugerido por PUENTE SEGURA me parece, empero, incontestable: el Código penal no requiere que el delito se cometa «exclusivamente» a causa de la adicción, debiendo ser interpretado, en consecuencia, en el sentido más favorable al reo. *Vid.* (n. 3), p. 363.

(24) *Vid.*, en este sentido, la SAP Bilbao de 10 de enero de 2001.

la atenuación («actuar a causa de»), y no en los efectos psicológicos que puedan o deban derivarse de la adicción, parece un obstáculo difícil de salvar por quienes se suman a la idea del déficit de imputabilidad. El Código penal apunta nítidamente a la drogadicción como estímulo inmediato para la comisión de un delito, abocando a orientar la atenuante a los casos de delincuencia funcional condicionada, justamente, por ella (25). Si no se hace mención alguna a sus efectos sobre las facultades de comprensión y autodeterminación del sujeto, lo más razonable –y respetuoso con el principio de legalidad (26)– será pensar que, de una u otra forma, su fundamento se orienta en otro sentido.

Por otra parte, la lectura de los artículos 20.2.º y 21.2.ª deja traslucir la voluntad de diversificar el tratamiento penal de los estados relacionados con la ingesta de drogas, bebidas alcohólicas y otras sustancias análogas, para incluir en el primero la intoxicación plena y el síndrome de abstinencia y reconducir al segundo las hipótesis en que el motivo de la actuación del sujeto es, precisamente, su grave dependencia. El legislador parece hacerse eco del criterio (científico) que considera que para identificar un estado de adicción no es necesario, ni mucho menos, que el sujeto se halle bajo el síndrome de abstinencia –ni en los momentos inmediatamente anteriores– o en estado de intoxicación, por mucho que la aparición de aquel sí vaya normalmente asociada a una situación patológica de fuerte dependencia (27). La no afectación de las facultades de comprensión y autodeterminación es, a mi modo de ver, claramente, uno de los ejes de la configuración legal de la atenuante (28). La situación del adicto que, en el momento de delinquir, acusa, además, otros efectos del consumo prolongado y que condicionan su imputabilidad –por ejemplo, además

(25) De esta misma opinión, aunque sin extraer de ello las consecuencias apuntadas en el texto, CASANUEVA SANZ (n. 7), p. 108; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 423, 445 y 446; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 685 y 686.

(26) Así lo reconocen, a pesar de sumarse a la construcción de la disminución de la imputabilidad, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), p. 485.

(27) Cfr. PUENTE SEGURA (n. 3), p. 361; OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 144; LORENZO SALGADO (n. 15), p. 28.

(28) Eso es lo que sugieren declaraciones como la recogida en la STS de 24 de febrero de 2005: «A diferencia de la eximente completa o incompleta e, incluso, degradable hasta supuestos de atenuación analógica, derivada de la anomalía o alteración psíquica del autor del ilícito, que requiere el que se vean comprometidas las facultades psíquicas de este, para producir sus efectos de exención o atenuación de la responsabilidad criminal, la atenuante específica de drogadicción del artículo 21.2.ª del Código penal, dirigida no tanto a la referencia de la imputabilidad del sujeto sino a la de la motivación de su conducta, tan solo requiere la constancia de una grave dependencia de las sustancias psicoactivas y que sea esta la que se erige en móvil de la conducta delictiva».

del síndrome de abstinencia, determinadas psicosis, como la celotipia alcohólica (29)— no da pie, por consiguiente, a ningún concurso aparente de leyes penales: en el sistema del Código penal español el art. 21.2.^a no se abre a soluciones de compatibilidad, ni con la existente incompleta del art. 21.1.^a, en relación con el 20.2.^o, ni con la atenuante analógica. Por eso no resulta redundante y debe merecer, en líneas generales, una valoración positiva (30).

Por último, en tercer lugar, entiendo que si la esencia de la atenuante estribase en un problema de imputabilidad disminuida, carecería de sentido circunscribir su ámbito de aplicación a los delitos asociados a la obtención de las sustancias de que depende el sujeto, que es, como se verá, lo que propugna la jurisprudencia dominante (31). Ya que la alteración de las facultades psíquicas, por consecuencia de la drogadicción, puede incidir en la realización de cualquier delito, esa restricción del elemento causal de la circunstancia requerirá de una explicación distinta (32). También en este punto la construcción de Rodríguez Mourullo es, a mi juicio, más que convincente. La privación de la droga puede producirle al adicto sufrimientos (físicos y psíquicos) intensos, que únicamente podrá remediar volviendo a consumirla o sometién dose a un complicado y, en ocasiones, caro tratamiento de desintoxicación. Esa presión motivacional justificada, probablemente, una menor exigencia de cumplimiento de las normas (jurídico-penales) relacionadas, precisamente, con la obtención de las sustancias de que depende. Así entendida, la *ratio* de atenuante entronca, pues, con la existencia de un contramotivo que sirve

(29) Sobre ello *vid.* OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 144.

(30) Cfr. ROPERO CARRASCO/ZAMORANO MORENO (n. 15), p. 16.

(31) Utiliza también este argumento MARTÍNEZ GARAY (n. 16), pp. 443 y 444. Efectivamente, la mayoría de las resoluciones judiciales identifican al destinatario de la atenuante con un sujeto que delinque buscando, por una parte, obtener los recursos que necesita para mantener el consumo a corto plazo de drogas y, por otra, conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus hábitos: *vid.* STS de 17 de febrero de 1997, STS de 31 de marzo de 1997, STS de 27 de febrero de 1998, STS de 5 de marzo de 1998, STS de 19 de octubre de 1999, STS de 1 de octubre de 2001, STS de 10 de diciembre de 2001, STS de 6 de octubre de 2004, STS de 26 de julio de 2006, STS de 27 de abril de 2007, STS de 20 de junio de 2007, STS de 5 de febrero de 2013, STS de 25 de abril de 2013 y STS de 2 de octubre de 2013.

(32) El razonamiento de GOYENA HUERTA en este punto me parece extraordinariamente gráfico: «si la *ratio* final de esta atenuante es la de moderar la pena en atención a la pérdida de las facultades intelectivas y volitivas del agente, no parece razonable hacer depender tal atenuación de un requisito meramente temporal, cual es la previa adicción, ya que esa equivale a un hábito y, por tanto, exige una continuidad en el tiempo». *Vid.* (n. 7), p. 92.

para relajar, frente al drogadicto, la exigencia general de realización de comportamientos ajustados a Derecho (33).

Su fundamento presenta, entonces, una doble vertiente: una positiva, integrada por la consabida acción sobre la motivación que condujo al sujeto a delinquir; y otra negativa, constituida por la no incidencia en aquellas facultades cognitivas que permiten ajustar la voluntad a los requerimientos de la norma y por el no condicionamiento de la capacidad para motivarse con arreglo a ella. Ello es lo que nos descubre el verdadero significado de la circunstancia, orientada a las actuaciones incentivadas por la adicción y en que no concurren déficits de imputabilidad. Por esa razón debe excluirse cuando la relación entre la adicción y el delito cometido tiene otro alcance, tal y como hacen los pronunciamientos jurisprudenciales que se sitúan en esta línea interpretativa (34).

En todo caso, y al doble objeto de mejorar la factura técnica de la atenuante y de facilitar su intelección, me pronuncio a favor de incorporar al art. 21.2.^a –inalterado en todos sus términos tras la entrada en vigor de la LO 1/2015– la referencia «sin que dicha adicción afecte a su imputabilidad». A partir de ella resultaría mucho más sencillo, como se verá en un momento posterior, asignarles a la atenuante muy cualificada y a la analógica el espacio o campo de aplicación que legalmente les corresponden (ambas vienen previstas en relación con todas y cada una de las causas de atenuación ordinaria del art. 21).

2. Análisis de los elementos de la atenuante

A tenor del art. 21.2.^a, la atenuante se compone de dos elementos, que trataré por separado. En primer lugar me centraré en su presupuesto, circunscrito a una situación de grave adicción a cualquiera de las sustancias mencionadas en el art. 20.2.^o CP, y que, como ya he indicado, debe diferenciarse de otros conceptos como los de abuso de sustancias psicoactivas, intoxicación por sustancias psicoactivas o sín-

(33) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 214.

(34) Aludo a las resoluciones que dejan al margen de la circunstancia las dinámicas delictivas que no guardan relación con la necesidad de consumir droga con carácter inmediato (caso del homicidio, las lesiones graves, las falsedades documentales, el atentado y la resistencia a la autoridad...), así como, más en general, los hechos perpetrados a lo largo de varios meses y en punto a los cuales la adicción jugaría, a lo sumo, «como impulso organizado (racional y dominable)»: *vid.* STS de 23 de febrero de 2001, STS de 19 de octubre de 2001, STS de 11 de marzo de 2002, STS de 12 de noviembre de 2002, STS de 19 de noviembre de 2002, STS de 7 de octubre de 2005, STS de 25 de abril de 2013 y STS de 9 de octubre de 2013.

drome de abstinencia (35). Por otra parte, al emplear el término «causa», el legislador deja claro que no es suficiente con que el sujeto realice cualquier actividad delictiva: el delito cometido deberá ser, justamente, el resultado de la situación de dependencia. Al análisis de esa conexión causal dedicaré el segundo apartado de este epígrafe.

2.1 LA GRAVE ADICCIÓN A DETERMINADAS SUSTANCIAS

Existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial a la hora de presentar a la drogadicción, genéricamente, como una realidad biopatológica integrada por la existencia de una intoxicación grave y de una cierta antigüedad, que deberá ser mayor o menor dependiendo de la sustancia ingerida o consumida (36). Ajustando esa definición, algunos autores son partidarios de hacer equivalente el término «adicción» al de dependencia hacia determinadas sustancias y de interpretarlo, tanto a la luz de las diversas relaciones de la OMS, como de otros criterios diagnósticos (entre ellos, los del DSM-V) formulados para la dependencia de sustancias (37).

Esta segunda solución es la que daré por buena en este trabajo, por aportar mayores dosis de seguridad jurídica. Conviene recordar, en este sentido, que la OMS la conceptúa como un estado psicológico y, a veces, también físico, que resulta de la interacción entre un organismo vivo y un fármaco y que se distingue por alteraciones en el comportamiento o reacciones que siempre incitan a su consumo continuado o periódico, ya para experimentar los efectos psíquicos, ya para evitar el malestar consiguiente a su privación (38). En esa misma línea, el DSM-V habla de un patrón desadaptativo de consumo de una sustancia que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativos, expresado por tres (o más) de los siguientes ítems, en algún momento de un período continuado de doce meses: tolerancia –identificada, a su vez, a partir de ítems específicos–; abstinencia –asimismo determinada por ciertos ítems–; toma de la sustancia con frecuencia en cantidades mayores o durante un período más largo de lo que inicialmente se pretendía; deseo persistente o esfuerzos infructuosos para controlar o interrumpir el consumo; empleo de mucho tiempo en actividades relacionadas con su obtención, en su consumo o en la

(35) Insiste en ello LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596.

(36) *Vid.*, por ejemplo, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 216, restringiendo el concepto, sin embargo, a los casos de dependencia física; ARIAS EIBE (n. 7), p. 214.

(37) *Vid.* PUENTE SEGURA (n. 3), p. 359; LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 231; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 683 y ss.

(38) Recojo la definición de PADILLA ALBA (n. 4), p. 684, que aporta numerosas indicaciones bibliográficas al respecto.

recuperación de sus efectos; reducción de importantes actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo; y continuación en la toma de la sustancia a pesar de tener conciencia de sufrir problemas psicológicos o físicos recidivantes o persistentes, que parecen causados o exacerbados por su consumo.

En la descripción legal de la atenuante, la adicción –que de acuerdo con las referencias que acaban de traerse a colación lleva ya ínsita una nota de intensidad– viene acompañada del adjetivo «grave». Se trata, evidentemente, de un elemento sujeto a la valoración del juez o tribunal, que procederán con el correspondiente asesoramiento técnico. Dicho ello, lo cierto es que la identificación de los factores que permitirán su concreción es, de nuevo, objeto de debate. La doctrina, por ejemplo, hace acopio de una diversidad de criterios, entre los que se cuentan la habitualidad o prolongación en el tiempo del consumo, el número de síntomas que presenta el adicto, el grado de repercusión de la adicción en la vida social e interpersonal, la clase de sustancia de la que se depende y de delito cometido, el grado de debilitamiento de las facultades volitivas y hasta la importancia de las consecuencias experimentadas por quien sufre un síndrome de abstinencia (39). La toma en consideración de alguno o varios de ellos ha llevado a proponer, a su vez, una restricción de las sustancias que se hallan en la base de la atenuante, para radiar, entre otras, por su accesibilidad, el alcohol y las benzodiazepinas (40). Un sector de la jurisprudencia, por su parte, califica la gravedad de la adicción a partir de la intensidad de los efectos del consumo o de la intoxicación, insistiendo en que deben traer consigo una afectación significativa de la imputabilidad. Para constatarlo sigue dos procedimientos distintos. El primero pasa por establecer la gravedad caso por caso, examinando las consecuencias que la ingesta ha pro-

(39) *Vid.* PUENTE SEGURA (n. 3), p. 361; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), p. 881; LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596, alinea la gravedad con la «presencia de un gran número de síntomas» o con «una importante repercusión en la vida social e interpersonal del sujeto dependiente»; RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 14), p. 112, mencionando únicamente el grado de dependencia y la clase de droga; PADILLA ALBA (n. 4), p. 685, a cuyo juicio «el dato temporal del número de años de adicción puede ser uno de los criterios que permitan valorar la gravedad»; mismo autor (n. 7), p. 202, apuntando que en los casos de intoxicación crónica «el reconocimiento de la gravedad de la adicción debería hacerse de forma casi automática». Propone también que se valore que se trate de un hábito prolongado en el tiempo –aunque no como factor principal– GOYENA HUERTA (n. 7), p. 95.

(40) Menciona expresamente al alcohol, por el contrario, como una de las sustancias que pueden generar la situación de adicción que está en la base de la atenuante LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596.

ducido en el sujeto, en función de sus características personales (41). Otros pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, acuden, en cambio, a datos como la concentración del alcohol en la sangre, el tiempo de consumo, los antecedentes de la adicción o la cantidad de droga ingerida diariamente, sin necesidad de exigir una prueba exhaustiva y fehaciente del estado del sujeto en el momento de comisión de los hechos –que en un elevado número de casos no sería posible, lógicamente, recabar– (42).

Tal y como he indicado en un momento anterior, en mi opinión, la atenuante segunda no puede considerarse el *alter ego*, en términos de menor intensidad, de la eximente del art. 20.2.º El texto punitivo lo indica con una claridad meridiana: la gravedad no guarda relación con el deterioro de las facultades psíquicas del sujeto, sino con la adicción, es decir, con el detonante de la menor exigibilidad (del menor reproche penal) con que se examina su comportamiento. Al asumir ese punto de vista –convalidado por una emergente praxis que estima posible modificar la responsabilidad penal por adicciones desconectadas de alteraciones o afectaciones psíquicas (43)– no puedo compartir, evidentemente, la primera las propuestas jurisprudenciales reseñadas.

El adjetivo «grave» debe servir para perfilar mejor las situaciones en que observar la norma es menos exigible o, por mejor decir, en que el legislador ve razonable mitigar la responsabilidad de quien delinque para adquirir las sustancias de que depende. Siendo así, lo lógico será establecer su significado en función de los parámetros que se den por buenos a la hora de definir el propio concepto de adicción, en mi caso, principalmente los descritos –como graduables– en el DSM-V. Trabajar con esa referencia normativa permite conjurar, sobradamente, el riesgo de que los tribunales beneficien con la circunstancia a cualquier sujeto que sienta deseos (más o menos acusados) de consumir alguna clase de droga, al tiempo que dota de concreción al criterio de la duración del consumo, utilizado de manera recurrente por el Tribunal Supremo. Por lo demás, hay que convenir en que esa situación de menor exigibilidad sólo se verificará, por regla general, en relación con la llamada toxico-

(41) *Vid.*, por ejemplo, SAP Madrid de 15 de marzo de 2012, SAP Barcelona de 4 de julio de 2012, SAP Madrid de 11 de octubre de 2012, SAP Guadalajara de 26 de noviembre de 2012, SAP Burgos de 14 de diciembre de 2012, SAP Barcelona de 15 de enero de 2013 y SAP Barcelona de 15 de abril de 2013.

(42) *Vid.* STS de 3 de septiembre de 1998, STS de 2 de diciembre de 1998, STS de 21 de enero de 2004, STS de 6 de octubre de 2004, STS de 26 de julio de 2006, STS de 27 de abril de 2007, SAP Madrid de 15 de marzo de 2012, SAP Burgos de 14 de diciembre de 2012, STS de 6 de febrero de 2013, STS de 12 de febrero de 2013, STS de 18 de junio de 2013 y STS de 8 de octubre de 2013.

(43) *Supra* nota 15.

dependencia (adicción a heroína, a barbitúricos, a benzodiacepinas...). La urgencia de procurarse alcohol no inducirá, en circunstancias normales, a delinquir (44). En el sistema que aquí presento, y que es deudor del esbozado por Rodríguez Mourullo, las posibles disminuciones de la capacidad de culpabilidad del sujeto, a resultas de una adicción intensa y de larga duración, tendrán mejor acomodo en la atenuante sexta en relación con la eximente incompleta prevista en el art. 21.1.^a

2.2 LA VINCULACIÓN ENTRE EL ESTADO DEL SUJETO Y LA COMISIÓN DEL HECHO: EL ELEMENTO CAUSAL Y SU INTERPRETACIÓN

Otro de los rasgos distintivos de la atenuante segunda es su vinculación directa con la conducta delictiva perpetrada. Tal y como enfatiza el legislador, lo que agrava no es la condición de drogadicto del sujeto activo, sino la relación causal existente entre su adicción y la realización del delito (45). En consonancia con lo indicado en materia de fundamento, dos son, de nuevo, las opciones interpretativas que se han ido abriendo paso a la hora de precisarla. El ámbito de aplicación de la circunstancia variará según se acoja una u otra.

En primer lugar, cabría alinear esa relación con la situación de déficit en que el sujeto ha cometido el delito (un hecho perpetrado «por causa», entonces, de una imputabilidad disminuida). La estructura de la circunstancia replicaría, así, la relación existente entre los elementos que fundamentan, en la concepción clásica, las alteraciones de la imputación: de la grave adicción —el presupuesto psiquiátrico— se seguirá una alteración de las facultades volitivas y/o intelectivas (46). De optarse por este planteamiento, lo lógico será proyectarla, además de sobre la delincuencia funcional en el sentido más estricto del término (los delitos contra la propiedad o la salud pública asociados a la autofinanciación del consumo de drogas), sobre cualquier actuación delictiva directa o indirectamente vinculada a la adicción, así como, y ya más en general, sobre todas las situaciones de intoxicación o síndrome de abstinencia concomitantes con la realización de un delito y que, al no cumplir todas las exigencias descritas en los artícu-

(44) Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 216.

(45) Subrayan también ese dato, entre otros, VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (n. 7), p. 130; CORCOY BIDASOLO (n. 3), pp. 232 y 233; ARIAS EIBE (n. 7), p. 215; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 423 y 430; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825; LORENZO SALGADO (n. 15), p. 33.

(46) Vid. LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 595; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 232; con matices, PADILLA ALBA (n. 4), p. 686, que considera «implícita», en los requisitos de la grave adicción y del nexo causal, «la afectación, aunque sea mínima, de la capacidad de obrar del individuo».

los 20.2.º ó 21.1.ª, no traen consigo una exención –ni total ni parcial– de la responsabilidad penal (pero que sí merecerían una atenuación de la pena, habida cuenta del déficit intelectual-volitivo que presenta el sujeto) (47). En los repertorios jurisprudenciales encontramos diversos ejemplos de este criterio, puesto en práctica en relación con delitos como los de violencia contra la mujer, contra la libertad sexual o contra la fe pública, entre otros (48).

La tesis de la menor exigibilidad del deber de observar un comportamiento acorde con el Derecho, por causa del temor que le produce al adicto el advenimiento de una situación de sufrimiento, redundante, en cambio, en una interpretación mucho más estricta del elemento causal. La atenuante se asociará, por esta vía, a los delitos cometidos, ya no en concomitancia con una situación de adicción, sino bajo su compulsión y con la finalidad de obtener nuevas dosis de la sustancia que la provoca (49). El perfil legal de su beneficiario

(47) No me parece muy congruente, por ello, la línea argumental seguida, entre otros, por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), p. 881; VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; CORCOY BIDASOLO (n. 3), pp. 232 y 233; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 685 y 686. En rigor, si se afirma que la atenuante se circunscribe a los supuestos en que existe una alteración en la toma de decisión del sujeto en su actuación antijurídica, por estribar su fundamento en una afectación de su imputabilidad, su ámbito «normal» de aplicación debería ir mucho más allá de la delincuencia realizada bajo la compulsión de la adicción y con la finalidad de conseguir nuevas dosis. En los términos en que lo plantean estos autores, la grave adicción supondría un inaplicable beneficio para quienes perpetran delitos funcionales «al consumo», salvedad hecha de la posibilidad de cubrir todas las actuaciones delictivas en condiciones de imputabilidad disminuida y no incentivadas por la consecución de droga para la adicción con la atenuante analógica, tal y como defienden, entre otros, CASTELLÓ NICÁS (n. 4), pp. 445 y 446 o el propio PADILLA ALBA (n. 4), p. 686. La propuesta que aquí se hace permite cerrar el sistema sin necesidad de –ni arriesgarse a– hacer de la atenuante analógica, de nuevo, su piedra de toque.

(48) *Vid.*, entre otras, STS de 12 de enero de 1996, STS de 23 de marzo de 1999, STS de 16 de julio de 1999, SAP Sevilla de 23 de febrero de 2005, STS de 30 de junio de 2005, STS de 28 de abril de 2005 y STS de 4 de junio de 2013.

(49) Suscribe esta interpretación del elemento causal de la atenuante, si bien examinando su fundamento sobre el plano de los déficits en la capacidad de culpabilidad, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825. Trabajando con esa misma idea, para un sector de la jurisprudencia los únicos que permitirán inferir la presencia de esa relación causal, sin precisarse prueba específica alguna, serán los delitos patrimoniales de apoderamiento (esencialmente robo, en sus distintas modalidades, y hurtos para obtener dinero, pero también daños, receptación o estafa) y los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas en pequeña escala, «al menudeo», únicamente para atender al autoconsumo, delitos episódicos o con un alcance cronológico puntual, alentados exclusivamente por el fuerte impulso de satisfacer la propia dependencia): *vid.* STS de 21 de abril de 1998, STS de 16 de julio de 1998, STS de 3 de septiembre de 1998, STS de 2 de diciembre de 1998, STS de 23 de febrero de 1999, STS de 10 de mayo de 1999, STS de 13 de mayo de 1999, STS de 14 de junio de 1999, STS de 17 de marzo de 20303, STS de 16 de marzo de 2007, STS de 27 de abril de 2007 y STS de 28 de junio de 2013.

será el de un drogadicto que roba o trafica, porque se le presenta la ocasión idónea, para financiarse el consumo de la droga y consumirla antes de que se manifiesten los primeros síntomas relevantes de la abstinencia.

En coherencia con la secuencia lógica descrita por el propio legislador en el art. 21.2.^a, en este trabajo se apuesta por la segunda solución, la de circunscribir la esfera de acción de la circunstancia a los delitos relacionados con el abastecimiento de la sustancia a la que el autor es adicto. A tenor de aquel la dependencia debe ser la causa impulsiva, el elemento detonante, de la comisión del hecho delictivo. La atenuante se enmarca, por consiguiente, en una determinada línea de intervención político-criminal (orientada a luchar contra la delincuencia de diagnóstico) que propugna, entre otras cosas, la implantación de medidas de deshabituación (50). Prueba de ello es el régimen especial de suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años previsto en el artículo 80.5 del CP (que hace también alusión a hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia «de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20») (51). Por lo demás, va de suyo que si el destinatario de la atenuante es quien delinque bajo la compulsión de la adicción, será preciso que la padezca, justamente, en el momento de la ejecución (52), y, tratándose de delitos basados en una reiteración de conductas, durante todo el período de tiempo en que se desarrollaron.

Parece claro, en definitiva, que con esa referencia causal el Código mira a los supuestos en que el delito se halla verdaderamente vinculado a la adicción y tiene sentido como forma de sufragarla. Lo que ha captado su atención, con razón, es la figura del drogodependiente que delinque para procurarse la droga y evitar, así, el síndrome de absti-

(50) Cfr. VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281, que vincula, sin embargo, el fundamento de la atenuante a la afectación de la imputabilidad del sujeto.

(51) Destacaba esta misma cuestión, en referencia al régimen especial de suspensión de las penas privativas de libertad previsto en el artículo 87 del CP de 1995, RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 4), pp. 112 y 113. En cambio, la aplicación en estos casos de los artículos 104 y 105 sería contraria al principio de legalidad de las medidas de seguridad, por haberse contemplado únicamente en relación con «los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20». Cfr. GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 777. Ese dato aboga por la necesidad de delimitar con la mayor claridad posible los ámbitos de aplicación de la eximente incompleta y de la atenuante muy cualificada.

(52) Cfr. ARIAS EIBE (n. 7), p. 215.

nencia, haciendo de aquel, con frecuencia, su medio de vida (53). Debe dársele la razón, entonces, a quienes desechan el empleo del art. 21.2.^a en supuestos de venta o, en general, de realización de actos de ejecución o promoción de tráfico ilegal por quienes poseen drogas y dinero para procurárselas, es decir, con la finalidad de obtener un lucro o una mejora de su situación económica (54). Siguiendo ese mismo esquema, tampoco deberían beneficiarse de él, en mi opinión, el controlador aéreo alcohólico que se ausenta de su puesto para beber, dando lugar a un grave accidente por no suministrar las pertinentes informaciones, ni el maltratador, asimismo, alcohólico que, tras entablar una discusión con su pareja, le lanza a la cara la olla de agua hirviendo en la que estaban preparando la comida (55). Los delitos que carecen de relación con la drogodependencia que sufre el sujeto (lesiones, homicidio, delitos contra la integridad moral, amenazas, delitos contra la libertad sexual, falsificación de moneda, falsedades documentales, tenencia ilícita de armas...) deben permanecer, pues, extramuros de esta causa de atenuación, a pesar del criterio extensivo aceptado por alguna jurisprudencia sobre el particular (56).

Mayores dudas ofrecen los ilícitos teóricamente desvinculados de la adicción padecida por el sujeto pero que forman parte, sin solución de continuidad, de la dinámica comisiva propia de la delincuencia funcional (un homicidio cometido en conexión con un robo o un tráfico de drogas). La jurisprudencia los adscribe, de nuevo, al campo de intervención de la atenuante, recurriendo al doble argumento de que componen, con el delito funcional de que se trate, una misma situación, sin fracturas temporales, y de que son interpretables a la luz de idéntica disminución de las facultades intelecto-volitivas (57). Por mi

(53) OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 147, no duda en presentar este supuesto como «el que produce mayor número de problemas en el ámbito jurídico-penal».

(54) Diversas sentencias excluyen la atenuante, en el ámbito del tráfico de drogas, en casos de incautación de cantidades de notoria importancia, de un instrumental importante para preparar la droga y, en general, en las operaciones cuyo nivel y monto económico habrían sobrepasado, con creces, las meras necesidades de consumo ocasional: *vid.* STS de 7 de marzo de 2003, STS de 21 de mayo de 2010, STS de 8 de mayo de 2013, STS de 23 de mayo de 2013, STS de 18 de junio de 2013 y STS de 10 de Julio de 2013.

(55) Idéntica valoración merecen dos de los supuestos citados por PUENTE SEGURA: la comisión de un delito de atentado para escapar de una detención que le impedirá consumir la droga a que es adicto durante un tiempo determinado y la incomparecencia voluntaria en un juicio, tras haber recibido la pertinente citación, para consumir droga en ese momento. *Vid.* (n. 2), p. 363.

(56) *Infra* notas 102 y 103.

(57) *Vid.*, por ejemplo, SSTS de 29 de julio de 2005 –apreciándola en relación con los delitos de homicidio, tráfico de drogas y robo, a pesar de que la sentencia de instancia únicamente la había hecho valer en los dos últimos– y de 13 de diciembre de 2005.

parte, y en conexión con la tesis que he defendido a propósito de su fundamento técnico, considero que la existencia de un vínculo temporal o contextual entre el delito funcional de que se trate y otros delitos no debería valorarse como un dato suficiente como para proyectarla sobre ellos, en tanto en cuanto no pueda acreditarse que su realización vino, asimismo, motivada por la obtención de recursos con que sufragar la drogodependencia. El único supuesto en que se da cumplimiento a su requisito causal es el de la delincuencia motivada por la necesidad de atender a la propia adicción, realizada para obtener dinero con el fin de conseguir droga para el autoconsumo. Su sentido no apunta, ni a considerar la importancia del consumo de drogas como factor criminógeno –de primer grado, por cierto–, ni a sopesar, siquiera de modo colateral, su incidencia en las facultades del sujeto a la hora de perpetrar delitos (58). La delincuencia asociada a los episodios de embriaguez o mera perturbación sin adicción cae fuera, por consiguiente, de su radio de acción.

Probablemente, la interpretación que acabo de exponer convierte en superflua la polémica sobre la aplicación de la circunstancia en los delitos omisivos, alimentada por los términos empleados por el legislador («actuar el culpable...»). Con independencia de que los delitos susceptibles de ser cometidos por causa de la drogadicción serán, fundamentalmente, de acción (hurtos, robos...), nada impide que las situaciones de menor exigibilidad a que alude puedan verificarse, asimismo, en relación con actuaciones omisivas. Un buen ejemplo de ello lo ofrece Suárez-Mira Rodríguez: el caso de un drogadicto que ha recibido indebidamente dinero en su cuenta bancaria y que, comprobado el error, no procede a su devolución, empleándolo, posteriormente, en adquirir la droga a la que es adicto (59).

(58) La delincuencia motivada por la grave adicción del sujeto presenta unos perfiles muy distintos de los de la asociada a los episodios de embriaguez o mera perturbación sin adicción. *Vid.*, en este sentido, OBREGÓN GARCÍA (n. 7), pp. 144 y 145, incluyendo en el campo de incidencia de la embriaguez, por ejemplo, los delitos contra la vida y la salud, la libertad sexual, el honor, la seguridad del tráfico, el orden público y el patrimonio (en especial las infracciones sin ánimo de lucro, como los daños). Si bien acogiendo un planteamiento diverso –en la medida en que asocia la atenuante segunda a un efecto de afectación psíquica–, CASTELLÓ NICÁS se hace también eco de la distinción reflejada en el texto, cuando escribe que «es obvio que se puede matar, agredir a la libertad sexual de otro, o atentar contra cualquier bien jurídico, pero no «a causa de su grave adicción», sino estando bajo los efectos de una «disminución de la imputabilidad» que condicione su estado psíquico». *Vid.* (n. 7), p. 446.

(59) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 214

3. La cuestión de la *actio libera in causa*

Una corriente doctrinal excluye la apreciación de la atenuante cuando el responsable había podido prever la repercusión de la adicción en la comisión del hecho, trasladando, por consiguiente, al actual art. 21.2.^a los requisitos del art. 9.2.^a del CP Texto Refundido de 1973 (60). Ese es, por ejemplo, el planteamiento de Morales Prats, a cuyo juicio los supuestos de *actio libera in causa* dolosa o imprudente relacionados con situaciones de semiimputabilidad (art. 21 en relación con los números 1 y 2 del art. 20) o de atenuación por adicción a las drogas o al alcohol conllevan la exclusión de las eximentes incompletas y de la atenuante segunda, respectivamente, por ausencia de uno de sus elementos esenciales (61). En cambio, para García Arán y Córdoba Roda es el propio texto punitivo el que impone la interpretación contraria, al no venir condicionada la aplicación del art. 21.2.^a, en absoluto, a que el sujeto no hubiera buscado la drogadicción con el propósito de cometer la infracción o a que no hubiera previsto ni debido prever su realización (62). También un sector de la jurisprudencia parece defender la apreciación de la atenuante analógica a la de grave adicción –si bien excluyendo la imposición de la pena en la extensión mínima de la mitad inferior– cuando el sujeto era conocedor de los efectos del alcohol en su organismo y tenía, por lo tanto, el deber de prevenir las eventuales consecuencias del consumo (63).

En estas páginas se examina esa problemática con más distancia, y no porque no deba contemplarse la posibilidad de que, de una manera más o menos consciente, un sujeto consuma drogas para envalentonarse y perpetrar, de esa manera, actos delictivos del perfil de los que aquí consideramos o, sencillamente, de que al inicio de la drogadicción hubiera previsto o debido prever su realización. De hecho, con arreglo a la teoría de los «factores precipitantes directos», formulada en el contexto de los delitos de violencia contra la

(60) Vid. ROMÁN PINA-FUSTER (n. 7) pp. 80 y 81; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 282; GOYENA HUERTA (n. 7), pp. 108 y 109.

(61) Vid. MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 198. Algunas sentencias insisten, asimismo, en que, para poder apreciarse la atenuante, la disminución de la imputabilidad no deberá haberse provocado con el propósito de delinquir, no pudiendo, tampoco, haberse previsto o debido prever la realización del delito: vid. SSTs de 26 de julio de 2006 y 6 de julio de 2010, SAP Almería de 22 de octubre de 2012, SAP Santander de 18 de febrero de 2013 y STS de 28 de junio de 2013.

(62) Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), p. 486. Vid. también, en el mismo sentido, ARIAS EIBE (n. 7), p. 216; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 233.

(63) Vid. AP Madrid de 10 de enero de 1999.

mujer, la predisposición al descontrol o la permisividad con relación a las propias conductas se incrementa con el consumo de sustancias adictivas (64).

Lo que sucede es que la atenuante segunda no pondera, en absoluto, los efectos que la intoxicación «por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos» produce en la imputabilidad, que es el presupuesto fáctico al que el legislador vincula la cláusula relativa a la *actio libera in causa* (art. 20.2.º) (65). Apartándose de lo que ha sido una constante histórica en los textos punitivos españoles desde 1848, el actual art. 21.2.ª no considera la disminución de la imputabilidad por consecuencia del consumo simple, limitándose, por el contrario, a atenuar la responsabilidad penal del que «actúa a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior». No ha lugar, en consecuencia, a plantearse el rechazo de la circunstancia cuando la intoxicación fue buscada para delinquir o el agente previó o debió prever la repercusión del consumo en la comisión del hecho. Justamente está llamada a intervenir en los supuestos en que aquel no ha visto minoradas sus capacidades intelectivas o volitivas por la ingestión, la inhalación o la aplicación de drogas. Ese es su perfil (legal), como se ha indicado en los apartados anteriores.

Descartada su consideración para las atenuantes ordinaria y analógica (a la ordinaria), es evidente que la conducta de quien, de antemano, buscara provocarse un estado de intoxicación con el propósito de perpetrar un determinado delito en el ámbito que aquí nos ocupa (violencia contra la mujer), o hubiese previsto o debido prever su comisión, se saldará con las responsabilidades penales que correspondan, no pudiendo tenerse en cuenta aquel ni a título de eximente (completa o incompleta) ni de atenuante analógica (a la eximente).

4. La delimitación de la atenuante frente a la eximente incompleta

Además de su trascendencia práctica, la delimitación entre la atenuante de grave adicción y la eximente incompleta se implica con cuestiones relevantes de legalidad y tipicidad penales (como la exacta definición de sus respectivos ámbitos de aplicación), seguridad jurídica y, también, política criminal (pensando en el papel que debe asig-

(64) Cfr. MÚGICA SAN EMETERIO, E., «El perfil psicológico de la víctima y el agresor», en BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A. (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, p. 334.

(65) *Vid.* por todos LORENZO SALGADO (n. 15), p. 28.

nársele a una y otra en el sistema de las consecuencias jurídico-penales de la drogadicción).

Ya sabemos que, con arreglo a la tesis dominante, la intensidad de la adicción y su influencia en la imputabilidad del sujeto constituyen elementos normativos que determinarán, en su caso, la concurrencia de la causa de inimputabilidad completa (eximente) o incompleta (eximente incompleta), de la atenuante ordinaria, de la analógica o, incluso, de la muy cualificada. El ámbito de aplicación de la eximente incompleta se correspondería, de esta forma, con los casos en que la intoxicación no produce plenos efectos sobre la capacidad de conciencia y/o voluntad del adicto o drogodependiente o en que este actúa bajo un síndrome de abstinencia limitado, abarcando asimismo la drogodependencia grave asociada a otras causas deficitarias del psiquismo, como las oligofrenias, las psicopatías y los trastornos de la personalidad leves (66). La circunstancia del art. 21.2.^a se reservaría, en cambio, para las situaciones en que sus facultades volitivas y/o intelectivas se hallan (aunque sea mínimamente) afectadas o deterioradas por consecuencia de la adicción, dando también cobertura, en esa medida, a las actuaciones desarrolladas bajo la influencia de un síndrome de abstinencia pero de menor rango –todavía– (67).

Por mi parte, me sumo a la postura minoritaria que apuesta por reconocerles plena autonomía de contenidos, al situar el centro de gravedad de la segunda en la motivación del sujeto para delinquir, y no en la concurrencia de causas de alteración de la imputabilidad. Las alteraciones o anomalías psíquicas provocadas por el consumo prolongado de alcohol (cuadros depresivos, alucinatorios o delirantes, deterioros cerebrales orgánicos, problemas de memoria y de desorien-

(66) *Vid.* ARIAS EIBE (n. 7), p. 215 y nota 470; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 790; GOYENA HUERTA (n. 7), p. 95; ROMÁN PINA-FUSTER (n. 7), pp. 80 y 81; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 234. En cambio, para PUENTE SEGURA la admisión de una eximente incompleta relacionada con el síndrome de abstinencia daría pie a situaciones dudosamente coherentes con el principio de seguridad jurídica, al resultar difícil de concebir una situación intermedia entre aquel y la dependencia grave. *Vid.* (n. 3), p. 361.

(67) De esta opinión, entre otros, SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ (n. 6), pp. 213 y 219, nota 192; PADILLA ALBA (n. 7), p. 202; mismo autor (n. 4), p. 686; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825; MIR PUIG (n. 7), pp. 614 y 615; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), p. 486. En la jurisprudencia pueden verse, entre muchas otras, las siguientes resoluciones: SAP Madrid 15 de marzo de 2012, SAP Madrid 12 de julio de 2012, SAP Santa Cruz de Tenerife 15 de noviembre de 2012, SAP Madrid 12 de marzo de 2013, SAP Alicante de 15 de mayo de 2013, STS de 31 de enero de 2013, STS 26 de febrero de 2013, STS de 28 de junio de 2013, STS de 22 de Julio de 2013, STS 17 de octubre de 2013 y STS de 5 de noviembre de 2013.

tación temporal y/o espacial, demencia progresiva...) deben calificarse, entonces, con arreglo a la eximente incompleta del art. 21.1.^a en relación con la eximente primera o a la atenuante analógica, dependiendo de su intensidad. Por el contrario, un diagnóstico de abuso o de dependencia de sustancias que no haya degenerado en otro tipo de trastornos mentales adicionales abre la puerta a la apreciación de la atenuante ordinaria, siempre y cuando el sujeto no se halle, en el momento de los hechos, bajo la influencia de una ingesta ni sufriendo los síntomas de la falta de administración de la sustancia y la toxicomanía o dependencia se erija en la causa impulsiva del delito.

De la mano de esta interpretación, los grados superiores e inferiores de afectación de la imputabilidad se incorporarán al ámbito de aplicación de la eximente incompleta y de la atenuante analógica, respectivamente, llevándose a buen término, así, las pretensiones del legislador de reorganizar la regulación de la drogadicción y poner coto a la concepción –jurisprudencial y doctrinal– de aquella como un «cajón de sastre». Debe ponerse en valor, además, su rendimiento en el terreno de la prueba. De acuerdo con la tesis mayoritaria, anteriormente reflejada, la atenuación debería operar cuando la dependencia provoca una merma de las facultades mentales y volitivas que, sin ser plena, reviste la suficiente intensidad como para condicionar la capacidad de discernimiento y la libertad de acción del sujeto. En la práctica la acreditación de estos extremos supone, como se ha escrito, un verdadero acertijo (68). Si se acoge la idea de que arrancan de presupuestos y describen situaciones completamente diversos, la decisión sobre la aplicación de la atenuante o de la eximente incompleta dejará de pivotar sobre presunciones sobre el grado e intensidad de disminución de la imputabilidad o, en el mejor de los casos, sobre imprecisas pruebas testificales. Lo decisivo en relación con la grave adicción será probar que ha determinado el delito.

5. La apreciación de la grave adicción como atenuante muy cualificada

Vigente el Código penal Texto Refundido de 1973, el Tribunal Supremo había aplicado, en diversas ocasiones, la atenuante muy cualificada de embriaguez (art. 9.2.^a), exigiendo para ello una disminución intensa o notable de las facultades intelectivas y de la capacidad de inhibición del sujeto o una perturbación parcial de su inteligencia.

(68) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA (n. 8), p. 137. CASTELLÓ NICÁS se hace eco de las dificultades de prueba inherentes al hecho de que, con frecuencia, el autor no es sometido a un reconocimiento médico inmediato. *Vid.* (n. 7), p. 424.

Tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, un sector doctrinal, respaldado por una cierta praxis jurisprudencial, les atribuye los efectos del art. 66.1.2.^a a los supuestos en que a la grave adicción se une, en el momento de la comisión del delito, una situación de intoxicación efectiva, un «severísimo» síndrome de abstinencia o una alteración (69). Por el contrario, una segunda corriente de opinión rechaza la posibilidad de apreciarla como muy cualificada, argumentando que la comprobación de la gravedad de la adicción conlleva, por definición, o bien la aplicación de la eximente incompleta, o, y a tenor del artículo 21.2.^a, la de la atenuante ordinaria (70). En esa línea, algún autor ha llegado a apostar, incluso, por una reforma que elimine el adjetivo «grave» y ancle la circunstancia, exclusivamente, a la concurrencia de dos requisitos: el del vínculo funcional con el delito perpetrado y el del efecto psíquico imprescindible «para la estimación de una atenuante ordinaria» (71).

El hecho que el texto punitivo contemple la aplicación de los artículos 102, 104 y 105 únicamente en relación con los supuestos en que concurren los presupuestos materiales de la eximente completa o incompleta de drogadicción hace necesario distinguir, con claridad, los ámbitos de aplicación de la atenuante muy cualificada y de la eximente incompleta (72). Dicho ello, es evidente que si se asocia la atenuante ordinaria a una perturbación intensa de las facultades

(69) Ese parece ser el criterio de ARIAS EIBE (n. 7), p. 216. Sin reconducirlas expresamente a la figura cualificada, tanto GOYENA HUERTA –(n. 7), p. 94– como MIR PUIG –(n. 7), p. 615– califican con arreglo a la atenuante segunda las intoxicaciones por consumo de drogas que vayan precedidas de una grave adicción. Sin abordar la cuestión de su definición, ven posible la apreciación de la atenuante como muy cualificada PÉREZ CURIEL CECCHINI, J., *Tratamiento penal del drogodependiente*, Barcelona, 1999, pp. 203, 204 y 219 y ss.; PUENTE SEGURA (n. 3), p. 362; CEREZO MIR (n. 7), p. 104; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 218. En la jurisprudencia pueden verse las siguientes resoluciones: STS de 18 de julio de 2002, STS de 20 de marzo de 2003, STS de 20 de octubre de 2003, STS de 24 de febrero de 2005, STS de 2 de marzo de 2006, SAP Madrid de 23 de abril de 2012, SAP Almería de 22 de octubre de 2012, STS de 20 de marzo de 2013 y STS de 30 de abril de 2013.

(70) *Vid.* CASTELLÓ NICÁS (n. 4), p. 304; misma autora (n. 7), p. 449; PADILLA ALBA (n. 7), pp. 210 y 211; mismo autor (n. 4), p. 688; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 234. En la jurisprudencia *vid.* STS de 28 de enero de 2005, STS de 22 de noviembre de 2005, SAP Madrid de 15 de marzo de 2012, STS de 31 de enero de 2013 y STS de 21 de febrero de 2013.

(71) Cfr. CASTELLÓ NICÁS (n. 4), p. 304; misma autora (n. 7), p. 449.

(72) Cfr. GRACIA MARTÍN (n. 51), p. 777. Algún autor ha relativizado, en cambio, la importancia de la distinción, insistiendo en el dato de que, tanto en un caso como en el otro, se producen idénticos efectos de rebaja facultativa de la pena en uno (obligatoria) o dos grados (facultativa), como se sigue de los artículos 68 y 66.4.º CP. Cfr. BORJA JIMÉNEZ (n. 17), p. 133.

intelectivas o volitivas, la delimitación entre la muy cualificada y la exigente incompleta devendrá prácticamente imposible, ya no sólo porque, como explica González Rus, la tarea de cuantificar, con precisión, el grado de alteración de la psique humana resulta difícil de afrontar (73), sino, y sobre todo, teniendo en cuenta que la cualificación presupondría, justamente, que la perturbación de dichas facultades habrá alcanzado una intensidad superior a la normal.

En cambio, ese mismo criterio diferencial (el de la intensidad) ofrece mayor y mejor rendimiento si se parte de la base de que la atenuante y la exigente incompleta no se hallan ni en línea de continuidad ni, mucho menos, de progresión. Es esa otra perspectiva la que nos deja ver el espacio propio de la atenuante muy cualificada: las situaciones en que es la adicción misma la que reviste especial intensidad, con arreglo a las pautas normativas descritas en el DSM-V que el propio Tribunal Supremo ha ido haciendo suyas en algunos pronunciamientos (tiempo de consumo, tolerancia, abstinencia, esfuerzos para interrumpir el consumo...) (74).

6. La atenuante analógica

A resultados del sistema aquí descrito, descarto la posibilidad de construir una atenuante analógica a la ordinaria del art. 21.2.^a utilizando como criterio su –pretendida– equivalencia en cuanto a los efectos sobre el psiquismo o sobre las facultades intelectivas y volitivas del sujeto y reduciendo su presupuesto a estados de dependencia que no presenten los parámetros objetivos de gravedad que caracterizan a aquella (75). Mantenerlo hasta el final, con todas sus consecuen-

(73) Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Tratamiento penal de la violencia sobre las personas sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio», en *Revista Jurídica de Andalucía*, 2000, núm. 30, p. 22.

(74) No se trata, entonces, de atender, meramente, a la intensidad del deseo de consumir droga –como sugiere, en cambio, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 218.

(75) De esa misma opinión LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 431, 444 y 445; GOYENA HUERTA –(n. 7), pp. 95 y 103– reserva, asimismo, la atenuante analógica a la segunda para los casos en que el sujeto sufre una adicción «leve», pero exige que vaya acompañada de una «menor afectación de la psique del sujeto». Aunque sin apuntar ningún criterio aplicativo en concreto, no ven, tampoco, mayor obstáculo para admitir una atenuante analógica a la de grave adicción SÁNCHEZ YLLERA (n. 4), p. 204 –en cuya opinión el sentido último de la agravante segunda es, precisamente, el de llamar la atención de los operadores jurídicos para que acudan a la atenuante analógica mucho más restrictivamente de lo que solían hacerlo hasta ese momento–; GOYENA HUERTA (n. 7), p. 104; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 686 y 687; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 234. En contra se manifiesta, en cambio, BORJA JIMÉNEZ (n. 17), p.133.

cias, obliga a optar por una de las siguientes soluciones: a) reconocer que el legislador no deja margen para apreciar una atenuante analógica a la atenuante segunda; ó b) ponerla en relación con adicciones en las que estén presentes los parámetros objetivos y subjetivos que determinan un diagnóstico de menor gravedad y que empujan al sujeto a realizar delitos funcionales, sin afectar, al propio tiempo, a su capacidad para comprender lo ilícito del comportamiento y actuar conforme a esa comprensión. *Tertium non datur*.

Por la primera opción se decanta un sector de la jurisprudencia, que entiende que abrir la puerta a una atenuante analógica de «leve adicción» sería tanto como configurar una atenuante incompleta, en la que estaría ausente el presupuesto esencial de la atenuante segunda (la «grave adicción»). La idea sería, por lo tanto, la de que el legislador sólo se decidió a atenuar la responsabilidad de quienes padecen una adicción «grave», no la de quienes se hallan en un estado de ansiedad inherente a una adicción que no pueda considerarse grave, conforme a lo previsto en el DSM-V, o sucumben a deseos fácilmente vencibles (76). En esa misma línea se alude, también, a que someter al mismo tratamiento penológico casos tan diversos (los de adicciones serias y aquellos otros en que solamente existe la costumbre o el deseo controlable de consumir droga), además de ser injusto, redundaría en una especie de fraude de ley (77).

Pero podría entenderse, también, que el límite mínimo para que pueda aminorarse la responsabilidad penal por concurrencia de una atenuante analógica (a la del art. 21.2.^a) es la incidencia de la adicción en el terreno de la exigibilidad; y siendo así, siempre cabría ponerla en relación con las adicciones menos graves que impulsen al sujeto a realizar un delito funcional (78).

(76) *Vid.*, entre otras resoluciones, STS de 5 de mayo de 2000, ATS de 25 de noviembre de 2010, ATS de 24 de febrero de 2011, STS de 4 de febrero de 2013, STS de 13 de febrero de 2013, STS de 21 de febrero de 2013 y SAP Barcelona de 3 de abril de 2013.

(77) Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., «Nota á Sentencia do 17 de decembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.^a)», en *Revista Xurídica Galega*, 2000, n.º 26, p. 154. Diversas sentencias insisten en que extender la atenuante de análoga significación a los supuestos en que no esté presente una adicción grave e instrumental con respecto al delito equivaldría a crear atenuantes incompletas: *vid.* STS de 20 de julio de 1998, STS de 1 de septiembre de 1999, STS de 19 de febrero de 1999, SAP Barcelona de 15 de enero de 2013 y STS de 8 de mayo de 2013.

(78) En la jurisprudencia pueden encontrarse pronunciamientos que, tras desechar la atenuante ordinaria por no haberse acreditado una adicción de la suficiente entidad como para poder ser calificada de grave, recurren a la analógica en relación con aquella, atribuyéndoles a ambas idéntico fundamento (STS de 11 de

Este segundo punto de vista se corresponde con la concepción de la atenuante que he defendido en este trabajo (79). La posibilidad de modular la intensidad de la adicción aporta un criterio que ni suscita agravios insoportables, ni se salda con la atribución de los mismos efectos penológicos a situaciones desiguales, desde el momento en que la aplicación de la atenuante analógica se seguirá del (mismo) principio esencial que fundamenta la ordinaria (80). Por el contrario, aunque haya funcionado también como estímulo incentivador de la comisión de un delito, una adicción, más o menos grave, que vaya acompañada de una afectación de las facultades intelectivas o volitivas de menor intensidad que la que se requiere para dar vida a una eximente incompleta (art. 21.1.^a en relación con el 20.1.^o, 2.^o o 3.^o), determinará la aplicación de la atenuante analógica en relación con aquella, al igual, por ejemplo, que una afectación sensible de la impu-

febrero de 2013, STS de 20 de marzo de 2013 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 6 de septiembre de 2013). Algunos de ellos apelan, expresamente, a una adicción que incide de forma leve o escasa en el conocimiento y la voluntad del agente, ya sea porque se trate de sustancias de efectos menos devastadores, ya por su menor antigüedad o intensidad (STS de 28 de enero de 2002, STS de 13 de noviembre de 2008, STS de 4 de marzo de 2010, SAP de 4 de mayo de 2012, SAP Madrid de 12 de julio de 2012, SAP Madrid de 28 de noviembre de 2012, SAP Barcelona de 18 de febrero de 2013, STS de 28 de junio de 2013, STS de 19 de Julio de 2013 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 6 de septiembre de 2013). Otras, sin precisar la circunstancia que toman como referencia para la construcción de la analógica (la ordinaria o la eximente incompleta), dan cobertura, por esta vía, a casos en que, sin quedar acreditada la anulación o afectación grave de las facultades intelectivas y/o volitivas, sí consta en autos prueba testifical o incluso pericial suficiente sobre la embriaguez del acusado y su estado de alteración o su carácter de consumidor de droga durante un largo período de tiempo (STS de 27 de enero de 2005, STS de 11 de mayo de 2005, SAP Madrid de 17 de noviembre de 2012 y SAP Sevilla de 3 de diciembre de 2012). Pueden hallarse también, por último, sentencias que hacen uso de ella en relación con casos de ludopatía, es decir, de dependencia psíquica grave y determinante, de modo directo e inmediato, de la realización de delitos dirigidos a obtener fondos para satisfacer la compulsión al juego, considerados análogos a otras adicciones graves incluidas en el art. 21.2.^a (STS de 4 de febrero de 2013).

(79) También LORENZO SALGADO, *op. loc. cit.*, considera que la consecuencia lógica de la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO es que «solo sería posible acudir a la atenuante analógica si se acredita una influencia relevante en la imputabilidad derivada de una intoxicación o de un síndrome de abstinencia, pero insuficiente para la aplicación de la eximente o de la eximente incompleta correspondientes».

(80) Atar la suerte de la atenuante analógica a la constatación de que las facultades volitivas del sujeto se han visto afectadas supone radiar de su ámbito los casos de menor exigibilidad, sin alteración de aquellas, que, a mi modo de ver, sí deben ser atendidos por el Derecho penal.

tabilidad provocada por causas diferentes de la adicción a las drogas (81).

III. ABUSO DE ALCOHOL, ATENUANTE DE GRAVE ADICCIÓN Y DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

1. Algunas precisiones sobre la relación entre el consumo de alcohol y el ejercicio de la violencia

La literatura especializada ha venido abundando, desde hace aproximadamente tres décadas, en la relación existente entre el abuso de

(81) En ello coincido con CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 445. Parece inevitable, pues, seguir haciendo uso de la atenuante analógica con cierta generosidad –*vid.* MARTÍNEZ GALINDO, G., «Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en MORALES PRATS, F./QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, p. 496; CASTELLÓ NICÁS, N., «Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código penal de 1995: problemas prácticos derivados de la nueva regulación», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 60, 1996, p. 584; misma autora (n. 7), p. 446; PADILLA ALBA (n. 7), pp. 206 y 207, si bien evitando incurrir, nuevamente, en el exceso de proyectarla sobre cualesquiera supuestos de intoxicación situados más allá del terreno de la semiimputabilidad. Comparten esta última preocupación, entre otros, PADILLA ALBA (n. 4), pp. 686 y 687 y nota 23; MORALES PRATS (n. 61), p. 141; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 431. Como explica LORENZO SALGADO (n. 15), pp. 34 y 45 y nota 26, si se entendiera que la circunstancia analógica carece, en el nuevo Código penal, de toda eficacia en los casos de influencia de las drogas en el comportamiento humano, la embriaguez únicamente podría dar lugar a la eximente completa o a la incompleta –cuando fue plena o muy intensa–, pero nunca a una atenuante, cuando alcanzase una relevancia inferior a las requeridas por la eximente completa o la incompleta, salvo que el sujeto padeciese una grave adicción. A mi modo de ver el criterio de la intensidad de la alteración de las capacidades volitivas y/o intelectivas del sujeto resulta más operativo y practicable (también en términos de seguridad jurídica) cuando se emplea únicamente para delimitar los ámbitos de la eximente incompleta y de la atenuante analógica). La situación no cambia por el hecho de que el sujeto pudiera beneficiarse también, teóricamente, de la atenuante segunda, por tratarse de alguien que ha perpetrado un delito «funcional» por consecuencia de su adicción grave a las drogas. Como ya se ha explicado, el legislador, por razones de política criminal, ha establecido un baremo objetivo-subjetivo, conforme al cual la concurrencia entre la atenuante segunda y la analógica a la eximente incompleta del art. 21.1.ª no debería resultar posible, por los diversos fundamentos de una y otra. Un sector jurisprudencial subraya, de hecho, que la diferencia entre la atenuante analógica (a la eximente incompleta del art. 21.1.ª en relación con el 20.2.º) y la segunda estriba en que, mientras esta última se asienta sobre los requisitos de la adicción grave y su causalidad con relación al delito perpetrado, aquella se apoya en una afectación leve de las facultades del sujeto: *vid.* STS de 19 de enero de 2005, STS de 11 de mayo de 2005 y STS de 16 de junio de 2005. Bien al contrario, sancionar dicha concurrencia resultaría criticable en el marco de un Derecho penal orientado a las consecuencias.

alcohol y la violencia contra la mujer (82). Según el Documento de la OMS *Violencia interpersonal y alcohol*, de 2006, en los Estados Unidos, de entre las víctimas de violencia interpersonal que pudieron declarar si su atacante había consumido alcohol, el 35% afirmó que así había sido, coincidiendo en esa apreciación con el 50% de las entrevistadas en Inglaterra y Gales (83). Ese mismo año Anderson y Baumberg prepararon para la Comisión Europea un informe que indica que, en España, el 25 por ciento de las agresiones e incidentes violentos en el ámbito doméstico se hallan relacionados con los efectos del alcohol, un porcentaje que en el caso de Holanda y Francia se eleva hasta el 30 por ciento, en el de Suiza hasta el 40 por ciento y, finalmente, en el de países como Irlanda o Islandia hasta el 71 por ciento (84). Otros trabajos empíricos traen a colación datos, cuando menos, tan gráficos y contundentes como los anteriores (85). Un estudio realizado, en 2013, a partir de 419 expedientes de la Fiscalía de

(82) QUIGLEY, B. M./LEONARD, K. E., «Alcohol Use and Violence Among Young Adults», en *Alcohol Research & Health*, 2004/2005, vol. 28, n.º 4, pp. 191 y ss; KLOSTERMANN, K./KELLEY, M. L., «Alcoholism and Intimate Partner Violence: Effects on Children's Psychosocial Adjustment», en *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2009, n.º 6, pp. 3156 y ss.; PASCUAL PASTOR, F./REIG RUANO, M./FONTOBA FERRÁNDIZ, J./GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ, A., «Alcohol y violencia», en *Health and Addictions*, 2011, n.º 1, pp. 71 y ss; CATALÁ MIÑANA, A./LILA, M./OLIVER, A., «Consumo de alcohol en hombre penados por violencia contra la pareja: factores individuales y contextuales», en *Adicciones*, 2013, vol. 25, n.º 1, pp. 19 y ss., con numerosas indicaciones bibliográficas.

(83) Cfr. OMS, *Violencia interpersonal y alcohol*, 2006. Recuperado el 2 de abril junio de 2014, http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/factsheets/pb_violencealcohol_es.pdf2006, p. 4.

(84) Cfr. ANDERSON, P./BAUMBERG, B., *Alcohol in Europe. A public health perspective*, Luxemburgo, 2006, p. 202.

(85) *Vid.*, por ejemplo, los datos mencionados por LLORET IRLES, D., «Alcoholismo: una visión familiar», en *Salud y Drogas*, 2001, vol. 1, n.º 1, p. 118; GARCÍA MAS, M. P., «Patología familiar y violencia doméstica», en *Adicciones*, 2002, vol. 14, n.º 1, p. 224; REDONDO ILLESCAS, S., «Análisis criminológico y tratamiento de la violencia e pareja», en *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Criminología*, 2005, n. 1, pp. 5 y 6; KLOSTERMANN/KELLEY (n. 82), pp. 3157 y 3158; KACHADOURIAN, L. K./TAFCT, C. T./O'FARRELL, T. J./DORON-LAMARCA, S./MURPHY, C. M., «Correlates of Intimate Partner Psychological Aggression Perpetration in a Clinical Sample of Alcoholic Men», en *Journal of Family Psychology*, 2012, vol. 26 (2), pp. 206 y ss. A partir de ellos, la literatura penal y criminológica da por sentado que el consumo de alcohol o la ingesta de drogas son factores recurrentes en los casos de violencia contra la mujer: *vid.* BACIGALUPO (n. 7), p. 161; BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal, español», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2004, n.º 14, p. 30; OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios penales y criminológicos*, 2010, vol. XXX, p. 286.

Área de Santiago de Compostela y que finalizaron con sentencia de condena, entre los años 2007 y 2011, concluyó que alrededor de un 25 por ciento de los agresores presentaba hábitos de consumo o abuso de una o varias drogas, fundamentalmente de alcohol (en un 56 por ciento), si bien no necesariamente relacionados con los episodios violentos objeto de enjuiciamiento (86). Sabemos, también, por ejemplo, que entre un 40% y un 60% de los pacientes adictos que viven con sus parejas presentan episodios violentos contra las mismas durante el año previo al inicio del tratamiento para su adicción (87), que la relación entre consumo de alcohol y agresión es más fuerte entre los hombres maltratadores que entre los hombres de la población general (88) o, en fin, que el llamado consumo de riesgo aumenta 4.57 veces la probabilidad de ejercer violencia sobre la pareja (89). No debe resultar extraño, por todo ello, que la propia OMS haya señalado al consumo perjudicial de alcohol como uno de los 50 factores de riesgo en la violencia contra la pareja y la violencia sexual.

Ahora bien, conviene dejar claro que la utilidad de los datos que acaban de reseñarse apunta, fundamentalmente, a la definición de los ámbitos y programas de prevención y protección de las víctimas y de intervención con los agresores (90). No sirven para construir un perfil criminológico de los autores del maltrato, a partir de rasgos o características personales (en este caso, el consumo de alcohol).

De entrada, hay que insistir en que el consumo de alcohol no es la causa (ni una de las causas) de la violencia en la pareja. Hace tiempo que las teorías clásicas de corte psicopatológico han dado paso a esquemas de trabajo multinivel o plurifactoriales, que relativizan los efectos fisiológicos de aquel (91). Con arreglo a ellos, el comporta-

(86) Cfr. REGUEIRA DIÉGUEZ, A./OORDÓÑEZ MAYÁN, L./MUÑOZ BARÚS, J. I./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «La violencia de género: aspectos epidemiológicos, clínicos y médico-legales», en RODRÍGUEZ CALVO, M. S./VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (coord.), *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Valencia, 2014, pp. 111 y 112.

(87) Vid. FALS-STEWART, W./GOLDEN, J./SCHUMACHER, J. A., «Intimate partner violence and substance use: a longitudinal day-to-day examination», en *Addictive Behaviors*, 2003, n.º 28, pp. 1555 y ss.

(88) Vid. QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 193.

(89) Vid. GIL-GONZÁLEZ, D./VIVES-CASES, C./ÁLVAREZ-DARDET, C./LATOUR-PÉREZ, J., «Alcohol and intimate partner violence: do we have enough information to act?», en *European Journal of Public Health*, 2006, n.º 16, p. 278.

(90) Vid., en este sentido, LARRAURI PIJOÁN, E., *Criminología crítica*, Madrid, 2007, p. 29.

(91) Vid., por ejemplo, LLORET IRLES (n. 85), p. 118; RUIZ PÉREZ, I./BLANCO PRIETO, I./VIVES CASES, C., «Violencia contra la mujer en la pareja: determinantes y respuestas sociosanitarias», en *Gaceta Sanitaria*, 2004, n.º 18, p. 5;

miento violento de los hombres ebrios responde, también, al patrón de lo socialmente aprendido (92) –lo que aclara, entre otras cosas, por qué existe violencia doméstica y contra la mujer en países en los que prácticamente no se ingiere alcohol (93)–. Al alcohol le corresponde, a lo sumo, un papel de facilitador de las agresiones (94), cuya intensidad vendrá condicionada por la entrada en escena de otras características o variables individuales (la depresión y los trastornos psicológicos, las alteraciones en los estados de ansiedad, la autoestima, la impulsividad...) y contextuales (la carencia de una red ade-

GELLES, R. J./STRAUS, M. A., *Intimate violence. The causes and consequences of abuse in the American family*, Nueva York, 1988, pp. 45 y 46, con referencias a las investigaciones de LANG, BARD, MC ANDREW y EDGERTON; HEISE, L., «Violence against women: An integrated, ecological framework», en *Violence Against Women*, 1998, n.º 4, pp. 262 y ss.; QUIGLEY/LEONARD (n. 82), pp. 191 y 192; KACHADOURIAN/TAFT/O'FARREL/DORON-LAMARCA/MURPHY (n. 85), pp. 2 y 3. También la doctrina penal se ha hecho eco de esos planteamientos: *vid.* BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia de género», en *Revista española de ciencia penal y criminología*, 2007, n.º 09-02, p. 21; LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», en *Cuadernos de Derecho judicial*, 2007, n.º 9, pp. 62 y ss. Cosa distinta es que, al apostar por el Derecho penal como recurso primario en la tarea de erradicar la violencia contra la mujer, el legislador da por sentado que la razón última que la explica son las pautas individuales de conducta de ciertos sujetos, toda vez que el propio Derecho penal únicamente puede intervenir atribuyendo responsabilidades de carácter personal. Describe esta paradoja LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 61.

(92) *Vid.* GELLES/STRAUS (n. 91), pp. 45 y 46; RUIZ PÉREZ/BLANCO PRIETO/VIVES CASES (n. 91), pp. 5 y 6; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 77; ALTELL ALBAJES, G./PLAZA ALEU, M., «Abuso de alcohol y violencia doméstica desde una perspectiva de género», en *Salud y drogas*, 2005, vol. 5, n.º 2, pp. 109 y 110.

(93) Alude a ello GORJÓN BARRANCO, M. C., *La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género*, Salamanca, 2010, p. 68.

(94) *Vid.* QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 192; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ/GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 83; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., «Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, n.º 2, p. 160; RUIZ PÉREZ/BLANCO PRIETO/VIVES CASES (n. 91), p. 6; CATALÁ MIÑANA/LILA/OLIVER (n. 82), p. 20; GIL-GONZÁLEZ/VIVES-CASES/ÁLVAREZ-DARDET/LATOUR-PÉREZ (n. 89), p. 278; MÚGICA SAN EMETERIO (n. 64), pp. 334 y 335; en la doctrina penal, BOLEA BARDÓN (n. 91), p. 21 y nota 34; LAURENZO COPELLO (n. 91), p. 57; OLAIZOLA NOGALES (n. 85), p. 286. En concreto, se ha ido imponiendo la idea de que, además de disminuir el control de impulsos, agrava las situaciones conflictivas, en particular cuando el agresor ya consumía antes de vivir en pareja o empezó a consumir después de hacerlo: *vid.* QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 193; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ/GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 83; LLORET IRLES (n. 85), p. 119; KACHADOURIAN/TAFT/O'FARREL/DORON-LAMARCA/MURPHY (n. 85), pp. 2 y 3.

cuada que proporcione apoyo social, el estatus socio-económico, la condición de inmigrante...) (95).

Por otra parte, diversos informes y estudios, elaborados sobre la base de supuestos reales (96), demuestran que el autor del maltrato es un sujeto imputable y normalmente motivable por la norma penal (alguien que no padece ninguna patología específica que le mueva a agredir a su pareja) (97). Quiere decirse con ello que las cuestiones de

(95) *Vid.* QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 194; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ/GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 88; CATALÁ MIÑANA/LILA/OLIVER (n. 82), p. 20. En la doctrina penal destacan esa clase de interacciones, entre otros autores, LAURENZO COPELLO (n. 91), p. 63.

(96) Entre ellos: a) el elaborado por GENOVÉS GARCÍA sobre la base de más de 500 sentencias recaídas en casos de homicidios en la pareja (Cfr. GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja. La violencia de género con resultado de muerte; análisis sistemático de las sentencias: datos estadísticos, alevosía, ensañamiento, circunstancias atenuantes y agravantes, circunstancia de parentesco, penas y responsabilidad civil*, Barcelona, 2009, pp. 129 y ss. Las sentencias proceden del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales y se refieren a hechos acaecidos entre los años 1999 y 2004); b) el que, con firma de Vicente MARTÍNEZ y BENÍTEZ JIMÉNEZ, analiza 244 casos, enjuiciados en Castilla-La Mancha, en materia de malos tratos contra la mujer por su cónyuge o compañero (Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, R./BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Estudio jurídico y criminológico del delito de malos tratos en Castilla-La Mancha*, Albacete, 2009, p. 78, aportando el dato de que únicamente un 10 por ciento de las sentencias de condena (es decir, un total de 15) apreció el alcoholismo del agresor como circunstancia atenuante); c) el estudio sobre la aplicación judicial de la Ley Integral realizado por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ y centrado, entre otros aspectos, en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal apreciadas en 530 sentencias procedentes de Audiencias Provinciales y correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de marzo de 2008 (*Vid.* Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, Madrid, 2009); y d) el análisis de sentencias (43) dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o expareja, realizado por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ (*Vid.* Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, *Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o expareja*, Madrid, 2012).

(97) *Vid.* GORJÓN BARRANCO (n. 93), p. 606; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género», en RUEDA MARTÍN, M.^ª A./BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 227 y 228, así como las referencias bibliográficas

culpabilidad y exigibilidad que puedan suscitarse con ocasión del enjuiciamiento de estos casos deberán examinarse de manera absolutamente individual, trayendo en aplicación las estructuras que el Código penal prevé a tal efecto y en relación con cualquier tipo de delito (98). Tratándose de la eximente del art. 20.2.º, por ejemplo, habrá que comprobar, entre otros aspectos, si el agresor se colocó intencionadamente en dicho estado para cometer el delito o si actuó de manera imprudente, no evitando emborracharse a pesar de saber que, si lo hacía, podría delinquir. En esa misma línea, de poder acreditarse la concurrencia de la atenuante de grave adicción, tendría que procederse y reaccionarse como se haría en relación con cualesquiera otros hechos delictivos: haciendo valer sus efectos en los términos previstos por el art. 66 del CP (99).

Estereotipos al margen, la aceptación generalizada, también por el propio legislador, de que el maltratador es un alcoholístico o un enfermo es peligrosa (porque puede generar, paradójicamente, un clima de

citadas en p. 228 y nota 1. Ahora bien, si la violencia no es, sin más, el resultado de las patologías o desviaciones sufridas por los agresores, tampoco parece de recibo asumir que su etiología radica, siempre, sin excepción, en la situación de desigualdad que está en la base de nuestra organización social. Ello desconocería y simplificaría, en exceso, su diversa fenomenología e induciría a desechar, de raíz, el rol de otros factores de riesgo validados en los estudios criminológicos y a los que se ya se ha hecho alusión en este trabajo. Como explica MAQUEDA ABREU, frente al esencialismo del género, como una identidad común a las mujeres que les atribuye –a todas ellas– el mismo riesgo de opresión, se han ido afianzando diversos planteamientos deconstruccionistas, que le asignan el mismo peso cultural a otros elementos como la raza o la clase social. *Vid.* MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», en *InDret* 4/2007, p. 25. De esa crítica se han hecho eco, también, quienes le reprochan al autor de la Ley Integral de 2004 que vea en el género la única causa del maltrato.

(98) Se ha señalado, por ejemplo, que el síndrome de abstinencia suele manifestarse en forma agresiva. Cfr. OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 144.

(99) *Vid.* SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2013, haciendo uso de la atenuante analógica a la eximente incompleta del art. 21.1, en relación con el 20.2, en un caso en el que el acusado «había bebido una importante cantidad de alcohol, que si bien no disminuía sus capacidades intelectivas y volitivas hasta el punto de poder considerar de aplicación la eximente completa o incompleta, sí que las podía limitar aunque no de forma grave». Otras sentencias desechan tanto la atenuante ordinaria como la analógica, sin precisar el objeto de referencia de esta última (la atenuante primera o la atenuante segunda), apostando, sin embargo, por tener en cuenta la situación acreditada de ingesta de alcohol a la hora de individualizar la pena: *vid.* SAP de Barcelona de 3 de abril de 2013, relativa al delito de malos tratos del art. 153.3.º; SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012, relativa al delito de malos tratos del art. 153. 1.º y 3.º

tolerancia social (100)) y, sobre todo, incierta, al responder sólo parcialmente a la realidad (101).

2. ¿Puede usarse la atenuante de grave adicción en los delitos de violencia contra la mujer?

Como ya se ha indicado, una corriente jurisprudencial considera aplicable la circunstancia de grave adicción, en forma de atenuante ordinaria o analógica a la ordinaria, tanto a todos y cada uno de los delitos o faltas que están en la base del requisito de la habitualidad del maltrato, como a este último (102) y a otros delitos de violencia contra la mujer (103). No han faltado, incluso, resoluciones en las que la

(100) *Vid.*, en este sentido, entre otros, GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad LO 3/2007*, de 22 de marzo, Madrid, 2007, pp. 218 y 219; GELLES/STRAUS (n. 91), p. 45; GORJÓN BARRANCO (n. 93), pp. 133 y 608.

(101) Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, 08-02, p. 4.

(102) *Vid.* SAP de A Coruña de 3 de abril de 2012; SAP de Huelva de 20 de septiembre de 2012, considerando que la embriaguez es una «circunstancia que planea en todo el desarrollo de la relación de conflicto en la pareja» y que sólo debe excluirse, en el caso de autos, por «la falta de evidencia sobre su intensidad». *Vid.*, además, las sentencias mencionadas por los siguientes autores: CAMPOS CRISTÓBAL, R., «La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2004, Vol. XXIV, p. 177 y nota 76; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, pp. 129 y ss. En la doctrina defienden su aplicación en delitos de esta naturaleza OLMEDO CARDENETE, *op. cit.*, pp. 130 y 131, a cuyo juicio vendrá limitada «fundamentalmente» a los supuestos de grave adicción al consumo durante el tiempo en que se desarrollaron las agresiones; CAMPOS CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 176 y ss., también a propósito del delito de maltrato habitual; HIGUERA GUIMERÁ (n. 97), p. 237 y nota 39, calificando de «sorprendente» la negativa a aplicar la atenuante en el ámbito de la violencia doméstica y de género y exigiendo que, en los casos de violencia habitual, «la grave adicción se tenga durante el tiempo en que se desarrollaron las agresiones»; BACIGALUPO (n. 7), p. 161; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (n. 85), p. 31; GORJÓN BARRANCO (n. 93), p. 608.

(103) *Vid.*, por ejemplo, la STS de 28 de abril de 2005, aplicándola en delitos de violencia doméstica, lesiones, agresión sexual, contra la integridad moral y amenazas; SAP de Almería de 22 de octubre de 2012 y SAP de Cádiz de 15 de junio de 2012, en relación con los malos tratos del art. 153. 1 CP; SAP de Santander de 15 de junio de 2012, en relación con los delitos de los artículos 153. 1 y 3, argumentando que las actuaciones en cuestión «las puede perfectamente ejecutar una persona afectada levemente en sus facultades por el alcohol». En este grupo cabría incluir, asimismo, aquellas sentencias que, desestimando la atenuante, lo hacen por no considerar suficientemente acreditado el elemento de la afección de las facultades intelectivas y/o volitivas «como consecuencia del consumo previo», admi-

mera afirmación de la propia víctima de que el agresor bebía con frecuencia ha servido para apreciarla, como la de la AP de A Coruña de 11 de noviembre de 1999.

Parto de la base, sin embargo, de que los delitos a que estamos aludiendo no se incluyen ni en el ámbito material de apreciación de la atenuante segunda, ni en el de la analógica a ella. Recordemos, una vez más, que se trata de una circunstancia dirigida a un sujeto que actúa impulsado por su dependencia de sus hábitos de consumo, para procurarse dinero con que satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata de la droga y conseguir, al mismo tiempo, beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Por regla general, el padecimiento de una adicción grave no podrá desplegar esa clase de influjo en la realización de actos violentos (incluidos los que tienen como destinataria a la pareja o a la expareja) (104). Esa es la línea apuntada por sentencias como la de la AP de Palma de Mallorca de 4 de octubre de 2012, relativa a un delito de lesiones del art. 148.4.º CP, que rechaza que una adicción «sea la causa de la tremenda agresión producida», o la de la AP de Sevilla de 18 de octubre de 2012, que no duda en apuntar –a propósito de un delito de maltrato de los artículos 153. 1, 3 y 4– que la mera condición de drogadicto no justifica una atenuación de la responsabilidad crimi-

tiendo, por lo tanto, implícitamente, la inclusión de los delitos de violencia contra la mujer en su ámbito material: *vid.* SAP de Barcelona de 4 de julio de 2012, SAP de Barcelona de 16 de enero de 2013, SAP de Barcelona de 10 de enero de 2013, SAP de Ciudad Real de 16 de octubre de 2012 y SAP Madrid de 12 de julio de 2012, las cinco en relación con los malos tratos del art. 153.1.º; SAP de Madrid de 11 de octubre de 2012, SAP de Barcelona de 15 de enero de 2013, SAP de Jaén de 26 de junio de 2013 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de septiembre de 2013), relativas a los malos tratos de los arts. 153.1 y 3; SAP de Santander de 17 de octubre de 2012, apuntando que no hay prueba alguna de la que pueda extraerse la dependencia alcohólica del sujeto o que estuviera embriagado en el momento de los hechos; STS de 4 de junio de 2013, en relación con unas lesiones en las que «el hecho probado no refiere una pérdida de conciencia, de control de impulsos o disminución de la voluntad, a causa de la ingesta alcohólica, por lo que no es procedente una declaración de menor culpabilidad a causa de la embriaguez»; STS de 22 de octubre de 2013, también a propósito de un delito de lesiones tipificado en el art. 150 del CP, indicando que es preciso demostrar «que la adicción era grave y constituyó la causa impulsora del delito (funcionabilidad), detectándose una restricción evidente de las capacidades cognitivas y volitivas del autor, con disminución de la imputabilidad»; SAP de Madrid de 20 de mayo de 2013, con respecto a los delitos de los arts. 153. 1 y 3, concluyendo que se carece de cualquier elemento o dato objetivo que determine que el agresor tuviera sus facultades volitivas o intelectuales disminuidas, si bien sin precisar si el objeto de discusión es la atenuante ordinaria o la analógica a la exigente incompleta del art. 21.1 en conexión con el 20.1.

(104) *Vid.* CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 429.

nal si no consta la relación entre esa adicción y el delito perpetrado; una relación «que puede presumirse en delitos patrimoniales de apoderamiento, pero no en los de la naturaleza y característica del que nos ocupa» (105). También sirve para ilustrar el aspecto que quiero poner de manifiesto en este momento la STS de 22 de febrero de 2005, a pesar de acoger una interpretación del fundamento de la atenuante segunda y, por ende, de la atenuante analógica asociada a ella distinto del que aquí se preconiza. A tenor de ella, aunque recurrir a la grave adicción carecería de sentido en el caso de autos (un homicidio), por no existir relación alguna entre el delito cometido y el propósito de procurarse la droga, siempre cabría hacer uso de la atenuante analógica asociada al propio art. 21.2.^a, habida cuenta de que el sujeto se hallaba afectado «por cierta dosis de ansiedad, irritabilidad o desasosiego, que indudablemente debieron repercutir, aunque muy limitadamente, en su libertad de actuar» (106).

(105) En ese mismo sentido, y en relación con esa clase de delitos, pueden verse, por ejemplo, la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2012 y la SAP de Burgos de 14 de diciembre de 2012 –si bien ambas emplean, también, el argumento de que no es posible establecer el grado de influencia que el consumo de alcohol o de heroína fumada, respectivamente, pudiera haber provocado en el autor, quien «por dicho consumo, no se encontraba afecto a abstinencia o «mono» alguno que pudiera afectar a sus capacidades volitivas o intelectivas»–; SAP de León de 25 de abril de 2012, destacando que el hecho de que muchos de los altercados y problemas que tuvo la pareja durante su convivencia se hubiesen producido en estado de embriaguez, «no demuestra en absoluto que, años después, cuando han ocurrido los hechos que aquí son juzgados..., el mismo los cometiese a causa de dicha adicción, que no sabemos si existía en el momento el día de autos»; SAP Santa Cruz de Tenerife 3139/2012 (3 de diciembre), indicando que la «funcionalidad» requerida por la atenuante «habría de rechazarse en cuanto al delito de maltrato sobre la pareja», pues «no ha quedado debidamente acreditado que en la ejecución del acto delictivo se viera causada o determinada por una grave adicción a sustancias tóxicas»; SAP Toledo 885/2012 (24 de octubre), centrándose en dos faltas de lesiones del art. 617 del CP de 1995 y en un delito de amenazas en el ámbito familiar, rechazando que el delito fuera perpetrado a causa de la adicción padecida por el sujeto, «pues ni consta el grado de esta ni aparece que la motivación de la conducta fuera conectada a dicha dependencia para procurarse droga o medios económicos para ello». Desechan igualmente, sin ambages, la aplicación del art. 21.2.^a cuando la conducta típica no guarda relación alguna con la drogodependencia del sujeto, en particular a propósito de delitos como las lesiones o el homicidio las SSTS 7064/2005 (30 de septiembre), 7674/2005 (10 de mayo) y 8106/2005 (7 de octubre).

(106) Emplean la atenuante analógica «de embriaguez» en delitos de violencia contra la mujer, apoyándose en que el sujeto padecía una reducción leve de su voluntad por consecuencia del estado de embriaguez en que se hallaba, pero sin precisar cuál es el objeto de referencia de la analogía (la exigente incompleta o la atenuante ordinaria), entre otras, las siguientes resoluciones: SAP de Sevilla de 3 de diciembre de 2012, SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de septiembre de 2013, SAP de

IV. CONCLUSIONES

García Pablos nos enseña que la vivencia de los malos tratos es particularmente traumática, entre otras razones, por el mensaje «corrosivo» de las denominadas «técnicas de autojustificación», que legitiman el comportamiento delictivo del maltratador y paralizan la intervención del sistema legal con argumentos y coartadas como su atribución a factores psicopatológicos individuales (por ejemplo, a la influencia del alcohol) (107). Los testimonios procedentes de los propios órganos de la judicatura resultan extraordinariamente gráficos en este punto: familiares y amigos aconsejan a las mujeres víctimas que «aguanten», que «comprendan» que el alcohol hace que un hombre bueno se transforme (108). Presionadas por ese entorno, las víctimas desarrollan, incluso, el llamado síndrome de la mujer maltratada, al asumir que su pareja sólo actúa de esa forma cuando está bajo los efectos del alcohol o de las drogas, presentando, al propio tiempo, distorsiones cognitivas, como la minimización, la negación o la disociación.

La valoración global de la subordinación de la mujer al varón, en una perspectiva histórica, exige, especialmente al jurista, «una contemplación más amplia que alcance a la violencia estructural, esa en la que el derecho es sólo una pieza más, aunque muy importante». A la mujer, dicen los hermanos Lorente Acosta, no se le maltrata por ser madre, novia o ama de casa, sino por ser mujer, y al olvidarlo se corre el riesgo de limitar el fenómeno «a determinados tipos de familia, a ciertas circunstancias, a algunos hombres que son enfermos, alcohólicos o especialmente violentos, o también a mujeres

Madrid de 6 de junio de 2013 –con relación a un delito de lesiones en el ámbito familiar–, STS de 8 de octubre de 2013 –aludiendo a un asesinato con alevosía–, SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2011 –aplicándola, en relación con los arts. 21.1.ª y 20.2.º CP, en un caso en que los testigos indicaron que el autor presentaba «halitosis alcohólica, le costaba caminar y tenía ojos vidriosos»–, SAP de Madrid de 10 de enero de 2013, SAP de Madrid de 7 de marzo de 2013, SAP Madrid de 3 de diciembre de 2012, SAP de Santander de 28 de diciembre de 2012 –asimismo haciendo uso de la atenuante analógica de embriaguez en relación con los artículos 21.1.ª y 20.2.º CP– y STS de 31 de enero de 2011, en un caso de maltrato habitual y maltrato ocasional del art. 153.1, trayendo en aplicación la atenuante analógica en relación con los artículos 21.1.ª y 20.1.º

(107) Cfr GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 7.ª ed., Valencia, 2013, pp. 156 y 157.

(108) Cfr. SAN JOSÉ ASENSIO, E., «La violencia de género en Galicia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2008, vol. XXVIII, pp. 472 y 473.

que los provocan» (109). En lugar de asumir las supuestas características especiales que diferencian a estos sujetos de cualesquiera otros sometidos al estatuto del Derecho penal común, lo que procede, por lo tanto, es partir de la idea de que nos hallamos frente a autores «normales», sometidos, eventualmente, a las mismas causas de exclusión o atenuación de las penas que el resto de los responsables penales (110).

Ni puede darse la razón a quienes alertan sobre la inclinación de los órganos judiciales, en el ámbito de los delitos de violencia contra la mujer, a utilizar las eximentes y atenuantes relacionadas con el alcohol –con independencia de que esa sea la idea que pervive en el inconsciente colectivo– (111), ni, por el contrario, desestimar de plano su aplicación invocando argumentos característicos del llamado Derecho penal del enemigo. La llamada tolerancia cero no guarda relación alguna con cuestiones de imputabilidad o exigibilidad (112), y esa máxima, ínsita en los principios que inspiran el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, debe reivindicarse también, a fuer de resultar obvio, para esta clase de figuras delictivas.

Lo que sí debe hacerse es analizar detenidamente el fundamento, los requisitos y el ámbito de aplicación de dichas circunstancias, para

(109) Cfr. LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J. A., *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada, 1998, p. 85.

(110) Convengo con LAURENZO COPELLO en que si la violencia de género se explicase exclusivamente en función de criterios patológico-individuales, sancionar más severamente a los hombres que a las mujeres por un mismo tipo de agresión supondría una lesión flagrante del principio de igualdad ante la ley: *vid.* (n. 91), pp. 58 y 59. Haciendo uso de ese mismo planteamiento, creo que la propuesta parlamentaria de objeto de este trabajo se sitúa, claramente, en la órbita del derecho penal del enemigo. En esa misma línea, si bien desde una concepción de la atenuante distinta de la que aquí se ha defendido, BACIGALUPO habla de «una reducción, aunque sólo en parte, del principio de culpabilidad y de un avance en la línea del derecho penal de autor»: *vid.* (n. 7), p. 161.

(111) En esa línea, por ejemplo, GIL RUIZ (n. 100), p. 218. La apreciación realizada en el texto se apoya exclusivamente en las estadísticas judiciales relativas al empleo de la atenuante. De acuerdo con el precitado estudio sobre las Audiencias Provinciales, el número de sentencias que estiman la concurrencia de la atenuante de grave adicción no supera el 3,78 por ciento). *Vid.* (n. 96), p. 52. Esa afirmación coincide con las conclusiones alcanzadas del análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en casos de homicidio y/o asesinato en el ámbito de la pareja o ex pareja, realizado por el propio Grupo de Expertos, en los que se apreció solo como circunstancias atenuante en una de las 43 sentencias analizadas. *Vid.* (n. 97), p. 35.

(112) Recojo en este punto la idea (y expresión) de HIGUERA GUIMERÁ (n. 97), p. 234.

clarificar, sobre esa base (*exclusivamente sobre esa base*) en qué relación se hallan con aquellas. Siguiendo ese esquema, y secundando lo sugerido por una incipiente corriente jurisprudencial, en este trabajo ha tratado de acreditarse que existe una suerte de incompatibilidad estructural, técnica, entre la atenuante de grave adicción y los delitos de violencia contra la mujer.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS MARTÍ, M.A., «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Código penal de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia, 1997, pp. 79-93.
- ALTELL ALBAJES, G./PLAZA ALEU, M., «Abuso de alcohol y violencia doméstica desde una perspectiva de género», en *Salud y drogas*, vol. 5, n. 2, 2005, pp. 99-115,
- ANDERSON, P./BAUMBERG, B., *Alcohol in Europe. A public health perspective*, Luxemburgo, 2006.
- ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2007.
- BACIGALUPO, E., «La protección de la mujer contra la violencia de género en España», en BIRGIN, H./GHERARDI, N. (coord.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, México, 2011, pp. 151-162.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal, español», en *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 14, 2004, pp. 11-57.
- BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia de género», en *Revista española de ciencia penal y criminología*, 2007, n.º 09-02, pp. 1-26.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002.
- CAMPOS CRISTÓBAL, R., «La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2004, Vol. XXIV, pp. 128-186.
- CASANUEVA SANZ, I., «La atenuante de “grave adicción” en la Jurisprudencia más reciente», en ECHANO BALDASÚA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, pp. 105-124.

- CASTELLÓ NICÁS, N., «Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código penal de 1995: problemas prácticos derivados de la nueva regulación», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 60, 1996, pp. 577-609.
- *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997.
- «Causas de inimputabilidad: drogadicción», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 110, 2006, pp. 369-450.
- CATALÁ MIÑANA, A./LILA, M./OLIVER, A., «Consumo de alcohol en hombre penados por violencia contra la pareja: factores individuales y contextuales», en *Adicciones*, 2013, vol. 25, n.º 1, pp. 19-28.
- CEREZO MIR, J., *Derecho penal, Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO, M., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código penal» en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 299-324.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Valencia, 1995.
- ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., «Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 2, 2005, pp. 157-178.
- FALS-STEWART, W./GOLDEN, J. /SCHUMACHER, J. A., «Intimate partner violence and substance use: a longitudinal day-to-day examination», en *Addictive Behaviors*, 2003, vol. 28, pp. 1555-1574.
- GARCÍA MAS, M. P., «Patología familiar y violencia doméstica», en *Adicciones*, 2002, vol. 14, pp. 221-238.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 7.ª ed., Valencia, 2013.
- GELLES, R. J./STRAUS, M. A., *Intimate violence. The causes and consequences of abuse in the American family*, Nueva York, 1988.
- GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja. La violencia de género con resultado de muerte; análisis sistemático de las sentencias: datos estadísticos, alevosía, ensañamiento, circunstancias atenuantes y agravantes, circunstancia de parentesco, penas y responsabilidad civil*, Barcelona, 2009.
- GIL-GONZÁLEZ, D./VIVES-CASES, C./ÁLVAREZ-DARDET, C./LATOUR-PÉREZ, J., «Alcohol and intimate partner violence: do we have enough information to act?», en *European Journal of Public Health*, 2006, n.º 16, pp. 278-284.
- GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad LO 3/2007*, de 22 de marzo, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «Tratamiento penal de la violencia sobre las personas sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio», en *Revista Jurídica de Andalucía*, 2000, n.º 30, pp. 17-32.

- GORJÓN BARRANCO, M. C., *La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género*, Salamanca, 2010.
- GOYENA HUERTA, J., en ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J./GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 773-790.
- GRUPO DE EXPERTOS Y EXPERTAS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, Madrid, 2009.
- *Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o expareja*, Madrid, 2012.
- HEISE, L., «Violence against women: An integrated, ecological framework», en *Violence Against Women*, 1998, vol. 4, pp. 262-290.
- HIGUERA GUIMERA, J. F., «Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género», en RUEDA MARTÍN, M.^a A./BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 227-258.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Aspectos generales», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- KACHADOURIAN, L. K./TAFT, C. T./O'FARRELL, T. J./DORON-LAMARCA, S./MURPHY, C. M., «Correlates of Intimate Partner Psychological Aggression Perpetration in a Clinical Sample of Alcoholic Men», en *Journal of Family Psychology*, 2012, vol. 26(2), pp. 206-214.
- KLOSTERMANN, K./KELLEY, M. L., «Alcoholism and Intimate Partner Violence: Effects on Children's Psychosocial Adjustment», en *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2009, n.º 6, pp. 3.156-3.168.
- LACRUZ LÓPEZ, J. M., en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2011.
- LARRAURI PIJOÁN, E., *Criminología crítica*, Madrid, 2007.
- LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», en *Cuadernos de Derecho judicial*, 2007, n.º 9, pp. 31-74.
- LLORET IRLÉS, D., «Alcoholismo: una visión familiar», en *Salud y Drogas*, 2001, vol. 1, n.º 1, pp. 113-128.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 2010.
- LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

- LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J. A., *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada, 1998.
- LORENZO SALGADO, J. M., «Nota á Sentencia do 29 de setembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª)», en *Revista Xurídica Galega*, 1999, n.º 25, pp. 153-154.
- «Imputabilidad, suspensión de la ejecución de la pena y cumplimiento de la condena», en BECOÑA IGLESIAS, E./RODRÍGUEZ LÓPEZ, A./SALAZAR BERNARD, I. (coord.), *Drogodependencias V. Avances 1999*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 15-55.
- «Nota á Sentencia do 17 de decembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª)», en *Revista Xurídica Galega*, 2000, n.º 26, pp. 153-156.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02 (2006), pp. 1-13.
- «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», en *Indret* 4/2007, pp. 1-43.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ GALINDO, G., «Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 475-498.
- MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, 2005.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona, 2015.
- MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.
- MÚGICA SAN EMETERIO, E., «El perfil psicológico de la víctima y el agresor», en BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A. (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 325-338.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 8.ª ed., Valencia, 2010.
- OBREGÓN GARCÍA, A., «La eximente del art. 20.2, inciso 1.º, CP: Estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas», en *Estudios de Derecho Judicial*, 2006, n.º 110, pp. 137-218.
- OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, *V Informe Anual*, Madrid, 2012.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios penales y criminológicos*, 2010, Vol. XXX, pp. 269-316.
- OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001.

- OMS, *Violencia interpersonal y alcohol*. Recuperado el 2 de abril junio de 2014, http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/factsheets/pb_violencealcohol_es.pdf2006.
- PADILLA ALBA, H. R., «Comentario al art. 21.2.^a del Código penal», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 1999, pp. 681 y ss.
- *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Granada, 2001.
- PASCUAL PASTOR, F./REIG RUANO, M./FONTOBA FERRÁNDIZ, J./GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ, A., «Alcohol y violencia», en *Health and Addictions*, 2011, n.º 1, pp. 71-94.
- PÉREZ CURIEL CECCHINI, J., *Tratamiento penal del drogodependiente*, Barcelona, 1999.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 421-445.
- *Parte General del Derecho penal*, 4.^a ed., Pamplona, 2014.
- QUIGLEY, B. M./LEONARD, K. E., «Alcohol Use and Violence Among Young Adults», en *Alcohol Research & Health*, 2004/2005, Vol. 28, N.º 4, pp. 191-194.
- REDONDO ILLESCAS, S., «Análisis criminológico y tratamiento de la violencia e pareja», en *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Criminología*, 2005, n.º 1, pp. 1-19.
- REGUEIRA DIÉGUEZ, A./ORDÓÑEZ MAYÁN, L./MUÑOZ BARÚS, J. I./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «La violencia de género: aspectos epidemiológicos, clínicos y médico-legales», en RODRÍGUEZ CALVO, M. S./VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (coord.), *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Valencia, 2014, pp. 101-135.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997.
- ROMÁN PINA-FUSTER, R., *Embriaguez, alcoholismo y Derecho penal*, Barcelona, 2000.
- ROPERO CARRASCO, J./ZAMORANO MORENO, P., «Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal», en *Studia Carande*, vol. 5, 2000.
- RUIZ PÉREZ, I./BLANCO PRIETO, I./VIVES CASES, C., «Violencia contra la mujer en la pareja: determinantes y respuestas sociosanitarias», en *Gaceta Sanitaria*, 2004, n.º 18, pp. 4-12.
- SAN JOSÉ ASENSIO, E., «La violencia de género en Galicia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2008, Vol. XXVIII, pp. 441-485.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., «Comentario al art. 21.2.^a», en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1995.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, 2000.

- VALLE MUÑIZ, J. M./QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2010.
- VICENTE MARTÍNEZ, R./BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Estudio jurídico y criminológico del delito de malos tratos en Castilla-La Mancha*, Albacete, 2009.

El sistema de reformatorio (*reformatory system*). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España*

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ

Profesora Titular de Historia del Derecho
y las Instituciones
Universidad de Jaén

RESUMEN

En la segunda mitad del siglo diecinueve, se desarrollaron nuevos modelos penitenciarios en Europa y los Estados Unidos de América buscando la corrección del delincuente. Las colonias penitenciarias agrícolas, que comenzaron a crearse en Europa siguiendo el modelo de Mettray, y el posterior «sistema de reformatorio» que surgió en los Estados Unidos a partir de dichas experiencias y de las constitutivas del sistema progresivo (siendo el Reformatorio de Elmira su modelo principal), fueron bien conocidas en España, aunque su influencia fue muy tardía. Este trabajo pretende analizar los antecedentes, influencias y primeras experiencias de este nuevo sistema de reformatorio en nuestro país.

Palabras clave: *colonias penitenciarias agrícolas, reformatorios, reforma penitenciaria, finales del siglo XIX.*

ABSTRACT

In the second half of the nineteenth century, new penitentiary models were developed in Europe and the United States of America looking for the correction of the

* Este artículo se ha redactado como parte del Proyecto de Investigación «La influencia de la codificación francesa en la tradición penal española: su concreto alcance en la parte general de los códigos decimonónicos» (DER2012-38469).

offender. Prisons farms, that began to be built in Europe following the model of Mettray, and the subsequent «reformatory system», emerged in the United States from those experiences and the constituent of the progressive regime (Elmira reformatory was its main model), were well known in Spain, although its influence was late. This paper aims to study the background, influences and early experiences of this new «reformatory system» in our country.

Key words: *prisons farms, reformatories, prison reform, late nineteenth century.*

SUMARIO: 1. Introducción.-2. La clasificación de penados como antecedente.-3. Principales influencias externas: los modelos de Mettray y Elmira.-4. Primeras experiencias en España: Reformatorios para jóvenes y colonias agrícolas.-5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando la idea correccional ya había arraigado en la ciencia jurídico-penal contemporánea, gracias al surgimiento de nuevas escuelas penales como el Positivismo, la Escuela Sociológica o el Correccionalismo, que pusieron el acento sobre el delincuente y no sobre el delito a finales del siglo XIX (1), la reforma penitenciaria que se estaba desarrollando a nivel internacional empezó a buscar nuevos modelos penitenciarios para la corrección o enmienda del delincuente, y no sólo la prevención del delito, especialmente en el caso de los jóvenes y de las mujeres.

El antiguo debate sobre el sistema filadélfico, celular o de separación individual (*separatesystem*), y el sistema de Auburn o sistema mixto (*silentsystem*), ya había quedado superado, y tanto la doctrina jurídica como los Congresos Penitenciarios Internacionales que se venían celebrando desde 1846 (Frankfurt), y especialmente desde la creación de la *International Prison Commission* en 1872, buscaban nuevas propuestas frente al único criterio de la clasificación de penados, por edad y por sexo además de por la categoría del delito, que se aplicaba mayoritariamente en las prisiones norteamericanas y europeas, ya fueran estas celulares, mixtas o de hacinamiento de los presos.

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Las Escuelas Penales a la luz de la crítica moderna», *El Criminalista*, IV, Buenos Aires, 1951, pp. 95 ss., SERRANO GÓMEZ, A., *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 53 ss., BERGALLI, R., «Questió criminal i ideologia punitiva en el segle XIX», *L'avenc*, 97 (Barcelona, oct.1986), pp. 22-53, o SHOEMAKER, D. J., *Theories of Delinquency. An examination of explanations of delinquent behavior*, 3.^a edición, Oxford, 1996, pp. 12-20.

Experiencias para la recuperación de jóvenes desfavorecidos o delincuentes, como la *RahueHaus* en Alemania o la *Ruysselède* en Bélgica, basadas en el modelo familiar de trabajo y vida en común o en el sistema de colonia agrícola, respectivamente, empezaron a llamar la atención de los reformistas; aunque sin duda fue la colonia penitenciaria de *Mettray*, en Francia, la que se convertiría en el principal modelo de estudio, ejerciendo una enorme influencia en otros países.

Junto a los primeros ensayos de colonización agrícola, despuntaron también en el debate penitenciario internacional las experiencias del coronel Montesinos en Valencia, el capitán Maconochie en Australia, el consejero Von Obermaier en Munich, la prisión de Pentoville de Inglaterra, o Walter Crofton en las prisiones irlandesas. Todas ellas se basaban en un nuevo sistema penitenciario que se dio en llamar el sistema progresivo (*progresivsystem*), consistente en dividir el tiempo de la condena en varios periodos, de aislamiento absoluto, trabajo en común, libertad condicional, y en algunos casos residencia en establecimiento intermedio, bajo la idea de restablecer gradualmente el equilibrio moral del reo para reintegrarle en la sociedad.

Estos precedentes avivaron el ánimo de filántropos y regeneracionistas, en un momento de especial sensibilización social hacia el progreso de la humanidad en el que se aunaban tendencias penales, pedagógicas y naturalistas, promoviendo la emergencia de otro novedoso sistema penitenciario, el del reformatorio o *reformatory system*, que surgió en los Estados Unidos de América, siendo su ejemplo más significativo el del reformatorio de *Elmira*, pero no tardó en llegar a Europa y también a España.

De los antecedentes, influencias y primeras experiencias de este nuevo sistema de reformatorio en nuestro país trata particularmente este trabajo, en el que se analizará la realidad penitenciaria española desde sus propios parámetros, aunque sin desdeñar el contexto internacional y las influencias externas que le sirvieron de revulsivo en esta cuestión.

2. LA CLASIFICACIÓN DE PENADOS COMO ANTECEDENTE

Para la ciencia penitenciaria de la primera mitad del siglo XIX, los fines principales de la pena privativa de libertad eran la prevención general del delito (seguridad o protección de la sociedad mediante el aislamiento del reo), y la utilidad de la pena (retribución del daño generalmente a través de trabajos forzados en beneficio del Estado), dejando sólo para un lugar secundario la prevención especial o

enmienda del delincuente (2). Por ello, el único criterio que se aplicaba en atención a las particulares circunstancias de cada delincuente (sexo, edad, enfermedad o tipo de delito), era el de la separación o clasificación de penados en distintas categorías y para distintos usos.

La clasificación de penados era, por lo demás, un criterio moral e higienista heredado del iluminismo dieciochesco, con el que se pretendía fundamentalmente evitar el contagio entre reos (3). Se trataba de evitar tanto el contagio físico como el moral, y por ello había que apartar a las mujeres de los hombres, a los viejos y enfermos de los sanos o útiles, y también a los jóvenes o delincuentes menos cualificados de aquellos que podían corromperlos con su comportamiento o ejemplo. La cuestión fue defendida en la segunda mitad del siglo XVIII por pensadores de la talla de Jovellanos (4), Ward (5), Foronda (6), o Meléndez Valdés (7), entre otros (8), y también por los fiscales Cam-

(2) RADZINOWICZ, L., y TURNER, L. W. C., «Punishment. Outline of developments since 18th century», *The modern approach to criminal law. Collected essays*, London, 1945, pp. 39-65, MELOSSI, D., y PAVARINI, M., *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, México, 1985, ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, FRAILE, P., *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona, 1987, TRINIDAD FERNÁNDEZ, P., *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991, BURILLO ALBACETE, F. J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad. Siglos XVI-XX*, Madrid, 1999, o PAVARINI, M., *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, edic. Buenos Aires, 2003.

(3) ANTÓN ONECA, J. «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 166, 1964, pp. 416-428, BUENO ARÚS, F., «Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea», *Cuadernos de Política Criminal*, 38 (1989), pp. 145-189, o PRIETO SANCHÍS, L., «La filosofía penal de la Ilustración española», *Homenaje al Dr. Merino Barbero Santos in memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, pp. 489-510.

(4) JOVELLANOS, G. M. de, *Informe sobre la reforma de cárceles*, Sevilla, 1768-1778, y *Organización interior de los hospicios, respecto a su salubridad*, Sevilla, 1778.

(5) WARD, B., *Obra pía, y eficaz modo para remediar la miseria de la gente pobre de España*, Madrid, 1767, y *Proyecto económico*, Madrid, 1762, edic. de L. Castellano, Madrid, 1982, pp. 79 ss.

(6) FORONDA, V. de, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía-política, y sobre las leyes criminales*, 2 tomos, Madrid, 1789 y 1794. Sobre sus teorías resultan esclarecedores los artículos de RIVACOBIA, M. de, «Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, núm. 6 (1996), pp. 953-1068, y «Últimos escritos penales de Foronda», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, pp. 569-577.

(7) MELÉNDEZ VALDÉS, J., *Discursos forenses*, Obras Completas III, Biblioteca Castro, Madrid, 1997, pp. 276-283.

(8) En general, SEMPERE y GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid, 1785.

pomanes y Floridablanca (9), que impulsaron algunas reformas en esta dirección.

La necesidad de separar los distintos tipos de vagos, pobres o delincuentes, era una consecuencia lógica del racionalismo que caracterizaba el pensamiento ilustrado, pero también tenía que ver con un sentimiento de humanidad o caridad cristiana latente desde hacía tiempo en la sociedad. Desde esta perspectiva del humanismo cristiano, ya se habían producido propuestas de separación y control de la marginalidad desde el siglo xvi, como las de Juan Luis Vives (10), fray Juan de Medina (11), Bernardino Sandoval (12), Tomás Cerdán de Tallada (13), o Miguel de Giginta, quien proponía a Felipe II la creación de manufacturas reales de seda, lana y esparto para ocupar a los detenidos menos peligrosos de los hospicios, siguiendo las experiencias que se estaban llevando a cabo en el resto de Europa con las *Houses of correction* o *Workhouses* inglesas, los *Hôpitaux generals* franceses, las *Ras-puis* holandesas o las *Zuchtäusern* alemanas (14).

Aunque las dificultades económicas impidieron que la propuesta de Giginta pudiera llevarse a la práctica, la idea de la separación o clasificación se mantendría, y años más tarde Cristóbal Pérez de Herrera proponía nuevamente a Felipe II que se distinguiera a los delincuentes u holgazanes de los verdaderos pobres, y se crearan para estos últimos unas «Casas de Pobres» destinadas a su reeducación o enmienda (15).

Lamentablemente, estas casas de pobres tampoco llegarían a ver la luz. Pero si lo hicieron, años más tarde, las «Casas de labor y de trabajo» para mujeres que el mismo Pérez de Herrera sugería al rey en el discurso IV de su obra. La necesidad de separar a las mujeres de los

(9) Sobre las opiniones de Campomanes y Floridablanca en este sentido, CORONAS GONZÁLEZ, S., *Ilustración y derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo xviii*, Madrid, 1992, pp. 314-338.

(10) VIVES, J. L., *De subventionepauperumsive de humanisnecessitatibus*, Brugis, 1525, primera traducción al castellano, *Tratado del socorro de pobres*, Valencia, 1781.

(11) MEDINA, J. de, *De la órden que en algunos pueblos de España se ha puesto en la limosna, para el remedio de los verdaderos pobres*, publicada por primera vez en Salamanca, en 1545, son más conocidas la segunda edición y siguientes de esta obra, bajo el renovado título de *Caridad discreta practicada con los mendigos, y utilidades que logra la República en su recogimiento*, Valladolid, 1757.

(12) SANDOVAL, B. de, *Tractado del cuidado que se deve tener de los presos pobres*, Toledo, 1564.

(13) CERDÁN DE TALLADA, T., *Visita de la cárcel, y de los presos*, Valencia, 1567.

(14) GIGINTA, M., *Tractado del remedio de pobres*, Coimbra, 1579, fols. 6 y 7.

(15) PÉREZ DE HERRERA, C., *Discurso del Amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos*, Madrid, 1598, edit. Clásicos Castellanos, Madrid, 1975.

hombres en el castigo público, sería retomada por la madre Magdalena de San Jerónimo en 1608 (16), en el tratado con el que finalmente consiguió convencer a Felipe III de que creara las primeras cárceles o «Galeras de mujeres», siguiendo las experiencias que hasta entonces habían promovido determinadas órdenes religiosas con las llamadas «Casas de arrepentidas» o «Casas de recogidas» (17).

Al margen de las «Galeras» de mujeres (también en habitaciones separadas en las cárceles de custodia), no se produjo ningún otro tipo de separación en los depósitos, cárceles o prisiones del país durante la Edad Moderna. Los delincuentes seguían hacinados en los mismos establecimientos, y sólo desde las instituciones privadas se promovieron, gracias a la caridad, la creación de hospicios, hospitales, casas de misericordia, casas de recogida, casas de expósitos o huérfanos, etc. (18).

Contra estas instituciones privadas que canalizaban la asistencia social y la penalidad correctiva (o menos agravada), dirigieron principalmente sus críticas los ilustrados de finales del siglo XVIII. En primer lugar, porque no cumplían satisfactoriamente con la función que se les encomendaba; y, en segundo lugar porque, en su opinión, esas funciones de castigo, corrección o asistencia social, no debían dejarse en manos privadas, sino ser asumidas definitivamente por el poder público [«erigidos en distintos tiempos, por distintas personas, de distintas ideas, y con principios y miras diferentes, no tienen entre sí el sistema de unidad que debería tener para obrar con más actividad y producir más abundantes frutos» (19)].

Siguiendo las ideas que ya apuntaran en el pasado Vives, Medina, Giginta o Pérez de Herrera, a los que citaban constantemente (20), e

(16) SAN GERÓNIMO, M., *Razón y forma de la Galera y Casa Real, que el rey nuestro Señor manda hazer en estos Reynos para el castigo de las mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semejantes* (Valladolid, 1608), en *Apuntes para una Biblioteca de Escritoras españolas*, Biblioteca de Autores Españoles (BAE), Madrid, 1903, tomo II, pp. 304 ss.

(17) FIESTAS LOZA, A., «Las cárceles de mujeres», *Historia 16*, octubre 1978, extra VII, pp. 89-99, BARBEITO, I., *Cárceles y mujeres en el siglo XVII*, Madrid, 1991, o MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002.

(18) TRINIDAD, P., «Asistencia y previsión social en el siglo XVIII», *De la beneficencia al bienestar social: cuatro siglos de acción social* (Madrid, 1986), pp. 89-90.

(19) MELÉNDEZ VALDÉS, J., *Discursos forenses*, Obras Completas III, Biblioteca Castro, Madrid, 1997, p. 273.

(20) Todos ellos se citaban abundantemente por los ilustrados, y la obra del padre Medina, que por primera vez en España advertía de los problemas de la asistencia tradicional, fue incluso mandada reimprimir en Valencia en 1757, y en Madrid en 1766, bajo el título de *Caridad discreta, practicada con los mendigos, y utilidades que logra la república en su recogimiento*.

impulsados por el nuevo pensamiento racionalista de los que eran exponentes en nuestro país, autores como Jovellanos, Campomanes, Ward, Anzano, Murcia, Meléndez Valdés o Sempere Guarinos, proponían el cierre de estas instituciones privadas y la creación en su lugar de otro tipo de «hospicios generales», dependientes unitariamente de la Administración pública y con un plan uniforme de ejercicios y de gestión, en los que se separase a los vagos inhábiles o «ineptos» de los pobres verdaderos, y éstos a su vez según su condición (ancianos, niños, mujeres, enfermos...) (21).

El problema para llevar a la práctica este proyecto seguía siendo fundamentalmente de orden económico, como reconocía el propio Campomanes al informar en 1765 las Instrucciones de vagos de 1751 y 1759 (22). Por ello, aunque en la segunda mitad del siglo XVIII se fundaron ya algunos establecimientos públicos de carácter asistencial y correctivo (por ejemplo, el Real Hospicio de la Corte en 1766), y los fiscales Campomanes y Moñino siguieron insistiendo en los peligros de la asistencia tradicional frente a las nuevas propuestas de los «muchos Escritores políticos de la Nación» (23), las leyes continuaron asociando la acción de la justicia a la de la misericordia o caridad, y todavía la Ordenanza para vagos de 1775 preveía que los que fueran considerados enfermos, menores o ancianos para el cumplimiento de la condena, pudieran recogerse en hospicios o casas de misericordia de carácter privado (24).

(21) JOVELLANOS, G. M., *Discurso acerca de la situación y división interior de los hospicios con respecto á su salubridad*, en Obras, tomo V, BAE, tomo LXXXVII, pp. 431 ss., CAMPOMANES, P. R. de, *Discurso sobre el fomento de la industria popular*, Madrid, 1774, edic. Instituto Estudios Fiscales, Madrid, 1975, WARD, B., *Obra pía, y eficaz modo para remediar la miseria de la gente pobre de España*, Madrid, 1767, ANZANO, T. de, *Elementos preliminares para poder formar un sistema de gobierno de Hospicio general*, Madrid, 1778, MURCIA, P. J., *Discurso político sobre la importancia y necesidad de los hospicios, casas de expósitos y hospitales*, Madrid, 1798, MELÉNDEZ VALDÉS, J., *Discursos forenses*, Obras Completas III, Biblioteca Castro, Madrid, 1997, pp. 272 ss., o SEMPERE Y GUARINOS, J., *Sobre la prudencia en el repartimiento de la limosna*, Madrid, 1784, y *Política de España acerca de los pobres, vagos y malentretidos*, en BAE, tomo I, Madrid, 1801, pp. 129 ss.

(22) CORONAS GONZÁLEZ, S., *El libro de las leyes del siglo XVIII*, 5 vols., Madrid, 1996, tomo III, libro VI, n. 70, p. 1560.

(23) En su respuesta para la formación de una Hermandad de fomento de los Reales Hospicios de Madrid y San Fernando de 1769, publicada por CORONAS GONZÁLEZ, S., *Ilustración y derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, 1992, pp. 423-431, y *El libro de las leyes del siglo XVIII*, 5 vols., Madrid, 1996, tomo III, libro VII, n. 18, pp. 1632-1638.

(24) Ordenanza de levas de 7 de mayo de 1775, en Novísima Recopilación de las Leyes del Reino (en adelante, NoR.) 12, 31, 7: «los vagos ineptos para las armas por defecto de talla ó de robustez, y los que no tengan la edad de diez y siete años, ó

Lo que no se consiguió en el terreno asistencial y correctivo (25), se conseguiría, sin embargo, en el terreno puramente penal con la famosa Pragmática de 1771 en la que Carlos III distinguió, por primera vez, entre los delincuentes «no qualificados», para los que se establecía la pena de presidio en el norte de África; y los delincuentes «qualificados», para los que se consolidó la nueva pena de arsenales, en Ferrol, Cádiz o Cartagena, para «los trabajos penosos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos» (26). Esta ley, que ha sido considerada la primera «reforma penitenciaria» de sabor moderno precisamente por aplicar el criterio de la clasificación (27), consagró finalmente los anhelos reformistas de los pensadores ilustrados, haciéndose eco especialmente de la propuesta que los fiscales Campomanes y Moñino hicieron al rey algunos años antes (28).

La norma consagraba, por lo demás, la penalidad utilitarista, utilizando el trabajo de los reos al servicio del Estado (29). El propio Jovellanos, que había defendido la creación de «casas de corrección» para convertir a los delincuentes en ciudadanos útiles, reconocía que los presidios y arsenales estaban muy lejos de alcanzar dicho objetivo, aunque afirmaba que la situación no se podía solucionar a corto plazo,

hayan pasado de la de treinta y seis, se deben recoger igualmente, y dárseles destinos para el servicio de las armada, oficios, ó recogimiento en hospicios, y casas de misericordia ú otros equivalentes».

(25) Una Real Cédula sancionada por Carlos III en 1781, publicada por CORONAS GONZÁLEZ, S., *El libro de las leyes del siglo XVIII*, 5 vols., Madrid, 1996, tomo IV, libro XII, n. 25, pp. 2435-2437, y recogida también en la NoR 12, 31, 10, previó finalmente la creación de unas «casas de recolección y enseñanza caritativa» para sustituir a los antiguos hospitales o casas de misericordia. Pero mientras éstas se construían, aquellas se mantuvieron junto a otras medidas para la custodia de los jóvenes o menores (NoR. 12, 31, 10), e incluso se permitió que fueran enviados a los hospicios «personas viciosas de uno y otro sexo por via de corrección ó castigo», lo que fue denunciado ante Carlos III, quien no tuvo más remedio que reiterar la separación entre pobreza verdadera y fingida en 1788 (NoR.12, 40, 19).

(26) La ley puede consultarse en la NoR. 12, 40, 7

(27) GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1998, pp. 10-12, o SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 118-121.

(28) FLORIDABLANCA, C. de, *Respuesta fiscal sobre los presidios* (1769), comentada por SEMPERE Y GUARINOS, J., *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III*, Madrid, 1785, tomo IV, bajo la voz Moñino, y especialmente el estudio que sobre esta cuestión realiza VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., *Campomanes y la acción administrativa de la Corona (1762-1802)*, Oviedo, 1998, pp. 161-165.

(29) TOMÁS Y VALIENTE, F., «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones», en *Las cárceles en España: cinco siglos de horror*, *Historia 16*, extra 2, Madrid, 1978, pp. 76-78.

y que los establecimientos que él deseaba «no existen, ni es fácil en estos momentos llegar de una vez hasta la perfección» (30).

A imagen y semejanza de los presidios norteafricanos, pronto comenzaron a crearse otros presidios de obras públicas en el territorio peninsular para «desahogar» aquellos (31). El primero que se construyó fue el madrileño Presidio del Prado, seguido del Presidio del Puente de Toledo o del Camino Imperial. También se erigieron de forma temprana los presidios civiles de Málaga, Cádiz y Cartagena, para destinar allí en obras públicas a los numerosos delincuentes que esperaban hacinados para ser enviados a su destino en África sin encontrar salida.

Unos y otros, es decir tanto los presidios militares de África como los presidios civiles de obras públicas peninsulares, se unificaron normativamente a partir de la Real Ordenanza de 20 de marzo de 1804, que trató de extender a todos ellos el espíritu correccional del presidio de Cádiz (32). En él ya trataba de aplicarse un novedoso sistema de clasificación interno de penados, con distinción entre presos «corregibles» e «incurregibles», y especial atención a los jóvenes, que se incorporó primero a la Real Ordenanza de 1804, posteriormente al Reglamento de los presidios de corrección de Madrid de 1807 (33), y finalmente al Reglamento General de los Presidios peninsulares de 12 de septiembre de 1807 (34). Ninguno de ellos llegó a aplicarse en realidad, y en la práctica los que llegaban a los presidios o arsenales eran reos de desigual condición y edad, que no recibían en la mayoría de los casos ningún tratamiento específico; mientras que presos de todas las edades y calidad se seguían mezclando también, a la espera de destino, en depósitos y cárceles con detenidos cautelares o meros deudores, hacinados todos en los mismos calabozos (35).

(30) JOVELLANOS, G. M. de, *Informe de 1 de julio de 1779 sobre indultos generales*, Madrid, 1779, pp. 463 ss.

(31) GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1998, p. 9.

(32) Un estudio pormenorizado de este presidio de Cádiz, calificado como el primer «presidio industrial» de nuestro país, ya fue realizado de forma magistral por SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria de España*, edición facsímil de la de Madrid, 1918, 2 vols., en Pamplona, 1999, vol. 2 pp. 179 ss.

(33) SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria de España*, edición facsímil de la de Madrid, 1918, vol. 2, pp. 41-80. En este Reglamento ve sin ninguna duda el triunfo de la mentalidad utilitaria ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, p. 66.

(34) SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria de España*, edición facsímil de la de Madrid, 1918, vol. 2, pp. 435-585.

(35) Entre otros, CUELLO CALÓN, E., «Lo que Howard vio en España. Las cárceles y prisiones de España a fines del siglo XVIII», *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1 (1945), TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*

Esta situación, largamente denunciada por autores como Howard (36), Lardizábal (37) o Gutiérrez (38), trató de ser superada por el frustrado Código Penal de 1822, que supuso el triunfo de las ideas racionalistas de Montesquieu, Beccaria, Bentham, Filangieri o el propio Lardizábal, y planteaba un complejo sistema de clasificación o individualización penitenciaria que no pudo llegar a ensayarse por el regreso del Absolutismo (39). Por ese motivo, el primer sistema de clasificación de presos que verdaderamente se llevó a cabo en España fue el que diseñó la Ordenanza General de presidios del reino de 14 de abril de 1834 (40), completada por el posterior Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios de reino de 5 de septiembre de 1844 (41).

Dejando a un lado la problemática de las mujeres (que ya tenían sus propios presidios, las «Casas-Galeras» que a partir de 1846 comenzaron a llamarse «Casas de Corrección de mujeres»), y la problemática de las cárceles o depósitos de custodia (42); la Ordenanza de 1834 estableció un primer sistema de clasificación para los presi-

(siglos XVI, XVII y XVIII), Madrid, 1969, p. 366, o BURILLO ALBACETE, F. J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad. Siglos XVI-XX*, Madrid, 1999, pp. 45-46.

(36) HOWARD, J., *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales (1789)*, primera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 337-338.

(37) LARDIZÁBAL Y URIBE, M. de, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, edición facsimilar en México, 1982, pp. 43-48, o pp. 213 ss.

(38) GUTIÉRREZ, J. M., *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, tomo I, cap. 6, p. 229.

(39) La última revisión de la cuestión es la de RAMOS VÁZQUEZ, I., y CAÑIZARES NAVARRO, J., «La influencia francesa en la primera codificación española: el Código penal francés de 1810 y el Código penal español de 1822», *La codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular*, Madrid, 2014, pp. 193-270.

(40) Ordenanza General de presidios del reino de 14 de abril de 1834, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres*, Dirección General de Establecimientos penales, Madrid, 1861, pp. 1-70.

(41) Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios de reino de 5 de septiembre de 1844, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres*, Dirección General de Establecimientos penales, Madrid, 1861, pp. 281-319.

(42) Siguiendo el espíritu de la Real Asociación de Señoras (1787) y la Real Asociación de Caballeros (1799), fundadas para la mejora de las cárceles, en el año 1839 Ramón de la Sagra fundó la Sociedad Filantrópica para la mejora del sistema carcelario, correccional y penal de España, entre cuyos mayores logros hay que citar la efectiva separación de los reos en las cárceles madrileñas por sexos y por edades. Este sistema de clasificación, inspiraría el frustrado Reglamento de 25 de agosto de 1847 para la reforma carcelaria, y se impuso en la posterior Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, que puede consultarse en la *Colección legislativa de cárceles*, Dirección General de Establecimientos Penales, Madrid, 1860, p. 171.

dios o prisiones españolas, basado tanto en la edad [se atendía por vez primera a la problemática de los «jóvenes presidiarios» (43)], como en la gravedad o tipo de delito [penados de primera, segunda y tercera clase, además de rematados a África y penados con pena infamatoria (44)], estableciéndose también un régimen especial para los eclesiásticos (45).

Por lo que respecta a los jóvenes o menores de 18 años, sólo debían ingresar en los presidios aquellos que hubieran cometido algún delito cualificado, ya que si habían incurrido en alguna falta, o delitos de poca importancia, debían seguir siendo encerrados en los hospicios, para procurar su mejor corrección o enmienda (46). Los condenados a presidios debían permanecer, por lo demás, en una sección separada de la de los adultos hasta cumplidos los 20, fuera cual fuera el tiempo de su condena (incluso los penados a los presidios del norte de África), sometidos a un especial régimen de trabajo, educación e instrucción moral, que tanto la Ordenanza como su posterior Reglamento describían pormenorizadamente, pero que en la práctica resultó más utópico que real. Además, a diferencia de los adultos, a ellos no se les podía aplicar los hierros, salvo «en el caso de resistencia y obstinación en no querer aprender, ú otra causa que á juicio del Comandante merezca se le aplique y trate con el mayor rigor» (47).

La sección general de adultos también debía quedar dividida en distintas partes, según la ley, para penados de primera, segunda o tercera clase, rematados de África y penados con pena infamante (48). Sin embargo, el régimen que se aplicaba en las prisiones seguía siendo

(43) Tanto ZAPATERO SAGRADO, R., «Los presidios, las cárceles y las prisiones», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, fascículo II (mayo-agosto 1986), pp. 511-568, como GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1998, pp. 15-18, señalan la distinción hacia los presos jóvenes como una de las características más significativas de la Ordenanza.

(44) Artículos 1, 2 y 3 de la Ordenanza General de presidios del reino de 14 de abril de 1834, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres*, Dirección General de Establecimientos penales, Madrid, 1861, pp. 1-2.

(45) Además de la Ordenanza General de presidios del reino de 14 de abril de 1834, véase el *Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios de reino*, en Real Orden de 5 de setiembre de 1844, *Colección legislativa de presidios y casas de corrección...*, p. 284, y Real Orden de 20 de febrero de 1845, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección...*, pp. 324-325.

(46) Así lo especificó dos años después de dictarse la Ordenanza, la Real Orden de 30 de setiembre de 1836, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres...*, p. 129.

(47) Real Orden de 5 de setiembre de 1844, en el *Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios de reino*, p. 284.

(48) Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834, artículo 86.4.

de aglomeración o comunidad diurno y nocturno, y no de separación o celular, por lo que en la mayoría de las ocasiones esta clasificación no se cumplía, y los presos se veían obligados a compartir los mismos dormitorios, patios, comedores y talleres, cuando los había. El Reglamento de 1844 recomendaba, al menos, la distribución de los sentenciados según su clase en brigadas separadas, si el local lo permitía, y con absoluta separación de los penados con infamia y rematados hasta su traslado a África (49).

Ante la imposibilidad material de aplicar una verdadera clasificación de penados en los presidios, las diferencias entre una y otra clase se manifestaban principalmente en el tratamiento que recibían y, particularmente desde que se aprobara el Reglamento de 1844, en la aplicación de los hierros, siguiéndose en este punto la experiencia del sistema progresivo de graduación con hierros ya aplicado por el Coronel Montesinos en el presidio de Valencia (50): A los sentenciados hasta dos años se aplicaba grillete con rama corto a la rodilla de dos eslabones ligeros; a los sentenciados hasta cuatro años, grillete a la cintura con cuatro eslabones ligeros; a los sentenciados de seis a ocho años, grillete a la cintura con cuatro eslabones doble gruesos; y a los rematados a África, grilletes gruesos y apareados en cadena (51).

Por lo demás, mientras se lograban los fondos necesarios para construir o habilitar los distintos presidios previstos en la Ordenanza, muchas de las normas que se redactaron en los años siguientes trata-

(49) *Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios de reino*, en Real Orden de 5 de setiembre de 1844, *Colección legislativa de presidios y casas de corrección...*, p. 282: «Los establecimientos penales se compondrán desde luego de penados de primera, segunda y tercera clase, pero en brigadas distintas y aún separadas, si el local lo permite, numeradas por su orden y clasificación (...). Los rematados de África se tendrán con entera separación también hasta que se determine su transporte».

(50) Parece probado que el Reglamento de 5 de setiembre de 1844 se inspiró en esta cuestión en la experiencia de Montesinos. Véase LASALA NAVARRO, G., «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 159 (oct-dic. 1962), pp. 84-85, o FRANCO DE BLAS, F., «Formación penitenciaria del Coronel Montesinos y su célebre sistema», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 159 (oct-dic. 1962), p. 113.

(51) La legislación incidía incluso en la diferencia del peso de los grilletes según la clase de sentenciado: «El peso de los primeros, incluso el grillete, no excederá de cuatro libras, de seis los segundos, de ocho los terceros y de diez y seis los últimos. No se les permitirá ciñan los ramales y cadenas á la pierna; han de llevarlos sueltos y sujetos por el último eslabón a la rodilla y cintura; las cadenas por el gancho que usan los que las llevan: tampoco se les permitirá oculten bajo el pantalón sus prisiones; han de llevarlas constantemente fuera». *Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios de reino*, en Real Orden de 5 de setiembre de 1844, *Colección legislativa de presidios y casas de corrección...*, p. 283.

ron de establecer los destinos que debía darse a los penados, regulando quiénes debían quedarse en las cárceles públicas y quienes debían ocuparse en los presidios, qué tipo de reos debían enviarse a los presidios militares norteafricanos y cuáles a los civiles, e incluso cómo tratar de realizar en las prisiones de aglomeración propias de la época la nueva clasificación de penados propuesta por la Ordenanza (52).

En éstas, aunque el espíritu de la Ordenanza era conciliar, en lo posible, la finalidad retributiva con la nueva finalidad correctiva del delincuente, especialmente en el caso de los jóvenes (a través de la instrucción religiosa, educación y trabajo en talleres), lo cierto es que predominó el utilitarismo penal heredado de épocas anteriores, destinándose principalmente a los reos al trabajo extramuros en obras públicas (53). La creación de los talleres que establecía la Ordenanza para el aprendizaje de oficios intramuros, fue un rotundo fracaso en los primeros años (54), con las únicas excepciones de las experiencias llevadas a cabo por los Comandantes Puig i Lucá en el presidio de Barcelona (55), y sobre todo Montesinos en el presidio de Valencia (56).

(52) SALILLAS, R., *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pp. 420-421, GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo. Cárceles, justicia y violencia en la España del siglo XIX*, Madrid, 2005, pp. 104 y 105, o RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Madrid, 2013, pp. 163 ss.

(53) SALILLAS, R., *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pp. 117-118, ZAPATERO SAGRADO, R., «Los presidios, las cárceles y las prisiones», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, fascículo II (mayo-agosto 1986), p. 523, ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, pp. 66-68, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 121-132, o GARCÍA VALDÉS, C., *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006.

(54) PACHECO, J. F., *Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Madrid, 1854, pp. 291-295.

(55) MARTÍNEZ ÁLVAREZ, O., *La justicia y protección de menores en la España del siglo XIX. La cárcel de jóvenes de Madrid y la Casa de Corrección de Barcelona*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2012, pp. 191-199.

(56) MONTESINOS, M., «Reflexiones sobre la organización del presidio de Valencia, reforma de la Dirección General del ramo, y sistema económico del mismo» (Valencia, 1846), *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, p. 250, y BOIX, V., *Sistema penitenciario del Presidio Correccional de Valencia*, Valencia, Imprenta del Presidio, 1850. Véanse también SALILLAS, R., *Un gran penólogo español. El Coronel Montesinos*, Madrid, 1906, CUELLO CALÓN, E., «Montesinos precursor de la nueva penología», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (octubre-diciembre 1962), pp. 43-65, LASALA, G., «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de su época», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (octubre-diciembre 1962), pp. 75-97, FRANCO de BLAS, F., «Formación penitenciaria del Coronel Montesinos y su célebre sistema», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (octubre-diciembre 1962), pp. 103-111, o RICO DE ESTASEN, J.,

La experiencia de Montesinos no sólo fue conocida en España, sino que también gozó de gran fama en el extranjero, especialmente entre los ingleses y americanos (57), atribuyéndole el propio Crofton la paternidad del sistema progresivo en el Congreso Internacional penitenciario de Londres de 1872 (58). Este sistema progresivo se basaba en la estricta clasificación de penados, y la división del tiempo de su condena en tres periodos: el de los hierros, el del trabajo, y el de la libertad intermedia (59).

El periodo «de los hierros» se utilizaba para establecer la graduación entre los reos a partir de una justicia distributiva, y procurando que estos no fueran molestos (60). Cuando los penados se acostumbraban a la vida en la prisión y adelantaban en el aprendizaje de un oficio, los hierros se les iban aliviando, y pasaban al periodo de trabajo (ascendían de la categoría de «aprendiz» a la de «oficial»). Este régimen de trabajo en talleres (y no en obras públicas) resultaba verdaderamente innovador en el sistema penitenciario español (61), y consolidó una importantísima industria presidial en Valencia, consiguiendo que todos los años salieran más de un centenar de hombres con oficios aprendidos. Finalmente, el tercer periodo «de la libertad intermedia», permitía que los reos de mayor confianza, y que llevaran más de diez años en prisión, pudieran salir del presidio para realizar distintas labores, sin que nunca se produjera una fuga.

Como ya se ha dicho, la experiencia de Montesinos inspiró algunas de las disposiciones del Reglamento de 5 de septiembre de 1844, especialmente en cuanto a la aplicación benigna de los hierros y la mayor importancia que intentó imprimirse al trabajo en los talleres. Pero una posterior Orden de 1847 redujo el trabajo manufacturero bajo el argumento jurídico de su excesiva lenidad (62); y tanto el

«Bibliografía sobre el Coronel Montesinos», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (octubre-diciembre 1962), pp. 223-239.

(57) GARCÍA BASALAO, C., «La celebridad internacional de Montesinos», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre 1962, pp. 180-201.

(58) BERNARDO DE QUIRÓS, C., *Cursillo de criminología y Derecho penal*, Ciudad Trujillo, México, 1940, p. 210.

(59) SALILLAS, R., «Montesinos y el sistema progresivo», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (octubre-diciembre 1962), pp. 307-314.

(60) BOIX, V., *Sistema penitenciario del Presidio Correccional de Valencia*, Valencia, Imprenta del Presidio, 1850, p. 78.

(61) BUENO ARÚS, F., «Ideas y realizaciones de Montesinos en materia de trabajo penitenciario», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (octubre-diciembre 1962), pp. 123-179.

(62) Según ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en Espanya*, Barcelona, 1988, p. 81, la clase obrera comenzó a mirar con malos ojos la oferta laboral en las prisiones.

Código Penal de 1848, como la nueva Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 (63), pusieron fin a la influencia de Montesinos, recuperando el principio retribucionista y utilitarista de la pena (64).

La Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 era un texto muy breve, cuyo principal mérito fue el de unificar normativamente la problemática de las cárceles y la de las prisiones (65). Consideraba, por lo demás, que el sistema celular o de aislamiento estaba «desterrado» de la reforma española, y que los resultados del sistema mixto o de Auburn aún estaban por ver, apostando por seguir desarrollando un sistema propio (66).

Dicho sistema era el progresivo, con una clasificación aún más férrea de penados y un régimen más estricto del silencio (67), pero relegando el trabajo en los talleres (para determinadas penas se mantenía el trabajo en obras públicas) a un lugar secundario. El trabajo se reconocía sólo como una actividad accesorio, que en ocasiones los propios condenados podían elegir, y supeditada a los intereses económicos de la provincia.

Por su parte, la mucho más nítida clasificación de penados de esta ley, atendía a los siguientes criterios: el sexo, la edad (hasta los 18 años los hombres y hasta 15 las mujeres), el tipo de delito (delitos políticos y el resto según la naturaleza o cuantía de las condenas), y el momento procesal o penal (arrestados con causa pendiente y presos sentenciados). Sobre los mismos abundaron posteriormente la Real Orden de 13 de septiembre de 1849, y la Real Orden de 3 de septiembre de 1852, «mandando que en los establecimientos penales se destine un departamento especial para los condenados a penas correccionales ó leves y otro para los reos políticos».

La dificultad de poner en práctica este sistema volvió a ser, sin embargo, de carácter económico. Eran demasiados los establecimientos a erigir para cumplir estrictamente los criterios de la clasificación, y no había suficientes fondos públicos. Por ello, los cambios fueron mucho más lentos de lo que hubiera cabido esperar, y al amparo de las

(63) Puede consultarse en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 170-176.

(64) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a D. del M., *La codificación penal en España: Los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, 2004, pp. 49-57, o IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal español de 1848*, Valencia, 2011, pp. 255-262.

(65) ZAPATERO SAGRADO, R., «Los presidios, las cárceles y las prisiones», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIX, fascículo II (mayo-agosto 1986), p. 561.

(66) DSC, núm. 54, 12-03, 1849, pp. 1184-1185.

(67) GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, p. 28, y SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, p. 255.

cláusulas transitorias de la ley se mantuvieron los mismos establecimientos penitenciarios que ya se tenían, con enorme confusión de penados.

3. PRINCIPALES INFLUENCIAS EXTERNAS: LOS MODELOS DE METTRAY Y ELMIRA

Siendo la realidad penitenciaria española la que se ha descrito más arriba, nuestro país no permanecía ajeno a los progresos realizados en otros lugares, puesto que, como se ha dicho antes, la reforma penitenciaria era un asunto internacional, relacionado con los nuevos principios punitivos que defendían de forma unitaria y programática todos los Estados de Derecho contemporáneos.

De tal manera, desde fecha muy temprana se habían conocido en España los sistemas norteamericanos (de Filadelfia y de Auburn), así como los principales modelos europeos, gracias fundamentalmente a las obras de Ventura de Arquellada (68), Marcial Antonio López (69), y Ramón de la Sagra (70), que pueden considerarse los primeros estudios de derecho penitenciario comparado en nuestro país (71).

(68) ARQUELLADA, V. de, *Noticia del estado de la cárcel de Filadelfia* (Madrid, 1801), edición de Madrid, 1916. En un primer momento, se confundió al traductor con el propio autor de la obra, La Rochefaucault-Liancourt, *Des Prisons de Philadelphie par un Européen*, Filadelfia, 1796 (2.ª ed., París, 1799), y no sería hasta 1913, en la monografía *Prioridad en España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo*, publicada en Madrid, cuando finalmente se reconoce la autoría y traducción española de Arquellada.

(69) LÓPEZ, M. A., *Descripción de los más célebres establecimientos penales de Europa y Estados Unidos, seguida de la aplicación práctica de sus principios y régimen interior a las Casas de Corrección, Fuerza y Reconciliación que pudieran plantearse en España*, 2 tomos, Valencia, 1832.

(70) SAGRA, R. de la, *Cinco meses en los Estados Unidos de América del Norte (desde el 20 de abril al 23 de septiembre de 1835)*, París, 1836.

(71) Los estudios de derecho penitenciario comparado continuaron desarrollándose en España gracias a la labor de MURUBE Y GALÁN, F., *Tratado de las prisiones y sistemas penales de Inglaterra y Francia, con observaciones generales sobre lo que conviene saber para la reforma de las de España*, Santiago de Compostela, 1860, BORREGO, A., *Estudios penitenciarios. Visita de los principales establecimientos penales de Europa, ejecutada de orden del Gobierno, seguida de la exposición de un sistema aplicable a la reforma de las cárceles y presidios de España*, Madrid, 1873, CABRERIZO GARCÍA, F., *Las prisiones de Londres y las nuestras. Comparación, enseñanzas que de ella se deducen y conclusiones*, Madrid, 1911, CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias en Estados Unidos*, Madrid, 1914, o NAVARRO de PALENCIA, A., *Las prisiones extranjeras (Francia, Bélgica e Italia)*, Madrid, 1918.

La evolución de estos modelos, así como las nuevas teorías y experiencias penitenciarias que comenzaron a desarrollarse en las décadas de 1830 y 1840, ya se conocían también perfectamente en los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación del Código Penal de 1848 y la Ley de prisiones de 1849, en los que se cita con soltura apenitenciariastas contemporáneos como Charles Lucas, padre intelectual de la colonia penal de Mettray, Tocqueville, Beaumont, Moreau-Christophe, Faucher, Lynds, o Livingston, e incluso a otros menos conocidos como Tohergil o Moor, poniéndose ejemplos de los más novedosos modelos penitenciarios de los Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Bélgica o Prusia, así como de las colonias penales de Australia o el sistema progresivo que el consejero Von Obermaier también trataba de aplicar en Baviera (72).

De entre estas novedades penitenciarias que comenzaron a desarrollarse sobre todo a partir de la década de 1840, destacaron especialmente en el debate internacional, y también en el español, aquellas que incidían en el campo de la reeducación social del delincuente, ya que ésta seguía siendo la asignatura pendiente de la reforma penitenciaria (todavía basada en la prevención general de la sociedad, pero no en la prevención especial o corrección del delincuente). Se convirtieron así en el principal modelo de estudio de esta época la famosa colonia penitenciaria de Mettray, y el nuevo sistema progresivo que ya aplicara en España Montesinos, desarrollado por el capitán Maconochie en la isla australiana de Norfolk, Von Obermaier en Munich, Joshua Jebb en la prisión inglesa de Pentonville, y Walter Crofton en las prisiones irlandesas.

La colonia penitenciaria de Mettray comenzó a funcionar en 1839, aunque oficialmente se inauguraría en enero de 1840. Su promotor intelectual fue el prestigioso penalista Charles Lucas, conocido por sus ideas humanitarias y por su férrea oposición al sistema de aislamiento celular (73); y sus fundadores el abogado Frédéric-Auguste Demetz y el arquitecto Guillaume-Abel Blouet, que también habían conocido de

(72) DSC, núm. 83, 15-03-1848, p. 1795-1797, DSC, núm. 42, 26-02-1849, pp. 887-898, y DSC, núm. 54, 12-03, 1849, pp. 1176-1187.

(73) Charles Lucas había entrado en contacto y se carteaba asiduamente con el principal especialista en los sistemas penitenciarios de Estados Unidos, Edward Livingston, y gracias a esta colaboración escribiría su obra CHARLES LUCAS, M., *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, 3 vols., París, 1828-1830. De forma más tardía, Charles Lucas traduciría también al francés la famosa memoria escrita en 1822 por Edward Livingston a favor del sistema de Auburn, *Exposé d'un Système de Legislation criminelle pour l'État de la Louisiane et pour les États-Unis d'Amérique* por Edward Livingston, 2 vols., Guillaumin et Cie., París, 1872. Otras obras del autor fueron *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement*,

primera mano los modelos americanos, decantándose como Lucas por los nuevos modelos mixtos o de vida en común (74), así como otros modelos europeos. De entre los europeos, quedaron vivamente impresionados por la *RahueHaus*, institución privada que Wichern abriera en 1832 en Horn (junto a Hamburgo), para la recogida de jóvenes vagabundos o abandonados, basada en un sistema familiar de trabajo y vida en común (75).

Tanto las experiencias norteamericanas de *Auburn* o *SingSing*, como la *RahueHaus*, que fue bien conocida por Demetz y que inspiró a otras muchas instituciones alemanas en los años sucesivos, influirían sin duda en el proyecto de Mettray. Pero Mettray fue mucho más allá que estas experiencias previas, inaugurando un modelo original y único. A diferencia de la *RaueHaus*, Mettray era una prisión, no una casa de recogida, aunque estuviera dirigida específicamente al castigo de jóvenes delincuentes, que hasta ese momento venían compartiendo prisiones ordinarias con presos de todas las edades en Francia. Mettray era, además, una colonia penitenciaria agrícola, esto es, una prisión en el campo, abierta o sin muros; y se basaba en la vida comunitaria o familiar, el trabajo agrícola o en talleres en grupos homogéneos, y el estudio en común para la educación de los jóvenes. Éstos cohabitaban formando «familias» de unos cuarenta chicos en un total de diez pabellones o casas con dormitorios comunes, completando el conjunto la escuela, la capilla y la casa del director, además de jardines, establos o cobertizos. La celda individual o el aislamiento sólo se aplicaban como castigo por sus faltas (76).

El modelo de Mettray pronto cobró fama internacional, influyendo, por ejemplo, en la escuela de *Ruysselède* en Bélgica, creada por el inspector general Ducpétieux en 1849 y conocida como la «Mettray belga», o en algunos establecimientos holandeses, suizos, e incluso polacos, aunque con sus peculiaridades (77). En Inglaterra, se convirtió en un ideal para filántropos y reformistas como Patrick

3 vols., 1836-1838, y *Des moyens et des conditions de la réforme pénitentiaire en France*, París, 1848.

(74) DEMETZ, M. et ABEL BLOUET, M., *Rapports a M. le Comte de Montalivet sur les pénitenciers des États-Unis*, París, 1837.

(75) SANTOLARIA SIERRA, F., «Casas de familia y colonias agrícolas: dos tendencias institucionales de la reeducación social en España (1900-1950)», *Revista de Educación*, núm. extraor. (2000), pp. 295-316.

(76) FORLIVESI, L., POTTIER, G. F., et CHASSAT, S., *Éduquer et punir. La colonie agricole pénitentiaire de Mettray (1839-1937)*, Rennes, 2005.

(77) SANTOLARIA SIERRA, F., «Casas de familia y colonias agrícolas: dos tendencias institucionales de la reeducación social en España (1900-1950)», *Revista de Educación*, núm. extraor. (2000), p. 298.

Joseph Murray, Wheatley-Balme, Lord Leigh o Davenport Hill, que la visitaron y defendieron, consiguiendo influir en la redacción de la *Youthful Offenders Act* de 1854 (78), en la que se apostaba decididamente por la creación de este tipo de reformatorios agrícolas o industriales. Unos años antes, en 1850, la Sociedad Filantrópica inglesa ya había puesto en marcha un reformatorio agrícola para jóvenes en Red Hill (Surrey) dirigido por Sidney Turner, y poco después les seguía en esta iniciativa Thomas Barwick Lloyd-Baker, quien también fundara y dirigiera su propio reformatorio rural (79).

La fama de las colonias agrícolas para jóvenes llegaría asimismo a los Estados Unidos de América, imponiéndose a partir del Congreso de Cincinnati de 1870, organizado por el Secretario de la asociación penitenciaria de Nueva York, Enoch Cobb Wines, junto con Zebulon Reed Brockway. La posterior creación de la *International Prison Commission*, en 1872, gracias asimismo a la iniciativa de Enoch Cobb Wines, supuso la consolidación de este tipo de congresos penitenciarios internacionales (los sucesivos en Londres 1872, Estocolmo 1878, Roma 1885, San Petersburgo 1890, París 1895, Bruselas 1900, Budapest 1905 y Washington 1910), y la unificación de los principales temas que afectaban a la reforma penitenciaria a nivel internacional, entre ellos la problemática de los jóvenes y mujeres delincuentes, o los avances del sistema progresivo (80).

Efectivamente, junto a los nuevos modelos que trataban de afrontar la problemática de los jóvenes delincuentes en Europa, en el Congreso de Cincinnati de 1870 también se impusieron ya los logros del llamado sistema progresivo, o las experiencias «del capitán Maconochie en la isla de Norfolk, del coronel Montesinos en Valencia, del consejero Von Obermaier en Munich, de Sir Walter Crofton en Irlanda y del conde de Sollohub en Moscou» (81). La unión de ambas ideas

(78) Dos años después se traducía al inglés la conferencia impartida en París por DEMETZ, F. A., *Reporton Reformatory Farminstitutions*, traducc. Wheathley, E. B., London, 1856.

(79) ELLIOT, B., «The Provision of Reformatory Schools, the Landed Class, and the Myth of the Superiority of Rural Life in Mid-Victorian England: a Footnote», *History of Education*, 1980, vol. 9, núm. 1, pp. 63-74, y STACK, J., «Reformatory and industrial schools and the decline of chills imprisonment in mid-Victorian England and Wales», *History of Education*, 1994, vol. 23, núm. 1, pp. 59-73.

(80) RADZINOWICZ, L., «International collaboration in criminal science», *The modern approach to criminal law. Collecte dessays*, London, 1945, pp. 467-497.

(81) FALCO, F. F., *La obra de los congresos penitenciarios internacionales*, La Habana, 1906, pp. 5-6, afirma que, tras estudiarse estas primeras experiencias del sistema progresivo, en el Congreso de Cincinnati se aprobó un sistema de «clasificación progresiva de los prisioneros, basada en el mérito y no en algunos principios arbitrarios tales como la edad, el crimen, etc., debería ser aplicada en todas las prisiones (...).

fue, precisamente, lo que dio lugar en los Estados Unidos de América a la creación de un nuevo tipo de centro o sistema penitenciario: el sistema de reformatorio (*reformatory system*) (82).

El modelo de lo que enseguida se dio en llamar el *reformatory system*, fue presentado por Zebulon Reed Brockway al Congreso de Cincinnati en su famoso informe *The ideal of a true prison reform system* (83). Para entonces, Brockway, que había empezado su carrera como guardia de prisión en Connecticut y había llegado a superintendente de la *Michigan House of Corrections* en Detroit, ya era un reputado penitenciarista conocido por sus medidas de rehabilitación de delincuentes, su preocupación por los jóvenes, y sus intentos de introducir el régimen progresivo a través de la sentencia indeterminada en la prisión de Detroit (84).

Estas experiencias propias, inspiradas en las que antes que él practicaran Moses Pilsbury y su hijo Amos Pilsbury en las prisiones que dirigieron (Brockway trabajó como asistente de este último en la pri-

Este sistema comprendería tres grados; á saber: 1.º, un grado penal con encarcelamiento celular más ó menos largo según la conducta; 2.º, un grado de reforma basado sobre un sistema de notas favorables en el que los presos pasan de una clase á otra, ganando en la promoción á cada clase sucesiva un aumento de comodidades y de privilegios; 3.º, un grado de prueba en que son admitidos únicamente los que se juzgan reformados, con objeto de establecer su firmeza moral y la realidad de su reforma. Es necesario que el preso pase por un período de prueba antes de obtener la confianza. Es la falta de garantía de su reforma la que eleva una muralla de granito entre el delincuente que cumplió su pena y el hombre honrado. Este período de prueba es una parte esencial del sistema de reforma penitenciaria, puesto que ofrece á la sociedad la única garantía que pueda tener ésta de la confianza que merece el penado; y esta garantía es la sola condición que puede abrir libremente los varios caminos del trabajo honrado al delincuente que vuelve á la sociedad».

(82) TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid, 1998, o TERCERO ARRIBAS, F., «Sistemas penitenciarios norteamericanos», *Historia de las prisiones*, Madrid, pp. 149-157.

(83) BROCKWAY, Z. R., *The Ideal of a True Prison System for a State. a Paper Read Before the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline at Cincinnati*, on October 12, 1870.

(84) El propio Brockway nos dio las claves de su pensamiento penitenciario en la autobiografía que escribiera al final de su carrera, BROCKWAY, Z. R., *Fifty years of prison service: an autobiography*, New York, 1912, y en obras como «The American Reformatory Prison System», *American Journal of Sociology*, vol. 15, núm. 4 (Jan., 1910), pp. 454-477. Véase también ALLEN, H. E. y CLIFFORD, S., *Corrections in America: An Introduction*, New Jersey, 2001, pp. 76-84, BEHA, J. J., «Redemption to Reform: The Intellectual Origins of the Prison Reform Movement», *New York University Annual Survey of American Law*, vol. 3 (2007-2008), pp. 773 ss., o CLEAR, T. R., COLE, G. F., y REISING, M. D., *American Corrections*, Nueva York, 2009, pp. 50-53.

sión de Albany) (85), así como los nuevos modelos europeos de reeducación de los jóvenes (principalmente Mettray), y sistemas progresivos (fundamentalmente los modelos australiano e irlandés), sirvieron de referencia a Brockway para forjar su idea del reformatorio, basado «en el principio de ayuda en sustitución al de castigo; en el de la sentencia indeterminada en lugar de la de tiempo fijo; y en el propósito de rehabilitar al delincuente en vez de restringirle por la intimidación» (86).

La idea fue acogida con entusiasmo en el Congreso de Cincinnati, y, tras superarse los problemas políticos y económicos necesarios para su ejecución, finalmente conseguiría llevarse a la práctica seis años después con la construcción del Reformatorio de Elmira, bajo la dirección del propio Zebulón R. Brockway desde su inauguración en 1876 hasta 1900.

El centro se situó en lo alto de una colina a las afueras de la ciudad de Nueva York, *like a college or a hospital*, y estaba destinado al internamiento de delincuentes de 16 a 30 años. Se basaba en la clasificación de penados en tres grados (todos entraban en el grado intermedio y en seis meses se decidía se elevarles al superior o degradarles al inferior), y en la individualización de la condena a través de la sentencia indeterminada, con penas que se situaban entre un mínimo y un máximo según el delito. De tal manera, según fuera el comportamiento o conducta del preso dentro de la prisión, se le iban concediendo beneficios penitenciarios en cuanto a su vestimenta, comida y

(85) Sobre la labor reformista de Moses y Amos Pillsbury en las prisiones americanas, véase GREENBERG, B., *Worker and Community. Response to industrialization in a Nineteenth-Century American City, Albany, New York. 1850-1884*, New York, 1985, pp. 106-117, o MCLENNAN, R. M., *The crisis of imprisonment. Protest, politics and the making of the American penal state, 1776-1941*, New York, 2008, pp. 100-102.

(86) Son palabras del propio BROCKWAY, Z., *The American Reformatory Prison system*, New York, 1910, traducidas por CASAS FERNÁNDEZ, M., *Concepción Arenal y su apostolado: ideal de una justicia humanitaria*, Madrid, 1950, p. 109. Atiéndase también, en este sentido, a BARROWS, S. J., *The reformatory system in the United States. Reports prepared for The International Prison Commission*, S. J. Barrows, commissioner for the United States, Washington, 1900 (House of representatives, 56th Congress, 1st Session, document n. 459), p. 8: «The penitentiary exists for the infliction of punishment; the reformatory exists for the reformation of the offender. The reformatory system assumes that men can be reformed, and that it is the duty of society to invoke those influences which shall lead to reformation. Its not concerned with the simple question of a punitive theory. (...) In a system purely retributive, obligation to the criminal is either disparaged or ignored. In a system purely sentimental, the protection of the society may be sacrificed to a misplaced pity. The reformatory system is neither retributive nor sentimental. It assumes that society must be protected; it is organized and administered with this end in view».

régimen penitenciario en general, pudiendo disminuir el tiempo de su condena (87).

Por lo demás, el tratamiento penitenciario se basaba en el ejercicio físico obligatorio y en el trabajo agrícola o industrial (trabajos de construcción, fabricación de piezas de chapa, calzado o cepillería, fundición de hierro, e incluso la publicación de un periódico, *The Summary*, desde 1883) durante el día; y en la enseñanza o educación básica durante la noche (lengua, matemáticas, ciencias, etc.), ofreciéndose puntos adicionales a quienes quisieran completar su educación con determinados programas de formación religiosa (88). Frente a ello, el régimen disciplinario para los presos de mala conducta era muy duro, de tipo militar y basado en los castigos corporales, acusándose con el paso de los años crecientes críticas por brutalidad en Elmira. Este hecho, unido a la multitud de delincuentes que llegó a recibir el centro (las 504 celdas iniciales se aumentaron hasta 1296, sin que fueran suficientes para los más de 1500 internos que llegó a tener, incluidos presos de especial peligrosidad), fueron los mayores problemas que tuvo que afrontar este modelo.

Pero a pesar de sus problemas, el sistema del reformatorio (*reformatory*) supuso en los Estados Unidos una importante evolución sobre el sistema de la penitenciaría (*penitentiary*) (89), y terminó por imponerse. Junto al reformatorio de Elmira, se fundaría en Nueva York el

(87) Sobre el sistema de Elmira en sus orígenes, pueden consultarse las obras contemporáneas de BARROWS, S. J., *There formatory system in the United States. Reports prepared for The International Prison Commission*, Washington, 1900, el libro *Reformatory. Hand Book of the New York State Reformatory at Elmira*, New York, 1906, o BROCKWAY, Z. R., *Fifty years of prison service: an autobiography*, New York, 1912. Más recientemente, véase PISCIOTTA, A. W., *Benevolent Repression: Social Control and the American Reformatory-Prison Movement*, New York, 1994.

(88) Según afirma CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias en Estados Unidos*, Madrid, 1914, p. 81, la religión no era prioritaria en el tratamiento de Elmira, pero tampoco se suprimía, respetándose la libertad de culto y otorgándole un carácter opcional: «la diferencia de religiones y la libertad para la práctica de los diferentes cultos que existen en la vida libre, existen también en el Reformatorio. Hay un capellán católico, un pastor protestante y un rabino para el respectivo servicio religioso».

(89) BARROWS, S. J., *The reformatory system in the United States. Reports prepared for The International Prison Commission*, Washington, 1900, p. 7: «The reformatory system in the United States is an illustration of evolution in penology (...). The names of Machonochie and Crofton, in England and Ireland; and of Brockway, Tufts, Scott, McClaghry, and Ellen C. Johson, in our own country, will always be remembered and associated with the practical development of the reformatory system in the United States (...). The germ of the American system may be found in the ideas and experiments tried in Ireland and England by Machonochie and Crofton, but it was in the United States that these ideas were destined to find more thorough application and a more complete development».

Eastern Reformatory de Napanoch (para aliviar el exceso de población de aquel y reservándose los presos reincidentes, alborotadores e incorregibles), y en poco tiempo comenzaron a construirse también otros reformatorios con planes muy similares en Massachusetts, Pennsylvania, Illinois, Ohio o Indiana (90).

Todos ellos se basaban en la finalidad educacional antes que retributiva de la pena (*reformatory influences are educational rather than retributive*), y a tal fin apostaban, como en el caso de Elmira, por nuevos principios arquitectónicos (edificios más luminosos y abiertos en el campo), la clasificación moral del delincuente, la individualización de la pena a través del principio de sentencia indeterminada, una férrea disciplina militar, mucho ejercicio físico, trabajo en talleres o manufacturas, y sobre todo una buena educación o enseñanza al preso, cuestión esta última que en los sistemas penitenciarios estadounidenses resultaba absolutamente original y que permitió la introducción de escuelas y bibliotecas en los centros penitenciarios.

Aunque los primeros reformatorios lo fueron para jóvenes, no tardaron en fundarse establecimientos similares para mujeres (por ejemplo, el *Massachusetts Reformatory Prison for Women* tan sólo un año después que Elmira, en 1877), y también para adultos, en el convencimiento de que el sistema progresivo era conveniente para todos ellos. La diferencia entre unos y otros estribaba fundamentalmente en el tipo de trabajo y en la mayor atención puesta en la educación de los jóvenes. Pero dejando a un lado sus diferencias, en general todos estos centros aplicaron un régimen progresivo en tres periodos (el de aislamiento para reconocimiento y observación del recluso; el de vida en común para su educación y formación; y el de prelibertad para ponerlo en contacto con el exterior mediante permisos de salida), pudiendo

(90) De todos ellos, recoge datos e informes de enorme interés BARROWS, S. J., *The reformatory system in the United States. Reports prepared for The International Prison Commission*, Washington, 1900, pp. 28 ss., señalando especialmente las aportaciones de quienes estaban dirigiendo por entonces la reforma del sistema en el país: *The Elmira reformatory*, by F. B. Sanborn; *Prison Management*, by Charles Dudley Warner; *The Indeterminate sentence*, by Charlton T. Lewis; *What shall be done with the criminal class?*, by Charles Dudley Warner; *The Massachusetts Reformatory*, by Joseph F. Scott, superintendent; *The Massachusetts Reformatory Prison for Women*, by Isabel C. Barrows; *Prison discipline*, by Ellen C. Johnson, late superintendent of the Sherborn prison; *The Pennsylvania Industrial Reformatory*, by Isaac J. Wistar; *The Illinois State Reformatory*, by Bishop Fallows; *Kansas State Industrial Reformatory*, compiled from official report; *The Reformation of Criminals. Ohio methods*, by Gen. R. Brinkerhoff; *The Indiana Prison System*, by Hon T. E. Ellison; *The Reformatory System in Minnesota*, by Henry Wolfer, late warden of State prison; y *Juvenile Reformatories of the United States*, by T. J. Charlton, superintendent reform school, Indiana.

dividirse el último de ellos en un cuarto periodo de libertad condicional. A estos periodos o grados se ascendía o descendía en atención a un sistema de marcas que premiaban el aprendizaje, el trabajo y la buena conducta del detenido.

Siguiendo estos principios, la lista de reformatorios que estaban en funcionamiento en el año 1899 en Estados Unidos ascendía a 65, con un total de 19.410 internados (91). Lo cual significaba que, aunque no se hubieran modificados sus principales leyes ni códigos penales, fundados en el principio retributivo de la pena, en poco más de veinte años había triunfado en la práctica penitenciaria estadounidense el nuevo principio correctivo que todavía estaba por implantar en Europa; y, si hacemos caso a los informes presentados en la obra de Barrows, con un porcentaje de éxito muy notable.

Este sistema de reformatorio «de tipo americano» comenzaría a introducirse a finales del siglo XIX en algunas de las prisiones centrales o colonias agrícolas europeas (92). En principio una minoría, puesto que la mayoría de las prisiones europeas (sobre todo las municipales, provinciales o departamentales) continuaban en régimen de hacinamiento o comunidad, como en el caso español, y sólo se habían construido algunas prisiones centrales, colonias penitenciarias o reformatorios en atención a los nuevos principios penitenciarios. No obstante, además de los reformatorios para jóvenes delincuentes que comenzaron a erigirse después de *Mettray* (Navarro de Palencia destacaba especialmente los centros belgas de *Ruysselède* y *Beernem* (93), así como los más de cuarenta reformatorios ya erigidos en Inglaterra e Irlanda (94)); pueden citarse como ejemplos pioneros de esta influencia del reformatorio la Escuela de Reforma de *St. Hilaire*, la colonia penitenciaria agrícola y marítima de *Belle-Ille-en Mer*, la colonia penitenciaria agrícola e industrial de *Aniane*, la colonia correccional de *Eysses*, y la penitenciaria para mujeres de *Saint-Lázare* en Francia;

(91) BARROWS, S. J., *The reformatory system in the United States. Reports prepared for The International Prison Commission*, Washington, 1900, p. 225.

(92) MORRIS, N., y ROTHMAN, D. J. (eds.), *The Oxford History of the Prison: The Practise of Imprisonment in Western Society*, Oxford and New York, Oxford University Press, 1995, O'BRIEN, P., «Prison reform in France and other European countries in the nineteenth century», *Institutions of confinement: hospitals, asylums, and prisons in Western Europe and North America. 1500-1950*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 297-298, y CLIVE, E., *Crime, police, and penal policy. European experiences 1750-1940*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

(93) NAVARRO de PALENCIA, A., *Las prisiones extranjeras (Francia, Bélgica e Italia)*, Madrid, 1918, pp. 169-175.

(94) CUELLO CALÓN, E., «El tratamiento actual de la criminalidad de los menores», *La Lectura. Revista de Ciencias y Artes*, mayo 1912, núm. 137, pp. 1-16.

o las prisiones centrales de *Lovaine* y *Gante* en Bélgica, en las que seguía un interesante sistema de contabilidad moral que conducía hacia la libertad condicional y, sobre todo, un avanzado régimen de trabajo e instrucción académica y moral de los reclusos.

Hubo países, como Suiza o Alemania, que para el caso de los jóvenes prefirieron claramente continuar con el sistema de casas de familia o de recogida, surgido a partir de la experiencia de la *RahueHaus* en Hamburgo. Pero otros, como Inglaterra, Francia, Holanda, Italia o España, aunque también pusieron en marcha iniciativas de colocación familiar, acusaron una mayor influencia del sistema de reformatorio americano, y trataron de impulsarlo no sólo para el caso de los jóvenes (también se crearon colonias penitenciarias agrícolas o industriales para mujeres y adultos), a pesar de los problemas que trababan su aplicación, fundamentalmente económicos, pero también técnicos (era difícil acometer un buen sistema de clasificación de los presos), o sociales, debido a la ausencia de una adecuada red de trabajo industrial o manufacturero. La dificultad de dar trabajo a los presos sin perjudicar a la industria libre, era sin duda uno de los principales problemas de todas las prisiones europeas (95).

4. PRIMERAS EXPERIENCIAS EN ESPAÑA: REFORMATARIOS PARA JÓVENES Y COLONIAS AGRÍCOLAS

En España tanto la influencia del primer modelo de reformatorio o colonia agrícola para jóvenes inaugurado en Europa por *Mettray*, como la posterior influencia del sistema de reformatorio de tipo americano que representara *Elmira*, fueron muy tardías con respecto a otros países europeos, y se vertebraron a través de dos tendencias diferentes: la del reformatorio o escuela de reforma para jóvenes delincuentes, de un lado, y la de la colonia agrícola para adultos, de otro.

Siguiendo fundamentalmente el primer modelo de *Mettray*, autores como Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada, Concepción Arenal, Alice Pestaña, o Francisco Lastres, ya defendieron en la segunda mitad

(95) NAVARRO de PALENCIA, A., *Las prisiones extranjeras (Francia, Bélgica e Italia)*, Madrid, 1918, p. 145: «El problema del trabajo penal, es uno de los que han preocupado y preocupan más intensamente el pensamiento de los especialistas en materia penitenciaria, y aún de los escritores de ciencia económica. La cuestión planteada al industrialismo penal por las asociaciones obreras de las poblaciones donde se hallaban enclavadas ciertas prisiones, en que la producción manufacturera se presentaba vigorosa, fue causa de reclamaciones perseverantes y de su estudio detenido, especialmente en Francia, Italia, Bélgica y Alemania».

del siglo XIX la idea del reformatorio para atender el problema de los jóvenes delincuentes (96), convencidos de que la separación o clasificación de penados, consagrada en esta época (97), no era suficiente.

Un primer proyecto en este sentido fue la Real Orden de 29 de diciembre de 1875, que pretendía establecer en España una penitenciaría para jóvenes delincuentes menores de 21 años siguiendo, decía expresamente, los ejemplos de «Mettray, Val d'Yèvre, Citeaux, Stanz, Ruysselede o Beermen» (98). Pero lamentablemente, el proyecto quedó frustrado y la iniciativa de Francisco Lastres, que lo había impulsado, sólo pudo materializarse años más tarde con la fundación en Madrid de la llamada Casa correccional o Escuela de Reforma de Santa Rita.

La Escuela de Reforma de Santa Rita se originó a partir de una ley de «educación correccional» de 4 de enero de 1883, aprobada a iniciativa de Francisco Lastres, y que dejaba en manos de una Junta de Patronos la creación de una penitenciaría para jóvenes en Madrid (99). Su objetivo, como se ha dicho, era la «educación correccional» de los jóvenes menores de 18 años de la provincia de Madrid que fueran «viciosos» («sin ocupación ni medios lícitos de subsistencia»), se hallaren «bajo tutela o cúratela» y demandaran corrección por parte de sus padres o tutores, o hubieran sido «objeto de declaración expresa de irresponsabilidad criminal por haber obrado sin discernimiento, en causas seguidas dentro del territorio de la Audiencia de Madrid» (100).

(96) GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes. Apuntes de la España del XIX y principios del XX*, Madrid, 1991, y CÁMARA, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*, Madrid, 2011.

(97) En esta época, la ley de 1 de septiembre de 1879 consagraría una clasificación mucho más estricta de los penados, separando completamente a las mujeres y los menores de 20 años de los mayores de edad, y proponiendo por lo demás un sistema de clasificación de penados que se basaba en el tipo de delito. La clasificación de penados se completaría más adelante con otras normas como el Real Decreto de 15 de abril de 1886, y Real Orden de 1 de julio de 1886, en TEIJÓN, V., *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios (1572-1886)*, Madrid, 1886, pp. 54-62. Véase FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2002, pp. 49-50.

(98) Véase ARENAL, C., «Penitenciaría para jóvenes delincuentes», y «El correccional de los jóvenes delincuentes», *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. III y vol. IV, respectivamente, en edición digital de sus *Obras Completas*, según la edición de Madrid, Victoriano Suárez, 1900, en www.cervantesvirtual.com.

(99) CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización. Comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*, Madrid, 1911, manuales Reus, vol. XVIII, p. 398.

(100) Véanse los artículos 1 y 3 de la Ley de 4 de enero de 1883. Según el artículo 1, «se autoriza a la Junta de Patronos, y en su representación a la Comisión ejecutiva, compuesta de los Sres. D. Manuel Silvela, D. Francisco Lastres, D. Manuel

Es decir, como más adelante especificó el Reglamento de esta Escuela de Reforma, en ella se preveía tanto la «corrección paternal» que pudieran imponer los padres y guardadores con arreglo a las leyes, de carácter meramente civil y sin ninguna consecuencia penal ni penitenciaria, como la «corrección judicial y gubernativa», esta sí de carácter penal y penitenciario, que acordara la Audiencia de Madrid para mayores de quince años y menores de dieciocho.

Desde su origen, se previó que el establecimiento tuviera carácter privado, siendo «regido por la Junta de Patronos, bajo la inspección y vigilancia del Gobierno, y en su caso de los Tribunales» (101). De manera que, una vez construido en los terrenos cedidos por el Marqués de Casa-Jiménez en Carabanchel Bajo, el Reglamento que se aprobó el 6 de abril de 1899 para su funcionamiento, confió la dirección del mismo a la congregación religiosa de los Terciarios Capuchinos (102). Al Superior de esta Comunidad se le concedió «toda la libertad necesaria para dirigir el establecimiento y para hacer observar el régimen y la disciplina, á fin de obtener los mejores resultados de la educación correccional», pudiendo valerse «para la enseñanza de artes y oficios de Profesores y Maestros extraños a la Congregación cuando su concurso fuere necesario» (103).

Por lo demás, el régimen interior previsto en el título VII del Reglamento, se basaba en la clasificación de los jóvenes en secciones de cincuenta «alumnos» o «corríendos», divididas a su vez en grupos

María Alvarez, D. José Cárdenas, Marqués de Casa Jiménez, D. Antonio Romero Ortiz, D. Jaime Girona, D. José Pontagud Gargollo, Barón del Castillo, D José Ortueta, Don Domingo Rolo de Ángulo, D. Francisco de Asís Pacheco, D. Lorenzo Alvarez Capra, D. Ignacio José Escobar, D. Agustín Pascual, D. José Jenaro Villanova, Conde de Morphy y Marqués de Cayo del Rey, que venía entendiendo en el proyecto de establecer una Penitenciaría de jóvenes, para fundar un Asilo de corrección paternal y una Escuela de reforma en donde reciban educación correccional los jóvenes menores de diez y ocho años».

(101) Artículo 4 de la Ley de 4 de enero de 1883.

(102) *Reglamento para la Escuela de Reforma de Santa Rita y ejercicio de la educación correccional establecida en la Ley de 4 de enero de 1883*, Madrid, Hijos de Reus, 1899, Biblioteca Regional de Madrid, Signatura A-Caj.166/10, artículo 20: «La Junta directiva, en nombre de los Patronos, podrá confiar la dirección y el régimen del establecimiento á una Comunidad religiosa establecida con autorización competente. En la actualidad, y mientras durase el convenio celebrado por escritura pública con la Congregación de Terciarios Capuchinos, ésta será la encargada de regir el Asilo de corrección paternal y Escuela de reforma de Santa Rita. Sin embargo, la Junta directiva conservará todas las facultades anejas al patronato y protectorado que le corresponden por la ley de 4 de Enero de 1883 y por las disposiciones de este Reglamento».

(103) *Reglamento para la Escuela de Reforma de Santa Rita y ejercicio de la educación correccional establecida en la Ley de 4 de enero de 1883*, Madrid, Hijos de Reus, 1899, Biblioteca Regional de Madrid, Signatura A-Caj.166/10, arts. 22 y 23.

para adecuar el tratamiento penitenciario a los distintos tipos de internos. Dicho tratamiento consistía en una férrea disciplina, una intensa educación religiosa (no permitiéndose «manifestación religiosa alguna que no sea de la Religión Católica»), una instrucción primaria elemental, y el trabajo del corrigendo. Éste se le adjudicaba a cada corrigendo teniendo en cuenta «no sólo su edad y aptitud, sino también sus antecedentes y los de su familia», debiendo dedicarse la mayor parte de ellos a trabajos agrícolas («especialmente á los de jardinería y floricultura, con objeto de que estos conocimientos les faciliten colocación en las fincas de recreo y jardines públicos y particulares»), aunque también se preveía el aprendizaje de oficios como los de «zapatería, alpargatería, tipografía, sastrería, albañilería, carpintería de taller y de obra, y panadería», e incluso podía «dedicarse á los corrigendos á las obras de construcción de nuevos edificios, dentro de la Escuela, y reparación de los existentes».

El Reglamento preveía, finalmente, que la Dirección de la Escuela cuidara de la reinserción de cada alumno de buena conducta en la sociedad, buscándole alguna familia honrada y un trabajo para vivir. Pero la realidad, más allá de la bienintencionada letra de la ley, no resultó ser tan complaciente, y si nos atenemos a los testimonios que nos han llegado, en la práctica la disciplina aplicada por los religiosos en Santa Rita resultó muy rígida (con severos castigos incluso físicos), la educación religiosa excesiva y lacerante, la formación y el trabajo muy escasos, y las oportunidades de futuro prácticamente inexistentes (104).

En definitiva, lejos del modelo de Mettray, el Correccional de Santa Rita no se trató en ningún caso de una colonia agrícola sino una escuela de reforma de carácter urbano [similar a los proyectos de separación y recuperación de jóvenes iniciados mucho antes en las cárceles de Barcelona y Madrid (105)]; apenas consiguió implementar las novedades del sistema de reformatorio (aunque se basara en algunas de ellas); y siguió confiando el cuidado y la enmienda de la juventud delincuente a la iniciativa privada o la caridad.

(104) AYA ROBLA, *La Escuela de Reforma de Santa Rita*, Madrid, 1906, POLANCO, A., *El Correccional de Santa Rita: dos años entre sus muros. Conferencias, notas, documentos y comentarios*, Valladolid, 1914, o MORA REQUEJO, M. DE, *Los impunes: Historia del Correccional de Santa Rita*, Madrid, 1926.

(105) Me refiero a la Casa de Corrección de Barcelona (1836-1884), estudiada junto con la separación de los jóvenes en la cárcel de Madrid que consiguió implantar la Sociedad Filantrópica, tal y como se ha comentado más arriba, por MARTÍNEZ ÁLVAREZ, O., *La justicia y protección de menores en la España del siglo XIX. La cárcel de jóvenes de Madrid y la Casa de Corrección de Barcelona*, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2012.

No obstante, siguiendo el dictado del artículo 7 de la ley de «educación correccional» de 4 de enero de 1883, que preveía la creación en el resto de capitales de provincia de establecimientos de reforma para jóvenes a imagen y semejanza del madrileño de Santa Rita, éste es el modelo que se impuso en España, y en los años sucesivos comenzaron a habilitarse otras Escuelas de Reforma de carácter privado o «mixto», ya que gozaban de subvenciones públicas e importantes beneficios fiscales aunque fueran gestionadas por instituciones privadas.

Muchas de ellas fueron dirigidas por la misma Congregación de los Terciarios Capuchinos que se encargaba de Santa Rita, como por ejemplo la Colonia de San Hermenegildo que se fundó en Dos Hermanas (Sevilla) en 1899, o la que se creó asimismo en el Yuste (Cáceres) en 1899, que además se caracterizaron por tratar de añadir de forma más nítida a la educación paternal de los jóvenes la vida en el campo y el trabajo agrícola (si bien éste fue, al parecer, muy anecdótico en la práctica). También dependieron de los Terciarios Capuchinos, las Escuelas de reforma que más adelante se fueron abriendo en Pamplona, Oviedo, Málaga, Bilbao, Tenerife, Almería o Cádiz, con una orientación mucho más urbana, aunque algunas previeran departamentos de formación agrícola (106).

Otros ejemplos de estos tempranos reformatorios para jóvenes, de carácter mixto y bajo la dependencia de los distintos patronatos creados a tal fin, fueron la Escuela de Reforma de Valladolid (que se formó a partir del asilo de niños desamparados que ya poseía esta ciudad por Real Decreto de 28 de marzo de 1912), la Escuela de Reforma de Tarragona (también a partir de la casa asilo de San José de esta ciudad y por Real Decreto de 5 de diciembre de 1912), el Reformatorio de Amurrio (1920), o el Reformatorio de Buen Pastor de Zaragoza (inaugurado en 1921) (107). Aunque, de entre este tipo de establecimientos privados o «mixtos», que se crearon al amparo de la ley de «educación correccional» de 1883 y siguiendo el modelo del de Santa Rita, destacó especialmente la Escuela de Reforma de Barcelona, conocida también como Asilo Toribio Durán (108).

(106) MONTERO PEDRERA, A. M., «Luis Amigó y Ferrer, los Terciarios Capuchinos y la protección de menores», *Escuela Abierta*, núm. 11 (2008), pp. 167-189, o «Las escuelas de reforma en España y la reeducación de menores: una mirada retrospectiva en sus orígenes», *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*, XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, vol. 2, 2009, pp. 245-256.

(107) BUGALLO SÁNCHEZ, J., *Los reformatorios de niños. Lo que son y lo que debían ser*, Madrid, 1932.

(108) GÓMEZ BRAVO, G., *Crimen y castigo...*, p. 241.

El Asilo Toribio Durán fue fundado en 1890 a partir de un asilo previo para la recogida de niños de carácter absolutamente privado, gracias al patrocinio del empresario Toribio Durán Garigolas y al impulso de Pedro Armengol y Corneta, y su gestión quedó confiada a la congregación de San Pedro Ad Vincula, acogiéndose a la ley de educación correccional. Como el de Santa Rita, se basaba en la vida en común de los jóvenes, que se agrupaban después de ser observados en su comportamiento, y en la disciplina, la formación religiosa, la enseñanza y el trabajo (para el trabajo agrícola se vinculó ocasionalmente al mismo la finca de San Feliu en 1909), aplicándose como en aquel un método combinado de premios y castigos. Sus impulsores y algunos penalistas contemporáneos depositaron muchas esperanzas en él, creyéndole un referente para la nueva penalidad tutelar, y así ha pasado a la historia en algunas obras posteriores (109). Pero, por desgracia, como ocurriera con la Escuela de Reforma de Santa Rita, testimonios indirectos y estudios posteriores demuestran que, en la práctica, los nuevos principios pedagógicos y correctivos de los que hacía gala el establecimiento quedaron en papel mojado, sin conseguir los objetivos de reforma para la juventud que se habían fijado (110).

Mención aparte merece la Escuela Central de reforma y corrección penitenciaria de Alcalá de Henares, inaugurada como tal en 1901, que fue la apuesta más avanzada en cuanto a la problemática de los

(109) Véanse publicaciones como *Escuela de reforma para jóvenes rebeldes, depravados y delincuentes: Breve noticia de su fundación, organización y resultados*, Imprenta Asilo Durán, Barcelona, 1881, *Asilo Toribio Durán. Escuela de reforma de Barcelona: Memoria publicada con motivo del XXV aniversario de superfundación 1884-1909*, Barcelona, 1909, ARMENGOL Y CORNET, P., *Importancia social del Asilo Durán: Discurso que en el actora de la solemne colocación de la primera piedra del edificio que para escuela de reforma de niños viciosos y vagabundos va a levantar en Gracia el albaceazgo de D. Toribio Durán, leyó el Ilmo. Sr. D. Pedro Armengol y Cornet*, Gracia, Asilo Durán, Barcelona, 1888, *Inauguración del Asilo Toribio Durán: Discurso leído en dicha solemne actora miedo D. Pedro Armengol y Cornet*, Gracia: Jaume Jepús, Barcelona, 11 de diciembre de 189, u opiniones posteriores sobre la modernidad de este Asilo, como las de CADALSO, F., *Diccionario de Legislación Penal, Procesal y de Penitenciaria*, Madrid, 1903, pp. 87-88.

(110) ORTEGA ESTEBAN, F., *Delincuencia, reformatorio y educación liberadora*, Madrid, 1978, o SÁNCHEZ-VALVERDE VISUS, C., *La Junta Provincial de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985: aproximación y seguimiento histórico*, Barcelona, 2009. También en Barcelona, cabría destacar en este sentido la posterior acción de la Obra Tutelar Agraria, sociedad privada de carácter benéfico fundada por Ramón Albó en 1928 para la corrección de jóvenes marginales a través del trabajo en las dos colonias agrícolas que se habilitaron para ello. Véase SANTOLARIA SIERRA, F., «Casas de familia y colonias agrícolas: dos tendencias institucionales de la reeducación social en España (1900-1950)», en *Revista de Educación*, núm. extraor. (2000), pp. 314-316.

menores delincuentes que se dio a finales del siglo XIX desde la Administración pública española (111). Al margen de las experiencias «mixtas» que hemos visto hasta aquí, sustentadas en la caridad y dependientes de distintos órdenes religiosas, ésta fue la primera institución penal de carácter público creada específicamente para los jóvenes, dependiente del Ministerio de Gracia y Justicia, y dirigida por el cuerpo de funcionarios civiles de prisiones creado poco tiempo antes (112).

La antes citada Ley de 1 de septiembre de 1879, que consagraba el principio de la clasificación de penados en nuestro país, ya determinó que se separaran completamente a los menores de 20 años de los mayores de edad, cualquiera que fuera su condena, y reservó para aquellos el presidio de Alcalá de Henares (113). Un posterior Real Decreto de 11 de agosto de 1888, reiteraba esta separación de los jóvenes en el presidio de Alcalá de Henares (114), en el que también se reservó un espacio propio para las mujeres condenadas a pena correccional (115); en ambos casos siguiéndose meramente el principio de la férrea classifica-

(111) GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes (apuntes de la España del XIX y principios del XX)*, Madrid, 1991, pp. 104-107, y «El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002, pp. 13-21.

(112) En concreto, a partir del Real Decreto de 23 de junio de 1881, publicado en la Gaceta de Madrid de 24 de junio de 1881 y reproducido íntegramente por TEIJÓN, V., *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios (1572-1886)*, Madrid, 1886, pp. 179-187.

(113) Esta ley, que puede consultarse en TEIJÓN, V., *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios (1572-1886)*, Madrid, 1886, p. 588, proponía, además, un nuevo sistema de clasificación de penados que se basaba, por primera vez en España, en el tipo delictivo antes que en características físicas: reos de delitos políticos, de delitos perseguibles a instancia de parte, y del resto de delitos. Véase FIGUEROA NAVARRO, M. C., *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pp. 49-50.

(114) Véase el artículo 4 del Real Decreto de 11 de agosto de 1888, determinando los establecimientos penales en que deben extinguirse las distintas clases de penas, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 232, 19-08-1888, pp. 525-526.

(115) ARENAL, C., «Reglamento de la prisión de mujeres» y «El penal de mujeres de Alcalá de Henares», en *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. IV y vol. V respectivamente, en edición digital de sus *Obras Completas*, según la edición de Madrid, Victoriano Suárez, 1900, en www.cervantesvirtual.com, LASALA NAVARRO, G., *La mujer delincuente en España y su tratamiento correccional*, Buenos Aires, 1948, MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002, pp. 361-362, o RAMOS VÁZQUEZ, I., y BLÁZQUEZ VILAPLANA, B., *La mujer en la cárcel: historia jurídica y política penitenciarias en España*, Córdoba, 2011, pp. 63-90.

ción, y sin introducir los nuevos principios orientadores de la penalidad reformista o tutelar.

Habrá que esperar al Real Decreto de 17 de junio de 1901, por el que el Penal de jóvenes de Alcalá de Henares se transformaba en Escuela Central de reforma y corrección penitenciaria (116), para encontrar claramente reflejados tales principios en la letra de la ley, y especialmente en su exposición de motivos. En ella, tras advertir de la necesidad de «curar» a los jóvenes delincuentes para evitar que «fermente la levadura del crimen», en clara alusión al espíritu reformista de la ley, se afirmaba expresamente que «la Escuela que se proyecta es una institución nueva en España, y no ha de sorprender que encuentre dificultades para que arraigue y florezca el pensamiento que la inspira».

Este no era otro que el que insuflaba el nuevo sistema del reformatorio, basado en la finalidad correctiva de la pena más allá que la retributiva; la clasificación moral del delincuente; la vida mixta de separación nocturna y de comunidad durante el día, junto con el sistema progresivo («se aplicará en la Escuela el sistema penitenciario progresivo irlandés ó de Crofton», estipulaba el art. 4 de la ley); el ejercicio físico a través de la gimnasia y el entrenamiento militar; la educación religiosa, la formación básica y el trabajo diario (agrícola o en talleres); y la sentencia indeterminada a través de la introducción del concepto de la libertad condicional (que, según la exposición de motivos, ya «practican los pueblos más civilizados de Europa y América, apoyados en la más sana enseñanza y respondiendo a los adelantos logrados en el Derecho penal y sistemas penitenciarios»).

Para que este novedoso sistema «produzca los eficaces y fructíferos resultados á que dentro de lo factible se aspira, no sólo ha de seguirse con los escolares el proceso gradual que el sistema establece, mediante el cual rectifiquen sus costumbres y vayan poco á poco disponiéndose para la vida social, si que también es de necesidad imprescindible poner en juego, con perseverante empeño, todos los elementos que le integran –el aislamiento en la celda, la industria fabril en el taller y la agrícola en el campo, la instrucción en la Escuela, las ceremonias del culto y las prácticas religiosas en la capilla, las comunicaciones con sus familias en el locutorio y las visitas de personas caritativas y de notoria honradez en el Establecimiento,– y llevar á la institución todos aquellos factores que un buen criterio, las sanas intenciones y la experiencia aconsejan, para que, operando en conjunto, produzcan el mejor resultado que la reforma persigue, influyan

(116) Real Decreto de 17 de junio de 1901, transformando el Penal de Alcalá de Henares en Escuela Central de reforma y corrección penitenciaria, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 173, 22-06-1901, pp. 1163-1165.

en los jóvenes por el aliciente del interés personal que su laboriosidad les reporte, y les dignifique y levante en el concepto moral, haciendo renacer en su espíritu sentimientos de honradez y propósitos de enmienda. A esta clase de factores pertenece la enseñanza militar y los ejercicios gimnásticos, que hasta el día no se han ensayado en nuestras viejas prisiones, y que por razón de su índole los requiere con apremio la Escuela que se establece (...)».

El régimen penitenciario descrito más arriba, se aplicaba en las dos secciones en las que la Escuela Central de reforma quedó dividida por ley: la «sección de jóvenes delincuentes», a la que se destinaban todos los menores de dieciocho cualquiera que fuera su pena, y los comprendidos entre 18 y 20 años con penas que se extinguieran antes de llegar a los 23; y la «sección de educación y corrección paternas», a los que se destinaban los jóvenes menores de 15 años que, declarados irresponsables penalmente, carecieran de persona que se encargase de su educación y vigilancia, o los que fuera detenidos o retenidos a instancia de sus padres con arreglo al Código civil. Todos ellos estaban obligados al ejercicio físico, al trabajo en las horas reglamentarias, a asistir diariamente a la escuela y a misa, y a hacer las prácticas religiosas determinadas por el Capellán y los miembros de la Sociedad de patronato.

Como afirmaba el artículo 29 de la ley, la misión de esta Sociedad de patronato era «esencialmente benéfica y humanitaria, dirigida á ejercer el patronato educativo y moralizador de los jóvenes reclusos, mientras permanezcan en la Escuela, y el de protección y amparo después que salgan, facilitándoles ocupación y trabajo, y proporcionándoles los recursos y medios necesarios para librarles del abandono y de la reincidencia». De tal manera, la Sociedad de patronato también se encargaba de vigilar y proteger a los jóvenes que, ya en el cuarto periodo del sistema progresivo y como premio a su comportamiento, fueran autorizados a trabajar durante el día fuera del establecimiento (con la obligación de pernoctar en él), como paso previo a la obtención de la libertad condicional; y, del mismo modo, ningún joven podía salir en régimen de libertad condicional sin que la Sociedad de patronato les hubiera buscado trabajo u ocupación adecuada al oficio que hubieran practicado en la Escuela (117).

(117) La reglamentación de la Escuela central de reforma y corrección de Alcalá de Henares, hasta aquí resumida en atención al Real Decreto de 17 de junio de 1901, se completaría más adelante con el Real Decreto de 8 de agosto de 1903, Real Decreto de 23 de marzo de 1907 en su artículo 1, y el Real Decreto de 5 de mayo de 1913 en su artículo 195. Véase CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización. Comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*, Madrid, 1911, vol. XVIII, pp. 396-397.

La aplicación de la libertad condicional era, con todo, el punto más comprometido de la ley, puesto que, como reconocía en su propia exposición de motivos, se oponían a ella «los taxativos preceptos del Código vigente». Sin embargo, utilizando los argumentos de que «la necesidad es ley suprema», y de que «el no haberse reformado el referido Código obedece a las circunstancias en que ha vivido y funcionado el Poder legislativo, y no á que se halle conforme con la ley penal la conciencia colectiva», y tomando finalmente «por base las prescripciones del decreto de 11 de Noviembre de 1889, que sabiamente se dictó para convertir el penal de Ceuta en colonia penitenciaria, en el que con excelente resultado se ensaya el trabajo libre del recluso fuera de los edificios penales», se concluyó que «cabe armonizar las deficiencias de la ley punitiva con los deseos de la conciencia social» y en consecuencia ensayar con esta ley la libertad condicional en los jóvenes de buena conducta» con las debidas precauciones, y preparándola para implantarla en toda su latitud cuando la reforma de nuestras leyes penales lo consienta» (118).

Como vemos en este último párrafo, la ley por la que se creaba la Escuela Central de reforma de Alcalá de Henares de 1901, aludía, no por casualidad, como modelo a seguir el decreto de 1889 «que sabiamente se dictó para convertir el penal de Ceuta en colonia penitenciaria». La colonia penitenciaria fue, como se ha dicho, la segunda tendencia a través de la cual se introdujeron los nuevos principios tutelares del sistema de reformatorio en nuestro país, siguiéndose las más novedosas experiencias penitenciarias que habían comenzado a practicarse antes en otros países de Europa y posteriormente América.

Sobre las ventajas y desventajas de la colonización interior o exterior, venía discutiéndose en España al menos desde mediados de siglo, y hubo algunos tempranos proyectos, tanto de colonización agrícola interior como exterior, que finalmente se malograron (119). El pri-

(118) Como afirman ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en Espanya*, Barcelona, 1988, p. 119, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 286-288, o HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria. Historia y actualidad*, Madrid, 1985, pp. 298-303, los precedentes a la libertad condicional se encuentran en esta ley y otras posteriores, como el Real Decreto de 22 de octubre de 1906, de concesión de residencia como estadio anterior al indulto para los presidiarios de África, o la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, que fueron abriendo el camino para la posterior aprobación de la Ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914.

(119) RAMOS VÁZQUEZ, I., *La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española*, Madrid, 2013, pp. 380-386, o «La colonización exterior penitenciaria en España: proyectos y realidades», en *Glossae. European Journal of Legal History*, núm. 9 (2012), pp. 171-202.

mero que triunfó, por aprovechar de forma más realista los medios con los que ya se contaba y procurar una «adaptación cuidadosa de cuanto haya de intentarse á la realidad de nuestra vida», fue el que convertía en colonia penitenciaria la prisión de Ceuta en 1889 (120). El cambio se basó fundamentalmente en el aumento del número de condenados, enviándose a la nueva «colonia penitenciaria» de Ceuta (hasta entonces reservada a las penas de cadena o reclusión, temporales o perpetuas) muchos de los que estaban en los presidios peninsulares (121); y en la introducción del régimen progresivo, en cuatro periodos, incluyéndose en el tercero un régimen «de trabajo libre en la ciudad ó en el campo, permitido durante una parte del día», y en el último una suerte de libertad condicional a través de «la libertad de circulación del recluso dentro de la colonia, de modo que le sea dable aplicarse sin restricciones al oficio que elija».

En este momento, en el que en España no habíamos pasado, en palabras de Eugenio Silvela, de «ensayos bien intencionados» (o «gérmenes de algo que pudiera ser eficaz su hubiese dinero, protección constante é inteligente del Gobierno, y ambiente favorable de simpatía auxiliadora»), como el de la Escuela de Reforma de Santa Rita o el Reformatorio de Alcalá de Henares, además de esta primigenia experiencia de colonia penal de Ceuta, comenzó a difundirse el nuevo modelo de reformatorio americano que representaba Elmira (122).

El Reformatorio de Elmira empezó a ser conocido en nuestro país fundamentalmente a partir de la obra de Pedro Dorado Montero, publicada en 1898 (123), y sus enseñanzas se aceptaron por vez primera en una de las conclusiones del Congreso penitenciario nacional de Valencia de 1909. Un año después, el Congreso penitenciario internacional de Washington de 1910, al que asistieron Eugenio Silvela y Fernando Cadalso, reconocía el triunfo de este nuevo modelo de refor-

(120) Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 359, 25-12-1889, pp. 873-875.

(121) El régimen de Ceuta también se extendería a los llamados «Presidios menores» norteafricanos, dependientes de aquella (Peñón de la Gomera, Alhucemas, Melilla y Chafarinas) hasta que en 1907 se decretara el cierre de los mismos y el traslado de su población penal a la central de Ceuta. Véanse la Real Orden de 10 de marzo de 1843, que centralizó los presidios norteafricanos haciéndolos depender orgánicamente del principal presidio de Ceuta, en *Colección legislativa de presidios...*, p. 229, y el posterior Reglamento de 5 de septiembre de 1844, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 280-281.

(122) SILVELA, E., *El Congreso penitenciario de Washington*, Madrid, 1911, pp. 9-10.

(123) DORADO MONTERO, P., *El Reformatorio de Elmira*, La España Moderna, Madrid, 1898, facsímil Analecta, Pamplona, 2000.

matorio en los Estados Unidos de América y cifraba sus principios básicos, que según el informe de Silvela eran los siguientes:

«I. Ningún individuo, cualesquiera que sean su edad y sus antecedentes, debe ser considerado como incapaz de enmienda.

II. Es de interés público, no solamente imponer condenas que tengan carácter retributivo é intimidante, sino también hacer serios esfuerzos para la enmienda de los delinquentes.

III. Esta enmienda podrá lograrse mejor bajo la influencia de una instrucción religiosa y moral, de una educación intelectual y física, y de un trabajo eficaz para asegurar al detenido la posibilidad de ganarse la vida en lo porvenir.

IV. El sistema de reformatorio no es compatible con la aplicación de penas de corta duración, y un periodo de tratamiento relativamente largo es preferible para la producción de eficaces resultados que las penas cortas aplicadas con agravación de las condiciones de la detención.

V. El tratamiento reformatorio debe combinarse con un sistema de libertad condicional con patronato y vigilancia y con el consejo de una comisión adecuada instituida á este efecto» (124).

Fernando Cadalso también contribuyó a difundir los beneficios de este sistema de reformatorio a través de sus obras (125); pero sobre todo impulsó definitivamente la implantación de sus principios en España a través de su exitosa carrera profesional (126). Sus principales aportaciones en este sentido fueron la promoción de las colonias penitenciarias, la introducción del sistema de reformatorio de tipo americano (con reformatorios para adultos y mujeres, y no solamente para jóvenes), y la definitiva implantación del sistema de libertad condicional en España.

Cadalso siempre se mostró firmemente partidario de la colonización penitenciaria (127), y en un primer momento fue uno de los principales impulsores de la colonización exterior mediante el Real Decreto de 26 de enero de 1889, que creaba una colonia penitenciaria

(124) SILVELA, E., *El Congreso penitenciario de Washington*, Madrid, 1911, pp. 36-37.

(125) CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias en Estados Unidos*, Madrid, 1914.

(126) NÚÑEZ, J. A., *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid, 2014, NÚÑEZ, J. A., «Una mirada española a las prisiones norteamericanas. Notas sobre Fernando Cadalso y Manzano y su viaje de pensionado de la Junta para la Ampliación de Estudios a los Estados Unidos (1912-1913)», *e-SLegal History Review*, núm. 17 (2014), y GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., «Fernando Cadalso y Manzano: su aportación científica al sistema penitenciario español», *Juristas y políticos madrileños del siglo XIX*, Madrid, 2009, pp. 11-38.

(127) CADALSO, F., *La pena de deportación y la colonización por penados*, Madrid, 1895.

en la isla de Mindoro (Filipinas), y el ya mencionado Real Decreto de 23 de diciembre de 1889 que convertía en colonia penitenciaria la penitenciaria de Ceuta. Sin embargo, el fracaso de estos proyectos de colonización exterior (por la pérdida colonial además de problemas económicos y sociales), hicieron que a principios del siglo xx se decantara por la idea de la colonización interior, basándose en los modelos europeos conocidos hasta el momento, y especialmente el modelo de Mettray.

Éste fue el modelo que defendió en la comisión de la que formó parte en 1902 para dismantelar progresivamente la colonia penitenciaria de Ceuta (128), y que le sirvió de referencia en su *Informe al expediente general para preparar la reforma penitenciaria* de 1904 (129). Sus ideas impulsaron finalmente la fundación de la primera colonia interior española, la colonia penitenciaria de El Dueso (en Santoña, provincia de Santander), para recoger la población presidial de los presidios norteafricanos que quedaron suprimidos por el mismo Real Decreto, de 6 de mayo de 1907, por el que se creaba ésta (130).

La colonia penitenciaria de El Dueso estaba destinada a resolver un problema penitenciario que, como afirmaba la exposición de la ley, «no es mera cuestión de alojamiento ó hacinamiento», introduciendo en el sistema de presidios peninsular «aquellos fines de corrección y de tutela que, modificando amargores y durezas de la represión, con ella colaboran y contribuyen á la mejora y, si tanto puede ser, á la salvación del penado» (131). A tal fin se basó fundamentalmente en el trabajo al aire libre y en la aplicación del sistema progresivo («la nueva penitenciaría se planeará, construirá y organizará con arreglo al dictamen progresivo y, dentro de la limitación penal, en las condiciones más expansivas con arreglo á la fórmula de trabajo al aire libre», establecía el art. 7).

Tenía capacidad para mil penados que, una vez clasificados y divididos en grupos, debían someterse al sistema progresivo en tres periodos: el de reclusión celular, en un edificio separado compuesto por doscientas celdas individuales; el de trabajo industrial y agrícola, en otros edificios con locales dispuestos para el trabajo y el estudio en los

(128) Véase la «Memoria relativa al régimen de la colonia penitenciaria de Ceuta, presentada a la Superioridad por la Comisión nombrada al efecto», *Revista de las Prisiones*, núm. 4, 24-04-1903, pp. 30-34.

(129) CADALSO, F., *Informe al expediente general para preparar la reforma penitenciaría*, Madrid, 1904, pp. 308 ss.

(130) *Gaceta de Madrid*, núm. 127, 07-05-1907, pp. 515-516.

(131) *Gaceta de Madrid*, núm. 127, 07-05-1907, p. 515.

que las celdas sólo se utilizarían para pernoctar; y el llamado período expansivo, análogo a la libertad intermedia, para el que finalmente se previó la construcción de una especie de «casas» en las que se pudiera seguir un régimen similar al de familia. La acción penitenciaria propia de este tercer periodo debía consistir en la preparación del reo para que se reintegrara a la vida social, procurándose que este desenvolvimiento fuera favorecido por la asistencia social.

En el año 1913, a esta colonia penitenciaria de El Dueso, hasta el momento destinada sólo a la población presidial adulta, se añadió una sección de delinquentes menores de edad sentenciados a penas de prisión mayor y reclusión temporal. A esta sección debían ser enviados los que, por su edad, no conviniese que continuaran en el Reformatorio de Alcalá de Henares, salvo por impedimento físico, inutilidad para el trabajo u otra circunstancia que impidiese su destino a la colonia (132).

Estas novedades ya supusieron un cierto avance en la implantación de los principios reformistas en España; aunque sería fundamentalmente tras el regreso de Fernando Cadalso de su viaje por los Estados Unidos, y gracias a la culminación de su carrera profesional con el nombramiento de Director General de Prisiones en diciembre de 1923 (133), cuando consiguieron acometerse la mayor parte de sus reformas, inspirándose sin duda en el sistema de reformatorio americano.

Durante este periodo se fundaron el Reformatorio de Mujeres de Segovia en agosto de 1925, y el nuevo Reformatorio de Adultos de Alicante en septiembre de 1925. Este Reformatorio se creó específicamente para los sentenciados por primera vez a penas correccionales, mayores de veinte años y menores de sesenta, siendo el sistema aplicado en él «el progresivo de los Reformatorios modernos» (134). El proyecto de construcción de una nueva prisión preventiva en Murcia (135), y la supresión, por sus «malas condiciones», de la prisión central de Chinchilla (136), fueron otras dos significativas medidas

(132) Real Orden de 14 de enero de 1913, en CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización. Comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*, Madrid, 1911, vol. XVIII, p. 397.

(133) La rápida ascensión profesional de Fernando Cadalso puede consultarse en la *Gaceta de Madrid*, núm. 261, 18-09-1923, p. 1132, la *Gaceta de Madrid*, núm. 337, 3-12-1923, p. 1026, la *Gaceta de Madrid*, núm. 338, 4-12-1923, p. 1043, y la *Gaceta de Madrid*, núm. 358, 24-12-1923, p. 1390.

(134) Véase la Real Orden de 2 de septiembre de 1925, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 246, 3-09-1925, p. 1355.

(135) Real Decreto de 17 de diciembre de 1925, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 353, 19-12-1925, p. 1539.

(136) Real Decreto de 21 de diciembre de 1925, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 357, 23-12-1925, pp. 1604-1605.

acometidas en diciembre de 1925. La prisión central de Chinchilla no sólo suponía, por el ruinoso estado del edificio, una «regresión penitenciaria», sino que, a juicio del recién nombrado Ministro de Gracia y Justicia Galo Ponte, tampoco reunía las condiciones necesarias para «el desarrollo de la industria y, por tanto, del trabajo, factor principal para el orden de la prisión y para la reforma de los penados».

Por último, hay que destacar el impulso que se dio en este momento a la definitiva implantación en España del sistema de libertad condicional, también propio del sistema de reformatorio («el tratamiento reformatorio debe combinarse con un sistema de libertad condicional con patronato y vigilancia y con el consejo de una comisión adecuada instituida á este efecto»), con la aprobación de la ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908, la ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914, y el Decreto de 23 de octubre de 1923, que modificaba la ley de libertad condicional para adaptarla a las modificaciones orgánicas del régimen (137).

5. CONCLUSIONES

Las novedosas colonias agrícolas penitenciarias que comenzaron a fundarse en Europa siguiendo el modelo de Mettray a mediados del siglo XIX, y el posterior sistema de reformatorio (*reformatory system*) que se creó en los Estados Unidos a partir de aquellas experiencias y las constitutivas del sistema progresivo a finales de ese mismo siglo, fueron conocidas de forma temprana en España. Tanto a nivel internacional como nacional, se consideraron las mejores tendencias hacia las que dirigir la reforma penitenciaria, en un momento en el que la finalidad correctiva (prevención especial) comenzaba a prevalecer frente a las finalidades meramente retributiva o de seguridad de la pena (prevención general) en la doctrina y gran parte de la opinión pública; y en el que se buscaba fervientemente solucionar el problema de los menores o jóvenes delincuentes, que se relacionó directamente con los principios penitenciarios defendidos en los nuevos modelos.

En España, además, estas tendencias contaban con algunos importantes antecedentes desde el punto de vista del humanismo o la caridad legal, la clasificación de penados, y el sistema progresivo desarrollado particularmente desde la obra de Montesinos en el presidio de Valencia, que fue referente internacional. Sin embargo, faltaban los medios económicos y, en un primer momento, faltó también el

(137) *Gaceta de Madrid*, núm. 297, 24-10-1923, p. 315.

impulso político necesario. Por ello, la influencia de los nuevos principios (fundamentalmente el de aplicación de un régimen progresivo, ejercicio físico, instrucción religiosa, formación académica, trabajo eficaz para enseñar un oficio, régimen de premios o castigos, y libertad condicional), fue tardía, fue parcial, y todavía a finales del siglo XIX se hizo depender de la iniciativa privada o la misericordia, a través de las escuelas de reforma de carácter privado o «mixto» que comenzaron a crearse, a partir de la ley de educación correccional de 1883, siguiendo el ejemplo de la Escuela de Reforma de Santa Rita.

Las citadas escuelas de reforma, que en algunos casos se fundaron en el campo a modo de colonia agrícola, no sólo eran instituciones de carácter mayoritariamente privado (en cuanto a su iniciativa, gestión y financiación, aunque se crearan al amparo de la ley y recibieran importantes beneficios fiscales), sino que circunscribieron la reforma al sector de los jóvenes delincuentes (ya fueran niños o niñas), y se dedicaron fundamentalmente a la educación paternal de los mismos, siendo muy pocos los menores que ingresaban en ellas por causa penal, aunque estuvieran habilitadas por ley para recibir ambos tipos de corrigendos. Es por ello que muchas se convirtieron en meros reformatorios para hijos rebeldes de familias acomodadas, que podían pagar su manutención, o para menores huérfanos o desamparados a cargo de la Administración, apartándose del objetivo de corrección penal del joven delincuente para el que también se habían fundado.

En consecuencia, los únicos avances que verdaderamente se consiguieron desde el punto de vista de la Administración pública española a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando el sistema de reformatorio estaba en plena eclosión en otros países de Europa y en los Estados Unidos de América, fueron la instalación de una Escuela Central de reforma y corrección penitenciaria para jóvenes en Alcalá de Henares (1901), así como los primeros ensayos de colonización penitenciaria que se acometieron en Ceuta (1889) y posteriormente en El Dueso (1907), en los que trataron de aplicarse los principios correctivos o tutelares no sólo a los jóvenes sino también a la población adulta.

La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español

CARLOS MIR PUIG

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona
Magistrado

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto el estudio de la nueva regulación de los delitos de malversación efectuada en la nueva LO 1/2015, 30 de marzo de reforma del Código Penal, en relación a los artículos 432 a 435, dando también una nueva regulación del artículo 438 del Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal y del nuevo artículo 445. Debe destacarse que en el artículo 432 se regulan dos modalidades de malversación, la primera contenida en el número 1 de dicho precepto remite en su tipificación al nuevo artículo 252 que regula ex novo el delito de administración desleal genérico, expresando que es sobre el patrimonio público; y la segunda por remisión al nuevo artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida de cosa mueble, expresando que es sobre el patrimonio público. Así se amplía de modo muy importante el tipo del delito de malversación, en comparación con la regulación anterior, lo cual era necesario para la lucha contra la corrupción, si bien deberán establecerse criterios restrictivos para impedir una excesiva amplitud contraria al principio de legalidad penal.

Palabras clave: *Malversación, administración desleal, apropiación indebida, patrimonio público, peculado, tipo de abuso, tipo de infidelidad.*

ABSTRACT

This article studies the new regulation of embezzlement offences effected in the new Spanish Law LO 1/2015, of Mars 30, 2015, in relation to the articles 432, 433, 434,

and 435, also giving a new regulation of article 438 of Chapter VIII of Title XIX of Book II of Criminal Code, and article 445. It should be highlighted that in the article 432 two modalities of embezzlement are regulated, the first one contained in the number 1 from said precept remits in its typification to the new article 252 that regulates ex novo the offence of generic dishonest appropriation of the proceeds of a trust, expressing that it is about public estate; and the second for remission to the new article 253 that regulates the offence of misappropriation of movable matter, expressing it is about public estate. As a result, the offence of embezzlement critically expands in comparison with the previous regulation, which was necessary to fight against corruption, although restrictive criteria must be established to hinder an excessive scope contrary to the principle of legality in criminal proceedings.

Keywords: Embezzlement, dishonest appropriation of the proceeds of a trust, misappropriation, public estate, peculation, abuse offence, infidelity offence.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015 ha modificado sustancialmente los delitos de malversación al sustituir la descripción de las tres conductas típicas de sustracción con ánimo de lucro de fondos públicos por parte del funcionario público o autoridad –o consentir que otro los sustraiga con el mismo ánimo–, de destino a usos ajenos a la función pública de dichos caudales públicos, pero sin intención de reincorporación patrimonial, y de aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones Públicas con grave perjuicio para la causa pública, contenidas en los anteriores artículos 432, 433 u 434 del CP 95, *por una expresa remisión* del nuevo artículo 432.1 al nuevo delito genérico de administración desleal (art. 252) y del nuevo artículo 432.2 al delito de apropiación indebida del nuevo artículo 253 CP.

1. Debe advertirse en primer lugar que el texto inicial de la reforma de los delitos de malversación de los artículos 432 a 435 en el Anteproyecto de 2012 fue modificado en abril de 2013, tras haberse producido los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, por el propio pre-legislador, probablemente asumiendo algunas de las críticas efectuadas por dichos informes preceptivos pero no vinculantes. Y el Consejo de Estado evacuó su Dictamen sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, en fecha 27 de junio de 2013, que tiene su importancia Además el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, aprobado por el Gobierno el 21 de septiembre de 2013 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados en fecha 4.10.2013, núm. 66-1, volvió a modificar dicho Anteproyecto, haciendo caso al

Informe de la Fiscalía General del Estado, modificando las penas del inicial artículo 432 que se han elevado ostensiblemente. También alteró el nuevo artículo 252.1 y suprimió el apartado segundo del artículo 433, así como dio nueva redacción al artículo 438 del CP, eliminando el supuesto de apropiación indebida de funcionario público con abuso del cargo evitando así los graves problemas concursales casi irresolubles entre este último delito y el delito de malversación en la redacción dada por la reforma, expresados en el Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013. Sobre la redacción inicial de los nuevos artículos 432 a 435 de malversación se han producido además algunos estudios como son, a título de ejemplo, los trabajos de Roca Agapito, L. (1), de Manzanares Samaniego, J. L. (2) y de Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez (3) que han sido tenidos en cuenta en este trabajo.

El objeto de nuestro estudio se refiere a la redacción definitiva de los delitos de malversación y del nuevo delito de administración desleal operada por la LO 1/ 2015, de 30 de marzo de 2015 que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Comoquiera que la reforma de la malversación se efectúa mediante una *remisión expresa* a los artículos 252 (en que se regula por primera vez el delito de administración desleal en sede patrimonial) y 253 (en que se mantiene con algunas modificaciones el art. 252 CP 95 relativo al delito de apropiación indebida), aparte de dar nueva redacción al artículo 254, inevitablemente nuestro estudio también deberá versar sobre dichos preceptos, que la reforma de 2015 mantiene en lo esencial, salvo la importante eliminación del núm. 2 del artículo 252 en la redacción del proyecto (que incluía el llamado tipo de infidelidad) (4), pasando a regularse en el actual núm. 2 del artículo 252 un delito leve de administración desleal, si la cuantía del perjuicio patrimonial no

(1) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: artículos 432 ss.» en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, coords. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(2) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm. 8104, Sección Doctrina, 13 jun. 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley. La Ley 3031/2013.

(3) CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coords. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(4) El artículo 252.2 del proyecto disponía: «Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.»

excediera de 400 euros y suprimiéndose el núm. 3 del artículo 252 en la redacción dada por el proyecto.

2. La opción del pre-legislador ha sido *mantener* los delitos de malversación bajo el Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», sin que haya optado por trasladarlos al Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», como preconizaba un sector de la doctrina al entender la malversación como un delito estrictamente contra el patrimonio público, calificado por el sujeto activo que debe ser un funcionario público y por el objeto, que es el patrimonio público, siguiendo dicho sector el ejemplo alemán en que se tipificaba al inicio autónomamente la malversación como apropiación indebida de funcionario público en los párrafos 350 y 351 –*Amtsunterschlagung*– del Código Penal de 1871 (también en el Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909 en su párrafo 209), hasta que a partir de la Ley de 2 de marzo de 1974 se destipificó como figura autónoma pasando a ser sancionada la malversación a través de los tipos comunes de apropiación indebida –*Unterschlagung*– (párrafo 246 StGB) y de gestión desleal de negocios ajenos –*Untreue*– (párrafo 266 StGB). Sin embargo, el pre-legislador español ha optado por un punto intermedio: por un lado llevar al concepto de malversación la administración desleal referida al patrimonio público, pero por otro lado exigir que el sujeto activo sea un funcionario público y entender los delitos de malversación como delitos contra la Administración Pública, entendida por la doctrina mayoritaria en su vertiente objetiva como función pública o servicio público, en la relación Administración-ciudadano y no Administración-funcionario. También en los derechos francés e italiano se regula específicamente la malversación como delito contra la Administración Pública. Así ocurre en el artículo 432-15 del *Code pénal*, que regula la *soustraction et le détournement de biens*, como delitos contra la Administración Pública. Y en el código penal italiano en el artículo 314, que se regula el *peculato*, y en el artículo 316 en que se regula el *peculato proffitto dell'errore altrui*, que constituyen los dos únicos preceptos a los que se reduce la incriminación de los delitos que en España se conocen como malversación, debiéndose aclarar que la *malversazione a danno dello Stato*, regulada en el artículo 316 bis equivale al fraude de subvenciones del Código Penal español.

No obstante, al remitir, en la configuración de la malversación, el ahora artículo 432 en su número primero al artículo 252 relativo a la administración desleal patrimonial, y en su número segundo al artículo 253 que regula la apropiación indebida, se ha acentuado todavía más el carácter patrimonial de los delitos de malversación, aunque sin

perder su consideración como delitos contra la Administración Pública (5).

3. Es importante destacar que en la reforma se configura la malversación, o al menos alguna de sus modalidades sin carácter apropiativo, como una verdadera *administración desleal patrimonial específica*, que ya algún autor había puesto de manifiesto respecto de las conductas de desvío o distracción de efectos o caudales públicos de los artículos 433 (destino a usos ajenos a la función pública, pero sin intención de incorporación patrimonial) y 434 (aplicación privada a bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Administración pública con grave perjuicio para la causa pública) del CP 95. (6) En la

(5) Un sector de la doctrina importante mantiene que el delito de malversación tiene como exclusivo bien jurídico el patrimonio público, de modo que el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte sólo del medio comisivo de la acción pero no del bien jurídico. *Vid.* NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: «En realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público», citando a DE LA MATA/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, pp. 79 ss. Y luego dice: «El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación»; igualmente FEIJOO SÁNCHEZ, B., en «Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley*, Diarios 4250 y 4251 de 17 y 18 de marzo de 1997, en la nota 44, al folio 1691, afirma que «el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un “delito de deber”. Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común: un delito patrimonial». Parece seguir la teoría de los «delitos de deber» de Roxin, que cita al inicio de dicha nota.

(6) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado» en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, *op. cit.*, p. 782. Dice así: «En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público», en el artículo 433 CP vigente. Asimismo BACIGALUPO ZAPATER ha afirmado en síntesis en «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en «La Administración desleal», *Cuadernos de derecho Judicial 1999*, pp. 195 ss., que la distracción de dinero del artículo 252 CP es una administración desleal, tipo diferente e independiente del tipo de la apropiación indebida, que es un delito contra la propiedad, mientras que el de administración desleal es un delito contra el patrimonio. Dice así literalmente: «Estructuralmente el tipo de distracción de dinero responde al llamado “tipo de la infidelidad”, es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal», p. 201. Y así se

reforma cabe, pues distinguir entre *la modalidad de malversación como conducta de apropiación* –art. 432.2 y 3 que remite al art. 253 que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico entendemos es la propiedad– y *la modalidad de malversación como conducta de administración desleal* –arts. 432.1 y 3 y 433, ap. segundo, cuyo bien jurídico es el patrimonio público.

4. La reforma mantiene la desincriminación de la modalidad imprudente, que se castigaba en el artículo 395 del ACP de 1973 y que desincriminó el CP de 1995, y no hace referencia expresa a la aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados los caudales públicos, que se castigaba en el artículo 397 ACP, que también fue desincriminada por el CP 95. Hay autores que reivindicar que es necesario que se castigue dicha conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra finalidad pública de la asignada legalmente, al menos de darse un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados, como hizo la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 en su artículo 412. Este es el caso de Manzanares Samaniego, J. L., y Roca Agapito, L., entre otros. El primero (7) afirma que «el error del Proyecto de 1980 y del Código Penal de 1995 –que destipificaron dicha conducta– fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las

ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante Sentencia 224/98 (caso Argentin Trust), 26-2-98, en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97. En dicha sentencia el TS ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la «distracción de dinero»: 1. Tiene la finalidad de «proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador. 2. Que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor; y 3. Que no es necesario el «animus rem sibihabendi», dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación. Y lo mismo puede decirse de las conductas de distracción de los artículos 433 y 434 CP 95 que constituyen una administración desleal del patrimonio público, y no una verdadera apropiación indebida.

(7) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *La Ley*, diario núm. 8104, de 13 de jun. 2013, p. 1.

emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. Y no pasará nada, porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano)... y así sucesivamente». El segundo (8) autor citado más arriba dice que: «Sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a sólo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados.» En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995. Debe mencionarse que en el Código Penal peruano se incrimina dicha conducta en su artículo 389 con la pena privativa de libertad de 1 a 4 años, estableciendo un tipo agravado en el apartado segundo de dicho precepto si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, afectando al servicio, castigado con la pena privativa de libertad de 3 a 8 años.

5. En la reforma no se hace mención expresa al «ánimo de lucro», aunque inicialmente el Anteproyecto de 2012 lo contemplaba, con pena más grave en el número 2 del artículo 432 estableciendo que: «Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.» Sin embargo, dicha redacción del número 2 del artículo 432 se eliminó. En el Código Penal de 1995 ya se introdujo «el ánimo de lucro» en los artículos 432 –modalidad de malversación de carácter apropiativa– y 434 –aplicación privada a bienes muebles e inmuebles–, lo que fue interpretado como una acentuación del carácter patrimonial del objeto protegido de dichos delitos, reduciendo el alcance de la malversación tradicional que no exigía dicho ánimo de lucro expresamente en el artículo 394 CP 73. En la doctrina, Roca Agapito critica la inclusión del ánimo de lucro en el delito de malversación «porque lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infi-

(8) ROCA AGAPITO, L., en sus conclusiones de su libro monográfico *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. JM Bosch, 1999, p. 368.

delidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve.... Además, con respecto a la malversación impropia del artículo 435.3 CP 95, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro» (9). Nosotros pensamos que en la modalidad de administración desleal la malversación no exige ánimo de lucro y no es un delito de enriquecimiento. En efecto, dicha modalidad de malversación es un delito de daño patrimonial, a diferencia de la estafa o la extorsión que son tipos de enriquecimiento, mostrándose la doctrina alemana claramente partidaria de la punibilidad de los casos de dolo eventual (así Otto, Hubner, Shönke-Schroeder) (10), y en la modalidad apropiativa debe concurrir el *animus rem sibi habendi*. En la doctrina, hay un sector doctrinal que entiende que dicho ánimo es distinto del ánimo de lucro —entendido en su concepción económica subjetiva de propósito de obtener un provecho económico contemplado desde la perspectiva del sujeto—, *sin perjuicio de que puedan coexistir ambos o darse por separado* (11), de modo que cabe ánimo de apropiación sin darse el ánimo de lucro y viceversa, darse ánimo de lucro sin ánimo de apropiación de hacer suya la cosa. En cambio, otro sector doctrinal identifica el ánimo de apropiación con el ánimo de lucro, partiendo de la concepción económica objetiva (12) que entiende por ánimo de lucro el ánimo de obtener una ventaja patrimonial obtenida por la apropia-

(9) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: arts. 432 y ss.», p. 924 en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, *op. cit.*

(10) NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.* p. 34.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*, pp. 154-157 y 194-195. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, 1946. Dicho autor maneja una concepción económica subjetiva de ánimo de lucro como propósito del sujeto de obtener un beneficio económico contemplado desde el punto de vista del sujeto. También ANTÓN ONECA, J., «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona 1958, pp. 56 ss. Partiendo de dicha orientación, ROCA AGAPITO, L., en *El delito de malversación...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198. Este autor sostiene que el ánimo de lucro no se exigía tradicionalmente en el delito de malversación, exigiéndose específicamente, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, artículo 409 y en el CP 1995 en los artículos 432.1 y 434.

(12) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPYCP*, 1975, p. 369. Éste autor considera que el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad de ánimo de lucro. ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, pp. 45 y 46. Ed. Akal, Madrid, 1988. DE LA MATA BARRANCO, «Los delitos de malversación» en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, diciembre de 1997, p. 451. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., «Malversación de caudales públicos» en *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 179 ss. FEIJÓ SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 1687. También STS de 9 de diciembre de 1997. En la doctrina alemana el ánimo de apropiación equivale al ánimo de lucro, según afirma Bajo en «Ánimo de lucro...», *op. cit.* pp. 362 y 366.

ción de una cosa con valor económico o de tráfico. Finalmente puede entenderse que el ánimo de lucro es un concepto más amplio que el *animus rem sibi habendi*, de modo que este último implícitamente contiene ínsito en la acción de apropiación el ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro contiene el ánimo de apropiación (13) (14).

Un caso a resolver en la práctica es si el acreedor que se apodera de bienes del deudor con el ánimo hacerse pago actúa o no con ánimo de lucro. En el ámbito de la malversación, cabe entender que el ánimo de hacerse pago desplaza al ánimo de lucro, y si se afirma que ésta exige ánimo de lucro, aunque sea de manera ínsita a la apropiación, procede la absolución de dicho acreedor- funcionario público, como hizo la STS (RA 1354) de 29 de febrero de 1988, ponente D. Manuel García de Miguel en el caso de un Secretario de Ayuntamiento que en tres ocasiones recibió diversas cantidades de dinero de personas que eran deudoras del Ayuntamiento, y que después de contabilizar debidamente dichas cantidades en los libros correspondientes del Ayuntamiento, se apoderó de tales con designio único de hacerse pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando. En cambio, otras sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 3-4-1940 y 28-3-1957) han castigado esa misma conducta al entender que la malversación no exige ánimo de lucro (15). Y también podría argumentarse que aunque la malversación exigiera ánimo de lucro, debería condenarse pues el ánimo de hacerse pago aparece como una modalidad del ánimo de lucro, como sostiene Bajo.

6. La reforma debe ser analizada también desde el punto de vista de las penas que ahora se imponen en los artículos 432 a 435. Parece adecuado efectuar una comparación con las impuestas en otros derechos, como en el derecho penal francés, italiano y alemán, y especialmente con las impuestas en el Código de 1995 y concretamente en el

(13) Cfr. SAINZ PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, p. 139, ed. Bosch Casa editorial, SA, 1978. Dicho autor dice que así puede darse ánimo de lucro en la apropiación indebida de uso en que no hay ánimo de apropiación definitiva de la cosa. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES, «Robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *RGLJ*, 1970, pp. 115-116, quien dice que: «a la voluntad de uso pertenece de modo inmanente el ánimo de obtener un provecho o lucro, consistente en el disfrute temporal del vehículo».

(14) SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, prólogo de Enrique Bacigalupo, defiende que el delito de apropiación indebida no es un delito de enriquecimiento, sino sólo un delito de apropiación, que no requiere ánimo de lucro, bastando exclusivamente el dolo, que puede ser eventual. pp. 202 y 152 ss.

(15) En este sentido SUÁREZ MONTES, F., «El delito de malversación de caudales públicos», en *RGLJ*, 1966, p. 865.

artículo 438 CP 95. Así en el derecho francés, el artículo 432-15 del *Code pénal* que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, bajo la Sección Tercera dedicada a las faltas al deber de probidad (*Des manquements au devoir de probité*), bajo el Capítulo II (*Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique*), bajo el Título III (*Des atteintes à l'autorité de l'état*) castiga «*la soustraction et détournement de biens*» con una elevada pena de diez años y multa. En el derecho italiano, el artículo 314 CP tipifica el *peculato*. En el primer párrafo incrimina la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de tres a diez años. Y en el párrafo segundo incrimina el supuesto de uso momentáneo de la cosa por parte del sujeto activo que restituye, castigándose con una reclusión de seis meses a tres años. En el derecho penal alemán, que se caracteriza por la ausencia de incriminación expresa de la apropiación o desviación de caudales públicos, omitiendo una regulación específica para la protección del patrimonio público, desde que por la ley de 2 de marzo de 1974 se derogaron los epígrafes 350 (*einfache Amtsunterschlagung*) y 351 (*schwere Amtsunterschlagung*) StGB. incluidos en los delitos de la función pública, es de aplicación el actual párrafo 246 referido a la apropiación indebida común (*Unterschlagung*), que castiga con la pena de privación de libertad hasta tres años o multa o hasta cinco años o multa. En cambio, el párrafo 266 del StGB castiga la administración desleal con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa y en los casos especialmente graves con la pena privativa de libertad de uno a diez años.

En el Derecho penal peruano se castiga el peculado doloso cometido por el funcionario o servidor público, tanto en la modalidad de apropiación como de uso, con las penas de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad (art. 387 CP peruano), y se establece un tipo agravado por la cuantía de lo apropiado o utilizado –cuando exceda de diez unidades impositivas tributarias– que castiga con la pena privativa de libertad de ocho a doce años. En caso de peculado culposo la pena es de tres a cinco años de privación de libertad.

En el CP 1995 anterior a la reforma de 2015 se castigaba la malversación apropiativa del artículo 432.1 con la pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de seis a diez años, castigándose el tipo agravado de revestir la malversación especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio, o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a ali-

viar alguna calamidad pública, con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Y se preveía un tipo atenuado con penas de seis meses a tres años de prisión, multa superior a dos y hasta cuatro meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años si la cantidad sustraída es inferior a 4.000 euros. Finalmente se castigaba el artículo 433 CP 95, constitutivo de la malversación de uso, con las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, si se da el reintegro de lo distraído, y de no darse con las penas de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. En cambio, el Anteproyecto de 2012 castigaba tanto la malversación en su modalidad de administración desleal, como en su modalidad apropiativa con las penas de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años, y sólo en el tipo agravado por haberse causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros, se castigaba con las penas de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, previendo un tipo superagravado si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, que se castigaba con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

Como puede verse, las penas previstas en el Anteproyecto –no así en el Proyecto, como se verá más adelante– eran sensiblemente inferiores a las señaladas en el CP 95, lo que se agravaba al introducir un nuevo artículo 434 en que permite a los tribunales imponer la pena inferior en uno o dos grados si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. La pena resultante podía pues llegar a ser irrisoria. El Anteproyecto parecía haberse olvidado del artículo 438 CP, que no derogaba, que castigaba a la autoridad o funcionario público que con abuso de su cargo cometiere algún delito de estafa o de apropiación indebida, con las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Así, podía ocurrir que la pena impuesta por el artículo 438 CP fuera de tres años y seis meses a seis años, en el supuesto de que la apropiación indebida se castigara con la pena del artículo 250 CP, mientras

que la malversación por funcionario público se castigara con la pena de dos a seis años en el tipo agravado, cuando se había entendido siempre que el artículo 438 CP debería ser de menor gravedad –y castigado menos– que el delito de malversación en su modalidad apropiativa, ya sea por el objeto material protegido, que es el patrimonio privado de los particulares y de los entes públicos a diferencia de la malversación que es el patrimonio público, ya sea por faltar el requisito de la tenencia a cargo del funcionario «por razón de sus funciones» (16), debiendo la malversación, en cambio, castigarse más. Además, como quiera que el artículo 250 CP también se modifica en la reforma al establecer una pena de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, resultaría que de aplicarse el artículo 438 CP correspondería en dicho caso una pena más grave de seis a ocho años de prisión y de dieciocho a veinticuatro meses de multa, mientras que en el caso de malversación la pena para el tipo super agravado de exceder el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados de 250.000 euros, la pena a aplicar sería de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

El Proyecto de LO de Código Penal actual vino, sin embargo, a subsanar ese déficit punitivo al castigar el delito de malversación del artículo 432.1 y 2, tanto en su modalidad de administración desleal como en su modalidad apropiativa, con las penas de *dos a seis años de prisión* –en vez de prisión de uno a cuatro años– e *inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años*. Y también el tipo agravado del artículo 432.3 se castigaba más, con las penas de *cuatro a ocho años de prisión* –en vez de dos a seis años de prisión– e *inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años*. Y asimismo el tipo superagravado del artículo 432.3 «*in fine*» se castigaba más que en el Anteproyecto, al imponer la pena «en su mitad superior» –lo que significaba que la pena de prisión era de seis años y un día a ocho años, y la de inhabilitación absoluta de ocho a diez años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado» –o sea pena de prisión de ocho años y un día a doce años e inhabilitación absoluta de diez a quince años–. Finalmente en la nueva redacción dada al artículo 438 CP, en que desaparece la apropiación indebida de funcionario público se añade que la pena imponible puede «llegar hasta la superior en

(16) ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., pp. 345 y 367. Vide también MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, ed. JM Bosch Editor, pp. 349 a 352. También el mismo autor en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, directores Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig, p. 958, ed. Tirant lo Blanch.

grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

En la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se mantienen las penas de prisión del proyecto, si bien con la salvedad de *añadir*, junto a la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años (actual art. 432.1). En cambio, en el tipo agravado, la inhabilitación absoluta es por tiempo de diez a veinte años. Y en el tipo super-agravado, se señala la pena «en su mitad superior» –lo que significa una pena de prisión de seis años y un día a ocho años e inhabilitación absoluta de doce años y seis meses y un día a veinte años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado», o sea la pena de ocho años seis meses y un día a doce años de prisión e inhabilitación absoluta hasta treinta años.

Debe destacarse que la pena de prisión del tipo base del actual artículo 432.1 y 2 es de dos a seis años –rebajándose el límite mínimo que en el CP anterior a la reforma era de tres años–, lo que permite, de imponerse una pena concreta de dos años, la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 CP).

II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA DE 2015

El nuevo artículo 432 dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado» (17).

A) Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

La reforma de 2015 sigue manteniendo los delitos de malversación bajo el Capítulo VII «De la malversación» del Título XIX: «Los delitos contra la administración pública».

Dicha ubicación permite mantener que con los delitos contra la administración pública se persigue el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público –art. 103 CE–, es decir, en la relación de funcionario público-ciudadanos, y no tanto en la relación de funcionario-administración, que es relevante en el ámbito del derecho administrativo disciplinario. Y dicha función pública puede ser atacada *desde dentro* por los funcionarios públicos (en la malversación propia del art. 432) o *desde fuera* por los particulares, (en el caso de la malversación impropia del art. 435, asimilados legalmente a funcionarios públicos). A su vez, el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, y la confianza del público en el manejo honesto del patrimonio público, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad *privada* que se regulan en el Título XIII del Código Penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la fun-

(17) El artículo 432 en la redacción dada por el proyecto de 2013 decía así:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de *dos a seis años* e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de *cuatro a ocho años* e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado.»

ción pública y a la vez contra el patrimonio, *acentuándose* todavía más en la reforma la tendencia de los últimos años de entender como bien jurídico de la malversación el patrimonio cada vez con mayor exclusividad, afirmándose por algunos que el medio comisivo lo constituye la infracción del deber de fidelidad del funcionario público (18). Y se acentúa más el carácter patrimonial al remitir el legislador, en la tipificación de los delitos de malversación (art. 432.1), al artículo 252 del CP, que a su vez ha sido objeto de *nueva* redacción (19) –siguiendo en parte al Anteproyecto de 2013 y al proyecto de 2013–, introduciendo el nuevo delito de administración desleal del patrimonio privado ajeno, como tipo genérico, y derogando en el ámbito societario el delito de administración fraudulenta del artículo 295 del CP en la Disposición Derogatoria Única 2. Y al remitir el legislador a la tipificación de la malversación apropiativa al artículo 253 CP, nuevo precepto en que se regula el tradicional delito de apropiación indebida –antes artículo 252 CP 95– en que se han eliminado los términos «distracción» y «administración», así como «activo patrimonial» y reaparecen a última hora como objeto el «dinero, efectos, valores», que el Proyecto había eliminado. Parece ser que la voluntad del pre-legislador era pasar la modalidad de distracción al delito de administración desleal del nuevo artículo 252, al haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el artículo 252 CP 95 se regulaban dos tipos: por una parte, conductas apropiativas propiamente dichas y por otra parte, conductas de administración desleal (20). Así lo corrobora la Exposición de Motivos del Proyecto XVII. Decía así: «Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis “de la administración desleal”, en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un

(18) ASÍ NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración...*, *op. cit.*, p. 240 y BARJA DE QUIROGA, J. L., *La malversación como delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 142, quien dice: «El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, puyes, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida».

(19) La reforma a partir del Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, decide eliminar el núm. 2 del artículo 252 en la redacción dada por el proyecto, suprimiendo el llamado tipo de infidelidad, que se recogía en dicho número.

(20) *Vide* la importante sentencia del TS núm. 224/1998, de 26 de febrero de 1998 (caso Argentinia Trust) en que se recogen como precedentes las SSTS de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97. *Vide* también SSTS 27-11-98, 21-07-2000, 2-11-2001, 18-4-2002, 30-09-2002, 841/2006 de 17-7, etc.

delito patrimonial que tiene tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o “distracción” de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, “cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio”; y administración desleal, “cuando se le da la cosa recibida un destino distinto al pactado”, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo. La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. art. 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, *vid.* art. 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal...».

«Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas a sin quebrantamiento del deber de custodia, en este último grupo de casos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modali-

dad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal...».

En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, no se contiene explicación alguna a por qué se han vuelto a introducir como objeto del delito de apropiación indebida al *dinero, efectos o valores*, que normalmente son cosas fungibles. Pero puede obedecer a las fuertes críticas de la doctrina dominante que sostiene la posibilidad de la apropiación indebida del dinero, aunque sea cosa fungible, cuando se infringe una *obligación* concreta sobre el bien *de entregarlo o devolverlo*, a diferencia de los casos en que el sujeto activo tiene un *marco de gestión* con validez jurídica sobre él (21). Así, siguiendo los ejemplos de Nieto Martín, si A entrega a B 1.000 euros para comprar acciones de la empresa X y se queda B el dinero para pagar una deuda personal, comete apropiación indebida; pero si A entrega a B 1.000 euros para que los invierta en Bolsa en la sociedad que considere más rentable y B compra acciones de una empresa en que tiene intereses y no es rentable, comete un delito de administración desleal. Y el administrador de un patrimonio puede realizar ambas modalidades de conducta.

El Preámbulo de la LO 1/2015 tampoco dice nada sobre la supresión del núm. 2 del artículo 252 en la redacción dada por el Proyecto, que elimina el llamado tipo de infidelidad (22). Sin embargo, ello obedece, sin duda, a las críticas formuladas en la doctrina alemana al parágrafo 266 que contiene en la segunda frase dicho tipo de infidelidad, por la falta de taxatividad.

(21) Vide Antonio GILI PASCUAL, «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Director González Cussac. Valencia, 2015.

(22) Dicho núm. 2 decía: «Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar».

B) Sujeto activo

El sujeto activo en los delitos de malversación propia del artículo 432 es al igual que en la regulación anterior un funcionario público o autoridad *a efectos penales*, a diferencia de en los delitos de malversación impropia, en que el sujeto activo puede ser un particular asimilado legalmente al funcionario como *ficción jurídica* –artículo 435 que sigue en vigor, referido a las diversas conductas de malversación–. La reforma ha añadido un núm. 4 al artículo 435, en que se refiere expresamente a los administradores concursales, con relación a la masa concursal.

En consecuencia, la malversación sigue siendo un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito. Por ello deberá acudirse al concepto de funcionario público y autoridad *a efectos penales* que ofrece el artículo 24 del CP que no se modifica en la reforma (23). Así, pues en el concepto de funcionario público se exige un doble requisito: por una parte un título de habilitación, que puede ser cualquiera de los tres expresados en el artículo 24.2 CP, y por otra parte el ejercicio de funciones públicas. Si falta cualquiera de esos dos requisitos no estaremos ante un funcionario público a efectos penales. El concepto que facilita el CP es un concepto autónomo, exclusivo y funcional que no coincide con el concepto administrativo o fiscal de funcionario, siendo mucho más amplio al acoger, por ejemplo, a los políticos elegidos –«por elección» así como a los contratados laborales por un ente público– «por nombramiento de autoridad competente» (24). Debe resaltarse que el concepto penal de funcionario público no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto «funcional», no debiéndose tener en consideración la cualidad de funcionario público si éste interviene como un particular más. El CP también establece un concepto de autoridad en el artículo 24.1 (25). Es importante retener que para ser autoridad previamente se debe

(23) El artículo 24.2 establece: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

(24) MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 20 a 29.

(25) El artículo 24.1 CP establece: «A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

ostentar la condición de funcionario público a efectos penales, de modo que el concepto de autoridad es más específico que el de funcionario público, que es más genérico.

C) Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público

No dice nada el precepto del artículo 432 sobre qué relación debe existir entre el funcionario público y el patrimonio público, a diferencia del CP 95 que exigía que el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos «a su cargo por razón de sus funciones», lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina y un sector de la jurisprudencia, en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales, un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas (26). Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritariamente optaba por una interpretación amplia entendiendo «por razón de sus funciones» que el funcionario tenga los caudales públicos «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», es decir, bastando que el funcionario tenga la disponibilidad de hecho de los caudales. (27). El término «por razón de sus funciones» se introdujo en el CP de 1870, desapareciendo en el CP de 1928, pero volviendo de nuevo en los posteriores Códigos Penales. Ahora, sin embargo, se suprime dicha expresión en la reforma, como ya sucedía en el proyecto y en el anteproyecto.

¿Cómo debe interpretarse dicha supresión?

Podría decirse, que al remitir el artículo 432.1 al artículo 252 –que castiga la administración desleal patrimonial o sea la infracción por el sujeto activo del deber de lealtad referido a la extralimitación de las facultades de administración de un patrimonio ajeno que causa un per-

(26) Así SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 837. Vide también ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 357. DE LA MATA BARRANCO, *Los delitos de malversación*, *op. cit.*, p. 449. DÍAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», en *NEJ Seix*, t. XV, ed. Seix Barral, Barcelona, 1972, p. 819. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 192. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1996, p. 872, etc. El Tribunal Supremo ha seguido una línea oscilante aplicando la interpretación restrictiva en algunas sentencias como SSTS 13-6-84, 4-12-85, 6-6-86, 16-12-87, 29-2-88, 12-3-94, 22-2-95, etc.

(27) Así en las SSTS 6-5-1992, 5-2-93, 22-4-94, 25-5-95, 31-1-96, 10-1-97, 13-2-97, 22-7-97, etc. Esta parece ser la posición mayoritaria del TS.

juicio del patrimonio administrado (tipo de abuso de poder de representación)– y el artículo 432.2 al artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida, en que también se presupone en la mayoría de los casos la infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniéndose, dada la semejanza o similitud existentes entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una competencia específica del funcionario respecto del patrimonio público (28). Pero también puede sostenerse que basta una competencia *genérica* del funcionario respecto del patrimonio público como ha hecho mayoritariamente el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 432 CP 95, bastando que el funcionario actúe «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», interpretación que se habría reforzado con la eliminación del «tener a cargo los caudales por razón de sus funciones» por parte del Proyecto. Habrá que esperar como la doctrina y la jurisprudencia interpretan la eliminación de la expresión «a su cargo por razón de sus funciones» por parte de la reforma. En la jurisprudencia alemana, son autores típicos los funcionarios que tienen encomendada la custodia de caudales públicos, si bien la relación típica de confianza va más allá de una relación de custodia.

En sede de malversación deben tenerse en cuenta, a título de ejemplo, importantes leyes como la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas y reglamento aprobado por Real Decreto 1373/2009, 28 de agosto; la Ley de Transparencia 19/2013, 9 de diciembre; Real Decreto Legislativo 5/2015, 30 octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas; la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; texto refundido de la Ley de Haciendas Locales; Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007; la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

(28) NIETO MARTÍN, A en «El delito de administración desleal», op. cit. p. 241, tras referirse a las «semejanzas» existentes entre la posición del funcionario público y el administrador... que constituye el centro de una corriente político criminal, presente en países como Italia o Austria dice que el «entendimiento de los delitos de malversación como delitos de administración infiel de caudales públicos, debiera servir para proceder a una interpretación restrictiva del número de funcionarios públicos que pueden ser autores y, tal como hacía la doctrina jurisprudencial más antigua, entender... que el autor ha de situarse respecto a los bienes en un «especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas»

(LOTCU) 2/1982, de 12 de mayo; la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, etc.

D) Conductas típicas de la malversación propia

En el artículo 432 de la reforma, cabe decir que se incluyen dos grandes modalidades de malversación: *a*) por un lado una conducta de administración desleal del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público (art. 432.1); y *b*) por otro lado, una conducta apropiativa del patrimonio público (art. 432.2). Asimismo, en el artículo 445 CP se contempla expresamente la *conspiración, proposición y provocación* para cometer el delito de malversación, castigando con la pena inferior en uno o dos grados. Debe de aclararse que la remisión que hace el artículo 432.1 al «delito del artículo 252», debe referirse en realidad exclusivamente al número 1 del artículo 252, y no al número 2, que es un delito leve, atenuado de administración desleal. E igualmente la remisión que efectúa el artículo 432.2 al «delito del artículo 253» debe referirse exclusivamente al número 1 del artículo 253 y no al número 2 de dicho artículo, que es también un delito leve, atenuado de la apropiación indebida. Y ello, porque en los delitos de malversación ya se tipifican unos *proprios* tipos atenuados en los artículos 433 y 434, que son de aplicación preferente.

Además se incluye en el precepto reformado un tipo agravado de ambas modalidades de malversación (art. 432.3) de concurrir la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o bien si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros (29). Y en el artículo 432.3 *in fine* se introduce también para ambas modalidades de malversación un tipo superagravado: «Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

Finalmente, junto a la malversación propia, está la malversación impropia regulada en el artículo 435 que establece que «las disposiciones de este Capítulo –arts. 432 a 434– son extensivas» a los supuestos que enumera, lo que se verá al tratar el artículo 435.

(29) Obsérvese que en el artículo 432.2 CP 95 ambos requisitos debían darse conjuntamente, pues el texto decía: «si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas «y» al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

A) CONDUCTAS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL:

a') *Tipos objetivos*

El nuevo artículo 252 ubicado en la nueva Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII, establece:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para *administrar* (30) sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado» (31).

«2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses» (32).

Debe destacarse que el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 decía que «Debería reconsiderarse el uso de los verbos que tipifican la acción delictiva pues, en el primer caso, (excederse de las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno) el abuso de las facultades no sólo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplia, por lo que se sugiere la sustitución de la expresión «facultades para disponer» por «facultades para administrar» u otra similar.

Y la reforma de 2015 y el proyecto han seguido a raja tabla la sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado, sustituyendo la expresión «facultades para disponer», que venía en el Anteproyecto, por «facultades para administrar».

(30) La cursiva es nuestra y se efectúa para destacar que dicho término, «administrar», lo utiliza ahora novedosamente la reforma de 2015, siguiendo en esto al proyecto, porque en el anteproyecto de 2013 se utilizaba el término «disponer».

(31) Se elimina, a última hora el núm. 2 del artículo 252 contenido en el proyecto, que decía: «Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar».

(32) El texto definitivo de la reforma de 2015 también ha eliminado el núm. 3 del artículo 252 contenido en el proyecto que decía: «Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se consideraran de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros».

Se dice por un sector de la doctrina, que ahora en el artículo 252.1 CP se regula sólo el llamado tipo de abuso, contenido en el párrafo 266 del StGB alemán, al haberse eliminado el «tipo de infidelidad», que se contenía en el núm. 2 del artículo 252 del proyecto, de modo que ahora se seguiría más bien el modelo del Código Penal austríaco (33).

En realidad los dos primeros números del artículo 252 del Proyecto coincidían esencialmente con lo establecido en el actual párrafo 266 del Código Penal alemán, vigente desde la Ley de 26 de mayo de 1933, bajo el nombre de *Untreue* (Infidelidad) sucesor del párrafo 266 del StGB de 1871 que establecía una lista del círculo de autores del delito. En su redacción actual dice así: «1. El que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años» (34).

Dicho precepto alemán contiene dos tipos, el llamado «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) y el «tipo de ruptura de la confianza» o de infidelidad» (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana (35). Debe de dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos. El tipo de abuso regula la causación de un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder de representación que ostenta el

(33) El párrafo 153.1 del CP austríaco dispone que: «El que tenga atribuida por ley, por encargo de la autoridad o por un negocio jurídico la facultad de disponer sobre un patrimonio ajeno o de obligar a otro y, a sabiendas, abusa de la misma, causando al otro un perjuicio patrimonial, es punible con pena privativa de libertad hasta seis meses o con multa de hasta 360 días».

(34) El texto en alemán es el siguiente: «Untreue. 1. Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu cerfüngen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eine Reueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat. Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Freiheitsstrafe bi zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. 2. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und Geldstrafe».

(35) O sea la «Missbrauchtheorie» (teoría del abuso) y la «Treubruchtheorie» (teoría de la ruptura de la confianza).

autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado (36), es decir se refiere al abuso del poder de disposición, de las facultades de disposición, que el autor tiene para realizar negocios jurídicos con terceros en nombre del propietario del patrimonio (relación externa del representante con terceros) (37). El segundo tipo de infidelidad o ruptura de la relación de confianza –que nació para colmar las lagunas de punibilidad del anterior tipo y bajo el nacionalsocialismo– que es más amplio que el anterior al permitir incluir en el tipo a autores que no necesariamente han de poseer poder para disponer u obligar el patrimonio ajeno, regula la lesión del patrimonio ajeno mediante la violación o infracción del deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza. Inicialmente, si bien por la doctrina alemana se consideraban ambos tipos independientes, finalmente se entendió que el tipo de abuso es un mero ejemplo del tipo de infidelidad (38). Se ha criticado mucho por la doctrina alemana la excesiva indeterminación del tipo de infidelidad contraria al principio de taxatividad del derecho penal, de ahí que la doctrina se haya esforzado por concretar el alcance de dicho tipo con propuestas de modificación como las efectuadas en el Proyecto oficial alemán de 1962 en el párrafo 263 (Mayer), precepto recomendado también por los autores del proyecto Alternativo de 1966, y la propuesta efectuada por Labsch (39).

Al trasladar el pre-legislador español en el proyecto la regulación alemana del tipo de infidelidad al delito de administración desleal, se producen los mismos problemas de indeterminación que rozan el principio de legalidad, de modo que la doctrina y jurisprudencia española deberían hacer la misma labor de concreción que ha efectuado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Y para evitar tal indeterminación, es lo que ha llevado muy probablemente al legislador español en la reforma de 2015 a suprimir el núm. 2 del artículo 252 en la redacción contenida en el proyecto.

Debe remarcarse, además, que la necesidad por parte del legislador alemán de introducir un delito de administración desleal como

(36) El principal defensor de la teoría del abuso fue Binding.

(37) Un mérito indudable de este tipo es que se deslinda con claridad la Untreue de la apropiación indebida. El mandatario no comete este delito cuando causa una lesión patrimonial abusando de la capacidad de disposición que el propietario le ha conferido. *Vide* Binding, *Lehrbuch...*, p. 398.

(38) Una importante sentencia del BGH excluyó de la Untreue el abuso de tarjetas de crédito por clientes en perjuicio del banco. En dicha sentencia se señaló que el tipo de abuso requiere también la ruptura de una obligación de guarda patrimonial.

(39) *Vide* al respecto NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.*, pp. 23 a 26.

genérico, aplicable también a los funcionarios públicos sobre el patrimonio público –nuestro delito de malversación– se debió en parte al concepto restringido del delito de apropiación indebida del parágrafo 246 de StBG, tal como es entendido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que sólo contempla como objeto material «la cosa corpórea» mueble, dejando fuera los «derechos» o deudas, salvo que éstas se materialicen en algún tipo de documento. Así Nieto Martín pone el ejemplo de que «no comete apropiación indebida, sino *Untreue*, quien administra una cuenta corriente ajena y retira una serie de cantidades para aplicarlas a fines propios, pues se entiende que en este supuesto el administrador no se apropia de ninguna cosa corpórea, sino tan sólo abusa de un derecho de crédito contra el banco que pertenece al propietario de la cuenta, en virtud del cual le deben ser reintegradas las cantidades previamente depositadas» (40).

Pasando a examinar el nuevo artículo 252.1 del CP, que es un delito especial, que sólo puede cometer quien tiene facultades de administración de un patrimonio ajeno (un tutor, un curador, un albacea, un gerente, un administrador social o no, como de una comunidad de propietarios, sin que existan las limitaciones del anterior artículo 297 CP 95) se observa que no se ha dado la misma redacción que en el parágrafo 266 del Código Penal alemán, pues se refiere ahora al que tiene facultades para administrar un patrimonio ajeno –así un tutor, un curador, un albacea, un gerente, un asesor de inversiones, etc.– que son *más amplias* que las facultades para disponer, y *se excede* en el ejercicio de las mismas, ya no dice *abusa de ellas*. Dicho cambio de redacción ha sido visto por un sector doctrinal, como una manera de resucitar el supuestamente eliminado «tipo de infidelidad» (41).

(40) Cfr. NIETO MARTÍN, A., *El delito de Administración fraudulenta*, op. cit., pp. 19 y 20.

(41) Así por JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal y las insolvencias punibles*, Thomson Reuters, 2015. Dicho autor en la pág. 85 dice: «La cuestión se centra en la interpretación que se le dé al infringir las facultades para administrar. Es posible concretarlo en contraer obligaciones o realizar actos de disposición que vayan más allá de las facultades conferidas, que sería el estricto tipo de abuso, “equiparando” facultades a “poderes”. Pero también puede pensarse que existen otras formas de excederse en las facultades conferidas, pues no debemos restringir “facultades” a “poderes”; así, pues, existe exceso en las facultades en todos los supuestos en los que con facultades de administrar actúa de manera contraria a como lo haría un ordenado comerciante/empresario, o a como lo haría un ordenado administrador, pues en estos casos también existe un exceso en el ejercicio de las facultades conferidas, dado que lo fueron para que se comportara como un ordenado administrador, estos supuestos serían los que abarca el tipo de infidelidad. De manera que en el artículo 252 del CP podemos distinguir un tipo de abuso y un tipo de infidelidad». El Tribunal Supremo al interpretar el hoy derogado artículo 295 del

Sin embargo, parece que la voluntad del legislador ha sido claramente la supresión del tipo de infidelidad, al eliminar el núm. 2 del artículo 252 contenido en el proyecto, que se refería a dicho tipo de infidelidad, precisamente para evitar la indeterminación y falta de taxatividad con que critica la doctrina dicho tipo de infidelidad en el derecho penal alemán, debiendo la jurisprudencia alemana restringir por vía de interpretación su contenido. La jurisprudencia de los tribunales españoles deberá concretar los comportamientos típicos que se contienen en el nuevo artículo 252 CP.

Ahora bien, dicho esto, cabe interpretar, como hacen Pastor Muñoz/Coca Vila que el artículo 252 recoge un único injusto y una modalidad comisiva (infracción por quien las ostenta de las facultades de administración del patrimonio ajeno que se basan en un poder jurídico de actuar en la esfera administrativa, no en un mero poder fáctico de incidir en una esfera patrimonial ajena, siendo las fuentes de dicho poder jurídico, *la ley, el encargo de autoridad, o el negocio jurídico*). En efecto, el injusto de la administración desleal consiste en la lesión del patrimonio ajeno cometida «desde dentro» *ad intra* de la esfera de la víctima. Y ello solo sucede cuando exista una relación interna entre autor y víctima cuyo eje es el deber de velar por los intereses ajenos (42), deber de lealtad que deriva del artículo 1889 CC de gestión

CP ha llegado a afirmar que cobija no sólo un tipo de abuso sino también un tipo de infidelidad (SSTS 949/2004, de 26 de julio, y 402/2005, de 10 de marzo). Gili Pascual, A. admite que el tipo objetivo del nuevo artículo 252 CP contiene «margen hermenéutico para ensanchar la tipicidad, a supuestos en los que más allá de los supuestos de disposición o contracción de obligaciones jurídicamente válidas, se desatienden también los deberes de velar por los intereses administrados (art. 1889 CC) o, en el ámbito societario, de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 127 Ley Sociedades de Capital). Así entrarían en el tipo, la vulneración de las obligaciones de no competencia contraídas por el administrador o, en fin, en el tratamiento de comportamientos omisivos, como la no evitación de lesiones al patrimonio, la omisión de los deberes de vigilancia por parte de quienes ostenten facultades de organización y control, dentro de una persona jurídica, el no ejercicio de acciones administrativas o judiciales de las que se derive la pérdida de derechos económicos para el administrado o el desaprovechamiento de posibilidades ciertas de incrementar el patrimonio. Sin duda, alguna de ellas pueden ser igualmente merecedoras del reproche penal...» (*Vide Administración desleal genérica...*, *op. cit.*, pp. 774 y 775).

(42) *Vide* los importantes trabajos de PASTOR MUÑOZ, N./ COCA VILA, I., en «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal», *Revista Iuris*, núm. 194, quincena del 15 al 28 de junio de 2013, editorial La Ley, p. 4; y en «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?» *InDret*, enero de 2015, p. 15. *Vide* también «La Administración desleal (art. 252)», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, dir. Silva Sánchez, J., 4.ª edición, pp. 268 ss. Atelier, 2015.

de negocios ajenos como un buen padre de familia o de los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital en su nueva redacción dada por la Ley 31/2014. A ello puede añadirse, en mi opinión, que el artículo 252 CP se sitúa bajo la única Sección 2.^a, intitulada «De la administración desleal».

Dicho deber de administración leal, para que nazca la posición de garantía penal del administrador, debe ser *asumido* mediante un acto de asunción jurídico-penal por parte del administrador o sujeto activo para poder ser autor *idóneo* del delito del artículo 252 CP, y debe actuar con cierta *autonomía*, en la configuración de la esfera patrimonial ajena, de manera que el titular del patrimonio se «retire» de la gestión y el administrador asuma la responsabilidad por la correcta administración. Por ello, no es autor idóneo del delito del artículo 252 CP el mero ejecutor de órdenes concretas (*ejemplos*: quien solamente transmite una declaración de voluntad enteramente formada, o quien lleva a cabo actos puramente mecánicos como el recadero o el camarero) pues carece de «autonomía de gestión (no puede ni fijar precios ni decidir con quien contrata) (43).

La conducta típica consiste en *infringir las facultades de administración, excediéndose en su ejercicio*, siendo tal conducta *ex ante* idónea para perjudicar el patrimonio administrado. El artículo 252 CP abarca cualquier conducta que constituya un «exceso en el ejercicio de las facultades de administración», lo cual incluye: 1) *los actos de disposición del patrimonio administrado*; 2) *la contratación de obligaciones del patrimonio ajeno frente a terceros*; 3) *las omisiones* (no ejercitar un derecho de crédito del patrimonio administrado) que puedan entenderse como un ejercicio de las facultades que ostenta el administrador, y 4) *las conductas de administración que generen riesgo previsible de sanciones o de responsabilidad patrimonial para el patrimonio administrado* (*ejemplo*: la comisión de un delito fiscal por parte del administrador de la sociedad, relativo al Impuesto de Sociedades implica un riesgo de multa penal para la sociedad administrada).

Caben a título de ejemplo como supuestos clásicos de administración desleal: préstamos a los administradores sociales o a sus sociedades vinculadas, concesión de créditos sin garantías a cargo del patrimonio social, disposición de recursos sociales para atender gastos personales de los administradores, contrataciones con sociedades vinculadas por precios superiores a los de mercado, distribución de dividendos ficticios no distribuibles, remuneraciones abusivas de los administradores, inversiones irracionales, normalmente motivadas por

(43) Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *op. cit.*, p. 270.

el pago de un soborno o comisión secreta (Kick Back) o, en general, cualquier disposición de los bienes sociales sin una justificación social de la misma (44).

También caben, en general, aquellas actuaciones patrimoniales no autorizadas al administrador y realizadas por éste abusando del poder concedido. Supuestos en que el administrador va más allá de las instrucciones recibidas del titular del patrimonio, negocios de riesgo acometidos sin autorización expresa por el titular del patrimonio.

La conducta del administrador es *atípica* cuando puede calificarse de riesgo permitido, de un riesgo de perjuicio patrimonial que tiene *ex ante* sentido económico, racionalidad económica (expectativas de ganancias a corto y largo plazo, el plan global del autor en la gestión del patrimonio, gastos de publicidad, etc.).

También es *atípica* la conducta del administrador cuando el titular del patrimonio presta su consentimiento a la conducta perjudicial de quien gestiona sus intereses, pues en los delitos patrimoniales el consentimiento del titular del patrimonio es causa de atipicidad. En los negocios lícitos, en los patrimonios sociales, es necesario el consentimiento de la mayoría, y en los ilícitos es preciso el consentimiento de todos los socios (45).

Finalmente el resultado típico lo constituye el perjuicio patrimonial, cuyo alcance concreto depende del concepto de patrimonio que se utilice, siendo el dominante en la doctrina el concepto económico-jurídico. Así deberá tenerse en cuenta el perjuicio económicamente evaluable (anterior art. 295 CP) *el principio del saldo*, debiéndose producir una disminución patrimonial o falta de incremento, debiéndose efectuar una comparación *antes* y *después* de la conducta típica en la situación patrimonial, debiendo tener en cuenta las expectativas de ganancia a largo plazo, al igual que los pronósticos de pérdidas a largo plazo. Pero además deberá exigirse un reconocimiento jurídico, de modo que quien entrega dinero administrado en un pago de corrupción genera un perjuicio patrimonial. Sin embargo, modernamente se abre paso cada vez más el concepto personal de patrimonio, que lo considera como una unidad personal, en que se tiene en cuenta el uso de la cosa por parte del sujeto, de modo que existirá perjuicio patrimonial cuando *se frustren los fines perseguidos* por el titular de la cosa en la operación realizada por el administrador, aunque el valor económico no cambie (ejemplo: el administrador del patrimonio ajeno

(44) Cfr. GILI PASCUAL, A., «Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», p. 768, en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Dir. González Cussac. Valencia, 2015.

(45) Cfr. PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *op. cit.*, p. 270.

adquiere cosas inútiles para la empresa que administra, aunque tengan valor monetario; A quiere comprar una máquina ordeñadora con la que puede ordeñar diez vacas al mismo tiempo. A recibe una máquina capaz de ordeñar solamente a tres. La máquina que recibe vale el precio pagado por A, si bien el valor monetario del patrimonio de A antes y después de la compra es idéntico, hay perjuicio porque ya que con la compra A no ha conseguido el fin económico que perseguía a través de la misma) (46) (47).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aplicado la concepción personal del patrimonio en la importante STS de 23 de abril de 1992, relativa a la «sentencia de la colza» (Se entregó aceite de colza industrial por aceite de oliva de consumo humano). En dicho caso alguna de las defensas había alegado que no existía daño patrimonial, pues los adquirentes no habían recibido a cambio nada de menor valor que el correspondiente al precio pagado por el aceite, y el TS dijo que «En la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirva al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación, no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial». «En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible,

(46) Este último ejemplo es de Otto, recogido por ZUGALDÍA, en *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid, 1988, p. 55.

(47) La concepción personal del patrimonio ha sido elaborada por BOCKELMANN («Der Unrechtsgehalt des Betruges», *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, 1944, pp. 239 ss.; y en «Zum Begriff der Vermögensschadensbeim Betrug», *Juristenzeitung*, 1952, pp. 461 ss. Ha sido recientemente reimpulsada por OTTO, *Die Struktur des Strafrechtlichen Vermögensschützes*, Berlin, 1970, pp. 26 ss.; y *Grundkurs Strafrecht*. AT, Berlin, 1976. En España es defendida por ROMERO, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, pp. 251 ss. También ELGUERO Y MERINO, *La estafa de seguro*, Madrid, 1988, p. 60.

pero a cambio recibieron un producto cuyo valor puede haber sido equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también patrimonial en el sentido del delito de estafa». Otras sentencias son la 195/1996, de 4 de marzo, la 841/2006, de 17 de julio –referida al caso de jubilaciones millonarias del BSCH–, y la 374/2008, de 24 de junio, etc.

La Exposición de Motivos del proyecto XVII, ya citada con anterioridad, decía: «La reforma supera además la referencia a un “perjuicio económicamente evaluable” que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorado los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio, mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)...».

Sin embargo, en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ya no aparece dicho texto, por lo que muy probablemente deba acudirse, restrictivamente, al concepto económico-jurídico de patrimonio.

En cuanto al patrimonio público, debe estarse a un concepto funcional propio del derecho penal, entendiéndose por él todo el conjunto de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquiera de las Administraciones Públicas o a los organismos autónomos de las mismas, tal como hacía el artículo 434 del CP 95 (48).

(48) Vide MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., «El delito de malversación», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial XLII*.

En cuanto al tipo subjetivo, basta el dolo, sin que se exija ánimo de lucro. La comisión imprudente es atípica. El dolo debe abarcar la existencia del deber de velar por los intereses ajenos y la causación del perjuicio patrimonial.

En principio, puede decirse, como hace también Roca Agapito (49) que debe valorarse positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Como dice dicho autor: «esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como, por ejemplo, la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, 16-10)».

Es decir, la configuración de la malversación como una administración desleal amplía los supuestos que pueden incriminarse, que antes con la redacción anterior no podían ser incriminados como malversación. Entendemos que al referirse el texto al patrimonio público y no sólo a los *caudales o efectos públicos* (50), puede ser objeto del

(49) Vide «Delitos de malversación. Arts. 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, op. cit.*, p. 923.

(50) El carácter público del caudal o efecto viene determinado, en principio, por la *pertenencia* de los bienes muebles a la Administración Pública (la Estatal, Autonómica, Local) o a sus organismos públicos, que engloba tanto a los organismos autónomos como a las Entidades Públicas empresariales –Agencia Estatal de Administración Tributaria, Autoridades Portuarias, etc. (vide la LOFAGE, Ley 6/1997, de 14 abril)–. La jurisprudencia ha negado el carácter público de los caudales de la administración corporativa, colegios profesionales (STS 2273/93, de 15 de octubre). La consideración de caudales públicos no requiere siempre la efectiva *incorporación* al patrimonio de la Administración Pública de los caudales o efectos, bastando la idea de destino o adscripción al erario público, *a un fin público*, para que los caudales o efectos puedan considerarse públicos, siempre que la Administración mantenga un legítimo *derecho expectante* sobre ellos porque el funcionario los haya recibido por razón de sus funciones, bastando la entrega al funcionario con *destino* al erario público. Se considera que el funcionario es sólo un mandatario del ente jurídico y un mero servidor de la posesión, es simple instrumento receptor y transmisor, y surge en el ente público un *derecho expectante* a que se dé al caudal tal destino, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquél se hiciera cargo de los mismos (SSTS 257/95, 22-2, 1151/94, 30-5, 1237/93, 27-5, etc.), lo que ha llevado a considerar caudales públicos, por ejemplo, al dinero percibido por un Administrador de Loterías por la venta de tales billetes (SSTS 208/07, 14-3, 2631/92, 4-12) o al importe de las multas percibidas por los agentes encargados de la seguridad en el tráfico (SSTS 786/95, 14-6). También se incluyen dentro del concepto de caudal público aquellos fondos que tienen una titularidad privada pero se depositan en el funcionario por razón de sus funciones, de modo que los fondos son privados de origen y destino, pero en los que ese tránsito se produce a través de un organismo público, en cuyo momento son apropiados por el funcionario que los tiene a su cargo, como ocurre con dinero de los giros postales (STS 1937/06, 21-9). En cuanto a las llamadas sociedades mercantiles de capital público, debe decirse que, cuando menos, en aquéllas en las que el capital social es íntegramente de titularidad pública, los cau-

delito no sólo los bienes muebles sino también los *inmuebles*, así como los activos patrimoniales, que también forman parte del patrimonio público. Estarán abarcadas en este precepto las conductas de distracción a fines distintos de la función pública –los anteriores arts. 433 y 434 CP 95– (51) (52).

dales son incuestionablemente *caudales públicos* (STS 7-10-14). En cambio, no podrá afirmarse el carácter público de aquellas sociedades en que participen tanto Administraciones Públicas como entidades privadas, desde el momento en que se *confunden* las aportaciones de todas ellas. La referida sentencia afirma que «dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no –junto a la privada– no integran una base apta para hablar de fondos públicos». Alguna sentencia del TS ha incluido en el concepto de caudales públicos «los medios personales», en casos de utilización de un empleado público en horas en que debía prestar sus servicios a la Administración, en beneficio particular (STS 20-3-92).

(51) La doctrina y jurisprudencia ha distinguido la malversación del artículo 432.1 CP 95 de la del artículo 433 CP 95 por exigir el primero un *animus rem sibi habendi* –ánimo de apropiación definitiva–, mientras que el artículo 433 CP 95 sólo exige un *animus utendi* –ánimo de uso temporal– y el reintegro de los caudales públicos en tiempo hábil. El artículo 434 CP 95 también tipifica una conducta de distracción de dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración, aunque exige ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública.

(52) Compartimos, en parte las críticas efectuadas por Cristóbal MARTELL PÉREZ-ALCALDE («El delito de malversación», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, pp. 693 ss.) respecto de la modalidad de malversación construida sobre la remisión a la administración desleal, –en sentido parecido JJ Queralt, quien llega a firmar la falta de aplicabilidad de la malversación configurada en dicha modalidad–, porque la concreta configuración típica legal introduce notables distorsiones por no ser de ningún modo equiparables las finalidades, contornos y limitaciones de la gestión del patrimonio público y privado. Y añade que: «El nuevo tipo de malversación y su correlato en el ámbito privado se construye para ambos sectores público y privado, sobre la infracción de facultades de administración que se dice producida por exceso en su ejercicio, causando un perjuicio al patrimonio. Sin embargo, esa estructura común resulta inapropiada para ámbitos tan heterogéneos, señaladamente en lo referido a las profundas diferencias que presentan las facultades de administración en que destaca en lo público una profusa y exhaustiva regulación para el funcionario público en su actividad de administración, como distintos son también las finalidades que ambas actividades persiguen, así como los sujetos que están llamados a determinar y fijar esas finalidades. En efecto, la gestión y administración del patrimonio público se concreta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución en la consecución de finalidades y políticas de interés general. La disposición o el gasto en el ámbito privado sobre el patrimonio administrado se conecta con el beneficio. Se pretende obtener de los bienes otros bienes con mayor valor y así se entiende el proceso productivo. Cuando del proceso de producción se obtiene un bien de menor valor se producirá, contrariamente, una pérdida en sentido económico. Sobre ese esquema resultará sencillo en lo privado construir el perjuicio típico. Y no sólo si se parte de un concepto económico de patrimonio que esté al concepto de saldo y la constatación de haberse sufrido una disminución económicamente evaluable como consecuencia del comportamiento. También si atendemos

a la teoría personal del Patrimonio... resulta una estructura típica satisfactoria pues de sí lo que se trata es de atender a que la actuación del administrador no frustre el fin perseguido por el titular de la cosa, las ideas de conducta infractora de las facultades y perjuicio conectan en perfecta línea de coherencia pues, precisamente las facultades del administrador quedan acotadas por las finalidades de quien ostenta el señorío del activo. Mayores dificultades presenta esa estructura típica en el ámbito de la Administración Pública en que el administrador mismo es quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, pudiendo resultar en términos democráticos dificultoso un control externo y *ex post* acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos. Si advertimos que la legislación del gasto público es profusa y exhaustiva es fácil entender que en el plano de la acción la infracción de facultades de administración resulta sencilla y hasta habitual. De modo tal que el tipo puede presentar una vocación expansiva alarmante, si, cual es el caso, la conducta típica de infracción de facultades no se encuentra limitada por su gravedad o flagrancia, lo que hace absolutamente necesario un concepto del elemento de resultado consistente en perjuicio que venga a limitar la amplitud con que se muestra la acción típica. Y esa limitación habrá de buscarse en el concepto económico de patrimonio que atiende, como dijimos, a la constatación de un decremento antes y después de la realización del comportamiento enjuiciado. Y volviendo sobre la amplitud de la acción típica, recordemos que la dinámica del gasto público comporta el desenvolvimiento de una serie de actos que principian en la dotación presupuestaria, es decir, en la definición de créditos presupuestarios como asignaciones de gastos a disposición de los centros gestores para la cobertura de las necesidades para las que han sido aprobados. A continuación se desarrolla un procedimiento de ejecución del gasto que sujeta al reconocimiento de la obligación ¡y a la ordenación del gasto a estrictas reglas de legalidad presupuestaria. Tanto la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas, como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, formulan un arsenal de reglas y principios de programación presupuestaria, gestión presupuestaria y gestión económica financiera que contemplan desde objetivos de política económica y formulaciones abstractas de principios hasta concretos mandatos regulatorios sujetos al estricto principio de legalidad. Unos y otros pueden ser objeto de un riguroso juicio de contradicción y ello va a bastar para colmar la dimensión objetiva de la acción típica. El tipo además no distingue entre infracciones graves y leves a esos cuerpos normativos extraordinariamente complejos. *Item* más, la propia dinámica de ejecución presupuestaria en ocasiones precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad a fin de paliar insuficiencia de créditos de partidas presupuestarias concretas mediante las figuras de ampliaciones, generaciones, suplementos de crédito, créditos extraordinarios y transferencias preñadas también de gran complejidad en su tramitación y que sirven, como decíamos, a la naturaleza viva y dinámica de la ejecución presupuestaria en función de necesidades que pueden ser cambiantes. La complejidad misma de estos expedientes queda de manifiesta si recordemos la previsión legal de los “anticipos de tesorería” que suponen una autorización provisional y excepcional habilitadora de salida de fondos entre tanto se modifique el presupuesto. Y recuérdese que esa jungla normativa y esas necesidades de modificación se producen señaladamente en el ámbito local cuyo marco regulatorio del texto Refundido de la Ley de haciendas Locales, Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, está adornado de idéntica complejidad al modelo estatal». Dicho autor también se refiere al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículo 35. Asimismo cita la heterogeneidad de los fines públicos y privados y hace referencia a los llamados «gastos de transferencia», es decir, pagos a

En mi opinión, también caben bajo el actual artículo 432 de la reforma de 2015, las lesiones patrimoniales causadas en *comisión por omisión*, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente. También, la celebración por el funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales o creación de fondos ocultos de efectivo sustraído al control de la administración, con riesgo de pérdida del mismo. También supuestos de utilización del patrimonio público sin habilitación presupuestaria; gastos desmesurados en bienes y servicios que no se llegan a prestar o que eran innecesarios; utilización de recursos públicos para fines diversos de los autorizados; asunción de gastos u obligaciones cuando no se dispone de crédito suficiente para su pago, etc.

a'') Tipo subjetivo

Estamos ante un delito de daño patrimonial y no de enriquecimiento, sin que sea necesario el ánimo de lucro. Basta el dolo eventual. No se incrimina la imprudencia, no habiéndose tipificado desde que el artículo 395 CP 73 fuera derogado por el CP 95, lo que ha sido criticado por algún autor que reivindica que vuelva a ser tipificado el comportamiento del funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (Manzanares).

a''') Perjuicio como resultado del delito

Parece adecuado, según la doctrina mayoritaria, el concepto económico-jurídico de patrimonio, según el cual el patrimonio se encuentra integrado por bienes valorables económicamente –concepción económica de patrimonio– pero, al tiempo, se establecen restricciones de carácter jurídico exigiendo que la posesión de dichos bienes revista apariencia jurídica (53). Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una

los ciudadanos sin contrapartida de éstos (así, subvenciones a la enseñanza o a la sanidad).

(53) LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J., *La malversación como delito de administración desleal*, op. cit., pp. 128 a 132. También NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 26 ss. DE LA MATA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Poder Judicial*, núm. 34, 1994, p. 295. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, Madrid, 1988.

relación reconocida por el Ordenamiento jurídico. La evaluación del daño, al igual que en el delito de estafa, se realiza según el denominado principio del «saldo» (Saldierungsprinzip) que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico (54). Así debe entenderse por «perjuicio» cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del «saldo total», esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la « influencia individual del daño» que atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patrimonial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales (55).

B) CONDUCTAS DE APROPIACIÓN

El artículo 432.2 de la reforma de 2015 establece que: «Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público».

Y el artículo 253 de la reforma regula el delito de apropiación indebida y queda redactado de la siguiente manera:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de *dinero, efectos o valores* o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido» (56).

«2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediera de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses».

(54) Cfr. HÜBNER, LK, parágrafo 266, marg. 90, LABSCH *Untreue (parágrafo 266) Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Dutung*, 1983, p. 318.

(55) Vide MARTOS NÚÑEZ, *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Madrid, 1990. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

(56) El artículo 252 CP 95 dice así: «Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

La modalidad de malversación apropiativa relativa al patrimonio público tiene que consistir en una conducta apropiativa, por parte del funcionario público a efectos penales –equivalente a la del artículo 432.1 del CP 95–. Como puede observarse el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el artículo 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos: «distracción», «activo patrimonial» y «administración» como medio de recibir el dinero o cosa, todo lo cual se intenta trasladar a la administración desleal. Así se mantiene la apropiación del dinero, aunque sea cosa fungible, si se infringe una obligación concreta de entregarlo o devolverlo. No obstante, la doctrina considera desafortunada la eliminación del «activo patrimonial» que permitía la apropiación de un inmueble.

b') *Tipo objetivo*

El artículo 253 utiliza ahora sólo dos verbos –el verbo distraer ha sido eliminado– para expresar la acción que debe de realizar el sujeto activo; éstos son: «apropiarse» y «negar haber recibido», pero la acción básica consiste en el *apropiarse*. En esta acción queda incluido el negar haber recibido. El legislador presupone *iuris et de iure* que al negar haber recibido una cosa mueble por título que obliga a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente (57). La negativa exterioriza el ánimo de apropiársela; ahora bien si concebimos la apropiación como disponer de la cosa ajena como propia, esta segunda variante del apropiarse es necesaria aunque sea como dato objetivo externo que pueda determinar la presunción de la misma.

Los títulos de recepción de una cosa mueble son de carácter ejemplificativo: «depósito», «comisión» «o custodia» –este último término nuevo añadido– lo importante es que «el título produzca la obligación de entregarla o devolverla» –en el precepto se dice: «entregarlos o devolverlos»–. Dichos títulos de recepción de la cosa mueble constituyen relaciones jurídicas caracterizadas por una especial relación de confianza del que deposita en manos de otro, da en comisión o en custodia; expresan el quebrantamiento de una relación de confianza por parte del sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. Así la afirmación de «cualquier título que genere la obligación de entrega», no puede hacer referencia a toda obligación de entregar o devolver asumida contractualmente, ya que no se trata de criminalizar los simples incumplimientos de contratos, para los que ya el Código Civil establece sus sanciones. La finalidad de la apropiación indebida está

(57) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español...», *Parte Especial*, 5.ª ed. Madrid, 1976, pp. 357 y 358.

en sancionar «aquellos incumplimientos que importen, por encima de su aspecto contractual, el quebrantamiento de una relación de confianza análoga a la que motiva el depósito, la comisión y la custodia. El legislador no hubiera mencionado estos supuestos, si ellos no fueran necesarios para interpretar la fórmula general que completa la descripción típica. Por tanto, existirá título que produzca la obligación de entregar o devolver, tal y como se describe en el artículo de la apropiación indebida, «cuando las cosas hayan sido confiadas a otro para que las tenga en su posesión y se comporte respecto de ellas como lo haría el dueño de las mismas. Tal es, en efecto, el contenido de una relación de depósito, de comisión o de custodia, en la que el depositario, el comisionista, el que tiene la custodia reciben las cosas para sustituir a su titular en la custodia o la percepción de las mismas» (58).

Se ha suprimido como título de recepción «la administración». Pienso que ello es un error pues deben distinguirse aquellos supuestos en que se concede un poder de disposición al autor por parte del mandante o del propietario del patrimonio y el administrador abusa de sus facultades, de aquellos otros supuestos en que el propietario o mandante no da ningún poder de disposición al autor sobre el patrimonio del primero, sino que éste sólo puede efectuar actos de administración ordinaria que no incluyen actos de disposición que le están vedados y que le están reservados en exclusiva al propietario. Los primeros supuestos encajan dentro de la administración desleal, pero los segundos si se produce un acto de apropiación por parte del administrador, deben ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, pues el administrador dispone entonces de la cosa como si fuera propia. En efecto, el delito de apropiación indebida consiste precisamente en que el autor poseedor legítimo de la cosa, dispone de ella –cambia su función económica– ilegítimamente, ejerciendo una facultad que sólo

(58) Cfr. STS 3-12-1990. En el mismo sentido, STS 9-11-1993. La jurisprudencia viene admitiendo como títulos válidos: *el comodato* –artículo 1740 CC–, *el transporte, la prenda* –artículo 1857 y 1863 CC–, *la aparcería, el arrendamiento* –artículo 1543 CC–, *el contrato de obra* –artículo 1544 CC, cuando el comitente proporciona los materiales–, *contrato de servicios*, cuando se produzca una apropiación de los medios normales para el desarrollo del servicio o trabajo; *sociedad, compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor*; por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 50/1965 de 17 de julio de venta a plazos. Sin embargo, el TS en algunas sentencias posteriores, siguiendo a un sector de la doctrina, como MUÑOZ CONDE y CASTIÑEIRA PALOU –que sostenían que a través de dicho contrato se transmite la propiedad y por eso no cabía el delito de apropiación indebida–, así la STS 28.11.1992. En cambio, están excluidos del delito de apropiación, según la jurisprudencia, *la compraventa, el préstamo o mutuo*, porque transmiten la propiedad de la cosa mueble, *el depósito irregular*, que se equipara al préstamo mutuo, *el contrato de cuenta corriente y el contrato de leasing*.

corresponde al propietario, privando a éste duradera o definitivamente, de su derecho a gozarla (STS 27-12-1986, 13-7-1988, 12-11-90, 7-2-91) (59). De todos modos puede defenderse, que el título «administración» pueda seguir siendo utilizado en el delito de apropiación indebida, pues tales títulos como se ha dicho son meramente ejemplificativos, siendo lo importante y relevante que el título obligue a entregar o devolver la cosa.

La apropiación indebida cuenta en su estructura típica con dos momentos diferentes. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado. El segundo momento lo constituye una apropiación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido (60).

El delito de apropiación indebida debe entenderse como un delito contra la propiedad que requiere «el quebrantamiento de la especial relación de confianza, en base a la cual la cosa entra en el ámbito del dominio del autor» (STS 3-12-1990). En la doctrina alemana es unánime la consideración de la acción del tipo de apropiación indebida, como la «*apropiación*» que realiza el autor de un bien mueble ajeno, basándose en la propia redacción del parágrafo 246: «I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada, con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o multa. II. La tentativa es punible». El contenido material del término «apropiación», se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor. El concepto de «apropiación» –*Zueignung*– está constituido por dos elementos: 1. La apropiación en sentido estricto –*Aneignung*–, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2. La «*expropiación del titular*» –*Enteignung*–, que ha de ser permanente. Existe consenso en la doctrina en que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, que se consuma con la

(59) En el mismo sentido del texto *vide* CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado*, *op. cit.*, p. 775.

(60) En este sentido siguiendo la jurisprudencia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, pp. 37 ss. Madrid, 1997.

expropiación del bien mueble del titular, exigiendo algunos la causación de un perjuicio patrimonial (61).

A diferencia de la apropiación indebida debe resaltarse que, como dice Fernández Bautista, S., «las conductas de administración fraudulenta no implican la apropiación de aquellos bienes recibidos, precisamente porque el administrador que se enriquece con la administración fraudulenta de la sociedad no recibe los bienes en virtud de un título que obligue a devolverlos. Es más, el administrador no suele recibir nada. El sujeto activo de este delito únicamente ostenta un nombramiento formal –en el caso del administrador de derecho– o un poder fáctico –en el caso del administrador de hecho– que le habilita para la gestión del patrimonio social. Lo único que recibe el administrador, por tanto, es *confianza*, basada en la presunción de que su gestión será llevada a cabo con la diligencia debida (art. 127 LS. A)» (62).

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la propiedad.

b'') Tipo subjetivo

Toda la acción típica debe ser abarcada por el dolo y además debe concurrir el elemento subjetivo del injusto del *animus rem sibi habendi*, o sea, del ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo. Precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos apropiatorios de la malversación de los comportamientos en que sólo concurre un *animus utendi*, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 CP 95) del patrimonio público, que deben subsumirse en la administración desleal.

b''') Penalidad

En la reforma de 2015, se castiga igual el delito de administración desleal que el delito de apropiación indebida, remitiéndose ambos preceptos a las penas de la estafa (arts. 249 o 250), pudiendo dar a entender el legislador que punitivamente ambos tipos son de la misma gravedad. Sin embargo, se constata que en el artículo 269 CP se regula la conspiración, proposición y provocación para cometer, entre otros, el delito de apropiación indebida, mientras que ello no ocurre respecto

(61) Vide SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida...*, op. cit., pp. 93 ss.

(62) Cfr. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho Penal de Empresa* (Corcoy Bidasolo, dir.) p. 110. Pamplona, 2002.

del delito de administración desleal, lo que podría dar argumentos para pensar que en realidad la apropiación indebida es algo más grave que la administración desleal como ya ha sostenido un importante sector doctrinal.

E) Tipos agravados

El número 3 del artículo 432 del CP en la reforma de 2015 establece expresamente que: «Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido *alguna* de las circunstancias siguientes: a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros».

Debe destacarse que ahora las circunstancias a tener en cuenta son de carácter alternativo, basta que concurra cualquiera de las dos, ya no es necesario que deban concurrir conjuntamente como exigía el artículo 432.2 CP 95 al utilizar una «y» en vez de una «o».

Se ha suprimido la referencia a cosas malversadas de valor histórico o artístico, así como a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, que se contenían en el artículo 432.2 CP 95.

Finalmente se prevé en un apartado *in fine* un tipo superagravado castigado con pena en su mitad superior –penas de prisión de seis años y un día a ocho años y de inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años– pudiéndose llegar hasta la superior en grado –ocho años y un día a doce años de prisión e inhabilitación absoluta de veinte a treinta años–, para el supuesto de que el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe de aclararse que dichos tipos agravados son aplicables tanto a la malversación configurada como administración desleal, como a la malversación configurada como apropiación indebida, es decir a los dos número: 1 y 2 del artículo 432.

III. EL ARTÍCULO 433

La reforma de 2015 dispone:

«Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un

día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros».

Estamos ahora, ante un tipo atenuado de malversación, tanto de la malversación configurada como administración desleal –artículo 432.1– como la malversación de carácter apropiativa –artículo 432.2–, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

IV. EL ARTÍCULO 433 BIS

Dicho artículo introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior».

«3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

Dicho precepto no ha sido derogado por la disposición derogatoria única del Proyecto, por lo que debe entenderse que se mantiene, salvo en lo que pudiera oponerse al Proyecto.

Por tanto formando parte del CP y no habiendo sido modificado en la reforma, no procede en este momento ocuparnos de él.

V. EL ARTÍCULO 434

Dicho precepto dispone:

«Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales *impondrán* al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados».

Se introduce en este precepto por primera vez en sede de malversación una semi-excusa absolutoria o atenuante específica por razones político-criminales: la primera razón de ellas: el objetivo pretendido por el legislador de obtener la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio público por el sujeto activo del delito. La segunda es obtener la colaboración activa del autor con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Nos recuerda a lo establecido en el artículo 305.6 CP relativo al delito fiscal, número 6 introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal (63), y también a lo establecido en el artículo 579.4 del CP, relativo a los delitos de terrorismo (64).

(63) El artículo 305.6 CP establece: «Los Jueces o Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

(64) El artículo 579.4 CP establece: «En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hay participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables».

En este precepto, deben distinguirse tres conductas distintas:

- a) Que el sujeto activo del delito de malversación haya reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público.
- b) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Y puede verse favorecido por dicha atenuante específica cualquier sujeto activo de los hechos tipificados en el Capítulo VII, por consiguiente también los autores de malversación impropia del artículo 435 en relación con los anteriores preceptos.

Comprendemos el objetivo perseguido por el legislador en la conducta *a*) de obtener la reparación íntegra de lo malversado, máxime en una situación de crisis económica como la que soporta nuestro país desde hace ya unos años. Y la persecución de dicho objetivo no deja de ser una decisión político criminal.

Debe destacarse que en el apartado *a*) no se exige el requisito temporal, como en la circunstancia atenuante 5.^a del artículo 21 CP de reparación del daño, con la que se solapa al menos parcialmente, de que la reparación se efectúe con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la conducta *b*) se echa de menos que la colaboración sea eficaz, lo que no se exige, así como que no se haga referencia la propia obtención de pruebas.

En la conducta *c*) tampoco se exige que el tal esclarecimiento se obtenga (65).

El Informe de la Fiscalía General del Estado recaído sobre el Anteproyecto afirma que se crea «una sensación de condescendencia con las funciones públicas, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho».

Roca Agapito, L., afirma, refiriéndose al Anteproyecto, que «esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario

(65) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 7.

que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta de diez a veinte años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de uno a dos años menos un día e inhabilitación absoluta de dos años y seis meses a cinco años menos un día...» (66). Dicho autor sigue diciendo: «Esto es inadmisibile tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además, esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los artículos 21.4 y 21.5 CP. Por otra parte, la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil» (67).

Esta crítica ha perdido algo de virulencia, ahora al haber el proyecto y la reforma de 2015 aumentado, como se ha visto con anterioridad, las penas imposables a los delitos de malversación, que pueden llegar a un máximo de doce años de prisión y a treinta años de inhabilitación absoluta, en el supuesto de que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe remarcarse además, como ha puesto de manifiesto Manzanares, con referencia al Anteproyecto, que dicho precepto podría tener efecto retroactivo al ser favorable al reo ex artículo 2.º del CP con lo que de mantenerse podría beneficiar a muchos malversadores que están cumpliendo condena por delito de malversación (68). Dicha crítica puede sostenerse incluso ahora, con referencia a la reforma de 2015, puesto que se señalan las penas de dos a seis años de prisión para los supuestos de malversación como administración desleal y apropiativa, cuando el artículo 432.1 CP 95 castiga la apropiativa con las penas de tres a seis años de prisión.

Finalmente, también ha puesto de manifiesto dicho autor que cabe la posibilidad de que se aplique la atenuante específica del artículo 434 por conductas de colaboración activa y luego se aplique la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5 CP.

(66) Cfr. ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: arts. 432 y ss., op. cit.*, p. 927.

(67) *Ibidem...*, p. 927.

(68) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal, op. cit.*, p. 7.

Todo ello nos lleva a mantener –incluso con la referida agravación de las penas imponentes–, una posición crítica sobre dicho precepto, máxime en un momento en que es necesario más que nunca la lucha contra la corrupción de forma eficaz, y preceptos como éste pueden diluir o debilitar todos los esfuerzos realizados al efecto.

VI. ARTÍCULO 435

Dicho precepto añade un nuevo núm. 4 al artículo 435:

«4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecidos en la Ley».

La reforma de 2015, como ya hacía el proyecto y el anteproyecto, añade un número más al artículo 435 del CP. En dicho precepto se regula en general la malversación impropia, llamada así la malversación por la mayoría de la doctrina (69), si bien algunos autores optan por dar dicha denominación a las conductas de distracción en que no se da ánimo de apropiación definitiva (por ejemplo la del art. 433 CP 95), así Queralt Jiménez, Ortiz de Urbina Gimeno, I (70).

La malversación impropia se diferencia respecto de la malversación propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio. Asimismo en el número 3 del artículo 435 se da una doble ficción, pues además de ser el sujeto activo un funcionario ficticio, el objeto material del delito tampoco es un bien o efecto público sino privado pero se le considera como si fuera público a efectos de este delito. Asimismo las conductas de apropiación o de administración desleal o de distracción a otros fines diferentes a la función pública de los artículos 432 y

(69) Así ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., pp. 281 ss., y nota 5, p. 25. SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación...*, op. cit., pp. 832 ss. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal...*, op. cit. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Madrid, 1990, p. 390, nota 296, etc.

(70) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1996, p. 673. También ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La malversación», en *Lecciones de derecho penal*, p. 343, ed. Atelier, 2011.

siguientes les son aplicables extendiéndoles las penas señaladas en dichos preceptos.

El artículo 435 CP 95 viene regulado así:

«Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

Es importante aclarar que las conductas de administración desleal o de apropiación en que puede consistir la malversación, reguladas en los artículos anteriores, son extensibles a sujetos que no son funcionarios públicos a efectos penales, debiéndose imponer las mismas penas que las señaladas en dichos preceptos.

En los dos primeros números el sujeto activo es un particular asimilado legalmente al funcionario, mientras que el objeto es siempre un bien o efecto público.

En el núm. 1 es nuclear el verbo «encargar», que debe entenderse como *encomienda específica sobre unos determinados bienes* y con un alcance delimitado. El encargo podrá tener como contenido la gestión, la administración, la custodia o la inversión de caudales públicos. «Por cualquier concepto» debe entenderse cualquier título de los referidos (también el mandato, el depósito, la comisión, etc.). Y dicho encargo debe ser efectuado por autoridad o funcionario público competentes. Así pueden ser sujetos activos a título de ejemplo particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación, contratado laboral de empresa pública que prestaba sus servicios como encargado de confeccionar nóminas de los empleados y de llevar la contabilidad de la sociedad, que se apoderó de los cheques que tenía a su cargo ingresando en su cuenta corriente el importe de los mismos (STS 5-2-1993); el vigilante de un museo que se halla encargado de custodiar determinados bienes de una sala, una auxiliar de caja en las oficinas de recaudación Municipal, cuyo concesionario era un particular (STS 14-5-1990); titular de una Administración de Loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos (SAP Santa Cruz Tenerife 28-5-1997), personal de las entidades bancarias colaboradoras en el cobro de impuestos y tributos, etc.

En el núm. 2 el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. No se trata de unos depositarios cualquiera, sino que deben estar «legalmente designados», es decir que la designación debe constar en una norma jurídica, que es lo que distingue este supuesto del núm. 3 del artículo 435 en el basta la designación por autoridad pública.

Es el caso del habilitado-graduado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores (STS 30-11-92).

En el número 3.º el sujeto activo es un particular administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Este es el supuesto más evidente de malversación impropia, al darse la doble ficción de funcionario y de bien público, cuando el sujeto no es ni un funcionario ni los bienes son públicos, pero el CP los asimila a funcionario y efectos públicos.

Es el llamado «quebrantamiento de depósito» que ha dado lugar a numerosa jurisprudencia. En realidad, late la idea de desobediencia a la autoridad, y algún autor considera que dicho precepto debe ser trasladado junto a los delitos de alzamiento de bienes, por ser el bien jurídico protegido los intereses de los acreedores (71). El supuesto más común es el nombramiento por autoridad pública –ej. un juez– del deudor de los bienes propios embargados como depositario, de modo que si enajena dichos bienes embargados incurre en este delito de malversación impropia.

Pues bien, tras examinar someramente los 3 números del artículo 435 CP 95, ahora nos corresponde examinar el nuevo número 4 añadido por el Anteproyecto y mantenido por el Proyecto y por la reforma de 2015.

Un sector de la doctrina (72), así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, consideran que el nuevo número 4 es innecesario, al entender que en el núm. 3 ya tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. El referido informe dice que «hay que recordar que el nombramiento de un administrador concursal por la autoridad judicial tiene como finalidad principal asegurar los bienes de la masa de cara a la satisfacción de los créditos, y que con la aceptación del cargo el

(71) Así ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: arts. 432 y ss., op. cit.*, p. 928. Dicho autor dice también que así, con el desplazamiento del precepto a los delitos de alzamiento de bienes, se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

(72) *Vide* ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación..., op. cit.*, p. 928.

administrador concursal asume obligaciones específicas de administración y custodia del patrimonio a él confiado, por lo que no hay duda de que los bienes que gestiona se encuentran bajo depósito judicial o secuestro. No hay que olvidar que el artículo 1785 del Código Civil establece que el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro. Por tanto, los administradores concursales lo son respecto de bienes secuestrados por autoridad pública, como ya dispone el artículo 435.3.º CP vigente, lo que hace inexplicable la necesidad del supuesto que el Proyecto, siguiendo el Anteproyecto, pretende introducir. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el delito de malversación impropia del artículo 435.3.º CP a los administradores judiciales (STS núm. 2395/2001, 12-12)...» (73).

VII. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 438

En el Código Penal de 1995, bajo el Capítulo VIII «De los fraudes y exacciones ilegales», dentro del Título XIX « Delitos contra la Administración Pública», se incluye el artículo 438 que establece que: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

En el Anteproyecto no se tuvo en cuenta para nada dicho precepto, sin que se efectuara esfuerzo alguno o se diera explicación alguna para ajustar la reforma a dicho precepto o resolver el posible concurso con el artículo 432, lo que fue criticado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, que llegó a decir que «Da toda la impresión de que el Anteproyecto ha olvidado, simplemente, que existe en el Código Penal vigente el delito de apropiación indebida cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo, que es un tipo separado del de malversación, y, por tanto, ha ignorado los problemas concursales que el mismo puede presentar con la nueva regulación. De modo que ha creado un galimatías en el

(73) El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice al referirse al artículo 435.4 que «su tratamiento penal se basa en las funciones de índole pública que les están legalmente encomendadas en determinados ámbitos, lo que, en criterio de este Consejo, justifica que queden incluidos en el ámbito de aplicación del referido delito».

que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas.»

Ahora la reforma de 2015 al igual que el proyecto modifica el artículo 438, que queda redactado como sigue:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de tres a nueve años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

Así, pues, la reforma de 2015 siguiendo al proyecto, al suprimir el delito de apropiación indebida del artículo 438, resuelve de un plumazo todos los problemas, a veces, irresolubles planteados por la nueva configuración del delito de malversación.

De este modo, el funcionario público que cometa una apropiación indebida que afecte a la propiedad o patrimonio privado ajenos deberá ser castigado por el artículo 253 o en su caso por el artículo 252 si es un supuesto de administración desleal, con aplicación, en su caso, en ambos casos de la agravante genérica del artículo 22.7.^a de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, mientras que si dicha apropiación indebida afecta al patrimonio público cometerá un delito de malversación del artículo 432.1 o 2.

VIII. EL NUEVO ARTÍCULO 445

Dicho precepto ubicado bajo el Capítulo X del Título XIX del CP, titulado «Disposición común a los Capítulos anteriores» dispone:

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados».

Y comoquiera que el delito de malversación, en cualquiera de sus dos modalidades de administración desleal y apropiativa forma parte de los delitos previstos en el Título XIX, a ella también le es aplicable dicha disposición, que amplía enormemente el alcance de dicho delito, debiéndose aplicar las normas generales de dichos actos preparatorios expresamente previstos y castigados en el Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J.: «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona, 1958.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 195-215. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *La realización arbitraria del propio derecho*. Editorial Civitas, S. A., 1976.
- «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago». Madrid. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1975.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa: *Ventas a plazos y apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S. A., 1983.
- CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- DE LA MATA, Norberto J. y ETXEBARRIA, Xabier: *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, S. A., 1995.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía)*. T. Jurisprudencia 2 de 1997.
- FERNÁNDEZ, BAUTISTA, Silvia: «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la Empresa*, pp. 109-129. Pamplona, 2002.
- GILI PASCUAL, A.: «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en *Comentarios a la reforma Penal de 2015*. Dir. González Cussac. Valencia. 2015.
- «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y Kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada», en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 109, 2013.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ. C.: *La administración desleal de los órganos societarios*. Barcelona, 2008.
- «Crisis financiera y retribución y retribución de directivos», en *In Dret Penal*, 2/2009.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Apropiación indebida de dinero», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 147-161. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: «La malversación como delito de administración desleal», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 113-144. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Thomson-Reuters, 2015.

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», en Diario *La Ley*, núm. 8104, Sec. Doctrina, 13 de junio de 2013, año XXXIV, La Ley 3031/2013, pp. 1-9.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE: «El delito de malversación», en *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, pp. 691 a 697. Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: «Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida», en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 457 a 565.
- MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 2000.
- *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, artículos 432 y ss.* pp. 938-953. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- «Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013», en *ADPYCP*, Tomo LXVI, MMXIII, Madrid, 2014.
- «Los delitos contra la Administración Pública», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Dirs. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig. Tirant lo Blanch 2015, pp. 1377 a 1500.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El delito de administración fraudulenta*. Editorial Praxis, 1996.
- PASTOR MUÑOZ, Vila Coca: «El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal», en *IURIS*, núm. 194, 15 a 28 de junio de 2013, Ed. La Ley.
- «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», en *In Dret*, 1/ 2015
- «La administración desleal», en *Lecciones de Derecho Penal*, dir. Silva Sánchez. Atelier, 2015.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: «Malversación del patrimonio público (arts. 432-435)» en *Derecho penal Español. Parte especial*, pp. 886 ss.
- ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 1999.
- «Delitos de malversación arts. 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, pp. 921-928. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico González, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *El hurto propio*. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, 1988.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios», en *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2 (2.º Semestre 1998). Editorial McGraw-Hill, p.173 Madrid, 1997.
- SAINZ-PARDO CASANOVA, José A.: *El delito de apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, casa editorial, S. A., 1978.
- SILVA CASTAÑO, María Luisa: *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*. Dykinson, 1997.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid, Edisofer, S. L., Libros Jurídicos Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I.: «Malversación (arts. 432, 433, 434 y 435)», en *Comentarios a la reforma CP 2015*. Dir. González Cussac.
- ZUGALDÍA ESPINAR: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Infracciones de uso*. Madrid. Ed. Akal, 1988.

Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)

SERGIO CÁMARA ARROYO

Prof. Asociado de Derecho penal y Delincuencia Juvenil (UNIR)

RESUMEN

El principal objetivo de este trabajo es el análisis de la norma penal desde una perspectiva social. En concreto, el presente estudio se centra en la apreciación de las circunstancias personales y socioeconómicas del delincuente en la determinación de los castigos penales, así como en la exigibilidad de actuación conforme a la norma en el delincuente, adulto y menor de edad, en situación de desamparo, indigencia, o riesgo social. Así, dentro de los factores de determinación de la pena encontramos la posibilidad de valoración de las «circunstancias personales del delincuente» como criterio valorativo en el artículo 66.1.6 CP, cuando no concurren atenuantes ni agravantes, mientras que en el artículo 7.3 LORRPM en el régimen de elección de la medida la Ley Penal del Menor se establece un criterio basado en el principio de flexibilidad atendiendo especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor.

Palabras clave: individualización de la pena, artículo 66.1.6 CP, individualización de la medida sancionadora educativa, artículo 7.3 LORRPM, Justicia social, circunstancias socioeconómicas, hurto famélico.

ABSTRACT

The main objective of this work is the analysis of the criminal law from a social perspective. Specifically, this study focuses on the assessment of personal and socio-economic circumstances of the offender in determining criminal penalties and enforcement action in accordance with the standard on the offender, adult and minor, in situations

helplessness, homelessness or social risk. Thus, among the factors of sentencing we find the possibility of evaluating the «personal circumstances of the offender» as valuation approach in the article 66.1.6 CP when no mitigating or aggravating attend, while in the article 7.3 LORRPM in the regime of choice as the Criminal Law of Least criteria based on the principle of flexibility especially according to age, family and social circumstances, the personality and interests of the child is established.

Keywords: individualization of punishment, Article 66.1.6 CP, individualization of educational countermeasure, Article 7.3 LORRPM, social justice, economic circumstances, starving theft.

SUMARIO: I. Introducción: justicia social y sistema penal.–II. Individualización primaria de la pena y circunstancias personales del delincuente: artículos 20.7 y 66.1.6 CP.–III. Un caso paradigmático de Estado de Necesidad en situaciones de riesgo social: el hurto famélico.–IV. Flexibilización en la imposición de las medidas sancionadoras educativas de la LORRPM atendiendo a las circunstancias personales del menor delincuente.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA SOCIAL Y SISTEMA PENAL

El Prof. Gimbernat Ordeig en el prólogo de los magníficos *Comentarios a la Legislación Penitenciaria* del maestro García Valdés escribía que «los delincuentes proceden, en su mayoría, del proletariado. En primer lugar, porque la miseria social, cultural y económica que han padecido desde la infancia no suministra argumentos demasiado convincentes como para respetar un orden de valores –el dominante, porque es el de la clase dominante– que perpetúa aquella miseria y que privilegia a los miembros de los estratos superiores (...). Finalmente, la procedencia proletaria de la mayor parte de la población reclusa encuentra también una explicación –existen otras más, en las que no es posible ni necesario entrar aquí– en el hecho de que es la clase burguesa la que, de acuerdo con sus intereses, influye determinantemente en la selección de los comportamientos que pasan a integrar, como tipos delictivos, las leyes penales (...). Por eso, cuando se habla de resocializar a la sociedad y no al delincuente, de que es preciso crear estructuras que permitan al individuo desarrollar libre y desalienadamente su personalidad, uno no puede por menos que adherirse a esos objetivos, pero uno mira también a su alrededor y constata que ningún Estado ha conseguido, ni de lejos, alcanzar esos fines, pues ni se dispone de una idea muy clara del aspecto que ha de tener esa sociedad resocializada ni tampoco la forma en cómo se llega a

ella», de lo que «se deriva que el Derecho penal vigente ha de ser calificado de injusto (...) pero deriva asimismo que esa injusticia obedece a causas de difícil solución y de una complejidad prácticamente inabarcable» (1).

Tal ejercicio de sinceridad, que podríamos enlazar dentro del realismo de izquierdas que ha estudiado la Criminología moderna, deja patente que los que más sufren el peso de la ley penal son los más desfavorecidos (2). Ciertamente, hay que tener en cuenta que la exposición no sólo entronca perfectamente con una realidad social (3), sino que, además, se concatena con los –a veces olvidados en las últimas reformas penales– principios de mínima intervención, necesidad de la pena y *ultima ratio*, así como el de humanidad de las penas que, en mi opinión, debería ampliarse al concepto de humanitarismo (4) o humanismo el ordenamiento penal.

Que el presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), Carlos Lesmes, manifestara que la actual ley

(1) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo», en GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Legislación penitenciaria*. 2.ª Ed. Civitas, Madrid, 1982 (reimpresión de 1995), pp. 9 y 10.

(2) Vid. SERRANO MAÍLLO, M.ª I., «Delincuencia y pobreza. La economía de los presos», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núms. 8-9, 1995, p. 436, donde la autora citada advierte que «en el terreno penal, quienes se encuentran en mejor situación económica, es claro que tienen menos posibilidades de ser condenado e ingresar en prisión, pues pueden contratar a un buen abogado que les defienda adecuadamente, lo que no sucede con los que han de recurrir a la justicia gratuita, quienes posiblemente tengan una peor defensa frente a los jueces y tribunales (...). Históricamente siempre han sido tratados mejor por la justicia los que se encuentran socialmente más favorecidos». Al respecto, también Vid. SERRANO MAÍLLO, A., «Pobreza y delito», en *Anales del Centro Asociado de Albacete*, núm. 9, 1987-1989, pp. 237-245.

(3) En efecto, los datos empíricos han demostrado que la mayor parte de la población reclusa procede de la clase social proletaria, por lo que algunos autores han entendido que existe un fuerte «componente clasista» en nuestro sistema; Vid. RÍOS MARTÍN, J. C. y CABRERA CABRERA, P. J., *Mil voces presas*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998; los mismos autores: «La cárcel: descripción de una realidad», en *Cáritas, Suplemento*, núm. 388, 1998.

(4) Más propio de la evolución del sistema penitenciario, utilizando la expresión de mi maestro, el Prof. Sanz Delgado, en su obra de obligada consulta sobre la historia de nuestro penitenciarismo, explicativa del porqué de muchas de nuestras instituciones actuales y crítica con las teorías meramente economicistas más simplistas; Vid. SANZ DELGADO, E., *El Humanitarismo penitenciario español*. Edisofer, Madrid, 2003. Ciertamente, puede afirmarse que históricamente, frente a la legislación penal más rígida, ha predominado en España, aún con sus déficits en materia de justicia social denunciados por los autores aquí citados, una regulación penitenciaria «más humana y moderna». Tal es también la conclusión, de otros autores, así como tras una exhaustiva revisión histórica de la evolución del Derecho penitenciario, apoyada en nuestra mejor doctrina, de FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Ministerio del Interior, Madrid, 2013, pp. 383 y 544.

procesal penal está «pensada para el robagallinas, no para el gran defraudador» (5) da buena cuenta de la actual problemática existente en la aplicación más formalista del Código penal a las clases más bajas del estrato social (6).

(5) *Vid.* «Lesmes pide reformar la ley porque está pensada “para el robagallinas” y no para el gran defraudador», en *El Mundo*, 22/10/2014. En una línea muy similar María Isabel SERRANO MAÍLLO escribía «que el Derecho penal es para los pobres y el Derecho civil para los ricos. Esto no es exactamente así, aunque hay parte de verdad y prueba de ello es que las clases más desfavorecidas vienen siendo las mayores consumidoras de la justicia penal»; Cfr. SERRANO MAÍLLO, M.^a I., «Delincuencia y pobreza...» *ob. cit.*, p. 435.

(6) Cuestión denunciada durante la tramitación parlamentaria de la nueva reforma del Código penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Así, Tardà i Coma aludía al «excesivo garantismo para algunos delitos económicos relacionados con la corrupción urbanística y el blanqueo de capitales», en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, de 12 de diciembre de 2013, p. 27; Llamazares Trigo, directamente denunciaba el carácter clasista de la nueva regulación (*Ibidem*, pp. 36 y 37): «He oído esta mañana en los medios de comunicación que este Código Penal era contra la corrupción. ¡Por Dios! Dígame qué artículos utiliza usted en este Código Penal contra la corrupción. No hay nada contra la corrupción, nada; muy al contrario, el levantamiento de bienes está tratado prácticamente a la baja; muy al contrario, en la responsabilidad penal de sociedades ustedes quitan todo lo que se había incrementado en revisiones anteriores. ¿Qué dicen? Que si el partido político o la sociedad tienen un programa preventivo no hay responsabilidad del ente jurídico y no hay responsabilidad de la sociedad, hay responsabilidad personal. Para ese viaje no necesitábamos estas alforjas. Por tanto, señor ministro, es claramente un Código Penal de clase, un Código Penal contra la inmensa mayoría de los pequeños delitos, pero un Código Penal que no está claramente frente a la corrupción»; en una línea similar, De la Rocha Rubi, indicaba que «El Código Penal del Partido Popular era, una vez más, duro frente al débil –elevaba exponencialmente penas en delitos ordinarios– y débil frente al fuerte, débil frente al corrupto» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Comisiones, de 16 de enero de 2015, p. 14); y, más adelante, «instamos una vez más la derogación paralela del artículo 307 ter, el famoso delito de obtención de prestaciones indebidas a la Seguridad Social por parte de los trabajadores, tanto más grave por la desigualdad tan radical que significa entre los defraudadores tributarios, los socialmente considerados corruptos, y los trabajadores que defraudan a la Seguridad Social. Sabemos que los primeros, los ricos y muy ricos, para cometer delito fiscal hoy tienen que defraudar al menos 120.000 euros al año, mientras que el pobre, el parado, el trabajador que compatibiliza el trabajo con un día o una semana de prestaciones de desempleo u otras ayudas públicas comete delito desde el primer euro. Como hemos dicho muchas veces es una nueva y dramática manifestación de un derecho penal de clase que habría que superar, señorías, y que este Código Penal mantiene» (*Ibidem*, p. 15); en el mismo Diario de Sesiones (p. 24), Llamazares Trigo advertía que «no es precisamente el Código Penal de los delincuentes de cuello blanco, de los corruptos o de los delincuentes de las finanzas, sino que parece más el Código Penal del delito patrimonial y del delito menor»; más exaltado es el discurso de Baldoví Roda, quien llega a asegurar que en la reforma «el sistema judicial penal es un mecanismo de represión de la disidencia y de la pobreza y no de cohesión

No obstante, pese a la *vis atractiva* del discurso neomarxista, recurrente en la Criminología radical y crítica, es preciso asimilar que, como anunciaba el Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid, la explicación a esta cuestión no puede entenderse mediante unos presupuestos ideológicos de carácter cerrado (7), pues nunca la explicación unívoca es la más verdadera y la fusión de fenómenos se impone en todo análisis serio de la realidad normativa y sociológica (8). Es cierto que las instituciones político-económicas

social y convivencia» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, de 21 de enero de 2015, p. 27); nuevamente, Llamazares Trigo, «así como el delito de cuello blanco y el delito de corrupción, que es lo que más alarma a la sociedad, no se abordan de manera profunda en este Código Penal, sin embargo en otros delitos, como la pequeña criminalidad que en nuestro país tiene un reproche penal altísimo, este Código Penal aumenta aún más ese reproche» (*Ibidem*, p. 38); con palabras muy similares a las de otros parlamentarios, Such Botella expone que «el Código Penal del PP eleva las penas con dureza en los delitos ordinarios, pero sus enmiendas, señor ministro, son excesivamente benignas con los corruptos, tradicional enfoque de dureza frente al débil» (*Ibidem*, p. 45); y también Rodríguez Esquerdo (Diario de Sesiones del Senado, de 3 de marzo de 2015, p. 48); Capella i Farré (Diario de Sesiones del Senado, de 11 de marzo de 2015, p. 13930); en el mismo Diario de Sesiones del Senado, expresa Iglesias Fernández (p. 13933), que en la reforma «se continúa el camino de la criminalización de la pobreza para dar una respuesta penal a situaciones que requieren, fundamentalmente, de una adecuada intervención social y, en cambio, los poderes públicos no prestan la necesaria atención integral a la alta delincuencia económica y corrupción política»; y, más adelante, de forma irónica, Rodríguez Esquerdo (p. 13960) «Ustedes amplían el campo de los diferentes delitos, eso sí, en todos menos en la lucha contra la corrupción –ahí son moderados y pasan de puntillas–, cuando es ahí, en ese tipo de delitos, donde deberían aumentarse las penas y no en los delitos ordinarios. Pero, claro, se les ven las intenciones: al débil, leña al mono; al poderoso y al amiguete: sé fuerte, Luis; aguanta, Luis».

(7) Siendo ésta la crítica más generalizada a los presupuestos de la criminología crítica radical; *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*. Tomo II, Rubizal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 547 y 548; HERRERO HERRERO, C., *Criminología: parte general y especial*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 334. Al respecto, Serrano Maíllo advertía que «en el ámbito latinoamericano y español han prevalecido los [enfoques] puramente voluntaristas, especulativos e ideológicos (...) en contra de la impresión a veces dominante, los enfoques críticos son compatibles con metodologías científicas»; a reglón seguido, el autor citado indica que «los enfoques críticos ocupan un lugar imprescindible en la Criminología contemporánea y son, por lo tanto, irrenunciables»; *Cfr.* SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*. 6.ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 437; el mismo: «Una nota sobre el compatibilismo entre una Criminología determinista y un Derecho penal basado en el libre albedrío», en Romero Casabona, C. M. (Dir.), *Genética y Derecho II*. CDJ, 40, Madrid, 2002, pp. 223 y 229-230.

(8) De hecho, algunos datos empíricos sugieren que no existe una correlación exacta entre pobreza y delito. En concreto, los datos de los países de América Latina, donde las desigualdades sociales resultan en ocasiones más acusadas, recopilados por el Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia y publicados

actuales no son justas y que ello revierte en que la aplicación rigorista del Derecho penal a las clases desfavorecidas sea también injusta, pero no lo es menos que el Derecho penal y su ejecución penitenciaria es –o, debería ser– el último estadio de actuación. Por ello, entiendo que no puede culparse en exclusiva a las estructuras jurídicas de control social de tales injusticias (9), puesto que lo primero a reformar –tarea ardua– debería ser el marco político y socioeconómico en el que se desenvuelven (10). Muchas de las críticas que se realizan

en el Boletín, núm. 0, octubre 2013, muestran que en «relación con décadas de investigaciones en criminología [que] aportan evidencia adicional que demuestra que la pobreza como tal no es un factor decisivo para explicar el delito de robo. Aunque la pobreza puede, en ciertas ocasiones, incidir en el delito, existen otros factores que activan la predisposición individual a delinquir. La pobreza, en el mejor de los casos, podría ser uno de ellos» (consulta en <http://celiv.untref.edu.ar/delinuencia-y-pobreza.html>). Sobre una interesante investigación respecto de la realidad mexicana que también arroja bastante luz sobre la no validación de esta correlación, Vid. ORTEGA SÁNCHEZ, J. A., *¿Pobreza = Delito? Los factores socio-económicos del crimen y el derecho humano a la seguridad pública*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2010, Toluca, pp. 365 y ss.

(9) Como parecen pretender algunos autores en su análisis de la normativa penitenciaria, representados en España fundamentalmente por la obra de Bergalli y Rivera Beiras; Vid., por todos, RIVERA BEIRAS, I., «La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)», en Bergalli, R. (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 354 y ss. Si bien el análisis crítico es fundamental, no pueden negarse –a pesar del complejo clima político-social de nuestra transición–, las evidencias de avance humanitario y aperturista acaecido con la promulgación de la LOGP (y, mucho menos, su legitimidad material, pues la formal está fuera de toda duda atendiendo al marco constitucional y su aclamación en sede parlamentaria). El ejemplo más claro de ello es el principio de flexibilidad (art. 72 LOGP y art. 100.2 Reglamento Penitenciario de 1996) que permite moldear los modos de vida en prisión acorde con las circunstancias personales y sociales del penado, y que ha dado lugar al establecimiento de figuras penitenciarias únicas, como el pliegue del régimen de vida ante el tratamiento penitenciario, el sistema de clasificación penitenciaria, los módulos de respeto, los módulos mixtos, el régimen abierto restringido, etc. En este sentido, la sensibilidad del, por aquél entonces, Director General de Instituciones Penitenciarias, mi querido «abuelo científico» el Catedrático de la Universidad de Alcalá D. Carlos García Valdés, quien visitó las conflictivas prisiones de la época y atendió a los reclamos de los internos (lo que ha sido reconocido, además, por la moderna criminología crítica europea; Vid. VAN SVAANINGEN, R., *Perspectivas europeas para una Criminología crítica*. DdeF, Buenos Aires, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 242 y ss.), a pesar de tener sobre sus hombros difíciles decisiones es, a todas luces, elocuente. No se trata de defender lo que no necesita ser defendido, sino de ser coherente y preciso con la fenomenología completa del momento y riguroso con el estudio de la norma al margen de los presupuestos de partida.

(10) Desde la teoría criminológica de la anomia, explicativa de la etiología del delito, también se han propuesto enfoques que indican que determinadas culturas y sistemas económicos favorecen la comisión de hechos delictivos. Tal es la explicación que barajan Messner y Rosenfeld, siguiendo la obra de Merton, cuando aseguran que

acerca de la supuesta insensibilidad social del sistema penitenciario actual son, en realidad, producto de gestaciones y adhesiones posteriores a su concepción inicial, que se incardinan en una política social y criminal errática, que ha restringido su aplicación más humanitaria (cumplimiento efectivo de las condenas, prisión permanente revisable, restricción del acceso al tercer grado penitenciario, nueva regulación de la libertad condicional, etc.). En definitiva, el reo llega a la prisión, y queda inmerso en su particular sistema de normas, tras pasar por numerosos estadios anteriores que deberían haber servido de dique contra tales injusticias sociales. Precisamente, si por algo se ha caracterizado la práctica de nuestro moderno sistema penitenciario ha sido por atemperar, incluso capear, y flexibilizar la aplicación de la ley penal en sus puntos más exasperantes. La responsabilidad debe ser, al menos, compartida.

Aun así, la denuncia desde estos sectores doctrinales aparece como necesaria, siendo tal extremo el mayor éxito de la Criminología crítica (11), evidenciando los desequilibrios del sistema penal y aportando posibles moderaciones a las injusticias sociales en la búsqueda de un Derecho penal más humano y proclive a la justicia social (12).

Una vez sentadas estas bases y transmitido mi parecer respecto a la cuestión, el lector podrá adivinar que el principal objetivo de este trabajo es el análisis de la norma penal desde una perspectiva social. Expresado en otros términos: ¿Existe un baremo social en nuestro Derecho penal actual frente a la aplicación rigorista de las normas? ¿Tiene el Derecho penal en España una vertiente humanitaria? ¿Atiende a las circunstancias personales y económicas de los más desfavorecidos? ¿Afectan las situaciones de riesgo social a la individualización de la pena? ¿Afecta por igual a ricos y pobres?

Las hipótesis planteadas son amplias y probablemente exceden las posibilidades de este somero análisis en el que quedarán algunas cues-

la cultura norteamericana favorece el delito; MESSNER, S. F. y ROSENFELD, R., *Crime and theamericandream*. 3.^a Ed., Belmont, Wadsworth, 2001; sobre esta teoría de la anomia institucional, Vid. SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción...* ob. cit., pp. 359 y ss.

(11) Así lo defienden algunos autores modernos, a cuyos argumentos me sumo. Para una relación de tal corriente doctrinal, Vid. la enciclopédica obra de TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología*. Edisofer, Madrid, 2009, p. 655.

(12) Acertadamente indica Herrero Herrero, «estaría en lo cierto, si denunciara que los agentes de control social (Legislador, Ejecutivo, Jueces, Policía, establecimientos penitenciarios) no siempre hacen gravitar el ejercicio de sus propias funciones sobre la exigencia del bien común («delincuencia» y «delincuentes artificiales»), que la ley no siempre se aplica para todos de acuerdo con el principio de igualdad, que existen «privilegios» para determinados infractores. Pero no es asumible su postura cuando absolutiza y universaliza tales «déficits», carencias y abusos»; Cfr. HERRERO HERRERO, C., *Criminología...* ob. cit., p. 334.

tiones en el tintero. Conviene, por ello, centrar el análisis en la apreciación de las circunstancias personales y socioeconómicas del delincuente en la determinación de los castigos penales –sobre la ejecución de los mismos, también podría escribirse extensamente, pero no es la finalidad de esta investigación–, así como en la exigibilidad de actuación conforme a la norma en el delincuente, adulto y menor de edad, en situación de desamparo, indigencia, o riesgo social.

II. INDIVIDUALIZACIÓN PRIMARIA DE LA PENA Y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES O ECONÓMICAS DEL DELINCUENTE

Como es bien sabido, el Código penal establece una individualización legal de las penas, atendiendo a criterios formales tales como: el desvalor social asociado al hecho delictivo, la gravedad de los hechos, la importancia de los bienes jurídicos lesionados, etc. No obstante, nuestro sistema de determinación de la pena también concede una limitada discrecionalidad al Juez o Tribunal para ajustar el *quantum* total de la pena atendiendo a criterios más maleables como las circunstancias personales del reo o la gravedad de los hechos (13). En conjunto, el proceso de determinación legal y judicial de la pena (14),

(13) Así, expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS), que *«la individualización judicial de la pena concebida como «la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación» presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución. [...] Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el artículo 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados ejecución alcanzado»*; por todas, SSTS 718/2012, de 2 de octubre; 109/2015, de 3 de marzo.

(14) La determinación legal de la pena le corresponden las reglas formales que concretan la pena a través del grado de ejecución y participación en el delito (arts. 62 y 63 CP) y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (arts. 65 a 68 CP), que conducen a una de las mitades de la pena típica o a toda ella, en el caso de que no existan atenuantes ni agravantes. La determinación judicial de la pena se corresponde con la decisión individualizadora llevada a cabo por el Juez o Tribunal, dentro de los límites de la mitad de la pena a que le han conducido las circunstancias modificativas, o bien dentro del marco pena típica en el caso de que no existan ate-

conforma el primer estadio de individualización de las consecuencias jurídicas al delito, al que podríamos denominar *individualización primaria*, que afecta fundamentalmente a la duración o cuantía (dimensión cuantitativa) de la misma y que, en los supuestos de privación de libertad, quedará completado con la individualización científica penitenciaria, mucho más personalizada, que atiende a los grados de tratamiento, a los que se asocia un régimen de vida en prisión (dimensión cualitativa).

Dentro de los denominados *factores de determinación de la pena* proporcionados por la ley para orientar la decisión individualizadora llevada a cabo por el Juez o Tribunal (15), encontramos la posibilidad de valoración de las «circunstancias personales del delincuente» en el artículo 66.1.6 CP (16) como criterio valorativo, pero exclusivamente cuando no concurren atenuantes ni agravantes (17). Juega, por tanto,

nuantes ni agravantes. Al respecto, *Vid.* GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación de las penas. Sección Primera. Reglas generales para la aplicación de las penas», en Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte General*. Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 585.

(15) *Vid.* GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» *ob. cit.*, p. 585.

(16) Las circunstancias personales del delincuente como criterio de determinación de la pena también pueden encontrarse en algunos tipos penales específicos, como es el caso del artículo 153.4 CP en los delitos de lesiones (violencia de género); 171 CP, amenazas leves; 172 CP, coacciones; y 368 CP referente al tráfico de drogas. Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado. Criterios que, como advierte, entre otras, la STS 646/2011, de 16 de junio, «*coinciden prácticamente con los que acoge el artículo 66.1.6.º*». También sirve como baremo para la imposición de penas de inhabilitación, como en los delitos de receptación y blanqueo de capitales de los artículos 298.2, 302.1, 307.1 ter CP. Incluso, en algunos supuestos, las circunstancias socioeconómicas de la víctima serán tenidas en cuenta para agravar el delito, como es el caso del subtipo agravado de hurto del artículo 235.6 CP conforme al cual «*cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito*». Es importante tener en cuenta que «*si bien el artículo 66.6.º CP prescribe que también ha de ser valorado el criterio de las circunstancias personales del delincuente, las sentencias condenatorias no firmes no pueden valorarse para producir dos distintas consecuencias perjudiciales para el acusado, de suerte que si tales sentencias se han considerado como circunstancias desfavorables para no aplicar el subtipo atenuado, no pueden aplicarse también como elemento negativo a efectos del mencionado artículo 66.6.º CP*»; STS 441/2012, de 5 de junio.

(17) Según la STS 171/2015, de 19 de mayo, «*este juicio valorativo tiene como límite que el factor tomado en consideración no lo haya sido ya para la configuración*

«un papel residual» (18) en la determinación de la pena. Además de ello, hay que tener en cuenta que tal factor de determinación solamente podrá operar en beneficio del delincuente, esto es, para rebajar la pena ajustándola a la petición de la acusación en un proceso penal atendiendo al principio acusatorio. En la peor de las situaciones, el juez no estimará conveniente realizar ninguna rebaja de la pena por las circunstancias personales del delincuente, en cuyo caso el límite máximo de la misma continuará siendo la pena solicitada por la acusación (19) (que, por otra parte, puede coincidir con el límite máximo de la pena abstracta, si la acusación lo ha solicitado).

La valoración de las circunstancias personales del delincuente no están sometidas a las reglas de la prueba y contradicción pertinentes en el caso de las atenuantes y agravantes, aunque deben apoyarse en una base fáctica distinta a la que fundamentarían tales circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y someterse a la obligación de motivación de la decisión judicial (art. 72 CP).

Las circunstancias personales del delincuente, a diferencia de la gravedad del hecho delictivo, son factores de determinación de la pena

de alguno de los elementos del tipo que se aplica, por lo que implicaría de bis in idem (artículo 65 CP). Nada impide que en esa función individualizadora se tomen en cuenta circunstancias ajenas a esa tipificación, aunque estén previstas para otras figuras típicas o, en determinadas condiciones, pudieran servir de base para sustentar una circunstancia de agravación o atenuación, siempre que no se produzca un supuesto de doble valoración».

(18) Cfr. GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» ob. cit., p. 631.

(19) Vid. STS 646/2011, de 16 de junio, que indica que «una cosa es que se compulsen ambos elementos (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) y otra distinta es la jerarquía valorativa con que han de ponderarse y la intensidad y cualificación que han de presentar cada uno de ellos». Por otra parte, la STS 1214/2011, de 14 de noviembre, expone que «el quantum de gravedad del injusto ha de actuar siempre como límite o techo de la pena a imponer, de modo que el criterio de las circunstancias personales no debe rebasar ese tope, ya que si ello no fuera así se le estaría castigando al recurrente con una pena superior a la ilicitud de su acción en el caso concreto, acudiendo para ello a circunstancias relacionadas únicamente con la persona del sujeto autor de la infracción punible y correspondientes por tanto al concepto de culpabilidad en sentido estricto. Las circunstancias personales pueden operar, pues, como criterio para atenuar una pena que se corresponda con la gravedad específica del injusto cometido pero no para rebasarla [...] Distinto sería, tal como advertimos en la referida sentencia, si se diera un grado de injusto que siendo liviano no se hallara tan próximo al límite de la atipicidad, poniéndose así en cuestión el concepto de la “escasa entidad”. En tal hipótesis cabría operar con unas circunstancias personales peyorativas que obstaculizaran la aplicación del subtipo atenuado[...] De modo que con arreglo a la entidad de la gravedad del hecho sí corresponde apreciar la norma atenuadora, que en casos como el presente no puede quedar arrinconada por circunstancias personales del imputado como las que se reseñan en la resolución recurrida».

que funcionan como índices que aconsejan rebajar la pena proporcionada y llevarla al mínimo legal previsto sin ser atenuantes de la responsabilidad criminal. Tal y como ha expuesto García Arán, «en suma, pueden ser interpretadas como índices de menor necesidad preventivo especial, por los que resulte suficiente una pena mínima a tales efectos» (20).

La expresión «circunstancias personales del delincuente» vino a sustituir a la utilizada en textos normativos precedentes, que hablaban de la «personalidad del delincuente». Aunque parece que el cambio de terminología pretende simplemente alejarse de una concepción eminentemente psicológica de este factor de determinación de la pena, lo cierto es que la actual redacción amplía y transforma considerablemente su significado. De este modo, no solamente podrán tenerse en cuenta cuestiones relativas a la personalidad del sujeto (v. gr. posibilidades de reinserción), sino también pertenecientes a su entorno social, familiar y económico (21).

Ha sido frecuente, probablemente debido a reminiscencias interpretativas sobre la anterior regulación (22), que se hayan asociado las circunstancias personales del delincuente exclusivamente a su personalidad (23), más concreta y erróneamente, al concepto de *peligrosi-*

(20) Cfr. GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» ob. cit., p. 633.

(21) Vid. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código penal*. Comares, Granada, 2000, p. 162; Cfr. GARCÍA ARÁN, M., «De la aplicación...» ob. cit., p. 634; MAPELLI CAFFARENA, B., «El insoportable artículo 66 del Código penal», en García Valdés, C. et alii (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1158.

(22) Aunque algunos autores, como González Cussac, matizaron convenientemente la cuestión, indicando que con personalidad del delincuente se hacía referencia tanto a los elementos psicológicos del delincuente como la proyección social de los mismos; González Cussac, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R. A. 1670)», en *Revista del Poder Judicial*, 2.ª Época, núm. 4, 1986, p. 146.

(23) Así, por ejemplo, la STS1376/2003, de 24 de octubre, ha llegado a decir que «circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica». No considero la expresión muy afortunada, ya que dentro de la terminología del artículo 66.1.6 CP caben más factores que los atinentes a la «personalidad delictiva» del reo. En este sentido, parece más acertada, por completa, la redacción de otras resoluciones que indican en relación a la valoración de las circunstancias personales del delincuente que «los jueces pueden imponer las penas en la cuantía que proceda según su arbitrio razonado, facultad eminentemente potestativa que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena

dad criminal (24). Aunque no es el objeto que aquí nos ocupa, hay que indicar, posicionándonos del lado de la mayor parte de los autores, que el ámbito natural del concepto de peligrosidad criminal se encuentra en la regulación y determinación de las medidas de seguridad y no de la pena (25).

Aunque el alcance y significado de la expresión «circunstancias personales del delincuente» mantiene un perfil muy amplio e indeterminado (26), tanto la doctrina (27) como la jurisprudencia han tratado

requiere desde un punto de vista general que el Tribunal determine la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para delimitar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos; la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer»; Vid., entre otras, STS 675/2012, de 24 de julio.

(24) Así, por ejemplo, SAP Las Palmas, de 12 de noviembre de 2001; SAP Girona, de 28 de octubre de 2002; SAP León, de 31 de octubre de 2002; STS, de 30 de octubre de 2003; SAP Vizcaya, de 30 de diciembre de 2003; SAP Murcia, de 31 de marzo de 2004. Al respecto, obsérvese la aguda crítica de Vid. BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit. pp. 431 y ss.

(25) Así, las circunstancias personales del delincuente serán valoradas en la imposición de una medida de seguridad conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 CP que indica que deberá valorarse «*que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*». Cómo puede observarse, en este punto el legislador sí asocia las circunstancias personales a la peligrosidad criminal del sujeto que, a su vez, deriva de la previa comisión de un hecho delictivo, estando proscritas las medidas de seguridad postdelictivas en nuestro sistema de Derecho penal.

(26) Lo cual, en palabras de De La Mata Barranco, «parece lógico dada la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que pueden ser estudiadas al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de manera diferente según el sujeto a quien afecten»; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia. La atención a la finalidad de la pena, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del procesado en la Jurisdicción penal, en su vinculación a la exigencia de imposición de penas proporcionadas*. Thompson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 156.

(27) Así, entre otros, Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena», en *Revista del Poder Judicial*, núm.º 18, 1990, p. 139; JORGE BARREIRO, A., «La motivación en la individualización judicial de la pena», en VV. AA., *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 87 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Colex, Madrid, 1997, pp. 199 y ss.; SALINERO ALONSO, C., *Teoría general...* ob. cit., pp. 161 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N., *Arbitrio judicial y*

de acotar su significado en aras de una mayor seguridad jurídica, si bien hay que reconocer que tales intentos han sido valiosos pero imprecisos (28) debido a la amplitud de la temática.

Respecto a los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo (TS), la interpretación clave de la terminología empleada por el artículo 66.1.6 CP queda resumida en el siguiente razonamiento: «cuando el artículo 66 del CP 1995 se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto (...). En el proceso de individualización de las penas, deben jugar una serie de factores que actúen al margen de las reglas más rígidas y formalistas que se establecen para el caso de que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. La edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social...» (29). La jurisprudencia también ha asociado las circunstancias personales del delincuente con la motivación para la comisión del delito, indicando que «se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado» (30).

La individualización de la pena por circunstancias personales del delincuente es, por tanto, un factor de flexibilización de la justicia penal que actúa de manera subsidiaria cuando no sea posible la valoración de circunstancias que modifiquen la responsabilidad crimi-

determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código penal). Comares, Granada, 2007, pp. 168 y ss.; DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general...* ob. cit., pp. 310 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «La individualización de la pena», en Zugaldía Espinar, J. M. (Dir.), *Derecho penal. Parte general.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 918 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *El principio de proporcionalidad penal.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 271 y ss.; del mismo autor, *La individualización de la pena...* ob. cit., pp. 155 y ss.; BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 434 y ss.

(28) Vid. BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...* ob. cit., pp. 422 y ss.

(29) Vid. SSTS 927/2004, de 14 de julio (énfasis añadido); al respecto, también Vid. SSTS 24/2014, de 29 de enero; 666/2012, de 13 de junio; 21/2012, de 18 de enero; 1214/2011, de 14 de noviembre; 270/2011, de 20 de abril; 242/2011, de 6 de abril; 295/2011, de 6 de abril; 380/2011, de 19 de mayo; 281/2011, de 2 de marzo; 644/2009, de 12 de junio; 1807/2001, de 30 de octubre; ATS 2682/2001, de 13 de diciembre.

(30) Vid., entre otras, SSTS 413/2015, de 30 de junio; 856/2014, de 26 de diciembre; 708/2014, de 6 de noviembre; 285/2014, de 8 de abril; 878/2013, de 3 de diciembre; 53/2011, de 10 de febrero.

nal (31). Además de ello, se trata de un criterio de determinación de la pena no esencial que dependerá de la existencia de datos relevantes sobre el entorno social y la personalidad del delincuente (32). No obstante, como acertadamente apunta Besio Hernández, este modo de entender el criterio establecido por el artículo 66.1.6 CP vacía de contenido y operatividad real la valoración de las circunstancias personales del delincuente en la fase de decisión cuantitativa de la pena que, por otra parte, constituye un baremo legal de obligada o preceptiva apreciación (33). Por este motivo, la más reciente jurisprudencia exige la valoración de las circunstancias personales del delincuente dentro de la motivación de la pena a imponer, argumentando que, cuando no concurren atenuantes ni agravantes, «*la ley no solo nos dice que hay que razonar sobre la cuantía o duración específica de la pena, sino que nos concreta los criterios que hemos de seguir al respecto*» (34), es decir, los contenidos en el artículo 66.1.6 CP.

La mayor parte de la doctrina entiende que la valoración de las circunstancias personales del delincuente tiene una finalidad eminentemente preventivo-especial (35) y, de hecho, así es, aunque en ocasiones se vincule a la culpabilidad (36). No obstante, por cuanto también puede incluir factores de tipo socioeconómico, no parece apropiado descartar otras funciones secundarias de cariz preventivo

(31) Como excepción a esta regla general, el artículo 68 CP dispone que en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21 CP (eximentes incompletas), los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.

(32) Las circunstancias personales del delincuente no constituyen un elemento de obligada valoración judicial. Al respecto, *Vid.* BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit., p. 425, y las SSTs 400/2009, de 22 de abril; 313/2009, de 25 de marzo; 12/2008, de 11 de enero; 60/2008, de 23 de enero; 211/2008, de 23 de abril. No obstante, algunas sentencias han estimado necesario, dentro de la motivación del fallo, el pronunciamiento acerca de las circunstancias personales del delincuente en la determinación final de la pena; STS 13/2010, de 21 de enero, y STS 926/2010, de 26 de octubre.

(33) *Vid.* BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit., p. 430.

(34) Cfr. STS 413/2015, de 30 de junio.

(35) Sobre esta cuestión, con abundantes referencias bibliográficas, *Vid.* BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales...*, ob. cit., pp. 407 y 408.

(36) *Vid.*, por recientes, las STS 323/2015, de 20 de mayo, y STS 309/2015, de 22 de mayo, que indican que «*el Juez o Tribunal habrá de atender a ambas cuestiones –escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable–, pero no necesariamente habrá de señalar elementos positivos en ambos ámbitos (uno vinculado a la antijuricidad –escasa entidad–; el otro referido más bien a la culpabilidad –circunstancias personales–)*».

general positivo (37) en interpretación sistemática con otros preceptos del Código penal (v. gr. arts. 4.3, 14.1, 68, 80, 88 y 95 CP). Así, es posible moderar la imposición de una pena que resultaría excesiva atendiendo a las circunstancias socioeconómicas del autor del delito, y que ello sea percibido como *justo* por la sociedad. En este sentido, la expresión introducida en el artículo 66.1.6 CP abre las puertas –aunque de forma bastante limitada– a una mayor *justicia social* en el ámbito del Derecho penal.

Como he tenido oportunidad de aclarar *supra*, dentro de la valoración de la cuantía penal atendiendo a las circunstancias personales del delincuente, es posible individualizar la pena valorando *criterios socioeconómicos*, lo que supondrá tener en cuenta los recursos económicos del sujeto actuante (nivel de vida, ingresos, situación de pobreza), estatus social (38) (rol que desempeña en su comunidad social, posición en su entorno de socialización), ámbito familiar y laboral (desempleo, situaciones laborales conflictivas, familia desestructurada o conflictiva), las situaciones de riesgo social en las que se encuentre o las dificultades culturales (desamparo, pobreza extrema, minorías étnicas, situaciones de discriminación, choque cultural) que sean relevantes en la consecución de los hechos delictivos.

Además de ello, la medición de las circunstancias personales del delincuente podrá ser valorada atendiendo a tres dimensiones temporales diferentes (39): la vida anterior del sujeto, su situación personal en el momento de realización del hecho y el comportamiento posterior (40). En lo que a este breve estudio interesa, solamente me detendré a examinar las alusiones al estado socioeconómico del sujeto

(37) Algunos autores solamente admiten una interpretación preventivo especial y no aprecian la cuestión del simbolismo y significación preventivo-general positiva aquí reflejados. Al respecto, *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 349 y ss.; del mismo autor, sobre esta cuestión, también *Vid.* «Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código penal español de 1995», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. L, 1997, pp. 323 y ss.; y también, «Notas sobre la dogmática de la individualización judicial de la pena», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 35, 2003, pp. 9 y ss. Desde mi perspectiva, aunque la prevención especial es, sin lugar a dudas, el leitmotif principal, cabe una posición de baremo entre ambos fines de la pena que revierta en una percepción de justicia social.

(38) Al «estatus socioeconómico y condición de empresario» del delincuente hace referencia la STS 256/2008, de 14 de mayo, si bien lo encuadra en la valoración de la peligrosidad criminal para realizar la valoración.

(39) *Vid.* DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La individualización...* ob. cit., pp. 159 y ss.

(40) Así, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos o la conformidad con la pena. *Vid.*, por todas, STS 470/2011, de 26 de mayo.

actuante con anterioridad y en el momento de realización del hecho delictivo con el objetivo, marcado desde el inicio de la investigación, de comprobar el baremo social del delincuente en el Derecho penal.

Así, algunas resoluciones se han fijado en el nulo bagaje delictivo del delincuente, cuando éste carecía de antecedentes penales o policiales previos y su conducta podía ser calificada de «intachable», atendiendo al principio de proporcionalidad de las penas para delincuentes primarios (41). Más interesante es la valoración de las circunstancias de la vida social y laboral del sujeto, en la que caben la posición laboral, la juventud del sujeto de cara a su incorporación en el mercado de trabajo, la obtención de la documentación para el permiso de trabajo, el abandono del consumo de estupefacientes (42) o de la actividad delictiva antes del pronunciamiento de la sentencia (43).

Respecto al ámbito y situación familiar del delincuente como factor de riesgo social (44), en ocasiones la jurisprudencia parece haberlo ponderado con la gravedad de los hechos para restarle efectividad en algunos supuestos (45). En otras sentencias, sin embargo, se han tenido en cuenta las motivaciones del sujeto actuante para salir, tanto él como su familia, de un estado de precariedad económica a través del delito (46). Especialmente significativa es, en este sentido, la argumentación de la SAP Madrid, de 29 de enero de 2002, que expone que *«no [...] es igual la capacidad de decidir en libertad o, si se prefiere, de actuar conforme a la norma o de protagonizar una conducta alternativa a la que integra el tipo penal, de quien vive con normalidad y holgura y quien se pregunta cada día que será de él y su familia, y se encuentra en situación, sino de necesidad, si de tan grave apuro como*

(41) Vid. SAP Barcelona, de 15 de marzo de 1993; SAP Barcelona, de 7 de octubre de 2003; SAP Lugo, de 10 de noviembre; SAP Teruel, de 22 de abril de 2004; SAP Guadalajara, de 11 de octubre de 2004; SAP Cádiz, de 27 de marzo de 2007. No obstante, se advierte que «las circunstancias personales en cuanto se integran por la mera carencia de antecedentes, por sí sola es circunstancia neutral»; Vid. STS 56/2014, de 29 de enero de 2015.

(42) Vid. SAP Vizcaya, de 4 de mayo de 2001; SAP León, de 31 de octubre de 2002.

(43) Vid. SAP León, de 31 de octubre de 2002; SAP Guadalajara, de 11 de octubre de 2004.

(44) Vid. STS, de 29 de septiembre de 1993; ATS 2971/2009, de 21 de diciembre.

(45) Así, por ejemplo, STS, de 31 de enero de 1992, si bien la resolución lo valora desde el punto de vista de la culpabilidad, cuestión criticada por De La Mata Barranco, indicando que «si de lo que se trata no es de penalizar por una mayor culpabilidad, sino en realidad de tener en cuenta que la especial gravedad del hecho no puede compensarse con una situación personal a valorar favorablemente y que en este sentido se ha de priorizar aquella, ningún problema habría en aceptar la conclusión a la que se llega»; Cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J., *La individualización...* ob. cit., p. 164.

(46) Vid. STS, de 24 de julio de 2000; SAP Madrid, de 17 de noviembre de 2000.

para ingerir un tóxico potencialmente mortal y transportarlo durante horas dentro de su organismo».

En cuanto a la posición social del delincuente, se ha valorado el estatus cultural (47), profesional (48) y económico para individualizar la pena. En cuanto al estatus cultural del delincuente, también será relevante en la determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición, esto es, el desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta por motivos culturales, cuestión especialmente importante en la valoración de delitos culturalmente condicionados como la mutilación genital femenina (49). Del mismo modo, en el caso de delincuentes extranjeros se han tenido en cuenta los factores de arraigo social y familiar para dejar sin efecto la medida sustitutiva de expulsión del territorio nacional (50).

El estatus económico del delincuente es de obligatoria valoración, *ex artículo 50.5 CP*, en la determinación de la pena de multa que también tendrá que tener en cuenta «*la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo*». Pero con ello no se requiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que puedan afectar a las disponibilidades económicas del acusado, que resulta imposible y es, además desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permiten efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse (51). En este punto, algunas resoluciones se han pronunciado acerca de la proporcionalidad de la pena pecuniaria en situaciones de indigencia, adecuando la sanción e imponiéndola en los límites mínimos permitidos por el Código penal (52). Así lo ha expresado el TS en algunas de sus resoluciones, indicando expresamente que el límite mínimo de la pena de multa queda reservado para casos

(47) Así, por ejemplo, la STS, de 24 de julio de 2000 justifica una pena más leve atendiendo al hecho de que el procesado por tráfico de drogas era un «hombre de pueblo fácil de tentar» y continúa diciendo que «es una cuestión que no afecta al recurrente de modo exclusivo, sino a todos los que se encuentran en la misma situación que él, ciudadanos hispanoamericanos que se prestan a colaborar con el narcotráfico».

(48) Por ejemplo, tener un trabajo estable, *Vid.* SAP Lugo, de 10 de noviembre de 2003.

(49) Al respecto, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., «La legislación y jurisprudencia penal española sobre la ablación. El tipo cualificado de lesiones del artículo 149.2», en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 30, 2014, pp. 829-882.

(50) *Vid.* STS, de 24 de julio de 2000; SAP Bizkaia, de 20 de julio de 2006.

(51) *Vid.* STS, de 3 de junio de 2014.

(52) *Vid.* SAP, de 9 de enero de 2003; SAP Murcia, de 23 de abril de 2003.

extremos de indigencia o miseria. Excepcionalmente, se ha valorado la situación económica y profesional del delincuente en los supuestos de penas de inhabilitación para la conducción de vehículos a motor con el fin de no privarle de su único medio de subsistencia (53) y siempre que el delito no guarde relación con la seguridad del tráfico. Este aspecto también puede encontrarse en algunos tipos penales concretos, como es el caso de la nueva redacción del artículo 298.2 CP que establece que en los supuestos de receptación en los que se trafique con los efectos del delito *«los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para l ejercicio de su profesión o industria»*.

Finalmente, dentro de las circunstancias personales del delincuente parecen haberse descartado aquellas situaciones de posible discriminación que afecten exclusivamente a la ejecución de la pena que, en todo caso, deberán tenerse en cuenta en el segundo estadio de individualización de la pena privativa de libertad al que hacía referencia con anterioridad. Así, la SAP Cádiz, de 28 de septiembre de 2000, considera que no debe atribuirse ningún efecto penológico a la condición de transexual del condenado y que, en todo caso, *«podrá tenerse en cuenta a la hora de establecer un régimen penitenciario»*.

También las circunstancias personales del delincuente tienen relevancia a la hora de aprobar la suspensión de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 80.1 CP en el que se indica que *«para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas»*. Importante es la valoración de las circunstancias personales del delincuente extranjero en la suspensión de la medida de expulsión del territorio nacional, pues el artículo 89.4 CP establece que *«no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes*

(53) Vid. SAP Zaragoza, de 30 de octubre de 1995; SAP Las Palmas, de 24 de septiembre de 1998; SAP Murcia, de 20 de octubre de 1999; SAP Madrid de 7 de noviembre de 2000; SAP Las Palmas, de 27 de abril de 2001.

y *circunstancias personales*». En el apartado quinto del precitado artículo también se hace alusión a la valoración de tales circunstancias para estimar la duración total de la expulsión (54).

Una cuestión importante a tener en cuenta es que, tras la reforma operada por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (en adelante, LO 1/2015), las circunstancias personales del delincuente también serán valoradas en la revisión de la nueva pena de prisión permanente revisable donde, nuevamente, revierten en una discutible aproximación al concepto de peligrosidad criminal (55). No obstante, en general, la nueva regulación supone una limitación de las alternativas punitivas para los jueces y Tribunales, puesto que en la mayor parte de los casos no existirá discrecionalidad alguna y la prisión permanente revisable deberá imponerse obligatoriamente incluso aunque las circunstancias personales desaconsejen tal castigo. Por tanto, las circunstancias personales de los penados solamente podrán influir en el juicio de peligrosidad de la revisión (56).

De este modo, la suspensión de la prisión permanente revisable, regulada en el artículo 92 CP, en realidad establece el régimen de revisión de la nueva consecuencia jurídica, incluyendo nuevos periodos de seguridad en su cumplimiento. Así, se hace depender de un pronóstico de reinserción social favorable la suspensión de la pena, teniendo en cuenta los siguientes factores a valorar por la junta de tratamiento del centro penitenciario y sus informes en el que cumpla su condena y los especialistas peritos que el Tribunal determine: 1. Personalidad del penado; 2. La relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados en caso de reincidencia; 3. Conducta del propio penado; 4. Circunstancias familiares y sociales; y, por último, 5. Los efectos que quepa esperar de la propia suspensión. En este apartado es donde, a mi juicio, mayor indeterminación se introduce a la hora de valorar la situación del penado. Sobre esta cuestión Gimbernat Ordeig sentencia

(54) Conforme a la literalidad del precepto, «*el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado*».

(55) Que, incluso, se utiliza para determinar su imposición, pues el artículo 77 del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional), establece la posibilidad de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

(56) *Vid.* CÁMARA ARROYO, S., «La más criminal de las políticas: la revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)», en *La Ley Penal*, núm. 116, 2015.

con acierto que «la suspensión de la prisión perpetua revisable (...) se hace depender de unos criterios que están en contradicción con postulados que deberían considerarse irrenunciables en un Derecho penal democrático» (57).

Por último, como ya se ha señalado, las circunstancias personales del autor tendrán especial relevancia en la aplicación de nuestro sistema penitenciario de individualización científica a la hora de clasificar al interno en un grado de tratamiento y régimen de vida asociado al mismo, donde se despliegan los plenos efectos de la finalidad preventivo especial de las penas. Debido al reducido espacio de este estudio, tan sólo podremos hacer referencia a los artículos que quedan recogidos en el Código penal, remitiendo al lector a nuestra mejor doctrina penitenciaria para mayor información al respecto (58). Así,

(57) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la vigésima primera edición», en Gimbernat Ordeig, E. y Mestre Delgado, E. (Eds.), *Código penal*. 21.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 21.

(58) Además de las obras ya citadas de García Valdés y Fernández Bermejo, acerca de los criterios de clasificación penitenciaria, puede consultarse, sin ánimo exhaustivo, la siguiente bibliografía: ALARCÓN BRAVO, J., «La clasificación penitenciaria de los internos», en *Poder Judicial*, número Extra 3, Madrid, 1988; BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 1, Madrid, 1989; MADRID SAAVEDRA, M., «La Junta de Tratamiento. Clasificación de los internos. El tercer grado: criterios», en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, 2000; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*. Dykinson, Madrid, 2002; del mismo autor: *La evolución de la clasificación penitenciaria*. Ministerio del Interior, Madrid, 2005; «Legislación aplicada a la práctica: la continua reforma de la clasificación penitenciaria», en *La Ley Penal*, núm. 21, 2005; «Clasificación en tercer grado y medio abierto», en *La Ley Penal*, núm. 67, 2010; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria», en *La Ley penal*, núm. 8, 2004; ARANDA CARBONELL, M. J., «Una aproximación práctica a la clasificación penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 252, 2006; la misma autora: «La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 84, 2005; ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Jurisprudencia aplicada a la práctica: clasificación de interno en tercer grado de cumplimiento por razones humanitarias (Comentario al Auto de 19 de abril de 2004, del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria)», en *La Ley Penal*, núm. 8, 2004; SANZ DELGADO, E., *Regresar antes los beneficios penitenciarios*. Ministerio del Interior, Madrid, 2007; del mismo autor: «Acortamientos de la condena los beneficios penitenciarios en la actualidad», en Cuerda Riezu, A. (Dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de Profesores y Estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*. Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005; también: «El trabajo penitenciario y el principio de flexibilidad», en García Valdés, C. (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008; y «Tutela antidiscriminatoria y entorno penitenciario», en Escobar Roca, G. (Ed.), *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional del PRADPI*.

el artículo 36.2.d CP indica que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario (régimen de vida abierto) no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma en determinados supuestos, pero el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior. La misma limitación a la flexibilidad de nuestro sistema de individualización científica puede encontrarse en el artículo 78 CP respecto a la acumulación de penas privativas de libertad, donde también se valorarán las circunstancias personales del reo. El artículo 90.2 CP también barema las circunstancias personales del penado para la suspensión del resto de la pena y el acceso a la libertad condicional, aunque en un sentido diferente, pues exige una «*modificación relevante y favorable de aquéllas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa*». En los supuestos de grave enfermedad o senectud del interno, también se valorarán las circunstancias personales para la concesión de la libertad condicional, por razones obviamente humanitarias (art. 91 CP).

III. UN CASO PARADIGMÁTICO DE ESTADO DE NECESIDAD EN SITUACIONES DE RIESGO SOCIAL: EL HURTO FAMÉLICO

Las circunstancias socioeconómicas del autor del delito no sólo tendrán incidencia en la individualización de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.6 CP, sino que también podrán ser valorados en la causa de justificación de *estado de necesidad*, que elimina la antijuridicidad del hecho. Ciertamente, mientras que los principios humanitarios en relación con los estados de riesgo social brillaban por su ausencia en nuestras primeras normas penales —en las que se castigaba con la pena de muerte el hurto y el robo—, el avance de los dere-

Dykinson, Madrid, 2013; SÁNCHEZ PARRA, F. J., «Criterios a valorar para la clasificación en tercer grado penitenciario», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008; FUENTES OSORIO, J. L., «Sistema de clasificación penitenciaria y el “periodo de seguridad” del artículo 36.2 CP», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2011; MILLA VÁSQUEZ, D. G., *Los beneficios penitenciarios como instrumentos de acercamiento a la libertad análisis desde la legislación iberoamericana*. Tesis doctoral. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2014.

chos sociales a partir de las postrimerías del siglo XIX y, sobre todo, durante el siglo XX, se aprecia un cambio de paradigma importante en el tratamiento penal del hurto cometido para sufragar los estados de hambruna o indigencia (59). Así, nuestras primeras codificaciones –Código Penal de 1870– estimaban, como máximo, la aplicación de una simple circunstancia atenuante al que hurtaba por hambre, por considerar que obraba con arrebató y obcecación. A partir del Código Penal de 1944, el TS estableció una doctrina consolidada a favor de la incardinación del hurto o robo famélico en el ámbito de aplicación del estado de necesidad.

De esta manera, la sustracción de alimentos y ropas (60) por parte de quienes se hallan en una situación de miseria ha sido considerada como una circunstancia merecedora de la exención o de la atenuación de la responsabilidad criminal.

Tal y como expone Del Olmo, la jurisprudencia actual del TS (61) establece un concepto amplio del hurto famélico (62), necesario o miserable, que comprende la sustracción de bienes ajenos para atender necesidades urgentes y vitales, como la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médico-farmacéutica, sin que realmente excluya la posibilidad de que el apoderamiento de otro género de bienes muebles ajenos no pueda tener cobertura dentro de la eximente o atenuante de estado de necesidad, dado que la enumeración de necesidades perentorias que se efectúa parece que es a título ejemplificativo, no como una lista tasada (63). Además de la sustracción de bienes ajenos, la jurisprudencia ha admitido que dentro de la definición de hurto famélico pueden quedar evidentemente incluidos otros ataques patrimoniales como las defraudaciones (64).

(59) Sobre la evolución histórica de esta particular figura de estado de necesidad, *Vid.* MURILLO VILLAR, A., «Reflexiones acerca de la relación entre el estado de necesidad y el hurto famélico desde una perspectiva histórica», en Camacho de los Ríos, F., y Calzada González, M. A. (Coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*. Edisofer, Madrid. 2005, pp. 401-420.

(60) Para paliar el hambre y cubrir el cuerpo o protegerse del frío, según la clásica definición. Al respecto, *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV, Ed. Losada, Buenos Aires, 1961, p. 486.

(61) *Vid.* SSTS, de 9 de diciembre de 1985; de 21 de enero de 1986.

(62) Acerca de la evolución del hurto famélico en la doctrina clásica, *Vid.* JULIÁN PEREDA, P., «El hurto famélico o necesario», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 17, 1964, pp. 5 y ss.

(63) *Cfr.* DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico y la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación», en *Diario La Ley*, núm. 6426, 21 de febrero de 2006.

(64) *Vid.* STS 1153/1991, de 20 de marzo.

Por tanto, en aquellos supuestos, no sólo de grave riesgo social o de desamparo, sino de peligro vital para el trasgresor de la norma que sustrae propiedades ajenas sin la voluntad de sus dueños, en los que tal comportamiento apriorísticamente delictivo sea «*el único medio para evitar el peligro o escapar de la situación de necesidad y que se hayan agotado otras posibilidades como el recurso a las instituciones de beneficencia, públicas o privadas*» (65), se tendrán en cuenta las especiales circunstancias socioeconómicas del autor para establecer la exención de responsabilidad criminal por vía de la figura del estado de necesidad.

La jurisprudencia del TS exige la concurrencia de los siguientes requisitos para estimar la figura del hurto famélico (66):

a) *Realidad, gravedad e inminencia del mal que se trata de evitar.* Se trata, en definitiva, de uno de los requisitos esenciales de la causa de justificación del estado de necesidad (art. 20.5 CP).

b) *Que se actúe a instancias o impulsos del estado de precariedad, penuria o indigencia en que se halle el sujeto activo o su familia.* Esta circunstancia aúna las circunstancias personales derivadas de la situación socioeconómica del delincuente, puesto que refleja el estado psicológico de desesperación o, al menos, inexigibilidad, que provoca su situación de riesgo social que lleva al sujeto actuante a cometer el hecho delictivo (67).

c) *Que no se trate de una mera estrechez económica, más o menos agobiante.* En este punto el TS establece una valoración cuantitativa de la situación de pobreza exigida para que se considere el estado de necesidad. El TS se refiere, en suma, a situaciones de pobreza límite (68), si bien la condición de indigente no tiene por qué

(65) Vid. SSTS del TS de 4 de diciembre de 1987; de 8 de abril de 1988; de 13 junio de 1991.

(66) Vid. SSTS de 27 de diciembre de 1973; de 9 de diciembre de 1985; de 21 de enero de 1986; de 13 de noviembre de 1989.

(67) Decía, al respecto, el gran Jiménez de Asúa que «el hambre es susceptible de privar, a todo ser humano, de una parte de su libre albedrío, y de aminorar en él, en gran medida, la noción del bien y del mal; que un acto ordinariamente reprehensible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad, sin el cual la naturaleza rehúsa poner en ejercicio nuestra constitución física; que la intención de delinquir está todavía mucho más atenuada aún, cuando a las torturas angustiosas, resultantes de una larga privación de alimento»; Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal...* ob. cit., p. 468.

(68) Así, la STS 738/1972, de 9 de mayo, indicaba que aunque el procesado se hallaba en «*situación precaria por sus gastos familiares, al ser padre de familia numerosa y tener además a su cargo a su padre político*», estaba muy lejos de confi-

suponer automáticamente la aplicación de la eximente completa cuando no se cumplen los demás requisitos exigidos.

d) *Que se pruebe que se han utilizado todos los recursos que en la esfera personal, profesional y familiar, podía utilizar.* Se exige agotar todas las vías personales de ayuda económica antes de recurrir a la actuación delictiva.

e) *Que no haya otra solución que la de proceder de un modo antijurídico.* El sujeto que se encuentra en situación de indigencia debe haber agotado otros cauces menos lesivos para los bienes jurídicos protegidos para paliar su situación de necesidad. En este requisito se incluye el haber solicitado la ayuda de las instituciones públicas y privadas de beneficencia (69). En algunas resoluciones se ha argumentado que actualmente existen mecanismos sociales, a través de comedores sociales, ONG, etc. que permiten cubrir las necesidades esenciales más básicas sin necesidad de perjudicar el patrimonio ajeno (70). No obstante, la pretérita exigencia de un previo y penoso peregrinar, en demanda de auxilio, por establecimientos públicos y privados, de beneficencia así como se probara que constituían, la penuria, un peligro inminente para la vida, hallándose el necesitado al borde de perecer por inanición ha sido actualmente superada (71). En definitiva, por razones humanitarias nuestros Tribunales han entendido que la condición de inevitabilidad como exigencia, esencia de la eximente completa, debe ser valorada «con una cierta flexibilidad, pues el recurso subsidiario de acudir a la beneficencia pública o privada no siempre será factible por la urgencia del caso, lugar en que ocurra la necesidad, crisis económica que difi-

gurar un verdadero estado de necesidad en el sentido penal; también STS 582/1972 de 17 de abril. Críticos con esta restricción, VIVES ANTÓN, T. S. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 412, quienes proponen un concepto amplio de hurto famélico en el que también caben las situaciones económicas agobiantes a valorar dentro del estado de necesidad por razones de inexigibilidad.

(69) Así, por ejemplo, *Vid.* STS 2183/1991, de 13 de junio.

(70) *Vid.* SAP de Valencia de 17 de febrero de 2003; resolución criticada acertadamente por Del Olmo, quien expone que «resulta evidente que las ayudas sociales, públicas o privadas, no llegan a todas las personas incursas en situación de miseria, ni siquiera en los estados más desarrollados»; Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico...» ob. cit., nota 12.

(71) *Vid.* STS de 21 de enero de 1986; y, más recientemente, SAP Madrid 726/2014, de 11 de noviembre. Acerca de las críticas sobre este antiguo requisito, *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo II, 2.ª Ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pp. 281 y 282; y QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 525; DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico...» ob. cit.

culta tal recurso, etc.» (72). Además de ello, ha de tenerse en cuenta que la mera posibilidad de que dichas instituciones atiendan o auxilien al necesitado no equivale a la certeza de que exista solución a la situación concreta de necesidad, constituyendo una especulación que supone una valoración de la prueba en contra del reo (73).

f) *Que las cosas o bienes obtenidos sean aplicados a la satisfacción de las necesidades primarias del reo o las de su familia, sin que haya tomado más de lo estrictamente indispensable*. El destino de los bienes sustraídos debe ser sufragar el hambre, la necesidad de habitación, la asistencia médico-farmacéutica (74) o la desnudez (75) del actuante por lo que se eliminará el mero ánimo de lucro en la sustracción, quedando exclusivamente el estado de necesidad y la supervivencia como única motivación del delito (76). Por otra parte, también será de valoración que lo sustraído sea alimento u cosa mueble (ropas, etc.) para consumir el propio acusado y que no se trate de elementos de lujo con los que pretendiera lucrarse. No obstante, la carga de la prueba acerca de este último extremo recae sobre el imputado (77). Respecto a los medios de prueba idóneos para justificar el estado de necesidad, Del Olmo expone que «como punto de partida, es preciso indicar que cualquiera de los medios de prueba regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sería válido para demostrar la penuria económica o la miseria, pero consideramos que la declaración o alegación del acusado no debiera bastar para justificar tal situación, debiéndose corroborar por otros medios de prueba, incluida la testifical, porque habrá supuestos en los que será difícil aportar documentos al proceso acreditativos de tal extremo (ej., cuando se trate de extranjeros indocumentados en situación irregular en España). No obstante, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 2.^a) de 17 de septiembre de 2004 (rec. 392/2004), se aplica la eximente de estado de necesidad en un caso en el que la prueba de los hechos que justifican esta circunstancia consistió exclusivamente en la declaración de

(72) Cfr. STS 1153/1991, de 20 de marzo.

(73) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., Voz «Hurto», en VV. AA.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XI, Seix, Barcelona, 1979, p. 213.

(74) La jurisprudencia del TS ha eliminado la posibilidad de invocar el estado de necesidad del hurto famélico en los supuestos de toxicómanos que hurtan para conseguirse una dosis de la sustancia adictiva; Vid. STS 1082/1982, de 16 de septiembre.

(75) Es decir, que se «*aplicara lo sustraído a la satisfacción de esas vitales necesidades*», conforme a lo señalado en la ya citada STS 1788/1985, de 9 de diciembre.

(76) Sin que pueda admitirse, por ejemplo, el atraco a un banco; Vid. STS 914/1988, de 8 de abril;

(77) Vid. SAP Tarragona 67/2015, de 12 de febrero; SAP Madrid 35/2015, 19 de febrero.

las dos acusadas (que reconocieron el hurto de nueve kilogramos de arroz en un supermercado, sin otra prueba de cargo), aduciendo el Tribunal que si esta declaración “*se ha estimado creíble y suficiente para basar su condena también lo es para acreditar los elementos requeridos para aplicar la eximente de estado de necesidad*” (FJ 2.º), atendiendo, eso sí, a los datos concretos de que ambas mujeres son de Ecuador, donde el arroz es un alimento de primera necesidad, que se encontraban en situación de ilegalidad en España, sin trabajo, sin maridos y con cuatro niños entre las dos que alimentar» (78).

La falta de alguno de los requisitos exigidos, en particular el exceso del mal causado con relación a la necesidad sentida, dará paso a la eximente incompleta e incluso a la atenuante analógica (79). Adviértase, además, que en estos supuestos si se aplicara la pretendida exención plena, dado el carácter más o menos continuado en el tiempo de la necesidad a que se quiere atender, se estaría consagrando una impunidad de carácter permanente, incompatible con la propia finalidad preventiva que al Derecho Penal corresponde como medio para disuadir al ciudadano respecto de la realización de aquellos hechos que por su gravedad el legislador incluye entre los que han de ser castigados como punibles (80).

IV. FLEXIBILIZACIÓN EN LA IMPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS SANCIONADORAS EDUCATIVAS DE LA LORRPM ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL MENOR DELINCUENTE

Conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3 de la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante, LORRPM), «*para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor*».

Por tanto, en el régimen de elección de la medida la Ley Penal del Menor se establece un criterio basado en el *principio de flexibilidad*, que confronta algunos aspectos del rígido principio de proporcionali-

(78) Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «El hurto famélico...» ob. cit.

(79) Vid. SSTs de 5 de marzo y 8 de abril de 1988; y también, STS, de 20 de marzo de 1991.

(80) Vid. SAP Madrid 482/2005, de 22 de noviembre.

dad entre sanción y gravedad de los hechos propio del Derecho penal de adultos (81). Sin lugar a dudas, las circunstancias concretas del menor delincuente tendrán un mayor peso en el Derecho penal de Menores y, en mi opinión, no podrá aludirse a la falta de datos relevantes para su valoración, puesto que parece un requisito imprescindible que, además, deberá ser investigado durante el proceso mediante los informes del Equipo Técnico. Las medidas sancionadoras en el Derecho Penal de Menores deben ser educativas y adecuadas a la naturaleza de los hechos, perfil y circunstancias del menor. A hechos de carácter transgresor les corresponden medidas formativas proporcionadas al riesgo de deformación que presenta el menor en su desarrollo (82).

Para elegir la medida sancionadora educativa a imponer, en primer lugar deberá atender, por tanto, a la valoración jurídica de los hechos, esto es, a su calificación penal conforme a lo dispuesto en el CP. Algunos supuestos de especial gravedad, contenidos en el artículo 10.2

(81) El modelo tutelar de justicia juvenil propugnaba prescindir del principio de proporcionalidad entre sanción y castigo penal, entendiéndose que lo principal en la determinación de la medida era la peligrosidad del menor y las circunstancias personales del mismo. Si bien la Exposición de Motivos de la LORRPM rechaza expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cierto es que éste mantiene plena vigencia en el Derecho penal de menores. De hecho, la Exposición de Motivos LO 8/2006, que reforma la LORRPM establecía que *«el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido»*. Por otra parte, la SAP Barcelona, de 16 de octubre de 2002, advierte que *«se trata de medidas que tienen naturaleza penal y, por tanto, en su individualización debe tenerse en cuenta, no sólo el interés del menor en relación con su situación personal, sino también las circunstancias y entidad del hecho»* (énfasis añadido). Actualmente, la mayor parte de la doctrina entiende que el principio de proporcionalidad debe ser respetado en la determinación de la medida sancionadora educativa; *Vid.*, por todos, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Derecho Penal Juvenil*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 48. También la jurisprudencia ha tomado esta dirección, indicando que los criterios del artículo 7.3 LORRPM «deben conjugarse con el principio de proporcionalidad respecto a la valoración jurídica de los hechos»; *Vid.*, entre otras, SAP Ciudad Real 1/2015, de 13 de marzo. No obstante, *«no es la proporcionalidad, sino el interés del menor, el criterio predominante en la elección de la medida a imponer»*; Cfr. SAP Valencia 535/2012, de 25 de septiembre de 2012.

(82) *Vid.* SSAP Huelva 94/2005, de 22 de abril; 253/2010, de 20 de septiembre. La redacción extraída de las sentencias precitadas ha sido modificada en el texto, habida cuenta de lo obsoleto de su redacción, cuya significación, sin embargo, considero completamente válida. Así, las sentencias utilizan una conceptualización puramente correccional, alejada del actual modelo de responsabilidad penal, denominando a las medidas de la LORRPM como «medidas reformadoras» y haciendo referencia al «Derecho de Menores» en una redacción que recuerda a los postulados correccionistas y tutelares.

LORRPM y aquellos castigados en el CP con pena de prisión igual o superior a quince años tienen sus propias reglas de determinación y selección de las medidas (83). Para el resto de situaciones delictivas, el Juez de Menores tiene una gran discrecionalidad para imponer las medidas de considere oportunas, aunque también tendrá que tener en cuenta la proporcionalidad de la sanción a la gravedad de los hechos, siquiera como un criterio de determinación subsidiario respecto a los demás criterios de selección. Esto se refleja también en algunos límites formales contenidos en la LORRPM, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 8 LORRPM, en donde, como indica Colás Turégano, nos encontramos con una manifestación del principio acusatorio, en virtud del cual está prohibido imponer una medida más grave que la solicitada por la acusación (84).

Respecto a si la comparativa entre penas y medidas de la LORRPM debe trasladarse a todas en general o solamente a las privativas de libertad, la doctrina mayoritaria entiende, pese a las dificultades de la comparativa entre algunas penas y medidas, que debe seguirse un criterio amplio, incluyendo a todas las del catálogo del artículo 7 LORRPM. Por el contrario, la Fiscalía General del Estado entiende que solamente se encuentra adscrita tal comparativa al ámbito de las penas y medidas privativas de libertad (85). A los límites antes expuestos se sumarán los impuestos por el artículo 9 LORRPM (86) y el ar-

(83) Lo cual resta mucha flexibilidad al criterio de elección de la medida con base en las circunstancias personales del menor y su interés superior; *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M. A., «El sistema de aplicación de las sanciones en el Derecho Penal de los menores tras la Ley Orgánica 8/2006, 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. 104 y 105; CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 528, 534, 535, 551.

(84) *Vid.* COLÁS TURÉGANO, M. A., *Derecho penal de Menores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

(85) *Vid.* Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

(86) Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses. El precepto se encuentra pendiente de modificación, puesto que, conforme a la última reforma del CP introducida por la LO 1/2015, desaparecen las faltas. A falta de un criterio mejor, tendremos que tener en cuenta que lo

título 10 LORRPM, antes mencionado, que se ocupa de la posibilidad de imponer la medida de internamiento en régimen cerrado cuando: a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales; b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas; c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades; d) Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado; e) Cuando se trate de menores inimputables conforme a lo dispuesto en el artículo 5.2 LORRPM, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e).

A mi juicio, estos criterios puede resultar en una aplicación sistemática del internamiento cerrado, que no parece tener cabida en una norma penal que dice presentar «frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica» (87). No parece ser coherente esta declaración con la imposibilidad de aplicar otras medidas de índole más educativa que el régimen cerrado –precisamente el más aflictivo de los regímenes– ante esos delitos, siempre que las circunstancias especiales del menor así lo aconsejaran. En este caso, cabe matizar que, aunque efectivamente va en contra del principio individualizador de las medidas (por el que deberá primar ante todo la evaluación de las circunstancias del menor) el régimen cerrado sólo debería imponerse en caso de necesidad, pudiendo ser sustituido lo antes posible por otros regímenes de internamiento menos restrictivos (como el semi-abierto) para los casos de menores infractores problemáticos, pero cuyos delitos carezcan del elemento de «agresividad» plasmado en la LORRPM (88). Desde el punto de vista educativo, y teniendo en cuenta los informes elaborados por el Equipo Técnico de Menores, las medidas de internamiento deben de aparecer de todo punto necesarias a fin de que el menor adquiera los suficientes recursos de competencia social para permitirle un comportamiento responsable en la comunidad.

Respecto a los criterios de circunstancias familiares y sociales, y la personalidad del menor, habrá que estar a lo dispuesto en los informes de

dispuesto en esta regla de determinación quedará en lo subsiguiente para los denominados delitos leves de la nueva regulación penal.

(87) Conforme a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LORRPM.

(88) Vid. CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores...* ob. cit., p. 551.

los Equipos Técnicos (89) y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 LORRPM.

La medida sancionadora educativa deberá ajustarse, por tanto, a la situación familiar, social, educativa y criminal del menor delincuente de modo que se tendrán en cuenta factores tales como: los problemas psicosociales del menor [grado de socialización, impulsividad, autocontrol, motivación normativa, agresividad, gestión de la frustración y la ansiedad (90), consumo de estupefacien-

(89) Vid. SAP Valencia 535/2012, de 25 de septiembre, que matiza que «la selección y ejecución de las medidas por parte del Juez de Menores debe tener en cuenta, pero sin llevar a la vinculación, los conocimientos ofrecidos por los profesionales del equipo técnico» (énfasis añadido).

(90) Vid. SAP Madrid 50/2012, de 13 de marzo, que justifica la imposición de una medida de internamiento argumentando que «los informes insisten en que el menor presenta una sintomatología clínica de elevada ansiedad que no ha sido objeto de atención continuada, y que constituye un factor clave para su mejora e implicación en la medida, siendo por ello necesario el abordaje terapéutico junto con las actividades socioeducativas, dentro de un medio de mayor contención»; por su parte, la SAP Madrid 70/2012, de 24 de abril, valora el «síndrome de hiperactividad y dislexia que presenta el menor»; la SAP Madrid 123/2005, de 31 de mayo, indica que el menor encausado «cumple criterios psicodiagnósticos compatibles con trastorno de la personalidad disocial de inicio infantil y requiere intervención psicoterapéutica con el fin de que no curse en la edad adulta hacia un trastorno de personalidad antisocial»; también la SAP Valencia 535/2012, de 25 de septiembre, hace referencia a la necesidad de establecer una medida que lleve al menor a «interiorizar el cumplimiento de las normas, controlar sus impulsos, ni moderar sus reacciones agresivas»; la SAP Madrid 75/2003, de 23 de julio, expone que «la medida impuesta de cuatro sesiones de prestación de servicios en beneficio de la comunidad persigue que el menor reflexione sobre el alcance de sus comportamientos súbitos y desajustados, de modo que pueda superar las deficiencias intelectuales que refleja el informe psicológico, en cuanto a su limitación para la asunción de problemas e interpretación de las situaciones sociales con ausencia de consecuencias»; la SAP Tarragona, de 27 de octubre hace alusión a la «trayectoria de inadaptación y dificultad para aceptar las normas sociales, y que en el ámbito familiar, social y escolar tiene un bajo nivel de autocontrol»; en la misma línea SAP Madrid 120/2008, de 26 de junio; también la SAP Bilbao 4/2005, de 21 de enero, que valora las «conductas agresivas y violentas de alta intensidad (que no ha sido adecuadamente contenida o dirigida, a pesar de estar sometido al control de los servicios sociales desde hace años)». Un cuadro más completo de factores de riesgo se encuentra en la SAP Sevilla 169/2006, de 27 de marzo, en la que se valora la «falta de control y contención familiar del informado; relación con iguales de alto riesgo en un entorno social muy desfavorable y conflictivo; su personalidad vulnerable a la manipulación, impulsiva y con tendencia a la satisfacción rápida de sus necesidades. Presenta una inversión en su sistema de valores, percibiendo como positivos los comportamientos disociales y como negativos cualquier conducta prosocial; Ociosidad y desenvolvimiento en un entorno familiarizado con el consumo de drogas y otros tóxicos». La SAP Madrid 200/2005, de 4 de octubre, valora que «aunque actualmente sea mayor de edad, no ha iniciado un proceso de normalización, permanece ocioso, sin ocupación laboral alguna

tes (91), medio de socialización y barrio del menor (92), problemáticas culturales (93), etc.], los anteriores expedientes en la jurisdicción de menores no computables a efectos de reincidencia (antecedentes policiales, causas abiertas, etc.), la estructuración y relaciones del núcleo familiar (94), las prácticas de

al carecer de la más mínima motivación, se muestra poco sociable y flexible, tiene problemas de autocontrol y carece de organización de las defensas para manejar los problemas de forma constructiva»; de «vida desorganizaba del menor y falta de interés en los estudios» habla la SAP León 22/2007, de 29 de marzo. La «historia familiar y social disfuncional, con importantes carencias afectivas y educativas, que han marcado su evolución psico-emocional, derivando en una alteración de su psiquismo así como unos rasgos psicológicos en su perfil de personalidad» es valorada en la SAP Madrid 71/2008, de 5 de mayo. Lo «gratuito del comportamiento del menor que presenta ningún tipo alteración psicopatológica» es destacado en la SAP Melilla 31/2010, de 5 de abril.

(91) Vid. SAP Madrid 51/2012, de 13 de marzo; SAP Madrid 144/2004, de 6 de junio.

(92) En la SAP Tarragona 9/2013, de 21 de diciembre de 2012, se recogen las circunstancias personales del menor con la siguiente descripción: «convivió con sus progenitores, su hermana Valentina y su sobrino Argimiro, residiendo en un barrio con alto nivel de delincuencia, habiendo estado involucrado en muchas peleas en su infancia principalmente iniciadas por él mismo, habiéndose recomendado desde la escuela asistir a un programa psicológico para reconducir comportamientos agresivos sin haber asistido. Le consta un procedimiento abierto por delito de amenazas y lesiones. Consume hachís y no realizaba ningún tipo de actividad prosocial pasando su tiempo en la calle con amigos». También la SAP Sevilla 294/2009 hace referencia al entorno del menor, entre otros factores de riesgo tales como «la pertenencia a una familia desestructurada, consumo de drogas, la convivencia en una zona de alta conflictividad social y el encontrarse ocioso sin realizar actividad alguna formativa, educativa o laboral»; prácticamente en los mismos términos, SAP Málaga 177/2010, de 2 de marzo;

(93) Relacionado también con el error de prohibición, la SAP Ourense 38/2004, de 26 de mayo, tiene en cuenta las circunstancias personales y culturales del menor encausado: «originario de la República Popular China, llegado a España ocho meses antes de ocurridos los hechos, con desconocimiento de la cultura, costumbres y normas de este país y procedente de una sociedad jerarquizada y con los valores de obediencia y respeto a los mayores fuertemente arraigados». No obstante, termina desestimando la apreciación del mismo, también con base en las circunstancias personales del menor, indicando que «en la fecha de autos el menor se hallaba escolarizado en un instituto de esta ciudad y que su madre llevaba residiendo en España unos cuatro años» y, además, se tiene en cuenta a la hora de determinar la medida, pues «como bien razona la juzgadora “a quo”, apenas conoce nuestro idioma pese a constituir un instrumento fundamental para su comunicación y adaptación social, por lo que debe rechazarse la pretensión de sustituir dicha medida por la de amonestación».

(94) La SAP San Sebastián, de 24 de enero de 2002, valora positivamente que el menor «pertenece a una familia normalizada». Por otra parte, la buena relación familiar del menor fue valorada conjuntamente con otras circunstancias desfavorables en la SAP Madrid 102/2005, de 17 de mayo. Contrariamente, la familia del menor puede resultar un factor de riesgo al estar involucrada en actividades delictivas, como es el caso que se expone en la SAP Madrid 51/2010, de 22 de marzo. Un factor a tener en cuenta es el posible maltrato doméstico y las situaciones de conflicto intrafamiliar, como es el caso

crianza y control de los padres o cuidadores del menor (95), las carencias educativas, el absentismo y fracaso escolar (96), las circunstancias económicas (97) y laborales del menor (98) y su

expuesto por la SAP Santa Cruz de Tenerife 172/2010, de 21 de abril, acerca de un menor *«proveniente de una familia desestructurada, pues separados sus padres, vivía con su abuela y un hermano, siendo precisamente la abuela el sujeto pasivo del maltrato familiar, junto a tal circunstancia familiar, se evidencia un desconocimiento de los principios básicos de la convivencia, en cuanto no reconoce el principio de autoridad, presentando rasgos de una personalidad antisocial como la dificultad a acatar las normas, la falta de respeto a los derechos de los demás, escasa tolerancia a la frustración»*.

(95) La SAP Oviedo 479/2014, de 23 de octubre, ha entendido como circunstancias personales del menor bastante desfavorables el *«haber tenido varios expedientes más en la jurisdicción de Menores, viviendo en la actualidad con su madre, quien no es capaz de controlar sus actividades, ni de imponerle normas de conducta adecuadas, siendo finalmente muy significativo el hecho de que al menor no atendiese a las citaciones judiciales, no acudiendo al acto del juicio celebrado ante el Juzgado de Menores, ni tampoco al de la vista celebrada en grado de apelación»*. Por otra parte, la SAP Palma de Mallorca 98/2013, de 18 de abril, valora positivamente *«la existencia de un grupo familiar que ejerce el adecuado control sobre el menor»*; la SAP Murcia 130/2012, de 14 de marzo, justifica la selección de una medida de internamiento por tiempo prolongado, entre otros factores, en la *«inadecuación del modelo educativo proporcionado por sus progenitores, para el desarrollo emocional y maduración de la personalidad del menor»*; la SAP Santa Cruz de Tenerife 211/2011, de 17 de mayo, *«medio familiar carece de capacidad para operar con efectividad a través del programa de ejecución y con la libertad vigilada se le podrán marcar pautas y objetivos para reducir sus factores de riesgo. De esta manera podrá adquirir las habilidades, capacidades y aptitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social quedando sometido para ello a la vigilancia y supervisión de personal especializado»*; de *«déficit familiar para poder encauzar su conducta y para conseguir que tome su medicamentos»* habla la SAP Sevilla 465/2009, de 22 de septiembre. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta de modo especial en el caso de los menores extranjeros no acompañados: la SAP Madrid 34/2005, de 8 de febrero, se valora que el menor *«carezca de un referente adulto en nuestro país»*; de un modo similar a lo baremado en la SAP Madrid 83/2005, de 26 de abril, que advierte los siguientes factores de riesgo: *«sin control familiar en España, sin identidad cierta y sin perspectivas de hacer vida honrada en libertad»*. En la misma línea, SAP Madrid 69/2008, de 30 de abril; SAP Madrid 77/2008, de 16 de mayo

(96) *Vid.* SAP León 36/2007, de 26 de abril. También se hace hincapié en el *«déficit en aspectos básicos del aprendizaje y escasa motivación laboral»* la SAP Soria 9/2007, de 9 de febrero.

(97) Por ejemplo, situaciones de desamparo; SAP Palmas de Gran Canaria 91/2008, de 18 de marzo.

(98) Es posible que el menor se encuentre ya inserto en el mercado laboral cuando alcanza la edad correspondiente o realice algún tipo de actividad remunerada o formativo-profesional, por tanto, la extensión de la jornada laboral se tendrá en cuenta a la hora de determinar la medida; *Vid.* SAP Lleida 424/2014, de 10 de noviembre; SAP Madrid 260/2005, de 13 de diciembre; SAP Valladolid 306/2006, de 31 de octubre;

familia (99), la relación con los pares (100), su grado de responsabilización (101) y actitud con los adultos (102), etc.

(99) Sobre todo de cara a la responsabilidad civil *ex delicto* compartida con el menor, pero también como factor de determinación de la medida. Así, la SAP Tarragona 124/2009, de 9 de abril, indica que «las circunstancias del menor son muy complejas y de sus padres, también. Trabajan, han intentado favorecer su escolarización y han atendido cargas familiares muy graves».

(100) Factor importantísimo en el estudio de la delincuencia juvenil. La SAP Madrid 148/2011, de 30 de junio, una razón para la determinación de la medida el que el menor «*se relaciona con iguales con prácticas asociales como consumo de sustancias tóxicas. Se aconseja una medida de contención*»; también la SAP Murcia 74/2001, de 25 de octubre, indica que «*si se tiene en cuenta que el menor nunca ha conocido a su padre, que su madre ha estado en varias ocasiones en prisión, debido a su adicción a las drogas, y que el ambiente en que se desenvuelve [...] es muy conflictivo, señalándose en el informe psicológico, [...] que el grupo de iguales con el que se relaciona el menor presenta conductas disociales y son de edades y características socioculturales similares a las suyas, es claro que se debe confirmar la sentencia apelada, sobre todo añadiéndose en el informe mencionado que respecto al área familiar, la desestructuración y falta de control sobre el menor han influido e influyen en la actualidad en su adecuado desarrollo evolutivo*». En la SAP Tarragona 38/2006, de 19 de enero, hace referencia al «*absentismo escolar, indisciplina, falta de orientación y de sujeción a cualquier tipo de normas, vinculación con menores de características o rasgos similares*». La SAP 95/2008, de 3 de junio, evidencia la influencia de la relación con los pares, cuando a pesar de que el menor cuenta con un «*grupo familiar estructurado y constitutivo de adecuados modelos de conducta, considerando sin embargo la existencia de un factor de riesgo derivado del grupo de iguales que frecuenta, debido al carácter inseguro del menor y su tendencia a ceder fácilmente a la presión grupal*». La relación con los pares y la ausencia de control parental es especialmente importante en el caso de menores pertenecientes a bandas juveniles; al respecto, *Vid.* SAP Madrid 67/2008, de 28 de abril. Por otra parte, también se valoran las relaciones de riesgo con adultos en la SAP Madrid 163/2006, de 20 de junio: «*sin familia en España, no realización de actividad educativa ni formativa alguna, huida de centro de protección y relación con adultos con conductas delincuenciales*».

(101) La SAP Cádiz 33/2008, de 31 de enero, habla de «*falta de asunción de responsabilidades*». El grado de responsabilización del menor se tendrá especialmente en cuenta tras el cumplimiento de medidas previas, como es el caso de la SAP Murcia 145/2010, de 22 de julio, que vuelve a condenar a un menor que evidencia una «*nula interiorización de las normas y la ausencia de otros mecanismos de contención que eviten la reiteración delictiva y le permitan reflexionar sobre las consecuencias de su conducta*».

(102) Así, por ejemplo, su aceptación o no del principio de autoridad y su colaboración con los organismos de justicia penal juvenil, tal y como indica la SAP Sevilla 531/2013, de 18 de septiembre, cuando indica que «*atendidas las circunstancias personales del menor, su posición durante el expediente no reconociendo su culpa, no permitiendo ser examinado por el Psicólogo del Equipo Técnico y ocultar información de interés para la confección de su informe, además de la agresividad puesta de manifiesto, su falta de control de impulsos y el déficit familiar y social para poder encauzar su conducta, que aconsejan someterlo a una actuación complementaria en interés de su reeducación y en evitación de nuevas actuaciones antisociales que*

Especialmente relevante, a modo de ejemplo de lo anteriormente expuesto, es la SAP Santander 2056/2004, de 11 de junio, en referente a las circunstancias personales de dos menores de etnia gitana en situación de riesgo social (103) de cara a la selección y determinación de la medida: «*Los menores [...] pertenecen también a una familia de etnia gitana, dedicada a la chatarra y a la mendicidad. Ambos menores han tenido un proceso de socialización marginal, con falta de control y de límites en los patrones educativos de los padres hacia los hijos, no habiendo contado con unas condiciones estables y adecuadas para su desarrollo personal, persistiendo esas mismas circunstancias en su ámbito sociofamiliar que han sido determinantes, y suponen un importante riesgo para su evolución posterior*». Sobre esta cuestión, cabe indicar, como expone Nieto Morales, que «se tiene la concepción de que la etnia gitana presenta

podrían perjudicar seriamente su vida futura»; también la SAP Barcelona 969/2013, de 11 de diciembre, tiene en cuenta que se trata de un «*menor impulsivo y desafiante, con bajo tolerancia a la frustración y con graves dificultades para gestionar el conflicto, con incidentes agresivos en el Centro y falta de respeto a la norma y la figura de autoridad*»; la SAP León 36/2007, de 26 de abril, hace referencia a las «*relaciones con cierto nivel de conflictividad, tanto con profesores como con iguales*»; a que en el momento de su detención no opusiera resistencia alguna hace referencia la SAP Tarragona 489/2005, de 24 de mayo, mientras que la SAP Cádiz 33/2008, de 31 de enero, se refiere al «*desprecio ante el principio de autoridad que representaba la policía nacional*».

(103) Acerca de las situaciones socioeconómicas de riesgo de los menores delincuentes de etnia gitana no se han realizado apenas estudios en nuestro país, con meritorias excepciones. Así, en estudios anteriores a la promulgación de la LORRPM, se ha llegado a las siguientes conclusiones: «basándonos en las características socio-sanitarias conocidas del pueblo gitano y de los jóvenes delincuentes, pensamos que las causas probables de los trastornos de crecimiento y/o nutrición que presentan el grupo estudiado de adolescentes gitanos delincuentes son la escasez de nutrientes por falta de recursos socioeconómicos, los malos hábitos dietéticos, los trastornos de la conducta alimentaria propios de la adolescencia, un estilo de vida con conductas de alto riesgo para la salud (p. ej., abuso de tabaco/drogas/alcohol) y la existencia previa de malos tratos, negligencias, abandono y/o enfermedades crónicas. Estudios recientes sugieren que problemas conductuales como la conducta agresiva y antisocial y la delincuencia juvenil pueden estar asociados con deficiencias nutricionales»; Cfr. OLIVÁN GONZALVO, G., «Jóvenes gitanos delincuentes: crecimiento y estado de nutrición a su ingreso en un centro de reforma juvenil», en *MedClin*, núm. 118(3), 2002, p. 118. Al respecto, es interesante consultar el trabajo de fin de grado de FERNÁNDEZ SORIA, R. J., *Estudio sobre los menores en conflicto de etnia gitana. Condiciones de vida e influencia del entorno en el que se desarrollan*. Zaragoza, 2014. Dirigido por Gimeno Monteverde, C. Una de las cuestiones a tener en cuenta acerca de la etnia gitana y que puede influir en las circunstancias personales de los menores delincuentes es el rechazo de los medios de control social habituales, que quedan sustituidos por instituciones informales de justicia dentro de la propia etnia; *Vid.* Informe FIO sobre Derechos Culturales. Trama, Madrid, 2012, pp. 264 y ss.

grandes cifras delictivas, sin embargo, los menores de etnia gitana representan sólo el 5,9% de los menores con problemas con la ley, y proceden sobre todo de familias con graves problemáticas educativas y económicas» (104).

Junto al Fiscal y al Juez de Menores, la tercera figura protagonista en el proceso penal de menores será el Equipo Técnico. El Equipo Técnico se configura como un órgano auxiliar en el proceso, un verdadero «tribunal facultativo de oficio» (105), compuesto por psicólogos, educadores y trabajadores sociales especialistas en menores –aunque se abre la posibilidad en el Reglamento de que otros profesionales (v.gr. criminólogos) puedan formar parte de él–, que realizaran una suerte de informes periciales con el objetivo de determinar la situación personal del menor (106). Se trata, en suma, de un «órgano especializado, cuya presencia a lo largo del proceso es cuasipermanente y que desempeñan un papel tan importante, que, en nuestra opinión, de su adecuada configuración, inserción y funcionamiento, va a depender en gran medida, que la LORRPM sea un instrumento positivo para conseguir los fines educativo-sancionatorio que la impulsan y la búsqueda de respuestas equilibradas a los problemas delictivos de los más jóvenes» (107).

Sobre el contenido del informe del Equipo Técnico, autores como Rechea Alberola, Fernández Molina y Colás Turégano, han destacado algunos contenidos que se resumen a continuación (108):

(104) Cfr. NIETO MORALES, C., «Las infracciones penales de los jóvenes. Una mirada sociológica», en *Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, núm. 9, 2010, p. 47.

(105) Cfr. CÁMARA ARROYO, S., «Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delinquentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. 6, 2014.

(106) Sobre la importancia del Informe del Equipo Técnico, la pretérita Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado, perteneciente a la anterior regulación ha indicado que «los informes suponen una muy valiosa e imprescindible ayuda que proporciona al Ministerio Fiscal y al Juez datos fiables para la toma de decisiones; a través de ellos puede orientarse la medida más adecuada, se da contenido educativo a las medidas y se detectan situaciones de desprotección, lo que puede posibilitar otro tipo de medidas: las protectoras. Precisamente porque esta información adquiere la categoría de esencial al procedimiento, es necesario mantener continuos contactos con los profesionales que forman los Equipos Técnicos».

(107) Cfr. 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

(108) Vid. RECHEA ALBEROLA, C. y FERNÁNDEZ MOLINA, E., «Las ciencias psicosociales y el menor», en Martín López, M. T. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*. Cuenca, 2001; COLÁS TURÉGANO, M. A., *Derecho penal...* ob. cit.

1. Situación Psicológica y Psiquiátrica: anomalías patológicas, trastornos de la personalidad, carencia de habilidades sociales, empatía, autocontrol, niveles de frustración, impulsividad, etc.
2. Situación Familiar: familias desestructuradas, dinámicas familiares deterioradas, desarraigo familiar, patrones de crianza, problemática de los padres, problemas económicos, etc.
3. Situación Educativa: fracaso escolar, carencias educativas, falta de motivación y absentismo escolar, violencia escolar, etc.
4. Entorno social: aspectos comunitarios o ecológicos, barrio, grupo de iguales, ocio y tiempo libre, etc.

Como puede observarse, el informe abarca los principales elementos que configuran las circunstancias personales y socioeconómicas del menor. Ciertamente, existe una diferencia fundamental entre el Derecho penal de adultos y el Derecho penal de Menores respecto a la valoración de las circunstancias personales del delincuente. Mientras que, como se indicaba *supra*, en el caso de los adultos se trata de un baremo «residual» cuando no sea posible estimar otros métodos de individualización de la pena –circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal– y solamente operará para atenuar la misma, para los menores delincuentes se convierte en un criterio de imprescindible valoración que puede servir para argumentar la imposición de una medida sancionadora educativa más o menos restrictiva. Así, no pocas resoluciones hacen referencia a las circunstancias personales del menor para imponer una medida más gravosa, atendiendo a la necesidad de acotar los factores de riesgo socioeconómicos (109) o evitar el fracaso de los objetivos educativos y correccionales que inspiran la LORRPM (110).

(109) A modo de ejemplo, la SAP Bilbao 37/2015, de 14 de mayo, sostiene como argumento para la imposición de una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, en lugar de una simple amonestación, que *«si bien el hecho es leve, falta de hurto en grado de tentativa, prevención general, los factores de riesgo son considerables, prevención especial: bajo nivel de exigencia de obligaciones en entorno familiar y escasa importancia al ámbito formativo, alto nivel de absentismo a nivel educativo con bajo rendimiento escolar, falta de hábitos de estudio y no consecución de objetivos curriculares, a nivel de uso de tiempo libre carece de estructuración horaria, sin obligaciones en su tiempo libre más allá del cuidado de sus hermanos menores en ausencia de la madre. Es obvio que con una medida de amonestación como pretende la recurrente no va a interiorizar adecuadamente las consecuencias de sus actos ni se va a abordar los factores de riesgo a nivel personal, educativo y familiar que no son desdeñables»*.

(110) *Vid.* SAP Baleares, de 13 de noviembre de 2000.

Finalmente, el último criterio establecido para la determinación de la medida a imponer será el de interés superior del menor (111). 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. 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 cuestión debatida.

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, se deberá 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.

Finalmente, con mayor peso si cabe que en el caso de los adultos, las circunstancias personales y socioeconómicas de los menores delincuentes también deberán tenerse en cuenta en la ejecución y en el caso de modificación de las medidas (arts. 13 y 51 LORRPM).

(111) Un estudio pormenorizado de este concepto jurídico puede encontrarse en ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., «El interés superior del menor en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal», en *La Ley Penal*, núm. 114, mayo-junio 2015 (online).

V. CONCLUSIONES

Ante las constantes denuncias que la Criminología crítica y radical ha vertido acerca del mayor peso que ejerce el *iuspuniendi* estatal sobre las clases sociales más desfavorecidas, es preciso aclarar que, si bien no existe una firme correlación entre la pobreza y el delito, lo cierto es que la mayor parte de la población penitenciaria suele provenir de los sustratos más empobrecidos de la sociedad. La explicación a este fenómeno es compleja, por lo que no puede reducirse exclusivamente a la crítica normativa, sino que debe englobar también la fenomenología criminal completa –por ejemplo, diferencias penológicas y de perseguibilidad entre la delincuencia común y los denominados delitos de cuello blanco–, así como una mayor reflexión desde la perspectiva sociológica. En cualquier caso, es evidente que la Justicia penal no es la adecuada herramienta para solventar los problemas de Justicia social y no puede focalizarse en ella el peso de las desigualdades del sistema.

Entrando a valorar consideraciones de índole jurídico-penal, el análisis de nuestro actual ordenamiento punitivo de adultos muestra una atención más bien residual a las circunstancias socioeconómicas del penado a la hora de individualizar la pena privativa de libertad ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No obstante, el artículo 66.1.6 CP no es la única vía en la que se van a apreciar tales razones, teniendo una mayor incidencia en la pena pecuniaria (art. 50.5 CP) en la que se convertirán en el principal criterio de evaluación. Se evidencian en el presente estudio dos problemas fundamentales en nuestra legislación penal vigente: por un lado la falta de elasticidad de la que adolece la normativa expuesta de cara al uso de la argumentación sobre la situación socioeconómica del penado para la individualización de la pena, que se ve acotada materialmente en los supuestos en los que el juzgador no tiene elementos de valoración de tales circunstancias o, formalmente, por las propias restricciones con las que opera el artículo citado; y, por otra parte, la indefinición de la propia expresión utilizada por el legislador «circunstancias personales del delincuente», que ha sido tratada como una especie de «cajón de sastre» en el proceso de individualización primaria de la pena, si bien nuestra mejor jurisprudencia ha aclarado parte de su contenido.

La previsión legal queda complementada por algunos artículos de la parte especial, en los que se hace alusión nuevamente a las circunstancias personales del delincuente como elemento de ponderación de la horquilla penal. De este modo, podrá orillarse en algunos delitos, en

los que tales circunstancias son especialmente relevantes, la limitación del artículo 66.1.6 CP.

Además de ello, existe una figura específica en la que las condiciones socioeconómicas del delincuente pueden ser tomadas en consideración: el estado de necesidad. En especial, en los delitos patrimoniales clásicos la situación económica del sujeto activo puede ser reveladora. Los requisitos son, por supuesto, bastante restringidos. No obstante, es posible observar una progresiva modulación en la interpretación jurisprudencial del estado de necesidad justificante, así como por causas de inexigibilidad en los supuestos de hurto famélico.

Por el contrario, la atención a las circunstancias socioeconómicas del menor delincuente –que se extienden, en la mayoría de los supuestos, a las de su núcleo familiar– parecen ser de obligada consideración por parte del juzgador a la hora de determinar la medida sancionadora educativa. En este sentido, la preceptiva previsión de los informes del equipo técnico sobre la situación psicosocial del menor será determinante para valorar tales circunstancias socioeconómicas, elevándose a la categoría de herramienta imprescindible en el proceso de individualización de la sanción. Desgraciadamente, las progresivas reformas endurecedoras que ha sufrido nuestro Derecho penal de Menores han eliminado gran parte de la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de selección y determinación de la medida sancionadora educativa, introduciendo tipologías en las que será de obligada imposición la medida de internamiento en régimen cerrado.

La injusticia de las costas en el proceso penal

RICARDO YÁÑEZ VELASCO

Magistrado. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho procesal

RESUMEN

El sujeto pasivo del proceso penal que no disfruta de la justicia gratuita afronta dos posibles consecuencias procesales contra su patrimonio. Condenado habrá de satisfacer el coste económico del proceso, y aunque mantendrá la gratuidad de los gastos intrínsecos al servicio público (sueldos de jueces, fiscales y otros funcionarios, infraestructura, intérpretes) en detrimento de un contribuyente que quizá nunca sea litigante, tendrá que abonar costas del acusador particular salvo excepcionalmente (temeridad y/o malicia). Es irrelevante la utilidad procesal de los oponentes y las estimaciones parciales de la pretensión penal. Y también asumirá en exclusiva el coste de la acción civil acumulada, aun desestimada. Absuelto no pagará las costas oficiales, del acusador particular y/o actor civil, pero nadie satisfará sus propios gastos, perjuicio patrimonial irreparable. La crítica de estas y otras injusticias motiva el presente trabajo.

Palabras clave: Costas procesales, justicia gratuita, acusador particular, acción popular, temeridad, mala fe.

ABSTRACT

The passive subject of a criminal procedure who doesn't get granted from free justice has to confront two potential processual consequences against its patrimony. Condemned should meet the economic cost of the process, while keeping free of the intrinsic expenses of the public service (salaries of judges, attorneys and other public officials, infrastructure, interpreters...) in detriment of a taxpayer who may never be a litigant, as well as paying the cost of the particular accuser with the exception of temerity or malice. It is irrelevant the processal utility of the opponents and the partial estimations of the criminal pretension. And condemned should also assume exclusively the cost of the

accumulated civil action even if it is rejected. Acquitted won't pay the officials expenses, of the particular accuser and/or civil claimant, but nobody will pay its own expenses, irreparable patrimonial injury. The critique of these and others injustices motivates the present work.

Keywords: *Processal expenses, free justice, particular accuser, popular action, civil action, temerity, malice.*

1. INJUSTICIA Y GRATUIDADES DE HECHO. PLANTEAMIENTO

El artículo 123 del Código penal español (CP) prescribe que las costas procesales se imponen por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito, que de ese modo adquieren obligaciones económicas como parte de los efectos de una condena en firme. No suele importar que el fallo judicial pueda mostrar muchos grados de parcialidad respecto de lo solicitado por el acusador o acusadores en sentido netamente contrario. Por su parte, aunque el acusado absuelto no deberá ser condenado al pago en costas, no en vano el legislador las excluye expresamente de la sentencia, habrá asumido una serie de gastos para su propia defensa, entre ellos los que pueden calificarse en sentido estricto de costas procesales, todos sin posibilidad de recuperación. Particularmente, desde un primer momento tiene la obligación de pagar derechos de procurador, honorarios de abogados, de peritos a instancia e indemnizaciones de testigos por sí propuestos si no se le ha concedido el derecho de gratuidad (arts. 121 I y 242 II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECr). Se plantea con ello una de las mayores injusticias que provoca el proceso penal en quien tras su conclusión sigue siendo considerado inocente. Una auténtica victimización económica directa de cualquier inculpado. Sólo existe una excepción, y así bajo unos criterios especiales estrictos, el abono de esos costes propios por la no siempre presente acusadora particular.

En la práctica, además, también cualesquiera otro litigante, inculpado o no, asumirá el coste dinerario desembolsado si dejó de ser parte antes del dictado de sentencia. Pues, la marcha anticipada suprime eventual condena en costas a pesar de que lo mereciera en favor o en contra por la conducta procesal desplegada y la utilidad obtenida. El sujeto condenable no sólo debiera ser quien mantiene la posición de parte al pronunciarse el fallo, también quien lo fue si con su separación del proceso no se resolvió en esta materia, que es lo acostumbrado.

A su vez, con el artículo 240.1.º LECr se obtiene una declaración de oficio teóricamente identificada a la atribución de las costas contra

el Estado. Pero en realidad no es así, porque se trata de consolidar el planteamiento del antecitado artículo 121.I LECr LECr. Cada parte pagará sus propios gastos, en particular los de abogado y procurador, y testigos y peritos que declararon a su propuesta, quienes tienen derecho de exacción por vía de apremio si no se les satisface voluntariamente (art. 242 III LECr). Cuando la defensa y/o la eventual acusación particular instan iguales testigos y peritos que el Estado propone a través del Ministerio fiscal que lo representa, nunca contribuirá este último en porción ninguna. El coste será asumido por todos los demás. Llama la atención de qué modo muchas defensas se adhieren a la prueba propuesta del Ministerio fiscal o de la acusación particular, cuando la misma resulta por definición de cargo, característica del *onus probandi* acusador, siendo así que la absolución no impedirá la asignación de todos los gastos generados por tales medios de prueba practicados, bien a prorrata con la acusación particular, bien exclusivamente unidos como propias costas si sólo existió el Ministerio público que nada pagará. En fin, ese modo de proponer prueba no sólo es discutible por innecesario en atención a la carga de la prueba de la defensa –que igualmente disfrutará de la prueba del contrario por adquisición procesal sin proponerla como propia– sino que la convierte en deudora muchas veces única si sólo existe acusación pública, de todo el aparato probatorio que ha sido llevado al juicio precisamente en su contra. Al menos, cuando el Ministerio fiscal o un letrado público sea único proponente de determinados testigos y peritos, la declaración de oficio implicaría el pago del Estado al no haber atribución singular a ninguna otra parte procesal. Por ejemplo cuando se insta la presencia como testigo del procurador que interpuso denuncia en representación procesal *de facto* de su cliente, a pesar de no tener ningún conocimiento relevante de los hechos (1), y los gastos propiciados difícilmente serán satisfechos por el Estado. Igual ocurre con el tiempo laboral de los agentes de policía que no tuvieron que ver con el atestado instruido, o sujetos que se afirman relevantes como testigos presenciales cuando nunca lo fueron, incluso renunciándolos el fiscal actuante en el acto del juicio oral –distinto del que calificó provisionalmente y propuso prueba– al apreciar su irrelevancia absoluta o prescindibilidad.

Finalmente, la injusticia de los planteamientos efectuados se extiende a la acción civil acumulada en un enjuiciamiento criminal. Desde el punto de vista de un proceso civil ulterior, donde se analice la acción civil reservada de la víctima u ofendido, o de otro perjudi-

(1) Ese dato procesal de la presentación de la denuncia –quién sabe si a efectos de procedibilidad o de prescripción– ya consta documentado.

cado, o de la presunta víctima en casos de absolución penal precedente, será de aplicación el régimen general de las costas procesales civiles. En tal caso se seguirán las reglas del vencimiento objetivo, la estimación sustancial de la demanda o la estimación/desestimación parcial, con un muy limitado apéndice a la temeridad y la discrecional atenuación de las dudas de hecho o de derecho. Un sistema de justicia distributiva con ciertos desequilibrios pero que nada tiene que ver con lo que habría ocurrido si la acción civil se hubiera acumulado al proceso criminal y embebido de las reglas de asignación de costas al condenado penal. En efecto, cuando el acusado es absuelto, salvo supuestos específicos relacionados con algunas causas de justificación de la antijuricidad, el juez penal carece de competencia objetiva para resolver sobre la cuestión civil (2). Y pese a vincularse a un cuerpo de hechos comunes no supone la condena en costas del demandante civil acumulado, sea o no, también, acusador particular. Pero es que cuando el actor civil no ve estimada total o sustancialmente su pretensión, si también litiga en la condición de acusador particular, por regla general no soporta ningún tipo de consecuencia económica salvo que se alegue y acredite la temeridad o mala fe procesal en el ejercicio de su acción penal porque no se da valor a las discrepancias en cuanto al objeto civil acumulado. En tal sentido comparecer como actor civil es gratis (3). Es más, a veces quien sólo puede demandar civilmente es incorrectamente admitido como acusador particular careciendo de legitimación activa para ello (4), por lo que el escudo de gratuidad es absolutamente falaz. De cualquier modo, puede señalarse que la acumulación de acciones genera, en sí misma y con independencia del resultado obtenido en el ámbito del objeto civil acumulado, la injusticia de la automática gratuidad para el actor como regla de principio. Un significativo desajuste con respecto a aquello que ocurriría en un proceso civil separado que incrementa la injusticia del condenado

(2) La peculiar excepción reside en el Derecho transitorio de la LO 1/2015, de 30-III, para los procedimientos por falta iniciados antes del 1-VII-2015 y despenalizados después de esa fecha los injustos que traen causa; su DT 4.^a se dirige, además, al juez instructor inevitablemente, llamado a la prosecución del ejercicio de la acción civil acumulada, no tanto a la transacción sobre la misma, lo que puede tener lugar, simplemente, antes de aplicar el régimen transitorio al caso penal y archivar definitivamente el proceder, por ejemplo por despenalización.

(3) Si la única discrepancia entre Fiscalía y acusación particular es la civil no importa, SAP Barcelona, Sec. 7.^a, 343/2013, de 25-III, rollo 20/2013.

(4) Cuando lo que en realidad se ejercita es una acción civil, normalmente por subrogación. Y no parece que se articulen motivaciones coherentes que justifiquen en ello la legitimación penal, que deviene porque sí. V. una crítica a esa especie de inercia injustificada en YÁÑEZ VELASCO, R., «Mentiras procesales (I)», *Economist & Jurist*, núm. 175, noviembre 2013, pp. 88 y s.

penal –aun absuelto total o parcial de las pretensiones civiles vertidas en su contra–, por el mero hecho de reo.

Quizá la despreocupación a la indemnidad total del sujeto pasivo del proceso atienda a su no infrecuente insolvencia, que impone la designación de un letrado cuyos honorarios, al igual que los de un perito o los gastos del procurador, serán satisfechos por un erario público si se concluye en la gratuidad (5). Un determinado perfil de inculpado, dicho sea que en absolutorio excepcional o minoritario, nunca pagará nada, sea o no condenado, porque nada podrá pagar. Pero con ello se plantea una singular perspectiva de la gratuidad. Marginando que la misma deriva de un trámite específico no pocas veces omitido, conviene subrayar que el beneficiario de la justicia gratuita no está exento de la condena en costas, sino de la ejecución de éstas en su contra. De esa manera, no podrá oponerse a un pronunciamiento que se las imponga, aludiendo por ejemplo a que son indebidas como un todo: ya una vez condenado podrá oponerse al apremio de esa ejecución de costas en su contra, salvo por sobrevenir la capacidad de pagar (6). Es más, si la sentencia no condena en costas a nadie, pero vence quien obtuvo el reconocimiento de la justicia gratuita, habrá de pagar las costas causadas en su defensa, con el límite de la tercera parte de lo que haya obtenido desde el punto de vista económico. Esto es, cualquier indemnización permitirá que aun con el beneficio de gratuidad reconocido, abone sus propias costas siempre que no superen la tercera parte de lo obtenido, por mucho que la insolvencia cuando menos parcial del sujeto imponga que el pago sólo será viable una vez recibida la indemnización mencionada. Con todo, la insolvencia del condenado puede bloquear esa obligación y generalizada en la práctica, convertir (incorrectamente) en inútil todo supuesto que se aleja del ejemplo insolvente.

(5) V. STC 1994, de 20 de enero.

(6) La eficacia y exigibilidad de la condena en costas tiene por condición jurídica la mejor fortuna del sujeto condenado; SSTS 3-I-1980, núm. 2, 19-XII-1980, núm. 1442, 22-I-1992, núm. 4224/88. En ATS 25-XI-2002 (rec. 831/2001) se acuerda realizar y aprobar la tasación de costas y practicar el requerimiento, «quedando en tal caso en suspenso la vía de apremio» hasta acreditación de la mejor fortuna (ahora con trámite específico en la LAJG según la reforma de la ley 41/2015, que además permite revocar el beneficio a causa de la temeridad). Requerir el pago introduce una obligación procesal del requerido, no de pagar si disfruta del derecho a la gratuidad, aunque podría hacerlo voluntariamente, sino de atender al pago de llegar a mejor fortuna. Es ya antiguo distinguir entre «condena» y «pago», si se atiende con corrección a la lógica conceptual en presencia: «condenamos en las costas y al pago, si mejorase fortuna» (*sic*, por todas, STS 3-III-1936 (ROJ 824).

De otro lado también importa significar que letrado de turno de oficio y gratuito no son equivalentes. Lo segundo puede existir sin lo primero –de hecho, el letrado particularmente designado tiene la obligación de informar a su cliente de tal posibilidad, con independencia que luego, en su caso, pueda renunciar a la asistencia– y lo primero sin lo segundo –a pesar que un buen número de letrados de oficio prescindía de orientar el cobro colegial contra el cliente una vez su actuación ya se encuentra asegurada, aun tarde, por el sistema de turno público–. Por consiguiente, se trate de un abogado de oficio o designado privadamente, el cliente que acaba siendo absuelto penal y/o civilmente deberá abonar su coste económico salvo que tenga derecho a la gratuidad y así haya sido declarado tras el correspondiente procedimiento. En fin, la justicia gratuita funciona tanto para el abogado designado particular como para el de oficio, y en éste es posible que se difiera su pago estando en curso el proceso o a su fin, funcionalmente por la necesidad de la asistencia técnica. La insolvencia de muchos inculpados hace que nunca paguen ni honorarios y gastos propios ni costas ajenas, porque además en la concesión del beneficio de justicia gratuita penal se descartó la sostenibilidad de la pretensión desde un primer momento. En fin, el abogado penal de oficio, a favor del imputado y en cualquier estadio del procedimiento, se considera gratuito en todo tiempo, no un mero adelanto de asistencia necesario con ulterior valoración de la gratuidad o no del servicio dependiendo de las capacidades del inculpadado. Pero son irremediamente éstas las que fraguarán la indemnidad económica del sujeto procesal, con independencia que el letrado actuante sea de oficio o particularmente designado.

Hay autores que entienden que se trata de una generosidad inmediata en pos de la presunción de inocencia, por lo que, si el propio sujeto no decide, por las razones que sean, contratar a un letrado privadamente, nunca tendrá que pagar el servicio letrado de oficio y, así, salvo en el supuesto de ser condenado, verá indemne su patrimonio durante el proceso penal y también a su fin con resultado absoluto (7). Este planteamiento doctrinal es, sin embargo, erróneo, mezclando designación de oficio con gratuidad. Del mismo modo que cualquier letrado privadamente contratado tiene la obligación de informar a su cliente de los derechos de asistencia jurídica gratuita, y ésta obtenerse sin perjuicio de que aquél renuncie, entonces, al sometimiento de esos límites retributivos, la capacidad económica del litigante penal no esquivará la asunción de los gastos de un abogado

(7) Por todos, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, 1999, pp. 108 y 110.

designado de oficio en el inmediato trámite de la detención policial o judicial o en el curso del enjuiciamiento criminal todo, con o sin petición expresa del interesado en el nombramiento de un letrado de oficio. De otro lado, según previene el artículo 121 III CP, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no impide valerse de un abogado y un procurador de su propia elección, a quienes sin embargo tendrán que abonarles honorarios y derechos como si no tuviera reconocida la gratuidad y salvo la renuncia de tales profesionales, permitiendo el letrado privado y el procurador de oficio si aquél también renuncia (art. 27 de la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, LAJG).

Asimismo, es frecuente la falta de tasación de costas procesales efectivamente generadas, por ejemplo el coste de la tasación pericial de bienes durante la instrucción o el plenario que el experto a menudo reclama al tiempo de entrega del dictamen. Ello es así porque la única parte procesal legitimada, y obligada, a instar la dicha tasación de costas, el Ministerio fiscal, pasa por alto la solicitud en el trámite de la ejecución penal (8). Acaba por vaciarse de contenido la condena en costas del reo porque, sin tasación, la Administración que haya corrido con ese gasto lo asumirá por siempre, en vez de obtenerlo del condenado, al menos cuando éste es solvente o llegue a serlo. Efectivamente, el condenado en costas beneficiado por la gratuidad tendrá que abonarlas si en un plazo de tres años su limitada capacidad económica o sus condiciones o circunstancias especiales que sin aquélla permitieron gozar del beneficio, cambian el sentido de superar el cuádruplo del salario mínimo interprofesional o desaparecen (9).

Recuérdese que los créditos derivados de actuaciones procesales pueden ser reclamados al margen del resultado que en materia de costas pudieran tener, y esquivando que el proceso todo finalice, directamente por abogados, procuradores, peritos y testigos. Por consiguiente,

(8) Cuestión distinta si se tramitase de oficio, que no es el caso; cfr. YÁÑEZ VELASCO, R., «¿Es necesaria demanda para ejecutar las costas», *Economist & Jurist*, núm. 122, julio-agosto 2008.

(9) Por cierto que en ese tiempo se interrumpe la prescripción trienal del artículo 1967.1.ª del Código Civil, reguladora de las acciones de reclamación de honorarios letrados, interrupción en buena lógica extendida al resto de profesionales intervinientes. Claro está que tasadas las costas y llegados hasta el requerimiento, para el acreedor de esas costas –que no es sino la propia parte litigante–, no sólo no hay prescripción (sólo viable para acción declarativa no ejercitada y propiciatoria de sentencia), siquiera como acción ejecutiva, sometida a la caducidad procesal–aunque los cinco años del artículo 518 LEC no importarían ante los tres de la extinción prescriptiva, coincidentes con el plazo de mejor fortuna– pero desaparecida al haberse abierto la ejecución (de esas costas).

no se trata simplemente de un posible pronunciamiento final y un trámite de ejecución donde cabría una declaración judicial de insolvencia. El deudor puede enfrentarse a una reclamación directa de su concreto acreedor, sin que el testigo, por cierto, sea limitado por el sistema de gratuidad de la LAJG. En el proceso civil se prevé un trámite autónomo para el testigo y su indemnización, aplicable al enjuiciamiento criminal en todo caso no anticipable salvo excepciones alegales en supuestos de viajes con significado coste económico. Asimismo, el experto privado propuesto para el cargo de perito no debiera sufrir un abono anticipado de su propio bolsillo, que quizá nunca vea satisfecho si el Ministerio fiscal no puede ser condenado en costas (en supuestos de absolucón penal) o si se condena un acusado insolvente. De ahí que sea de aplicación supletoria la provisión de fondos del artículo 342.3 LEC (10) cuando resulte imprescindible acudir a un profesional particular de una especialidad inexistente en el ámbito público. Los efectos de la falta de provisión pueden derivar hasta la falta del medio de prueba, tanto como si la parte interesada no hubiera propuesto ese peritaje en concreto, recordando que sin la gratuidad el derecho a la prueba penal nace en la decisión, y economía, del proponente. Naturalmente, en estos casos es el testigo o el perito acreedores de la parte procesal, pero en el terreno de las costas es un litigante el acreedor contra el otro, sin que quepa que el abogado o el procurador, mucho menos el testigo o el perito, cobren del condenado en costas, a modo de la «distracción» del Derecho procesal francés, a fin de esquivar de ese modo ulteriores insolvencias de sus clientes o simplemente la morosidad de los mismos.

A vista del planteamiento expuesto, de principio parece admisible que la condena penal justifique la carga económica del proceso al completo, incluyendo los propios dispendios porque en última instancia todo ello ha sido propiciado por la conducta críminosa. Pero si ello

(10) YÁÑEZ VELASCO, R., *El Peritaje en el Proceso Civil*, Barcelona, 2005, pp. 251 y ss. En contra, se afirma que no puede condicionarse la realización de una actuación procesal, por ejemplo un peritaje, al pago de ese servicio provisional, por ser ello vulnerador del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (GALLEGO SOLER, J. I., «De las costas procesales», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* (M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig dirs.), Valencia, 2011, p. 295). Si se necesita un perito y hay reconocido un derecho a la gratuidad habrá peritaje, si ese beneficio no existe paga el proponente (cits. arts. 121 I y 242 II LECr), por lo que si no hay capacidad económica no hay prueba, por mucho que si se trata de un perito público, especialmente si está adscrito al juzgado –por ejemplo el médico forense– quepa un quehacer sin cobro que en realidad pasará probablemente desapercibido en el ámbito de las costas –si hay condena– o de la reclamación del Estado contra el proponente –si hay absolucón– porque es su propio gasto que como absuelto ha de asumir según la norma.

no es así, sufriendo como inocente hasta que no se demuestre lo contrario en firme el devenir parcial o total del enjuiciamiento criminal, no basta con evitar, lógicamente, su condena al pago de costas del contrario. Nunca debiera hacerse cargo de los gastos procesales por él mismo causados en su defensa como sin embargo ocurre en la actualidad, que con mucho evita sufragarse el anticipo de la Administración. Inevitablemente, buena parte de los razonamientos pueden extenderse al objeto civil, tanto si éste ha sido realmente analizado por el juez como absuelto en la instancia por la dependencia con el objeto criminal; es decir, en los supuestos de imposibilidad de pronunciamientos civiles por absolución penal.

2. NOCIÓN FUNDAMENTAL: DE LA AUTODISTRIBUCIÓN A LA PENA, DE LA SANCIÓN PENAL A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LA INDEMNIZACIÓN A LA SANCIÓN PROCESAL

El término «costas» proviene de la expresión castiza «costar», como por ejemplo fue utilizada en el Fuero Juzgo (11), reflejando un modo de asignar una porción de los gastos del pleito a una u otra parte procesal en virtud del resultado final habido (12). En un principio cada litigante abonaba sus propios gastos, si bien la necesidad de refrenar el espíritu litigioso del litigante temerario condujo la temeridad –a menudo asociada a la mala fe procesal– como base de la condena en costas. Del enlace entre temeridad y costas se plantea la noción romana de una función penal, pues como temerarios por dolo o culpa lata, debían ser sancionados a esa «pena», lo que se vinculaba a que dependía del juez la facultad de condena, no del ejercicio de una acción por la parte vencedora y perjudicada (13), frente a lo que se alzó la teoría del resarcimiento basada en la culpa por falta de diligencia suficiente, que para autores como Weber permitían la exclusión

(11) LALINDE ABADÍA, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, p. 804. V., en particular, su trabajo sobre «Los gastos del proceso en el derecho histórico español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XXXIV, 1964, pp. 249 y ss.

(12) Si nos remontamos al Derecho romano, se barajan los términos *impensae*, *expensae*, *impendia*, *dispendia* y *sportulae*, mientras que los gastos se ceñirían al término *sumptus*; cfr. AGUDO RUIZ, A., «Concepto de costas procesales en Derecho romano», *Revista de Derecho UNED*, núm. 9, 2011, pp. 13 y ss. Aun cuando podría discutirse que todo se identificara con las costas procesales como hoy las entendemos.

(13) En tal sentido, la doctrina germana de fines del siglo XVIII encabezada por Hennemann y Emmerich acude a la idea de la pena.

para supuestos de ignorancia inexcusable, y si bien los razonamientos fueron desechados se mantuvo la idea de condena absoluta del vendido al pago de las costas. Mas junto con la dificultad práctica de comprobar lo anterior, se vino entendiendo que los gastos ocasionados por obtener tutela judicial disminuían el propio derecho ejercitado, de ahí que debían resarcirse junto con el derecho declarado (14). Acaso pueda entenderse así cómo en el pasado las costas respondían al concepto de pena (15), para luego vincularse con la responsabilidad civil (CPs de 1928 ó de 1932). Ahora bien, mucho antes de estos códigos penales la temeridad, la malicia y la culpa ya habían servido para deducir imposición en el coste procesal (Título 22 del Ley 7 de la 3.^a Partida). Y fue en el proceso civil donde escritos, actuaciones y diligencias inútiles, superfluas y no autorizadas por la Ley tampoco debían tasarse (art. 424 LEC/1881) (16). A su vez, no es que el reo condenado, el acusador particular, o el propio Estado, asuma gastos adicionales motivados por la suspensión de actos y vistas provocada incluso por quien no es parte procesal. En este sentido, el artículo 657 II de la Ley provisional sobre organización del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870, establecía que pagaba quien originaba ese coste singularmente debido a la suspensión (litigante, procesado, defensor de éste o del acusador si no cabe seguir de oficio, y de un «testigo importante»), siempre y cuando la falta no estuviera justificada. Hoy día siquiera es sencillo aplicar la multa preceptiva de los arts. 420 y 463 LECr. Sea como fuera, el pretendido elemento corrector sobre un presupuesto equilibrado, en el proceso penal ha dejado paso a una

(14) CHIOVENDA, G., *La condena en costas*, Madrid, 1928, p. 210.

(15) Tanto en el Código penal de 1848 (como última pena accesoria, el artículo 24 aludía al pago de las «costas procesales» que sigue al «resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio») como en el Código penal de 1870 (art. 26, ya sin aludir a esos gastos del juicio); cfr. sin embargo SSTs 30-X-1884, núm. 182 o 3-V-1895 (ROJ 426), que aluden a la corrección o correctivo, no como pena de delito. Lo que esto supuso, por coherencia intrínseca, que en los casos de arresto sustitutorio por impago de la multa quedase cancelada la obligación de abonar costas procesales (art. 52 CP/1870). Pero desde muy pronto se criticó la confusión conceptual entre costas y penalidad, cfr. VIADA LÓPEZ PUIGSERVER, C., *Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1961, p. 74, en relación con la Memoria de la Fiscalía de 1896 (p. 31).

(16) Con el artículo 424 LEC/1881, y a modo de sanción penal, se criticaba la codicia por el trámite inútil, también del empleado judicial, aumentando gastos con desprecio de la Administración de justicia; MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1919, II, pp. 299 y s. Se advierte un tratamiento similar en las «reglas para la aplicación de las disposiciones del Código penal» de 1848, concretamente la 52.^a sobre lo que no comprende costas: de oficio o «á petición fiscal ó de parte, podrá excluir las ocasionadas por diligencias innecesarias ó maliciosamente dilatorias».

incorrección desequilibrada donde un Ministerio público indemne impone el castigo económico del absuelto y el acusador particular sólo paga como sanción en circunstancias muy excepcionales, restando totalmente excluidas las partes civiles acumuladas.

Tanto ahora como en su inmediato antecedente, el Código penal recoge los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales como costas, con mención a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, la falta de identificación entre el concepto económico de los gastos generados por el enjuiciamiento y las costas procesales muestra el significado netamente jurídico de las segundas, recogidas en el Título XI del Libro I LECr y que abundan en la lógica procesal de su naturaleza. Dejando a un lado que la negada exclusividad para el Derecho penal como medida o consecuencia material de algún tipo –no en vano se recoge en todos y cada uno de los órdenes jurisdiccionales–, conviene subrayar que la costa procesal no es una sanción criminal, no es una pena (17). No ya porque si lo fuera no podría sino imponerse en exclusiva al acusado condenado –nunca a un acusador particular–, sino porque en tal caso tendría que proporcionarse con la gravedad del hecho objeto de infracción a castigar como criminosa (18). Particularmente, y por completo ajena al artículo 50 CP, la capacidad económica del condenado nada tiene que ver con la determinación cuantitativa de las costas procesales.

El coste real de un proceso jurisdiccional suma todo gasto que se origina en el juicio, o incluso antes de él pero con su finalidad, e incluye el funcionamiento de la Administración de justicia. Es decir, el de los funcionarios jurisdiccionales y no jurisdiccionales (19), los medios materiales, servicios y locales utilizados (20). Sin embargo, en concepto de costas procesales no se cobran directamente ni los actos de investigación policial preliminar, ni los gastos por excarcelación y traslado de presos, como tampoco los medios económicos

(17) CHIOVENDA, G., *La condena...*, cit., pp. 211 y ss.

(18) ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho Procesal Penal* (con R. Levene hijo), II, Buenos Aires, 1945, p. 232.

(19) Donde se incluyen los candidatos a jurados y jurados titulares y suplentes, ya desde el Real Decreto 385/1996, de 1 de marzo, recibiendo retribuciones e indemnizaciones que abona el Ministerio de Justicia con imputación a los presupuestos generales del Estado.

(20) Las tasas judiciales, dirigidas al erario público como una especie de copago del gasto judicial, enlazan con la lógica de la remuneración arancelaria a funcionarios judiciales que en su tiempo existieron, a pesar de que los gastos generales de la Administración de justicia se suelen excluir de las costas, comenzando con la retribución de los funcionarios correspondiente, instalación y arrendamiento de locales y material informático y de oficina.

necesarios para llevar a cabo la función jurisdiccional, siquiera a través del desajustado sistema de tasas judiciales, ajenas a todo ello y además desvinculadas del justiciable como persona física, sobre todo en el proceso penal. Si se introdujeran como costas procesales precisarían de una concreción cuantitativa, quizá tasada de antemano, por actuación y por hora de trabajo funcional. Se trata, en fin, de una parte del servicio público de la Administración de Justicia que tiene lugar, exclusivamente, por un concreto enjuiciamiento tras otro. Pero lo dificultoso del cálculo no haría descabellado proporcionarlo contra el acusado culpable en firme, responsable junto con todos los demás condenados de ese tipo de gastos. A diferencia del neto gasto público para el resto de supuestos donde sólo exista acusador público, y no se alcance una condena en firme, siquiera parcial, por mucho que la adición de otras acusaciones podría coadyuvar en ese gasto, especialmente si el Ministerio fiscal no acusó.

La proclama de gratuidad del artículo 119 CE se establece en pos de asistencia jurídica –en su caso también pericial–, y representación procesal gratuitas de quien, como insolvente parte activa y/o pasiva del proceso penal, ve sus gastos de enjuiciamiento costeados por el Estado. Sin embargo, hoy día los costes no incluidos como costas procesales y que acaban de señalarse como integrados en el servicio público, no dejan de ser gratuitos para toda parte litigante, y en todo tiempo, sin que trate de un beneficio gratuito y sólo por omisión de la ley en el tratamiento de ambas. Y es la diferenciación entre el responsable del proceso y el que no, la circunstancia que permite razonar la atribución de ese tipo de costes o, en cambio, su gratuidad para quien resulte responsable del devengo. Obvia decir que, dada la libertad en el ejercicio de la acción penal para la acusación particular, quien puede asumir los gastos de la acusación debe asumirlos, sin invocar el principio de gratuidad, inclusive respecto del acusador popular, donde la articulación procesal alude específicamente a la misma (21). Desde el punto de vista pasivo, en cambio, no es decisión del inculcado encontrarse en el proceso, acaso a modo de una autodenuncia o autoacusación que allí le coloque para limpiar su buen nombre u honor frente a situaciones de sospecha que así desee combatir. Dicho de otro modo, el eventual sujeto pasivo del proceso penal carece absolutamente de libertad decisoria para estar o no en el proceso, sin que, introducido en él, pueda luego achacársele la libertad de decidir el

(21) Por mucho que se discuta una justicia gratuita para todos los ciudadanos porque fomentaría la litigiosidad, como refería MUERZA ESPARZA, J. J., «Costas y asistencia jurídica gratuita», en *Derecho Procesal Penal* (con A. de la Oliva Santos y otros), Madrid, 1999, p. 865.

modo de articular las respectivas posturas y argumentos. De esa manera, sí puede asumir el coste que ello suponga, denegándosele la invocación del principio de gratuidad salvo cuando disfrute de ese beneficio (22).

También conviene señalar que de principio es el derecho a la asistencia idiomática obligatorio al igual que la protección letrada, pero eso no tendría que suponer la gratuidad por definición de los intérpretes y traductores intervinientes. Quizá deba resolverse el problema según el resultado del pleito, e integrándose en el ámbito de las costas procesales. Habría que preguntarse si ha de soportar el Estado el pago de toda traducción documental. O incluso de los gastos de intérprete para aquellos testigos pedidos por una parte o en favor del propio acusado cuando si no hubiera cometido el delito no propiciaría dispendio alguno para la Administración de justicia. Naturaleza que desde el punto de vista positivo, como servicio público estatal, aun cuando muchos contribuyentes nunca lo disfrutarán directamente, con el proceso penal siempre existe un beneficio indirecto enlazado a la paz social pretendida en última instancia. Con todo, aun actualmente suprimidas las tasas judiciales como medio de copago a modo de anticipo, luego retribuido por vía de costas, en el supuesto de una condena puede considerarse que el concreto desembolso efectuado por el servicio público puede achacarse al directamente culpable de provocarlo. Este razonamiento principia la lógica de abonar el gasto no ya sólo del fiscal, sino también de un abogado público que como aquél cobra del Estado como funcionario. Descartar lo primero tendría que excluir lo segundo, a pesar de que no es esa la jurisprudencia establecida sobre la materia. De otro lado, el abogado privado contratado por una Administración pública –local o autonómica–, sí que representa un desembolso adicional, no una retribución fija disfrutada haya o no pleitos (23), mientras que el rango funcional del mismo en realidad se desvincularía del presupuesto del servicio público salvo en determinados casos donde la comunidad autónoma ostenta competencias sobre la administración de la administración de justicia.

En la hora presente el Abogado del Estado está siendo considerado como un particular, por lo que se acoge a las reglas de éste que serán objeto de crítica. Sus propias costas (que añaden las de procuraduría

(22) A favor de la asunción del gasto generado basado en la libertad de defenderse o acusar, indistintamente, QUINTERO OLIVARES, G., «Artículo 123», en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (él mismo dir.), Pamplona, 1996, p. 590.

(23) Distinto y excepcional si el letrado funcionario recibe la asignación de defensa jurídica en un pleito cuando su atribución de tareas no suela incluir ese tipo de trabajo en tribunales.

que el letrado público asume) se fundamentan en el artículo 13 de la ley 52/1997, de 27-XI, de Asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas. Así se permite, previa obligación de peticionar la tasación de costas en los procesos seguidos ante cualesquiera jurisdicciones u órdenes jurisdiccionales en los que el litigante contrario sea condenado a su pago, la exacción en vía de apremio administrativo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria si no hubiera pago voluntario en el plazo de un mes. El letrado público en general, sea funcionario o libremente elegido por una Administración pública local, autonómica o estatal, da derecho a la percepción de honorarios sin distinción, simplemente ciñendo el destino de los mismos al erario público, cuando se trate de un funcionario que ya cobra su sueldo de la Administración pública (24), no así si se trata de un profesional liberal que como tal cobrará los propios emolumentos que merezca con su trabajo jurídico. Pero cuando lo único que hace la acusación particular (o el abogado público) es adherirse, incluso oralmente, sin más, debiera ponderarse para suprimir o cuando menos reducir el importe por costas en el trámite valorativo de la tasación de costas (25).

Inciso final merece el acusador popular. Según el artículo 20.3 LOPJ el ejercicio de la acción popular del artículo 125 CE –en relación con los artículos 19 LOPJ y 101 LECr– es siempre gratuito. Más ello no alude a la gratuidad del accionante (que habrá de pagar lo suyo), sino a la del acusado por aquél, que ni pagará las costas de un acusador popular vencedor ni se cobrará contra aquél sus propias costas. En cualquier caso la interposición infructuosa supone, en realidad, que el acusado absuelto debe soportar el interés del actuante popular, grupal o individual, lo que no tiene ningún sentido (26). Se ha considerado que las costas no incluyen las de la acusación popular (27), pero también se ha entendido que se pronuncien costas a su favor si se aprecia expresamente que se ha realizado una actuación procesal que

(24) STS 25-IV-1995, núm. 591.

(25) Nada raro el lamentable copia y pega o la oposición a todo correlativo del contrario, lo que igualmente sucede con el estereotipado modelo de escrito de defensa tan a menudo utilizado.

(26) Hay quienes justifican la condena en costas de la acusación popular a fin de evitar los supuestos de querellas temerarias, esto es, bajo el exclusivo sistema subjetivo de la temeridad; GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los efectos del proceso», en *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, 2000, p. 403.

(27) SSTS 21-II-1995, núm. 938, 2-II-1996, rec 1735/95, 29-VII-1998, núm. 2, 24-X-1998, núm. 1237, 29-III-1999, núm. 515, 24-VII-2001 núm. 1490, 14-V-2001, núm. 1811, 15-IV-2002, núm. 634, 31-X-2002, núm. 1798.

ha contribuido eficazmente al orden jurídico (28). En modo más flexible también ha llegado a bastar que la actuación no sea infundada o perturbadora (29), lo que ciertamente viene a equipararse a la indemnidad injusta de la acusación particular.

Se ha venido considerando que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, al lado de la acusación pública, originar el resarcimiento de los gastos procesales, repercutiendo aditivamente sobre el acusado condenado. La representación de un interés social difuso, pero desde la ajenidad a los efectos directos perjudiciales del delito –no es perjudicado u ofendido por el delito directamente– está vedada a cualquier otra cosa que la acción penal; son obvias entonces limitaciones de pretensiones resarcitorias. Ocurre que éstas parecen extenderse a las costas (30), cuando la vinculación desapareció hace ya mucho de la norma, sin perjuicio que las costas nunca nacen antes del proceso, vinculadas a los hechos que definen el objeto del debate, calificable penal y/o civil. Las costas existen, simplemente, en el seno del ejercicio de la acción penal, sin más, y no forman parte de ningún tipo de responsabilidad civil cuyo ejercicio se prohíbe para el acusador popular. En fin, las costas no son ninguna pretensión indemnizatoria, mientras que lo resarcitorio que las puede definir deriva del propio proceder enjuiciador. La negación de legitimación sólo es lógica con respecto a la falta de una posible acción civil, no penal. Si ésta se permite, las consecuencias económicas de su ejercicio no pueden participar de tal razonamiento negativo. Pues, si un sujeto está legitimado para actuar en el proceso penal, ha de estarlo para aquello que deriva de ese tipo de ejercicio, para lo que es una consecuencia intrínseca de la acción penal que le viene reconocida por la Ley.

A diferencia de la discusión sobre que el acusador popular sea o no condenado en costas, en función de la gratuidad exigible, precisamente por ello se refuerza la lógica de que si de aquél se han anticipado gastos de cualquier índole –es decir, si no se ha actuado, y no se suele actuar, con un letrado de oficio bajo el sistema de asistencia jurídica gratuito– los mismos han de formar parte de la condena en costas. Igualmente, si se ha llevado a cabo la asistencia jurídica gratuita, el letrado, procurador y perito actuantes de esa manera, u otros profesionales. Al margen que no evitar otro tipo de gastos procesales no tiene por qué traducirse en que sean satisfechos por la colectividad

(28) STS 17-XI-2005, núm. 1318.

(29) SAP Barcelona, Sec. 2.ª, 940/2006, de 13-XI.

(30) SSTS 29-VII-1998, núm. 2, 24-X-1998, núm. 1237, 29-III-1999, núm. 515, 24-VII-2001, núm. 1490, 14-V-2001, núm. 1811, 31-X-2002, núm. 1798.

ante una legitimidad en el ejercicio del acusador popular y mediando una condena del culpable, incluso resuelta sin la acusación pública o particular mediante (31). De este modo, el acusador popular se colocará en la prelación señalada junto con el acusador particular, por mucho que el interés directo de éste, como ofendido por el ilícito, justificaría su preeminencia en el cobro frente a quien no lo es (32).

Frente a estas situaciones, la tesis legal actual prescribe que quien ejercita como acusador popular la acción penal sabe o debe saber que correrá a su costa si gana, y si pierde tampoco tendría que ser condenado porque no hay mención alguna a su respecto, como para el responsable civil directo o responsable civil subsidiaria. En buena lógica, si la condena tiene lugar en función de lo pretendido por el acusador popular en exclusiva, sería un condenado penal sin costas (33).

3. CONTENIDO NORMATIVO

El proceso civil no puede aplicarse supletoriamente por la vía del artículo 4 LEC ante una regulación en principio completa del enjuiciamiento criminal, donde ya se establecen remisiones precisas a la ley de ritos civiles y que a ese acotamiento se limitan. No obstante, el resto de regulación sin remisiones no es, en verdad, completa, de ahí

(31) Cuestión aparte la inventiva de considerar necesaria la acusación pública o particular, que impediría la situación procesal de que sólo acuse el acusador popular, lo que se opone al derecho autónomo que en realidad existe a partir del pronunciamiento constitucional. Contra las tesis del mero coadyuvante, entendidas como vulneraciones parapetadas en intereses políticos, v. MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Cizur Menor, 2008, pp. 283 y ss.

(32) En contra, basándose en la gratuidad, GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los efectos...», cit., p. 404; lo que significa que la gratuidad lo será para todos, incluido el acusado condenado, es decir, a pagar por toda la sociedad.

(33) En principio no se incluyen (por ejemplo, SSTS 30-V-2007, núm. 464, 17-IX-2007, núm. 717 o 12-XI-2008, núm. 750), sí excepcionalmente (STS 30-VI-2008, núm. 413) pero partiendo de que no rige por ley el automatismo en la imposición (STS 12-II-2014, núm. 96), aunque ello se explica porque «las costas integran legalmente los honorarios de abogados y procuradores» según el artículo 241.3.º LECr, algo que identifica el contenido con la regla de imposición (acaso bajo redacciones legales ya derogadas) y es de todo punto ajeno al automatismo o la falta del automatismo. La imposición contra el reo de las costas de la acusación popular se está justificando de un modo más sólido, fuera de esos extraños silogismos, en el ámbito de delitos que tutelan intereses difusos y a las asociaciones creadas en su defensa (STS 15-X-2014, núm. 676).

que la norma procesal civil pueda infiltrarse para bien sistémico en diversos aspectos del proceder.

Por su parte, la regulación penal sustantiva resulta abiertamente incompleta. En todo caso, precisamente centrada en el condenado, la declaración de principio del artículo 123 CP viene a justificarse como una especie de consecuencia jurídica del delito, cuando en verdad difícilmente pueda serlo. Como efecto económico de todo acto jurisdiccional, en cambio, su campo natural de ubicación y análisis es el Derecho procesal, no el penal sustantivo. Ello no obstante, la regulación procesal penal atiende a los arts. 239 a 242 LECr sin solucionar ninguna de las injusticias materiales planteadas.

Con el artículo 124 CP el legislador penal de 1995 introdujo una definición harto genérica y absolutamente redundante en relación con un desarrollo propiamente procesal, cual es establecer que las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales. De todos modos se excluye cualquier labor extrajudicial pero costeada con el fin del proceso, como por ejemplo los asesoramientos expertos adicionales previos al juicio, o en paralelo al mismo, para selección de jurados, análisis periciales a fin de gestionar interrogatorios, etcétera. A su vez, tal precepto apunta una acotación a favor de los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, igualmente prescindible por interpretación sistemática. Ello es así porque no existiendo la posibilidad de actuación del Ministerio fiscal en el ejercicio de la acción penal de aquellos, sólo con la iniciativa privada sería viable el proceso. De vencer la postulación acusatoria –y sólo en ese caso– es de lógica que las costas vayan a sufragarse con el patrimonio del condenado. Tal interpretación no puede sostenerse con igual solidez en los distintos supuestos de la condena parcial. Y naturalmente, cuando se alcanza la absolución, debiera invertirse la regla. Ahora bien, el artículo 240.3.º II LECr impide la condena del acusador particular, salvo en los casos de temeridad o mala fe (disyuntiva del texto legal que se transforma en conjunción inadmisibles, por confusión, en la práctica de tribunales). Asimismo, se ha considerado que es un texto más amplio al tiempo que menos preciso que el recogido en la ley procesal penal, cosa que se apuntó como problemática sobre los propios conceptos de gastos y costas (34).

Las costas procesales se conforman en el artículo 241 LECr a través de dos grupos de emolumentos, una vez suprimido el reintegro del

(34) MUERZA ESPARZA, J. J., «Costas...», cit., p. 867.

papel sellado empleado al prescindirse del mismo (35): por un lado los honorarios devengados por los abogados (36), procuradores (bajo pago de derechos arancelarios) y peritos; por otro las indemnizaciones correspondientes a testigos que las reclamaren (37). El propio precepto añade con indeterminación los «demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa». Aquí podría incluirse, por ejemplo, el gasto de intérpretes y traductores jurados, registradores de la propiedad o mercantiles (obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en esos registros públicos), depósitos para recurrir (en el supuesto de la acusación particular en exclusiva), inserción de anuncios o edictos de publicación preceptiva en diarios oficiales, gastos de copias (que se cobran al cliente aunque a veces se hacen gratis en la oficina judicial), testimonios, instrumentos y actas notariales (según art. 130 del Reglamento notarial), por el otorgamiento de escrituras públicas y obtención de copias y testimonios notariales ajenos al antecitado artículo 130 RN. Ciertamente que gastos generados en el trámite plenario también tendrían que ser incluidos, por ejemplo en el ámbito de la prueba documental anticipada, pero estarían fuera de ese redactado legal.

Aunque es práctica judicial habitual identificar el contenido de las costas con el de los pagos que el condenado efectúa según el artículo 126 CP, no es éste un precepto que se ocupe total o parcialmente de las costas procesales, sino del orden de imputación o prelación de las responsabilidades pecuniarias de penado y responsable civil (38). El artículo 246 LECr se limita a remitir al Código penal

(35) La supresión de las tasas judiciales y exención del impuesto por actos jurídicos documentados para las actuaciones judiciales, por virtud de la ley 25/1986, de 24-XII, dejó paso a las nuevas tasas judiciales reformadas hasta la supresión para con las personas físicas.

(36) El antiguo cobro de los sellos de la Mutualidad General de la Abogacía, cuyo coste se incluía normalmente como partida de las costas en concepto de bastanteo de poder –se discutía si partida independiente o parte de la minuta privada, aunque tildado de formulismo se excluía de la tasación (STS 23-III-1987 o ATS 27-X-1982)– desapareció con la supresión del bastanteo.

(37) Con la LAJG se excluyeron las indemnizaciones a testigos, con derogación del artículo 138 LECr, pero fue considerado implícito a las costas; *sic* GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los efectos...». p. 402.

(38) En este sentido, RIFÁ SOLER, J. M., y VALLS GOMBAU, J. F., *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2000, p. 503: la multa no es una costa, sino una pena, y el crédito privilegiado que suponen los honorarios de abogado y derechos del procurador y otros gastos respecto de la parte procesal que obtuvo a su favor la condena en costas, nada tienen que ver con los emolumentos letrados y causídicos del propio condenado en costas. Y porque las indemnizaciones del artículo 126.1 CP nacen de la sentencia, que no puede dejar de aplicarse por aplicar el auto de aprobación de tasación de costas, no siéndolo las primeras, Sin perjuicio que en el fallo ya se incluyen las costas,

en ese punto (39), si bien se incluye en el artículo 126 CP, al igual que lo hacía el antiguo 111 CP (40), tanto la multa, que es una sanción penal, como conceptos privados, siquiera estrictas consecuencias de la pena (41) aunque sí puedan considerarse de la condena. El primer precepto citado establece una prelación cuando el sujeto no abona voluntariamente su condena o ésta no se puede llevar a efecto por carestía de bienes mediante el apremio llevado a cabo en la ejecución, con distinción entre el proceso penal de oficio y el basado por delitos perseguibles a instancia de parte (42). En el segundo caso el actor privado cobrará antes que la indemnización al Estado (art. 126.2 CP) (43). Si el patrimonio del reo no alcanza para abonar la multa, acaso por agotarse con la responsabilidad civil o incluso con las costas, se activa la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.1 CP. Algunos autores lo consideran una prisión por deudas (44), pero la multa es una sanción penal, no una deuda civil, a cumplir como privación de libertad en sustitución como una alternativa penal constitucional (45).

En cuanto al trámite debe señalarse que la declaración de costas se ubica en el fallo de la sentencia penal o en cualquier otra resolución de fin. La decisión que pone término normal o anormal al proceso penal,

pronunciamiento ejecutable en virtud de la sentencia, no del auto que aprueba su concreción cuantitativa.

(39) Aunque así se han considerado, cfr. DEL TORO MARZAL, A., «Artículo 111», en *Comentarios al Código Penal*, II (con J. Córdoba Roda *et. al.*), Barcelona, 1972, p. 609.

(40) La remisión no se produce por tratarse de una cuestión material sino por la inercia legislativa habida.

(41) La impropiedad sistemática de este precepto resultaba evidente, derivada de su estructura y finalidad; DEL TORO MARZAL, A., «Artículo 111», *cit.*, p. 608.

(42) Reparación del daño e indemnización de perjuicios; indemnización al Estado por gastos hechos por su cuenta durante el procedimiento; las costas del acusador particular –el acusador privado no existe aquí, obvia decirlo, al tratarse de un procedimiento seguido de oficio–; demás costas (incluidas las de defensa), sin preferencias, lo que implica la prorratea; y la multa como consecuencia económica, no como sanción pecuniaria. En resumidas cuentas, el abono de las costas se subordina a la reparación del daño e indemnización de perjuicios, pero se antepone al pago de la multa como sanción penal.

(43) En procedimientos por injurias y calumnias la indemnización al Estado parece inducir a pleitos con acumulación de acciones, pero en puridad habría que remontarse a qué se entendía por tal indemnización: no más que el pago del papel sellado y otros gastos a cargo del Estado (por ejemplo, art. 49.2.º CP 1870).

(44) MORENO CATENA, V. M., *Derecho Procesal II, El proceso penal*, Valencia, 1989, p. 781. En relación con esta materia se critica la prelación, v. LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, J., «La pena de multa», en *Estudios sobre el Código penal de 1995*, II, Estudios de Derecho Judicial del CGPJ, Madrid, 1996, pp. 339 y ss.

(45) STC 54/1986, de 7 de mayo; cfr. en todo caso BUENO ARÚS, F., «La constitucionalidad del arresto sustitutorio pro impago de una pena de multa (STC 19/1988, de 16 de febrero)», *Poder Judicial*, 1988, núm. 9, pp. 63 y ss.

o a cualquiera de sus incidentes y recursos, debía incorporar pronunciamiento en materia de costas, siempre en forma motivada (46). A su vez, el plazo de pago voluntario en el trámite procesal penal es el prudencial establecido por el juez o el tribunal, y sin él aplicarse el vigente artículo 548 LEC. No analógicamente, sino en función de la supletoriedad general, aquí sí, del artículo 4 LEC. Aunque en la práctica la falta de una auténtica investigación patrimonial para apremiar con éxito al reo condenado supone el impago de lo debido por parte de quienes en realidad son solventes o llegan a serlo en momento ulterior.

La tasación de costas es labor del letrado de la Administración de justicia (47), ante cualquier pronunciamiento total o parcial de condena en costas, incluyéndose las partidas del artículo 241 LECr bajo soporte documental (minutas firmadas por los profesionales intervinientes) o justificación suficiente, lo que deberá ser requerido a los interesados por ese tasador, con específica separación de las indemnizaciones a testigos, en su caso, por cuanto ya tendrían que haber sido establecidas (art. 242 IV LECr). La audiencia resulta imprescindible, en especial para aquellos intervinientes que carecen de un contacto directo con la causa e incluso pueden desconocer si la sentencia ha finalizado en firme, lo que en principio se vinculará al procurador y, en segundo lugar, al letrado.

4. EN PARTICULAR, PERITOS Y TESTIGOS

Los expertos actuantes en el juicio criminal que son funcionarios –cobrando del Estado, de su Comunidad autónoma o de su municipio–, a tenor del artículo 465 LECr, no perciben emolumentos u honorarios como un profesional liberal. Se trata de peritos tasadores de toda índole o de médicos forenses ya introducidos por adscripción al órgano judicial, pero también inspectores fiscales o actuarios llama-

(46) La imposición *ope legis* ha llegado a permitir, incluso, la justificación relativa de su omisión por ser pronunciamiento implícito a la condena; v., por ejemplo, STS 18-III-1970, núm. 318. Aunque esta sentencia puede traer confusión cuando señala que el silencio (al no haber ningún pronunciamiento sobre costas) «en todo caso... sería favorable a la procesada, si estimaba que por ello no venía obligada a su pago y como nadie recurre de lo que le favorece, carecería de acción al carecer de un interés jurídicamente protegido», siendo condenada en costas por la desestimación del recurso, no subsanando la omisión sobre costas en el anterior grado jurisdiccional que en cambio se afirman implícitas.

(47) Aunque el legislador se empeñe en seguir utilizando «secretario judicial», cfr. por ejemplo su ley 42/2015, de 5-X.

dos a dictaminar sobre la adecuación a la ley y exactitud de las declaraciones fiscales de quien sea, ajenos a la organización de la administración de justicia, u otros funcionarios de similares características, incluyendo policía científica, expertos de otros cuerpos públicos (bomberos, policía de tráfico o equivalentes). Importa sobremanera en qué cualidad son citados, pues como testigos sí que habrían de poder cobrar una indemnización específicamente prevenida, que es diferente. No incluirían los «jornales» si estos no se pierden, por tener el funcionario dispensa para acudir al juicio en el que es llamado en función del trabajo desempeñado, esto es, sin necesidad de que el citado se sirva de permisos de trabajo para acudir. Se incluirían, en cambio, gastos de viaje y dietas en principio no satisfechas por su empleador público, si ni los desplazamientos –aunque el uso de la videoconferencia puede limitarlos sensiblemente– ni las dietas les fueran sufragadas por la Administración de la que dependen (48).

El cobro de una institución pública llamada a peritar, pero ajena al organigrama de la Administración de justicia, puede suponer duplicación de pagos. Por un lado el institucional, propio y característico del sujeto funcionario. Por otra parte el quehacer adicional, separado y distinto del habitual y propio del dicho funcionario, incrementando su labor pero no necesariamente su dedicación horaria, pudiendo razonarse el carácter innecesario de abonar por ningún concepto. El coste del perito tasador adscrito, o de una parte de la propia Administración de justicia que pueda facturar formalmente, no sería más que cobrar en proporción al gasto efectivamente habido. La cuestión es si quien perita seguiría cobrando igualmente su sueldo, y si no existieron gastos adicionales de materiales o efectos necesarios para concluir el peritaje. En un primer caso como enriquecimiento injusto fundamentalmente similar al de letrados públicos funcionarios tal y como fue expuesto, no en el segundo.

Respecto de los testigos, según el artículo 722 LECr la indemnización se fijará únicamente en función de los gastos de viaje y los jornales dejados de obtener al haber de comparecer en juicio. Esto no puede ocurrir con testigos que sean funcionarios salvo, meramente, en cuestión de traslados físicos del citado hasta el lugar del juicio o de la videoconferencia instada. Si el agente de la autoridad declara estando de servicio o merced a un permiso específico para acudir al acto judicial no puede considerarse que deba ser gratificado por el tiempo de ocio y descanso que en otro caso hubiera empleado en acudir al acto

(48) Real Orden de 14-IX-1899 y la actualización del RD 15-X-1900 no son aplicables para los jurados en función de la legislación actual según cit. RD 385/1996, ha pervivido durante más de un siglo en la regulación del pago a testigos y peritos.

de juicio, mientras que en el segundo tipo de supuestos es precisamente lo que ocurre (49).

5. EL VIGENTE CRITERIO DE ASIGNACIÓN

Si se atiende al proceso civil, el criterio subjetivo de imposición de costas del original artículo 523 LEC/1881 (50), por cierto criticado frente a la concreción procesal penal (51), cesó ante el vencimiento atenuado introducido por la ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil (52). Se buscó vincular la condena en costas con el resultado del litigio, sin el exclusivo criterio de la temeridad o mala fe con la que litigara alguna de las partes. Esta tendencia fue la asumida por el actualmente vigente artículo 394 LEC.

La teoría de la causalidad parte del origen del gasto en el pleito (53) y se define con el vencimiento objetivo en éste, pero permite atenuarlo, o incluso excepcionarlo. El punto de partida es verificar el sujeto que dio lugar al proceso, y el resultado del pleito, recordando que el término «pretensión» utilizado en el último precepto citado no obtiene un contenido estricto desde el punto de vista técnico procesal. La relación causal operante estriba en presumir que el vencido carecía de razones para fundamentar su pretensión –si accionó sin éxito– o para fundamentar su oposición –si tuvo que ser demandado para realizar el Derecho en el caso concreto–. La propia causalidad comporta la lógica de la atenuación o la excepción, pero bajo una regla limitadora más genérica que puede llegar a ser ajena al vencimiento, cual es la necesidad del gasto, pues aun para el vencedor pueden determinarse

(49) AAP Zamora, Sec. 1.ª, 204/2009, 26-X.

(50) Se atribuía al Derecho civil sustantivo la regulación y de hecho el sistema de temeridad cumple con la expectativa según arts. 1.101 y 1.902 del Código Civil; MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios...*, cit., pp. 279 y s. Se trata del resarcimiento por responsabilidad extracontractual, expresión del principio general de no causar daño a tercero, y si se causa, indemnizarlo.

(51) SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Imposición de costas en segunda instancia», *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 433.

(52) Antes fue la ley de bases para la reforma de la justicia municipal de 19-VII-1944 (base 10.ª-C-8.ª) que alude a la compensación de costas y el principio del vencimiento objetivo. Y también con el artículo 60 del Decreto de 21-XI-1952, para el juicio de cognición.

(53) No obstante la preparación del juicio debe asociarse como lo hace la propia gratuidad al aludir al asesoramiento previo, que no necesariamente debe proseguir con un juicio para disfrutarse pero que lo hace indispensable si se pretende incluir tal actuación preprocesal en unas costas, inviables sin resolución judicial en el seno de un procedimiento jurisdiccional que haya llegado a incoarse.

gastos innecesarios o inútiles junto con los necesarios y útiles, y sólo estos son propiamente legítimos. En la práctica, sin embargo, se analiza el éxito o el fracaso como un todo, y así la acusación particular vencedora no distingue en el camino recorrido sino en una posición global de sí misma en el proceso, como no superflua o innecesaria en general, sin importar que sea posible un gran cúmulo de actuaciones y costes de todo punto superfluos e innecesarios.

En el proceso civil las dudas de hecho o de derecho, especialmente las primeras difíciles de aplicar en fallos condenatorios penales, permiten rebajar o evitar las costas al vencido pero partiendo del criterio discrecional en la valoración juzgadora tanto de unas como de otras. Por su parte, en ese ámbito excepcional, funciona tanto la mala fe como la temeridad de quien bajo tal modo conductual propició un pleito, o un incidente, o un recurso, sin el cual no existiría, o cuando menos una porción del coste procesal generado en el curso del trámite. Como excepción al vencimiento objetivo, se requiere en todos los casos una motivación específica para apartarse de la regla establecida, para desvirtuar la presunción *iuris tantum* prevista por la norma causalidad-resultado.

El patrón expuesto resulta más justo, como punto de partida, que el actual rector procesal penal, obvio para el objeto civil acumulado y adaptable a las singularidades del objeto penal. Porque actualmente existe un desequilibrio evidente, utilizando el vencimiento objetivo sólo contra el acusado condenado y la excepcional imposición al acusador particular o al actor civil partiendo de su mala fe o temeridad notorias. No es cierto, por consiguiente, que la jurisprudencia constitucional referida al proceso penal aluda al sistema objetivo basado en el vencimiento puro y al subjetivo, más flexible que el anterior, por imponer los gastos del juicio cuando se aprecia mala fe o temeridad (54), como si esto último se aplicase en general sobre el primer criterio de asignación, indistintamente.

5.1 Pluralidad de partes y delitos

La distribución de las costas se establece según el número de delitos enjuiciados, para luego dividir por el número de condenados en cada uno de ellos con cuotas personales y no solidarias, declarándose

(54) Como afirma M. J. MASCARELL NAVARRO con cita de STC 131/1986, de 29 de octubre, o ATC 24/1993, de 25 de enero; v. «Cosa juzgada y su impugnación. Costas», en *El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Cizur Menor, 2005, p. 1.243.

de oficio las cuotas correspondientes al injusto penal que no hubiera sido objeto de condena (55). Las cuotas de pago para cada uno de los reos son personales para siempre amén de ajenas a la solvencia, repartidas por igual si varios son condenados por el mismo o los mismos delitos. Pero el criterio aritmético puede ser injusto si un delito de entre varios no ha propiciado ninguna actividad procesal relevante, centrándose el gasto en el resto de injustos, tanto en la investigación judicial como en el plenario. La necesidad de ponderación en el caso concreto debiera superar la regla meramente numérica (56), claro está que útil como planteamiento de base. Por supuesto que ese ajuste real al coste habría de repercutir igualmente en la porción de las costas de oficio, por absolución que se vincule a injusto/s o inculpado/s que no han tenido repercusión, ésta ha sido muy reducida, o todo lo contrario.

Y el cauce procedimental también es relevante. La pluralidad de reos o penados conduce a un actuar en proporción, bajo el criterio del vencimiento puro, pero esto puede ser incorrectamente entendido, por cuanto la condena como autor de un delito leve habiendo sido acusado por un delito no leve bien puede considerarse un éxito de la defensa. Dicho de otro modo, un fracaso de la acusación que ha conducido a un tipo de procedimiento, sin duda más caro para el inculpado si atendemos a lo innecesario de una postulación técnica del genérico juicio por delito leve, que supone un vencimiento contra la parte activa del proceso penal.

Si el proceso tramitaba al tiempo el enjuiciamiento de un delito y el de una antigua falta, hoy delito leve, y se absuelve por esto último, no puede operar una aplicación por mitades. Pues, el proceso por delitos leves está liberado de las costas respecto de abogado y procura-

(55) SSTS 10-VI-1992, núm. 1623, 25-V-1993, núm. 1591, 20-V-1994, núm. 1038, 30-IX-1995, núm. 939, 21-XI-1996, 21-I-1997, núm. 26, 23-IV-1999, núm. 678, 25-V-1999, núm. 811, 14-III-2000, núm. 385, 31-III-2000, núm. 519, 13-IV-2000, núm. 1037, 15-X-2001, núm. 1816, 26-IX-2002, núm. 1525, 19-XI-2002, núm. 1936, 27-V-2002, núm. 2062, 17-IV-2003, núm. 588, 27-V-2003, núm. 2062, 28-XI-2005, núm. 1603, 3-VII-2006, núm. 732, 24-V-2007, núm. 432, 27-XII-2007, núm. 1129, 12-VI-2008, núm. 379, 12-XII-2008, núm. 239, 24-VI-2009, núm. 777, 12-VI-2009, núm. 656, 2-VII-2009, núm. 716, 23-II-2010, núm. 140, 30-III-2010, núm. 271, 27-XII-2010, núm. 1129, 14-IV-11, núm. 275, 22-V-2011, núm. 575, 10-VI-2012, núm. 512, 6-III-2013, núm. 153, 26-III-2013, núm. 257, 15-X-2014, núm. 676.

(56) Aunque en el plano de la excepción se acepta la distribución *ad hoc*, cuando quepa apreciar desigualdad manifiesta de los diferentes delitos comprendidos en la condena y el grado de participación de sus autores, que concretamente se habrá de razonar; STS 25-VI-1993. En términos más abiertos, según el mayor o menor trabajo desempeñado como corrector de la regla general en casos de pluralidad de ilícitos y reos, cfr. SSTS 16-II-2001, núm. 233 u 8-III-2002, núm. 411.

dor (57). La justificación de costas que incluya dichos emolumentos en ese tipo de proceder, o el conjunto de gastos ajenos a todo ello, equiparan la situación del gasto por el delito investigado y enjuiciado. Aunque no es posible establecer *a priori* ninguna regla general de aplicación, como sea que el antiguo procedimiento de faltas, hoy para la mayoría de los delitos denominados leves, no hace preceptiva la presencia de abogado ni de procurador, no se ha considerado que los honorarios del primero y/o los suplidos del segundo puedan formar parte de las costas procesales (58). Salvo en supuestos excepcionales, por ejemplo en función de que haya sido el propio tribunal el que ordenase la designa letrada para salvaguardar la igualdad de armas (59) o por la especial complejidad del asunto objeto de debate (60). Pero debe significarse que el derecho a gozar de atención letrada existe siempre, aun no siendo preceptiva la intervención del abogado ni procurador, lo que puede derivar en intervenciones en absoluto inútiles ni superfluas (61). Dicho de otro modo, el carácter no preceptivo del profesional para nada obliga a la defensa del propio justiciable sino que otorga una alternativa, por un lado la defensa técnica y por otro la autodefensa (62). El problema es distinto si el enjuiciamiento no tiene lugar en el sí de un procedimiento por delito leve.

Si se degradaba el delito enjuiciado hasta la calificación de una falta, se consideraba que las costas procesales serían las de esta

(57) Las peculiaridades del delito leve en general, en materia de costas por delito grave o menos grave, surgen cuando se acumulan aquellos que sí permitirían un procedimiento penal separado si se enjuiciasen aisladamente.

(58) AAP Barcelona, Sec. 8.^a, 433/2009, de 6-X; La Rioja, Sec. 1.^a, 255/2009, de 18-XI; Girona, Sec. 3.^a, 101/2001, de 6-III. Incluso se han excluido las costas si el fallo acaba por falta y no por el delito que determinó el tipo de procedimiento (AAP Barcelona, 14-VII-2000), lo que es en gran medida absurdo porque la determinación del proceder depende en última instancia del órgano judicial y, una vez establecido, las partes no pueden escoger si desean postular por sí o con abogado y procurador. Sobre la determinación de las costas correspondientes al juicio de faltas, cfr. por ejemplo SSTS 21-XI-1968, núm. 1567, 7-III-1988, núm. 621, 9-III-2000, núm. 357, 10-VII-2000, núm. 231.

(59) Aunque en este caso hay que valorar si la decisión lo fue por petición de la propia parte o de oficio, ya que sólo en el segundo caso habría que considerar la imposición como una carga subsiguiente para el condenado en costas, en el entendido que, el primer caso, depende en realidad de la voluntad de postulación de la parte interesada. Cfr. AAPSevilla, Sec. 1.^a, 96/2008, de 7-II.

(60) AaAP Barcelona, Sec. 6.^a, 536/2009, de 31-VII; Madrid, Sec. 6.^a, 76/2007, de 20-II; Barcelona, Sec. 9.^a, 238/2005, de 14-II.

(61) Así, para el proceso civil, ya en STS civil 14-XII-1934, núm. 75.

(62) SSTC 47/1987, de 22-IV (respecto del art. 10 LEC/1881) y 208/1992, de 30-XI (procedimiento de faltas).

última (63). Pero eso identificaba, como hoy identificaría el delito leve, al injusto penal con el procedimiento seguido. Y no es aquél –delito grave, menos grave o leve– lo que conduce a unas u otras costas, sino el procedimiento seguido para llegar a concluir sobre la naturaleza de la infracción penal y su grado de importancia. Acudir sin más al procedimiento que se hubiera de haber seguido si desde el principio se hubiese optado por la calificación que finalmente obtuvo, da la espalda a la realidad procesal –y económica– consecuente con la primera decisión (64). Es lo cierto que en la degradación de delito a la antigua falta, o delito de delito grave o menos grave a delito leve, no estamos ante un cauce simple para este último injusto penal, sino que aquél llegó tras un procedimiento por delito. Ahora bien, del mismo modo que se sustenta la necesidad de desbriznar lo supérfluo e inútil, inviable para incluirse como costa procesal, de lo verdaderamente necesario, habría que analizar, en primer lugar, qué es lo que realmente ha conducido hasta la falta, comenzando por determinar si existe algún tipo de responsabilidad procesal en el Ministerio fiscal y/o acusador particular en el proceder o simplemente se trató de una decisión judicial contraria a la posición de alguno de estos. De otro lado, en principio parece justo que el reo no tenga por qué pechar con un gasto que nunca tuvo que existir, en el caso que resulte absuelto, pero si el procedimiento fue ajeno a la voluntad del acusador particular no es éste quien habría de asumir el coste devengado innecesariamente. Si el acusado es condenado, en cambio, tampoco tendría que abonar costas de los demás cuando resulta absolutamente ajeno a una decisión equivocada si el devenir procedimental abreviado u ordinario no es responsabilidad sino del acusador particular, con la directa par-

(63) Por ejemplo SSTs cits. 2-I-1968, 21-XI-1968 y 7-III-1988, o 26-I-1973, núm. 101.

(64) A favor de los actos procesales que efectivamente se realizaron, no en atención al resultado final de la calificación jurídica, pese a la degradación de la infracción a falta, v. ATSJ Valencia 3-VI-1996, (ponente Juan Montero Aroca), citado por J. M. GUILLÉN SORIA (*Las costas procesales penales. Aspectos prácticos y jurisprudenciales*, Barcelona, 1998, p. 59). Según este último autor, en el mencionado auto se alude a que las acusaciones se limitaron a denunciar y a realizar las intervenciones orales o escritas propias del trámite que el juez instructor marcó. Pero si ello es así se olvida que el instructor nunca podría determinar de oficio el procedimiento por delito si no existe una calificación provisional que lo inste y, aún así, puede sobreseer libremente por tal injusto en la consideración de que el hecho no puede ser más que una falta, según el artículo 779.1.2.^a LECr. En fin, las partes acusadoras, al calificar, asumen buena porción de responsabilidad sobre cómo proceder, incluso limitar al juez en la opción de la falta, hoy delito leve, sin sólo con respecto a éste califican jurídicamente los hechos.

ticipación decisoria de un juez instructor que esquivó el contenido del artículo 779.1.2.º LECr.

Efectivamente, las críticas debe compartirlas el juez instructor que tanto acomodó el proceder bajo indicios racionales de criminalidad como, luego de ello, abrió el juicio oral por descartar cualquier hipótesis de sobreseimiento. Distinto que, avanzado el juicio, la falta absoluta de prueba permita considerar que el mantenimiento de la acusación sea infundado, cuestión radicalmente diversa porque no habría evitado ni la imputación ni la acusación, ni tan sólo el enjuiciamiento en una vista oral y la llamada pena de banquillo hasta ese instante final donde el poder de prosecución o no se conduce a través de las partes acusadoras. Si una parte procesal sólo postulase por un delito leve que pudiera haberse enjuiciado ante el juzgado de instrucción, pero que por legítimas razones de conexidad con un delito no leve no fue así (65), es claro que se le impuso, sin propia voluntad, formar parte de un procedimiento en el que el abogado y el procurador son preceptivos y no puede intervenir sin ellos. Esa necesidad no puede ser desoída a la hora de imponer las costas, aun cuando haya posibles minoraciones debidas a una menor entidad objetiva, siempre y cuando presente también una inferior entidad real en el caso concreto. Porque es perfectamente posible que el trabajo desenvuelto por el delito no leve sea nimio y, en cambio, por el delito leve sea significativo, en actividad procesal y tiempo dedicados. Todo ello habrá de tener reflejo en la valoración distributiva del coste procesal.

Si al tiempo se inculpa por uno y otro injusto, la misma parte puede aglutinar los gastos, y será en la tasación de costas cuando especificaran los contenidos económicos devengados. Ello no obstante, la relativa sencillez del planteamiento sólo tendría lugar con una estimación total del objeto de acusación. Porque la absolución por el delito menos grave o grave y la condena por el delito leve, o viceversa, exige una matización en el pronunciamiento sobre costas, y en la debida proporción.

La ponderación por importancia o relevancia del delito o incluso del inculpado en concreto puede ser justificable, si bien no es la regla general aplicable, porque aunque se admita que no son de similar entidad un delito que otro, sea uno absuelto y otro objeto de condena, las

(65) Existen acumulaciones innecesarias porque en no pocas veces se suceden por mera comodidad del juez instructor, lo que además puede llegar a propiciar su prescripción si, avanzado el tiempo, la duración del delito no leve instruido y su enjuiciamiento acaba en absolución y se aplica el Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sesión del 26 de octubre de 2010.

costas se acostumbraban a dividir por mitad, respectivamente de oficio y contra el reo (66). Sin embargo, no han faltado resoluciones que han afrontado la diversidad fáctica, ajustando la auténtica realidad económica habida al pronunciamiento sobre las costas procesales (67). De este modo, se reduce la cuantía por diferenciar la sentencia en el tipo penal aplicable y en la indemnización concedida a la víctima (68), o se excluyen por ser tanto la pena como la indemnización significativamente minoradas (69). Se admite, en definitiva, la posibilidad de establecer cuotas desiguales para supuestos desiguales, razonándolo en la sentencia como no podría ser de otra manera (70); sin olvidar que en el trámite de la tasación pueden operar nuevos ajustes restrictivos (71).

5.2 Temeridad y mala fe procesales

Aunque no hay un concepto o definición legales de temeridad o mala fe se suele entender, como pauta general y unificando incorrectamente ambos términos, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercitada carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó (72). De aquí que tenga que responder por los gastos

(66) STS 18-XI-1991, núm. 3645.

(67) La complejidad, laboriosidad y duración de un alzamiento de bienes frente a una estafa que fue absuelta tras una dedicación procesal notoriamente inferior, supuso tres cuartas partes de las costas respecto del condenado por el primer delito y una cuarta parte de oficio, en virtud de la absolución por el segundo ilícito; cfr. SSTS 14-XI-1991, núm. 3590, 13-II-1992, núm. 473, 25-VI-1993, núm. 1591. Aunque a veces simplemente se separan las costas por el trabajo de la acusación particular del resto según las reglas de la pluralidad de delitos y reos, cfr. 27-XII-2007, núm. 1129.

(68) Hasta la mitad, por ejemplo STS 13-XI-1999, núm. 1590.

(69) ATS 21-VII-2000, núm. 2059: se impuso un año de prisión frente al año y medio del Ministerio público y los cuatro años de prisión de la acusación particular, siendo la indemnización civil concedida inferior a la instada por el Ministerio fiscal y mucho más que la de la acusación particular.

(70) SSTS 14-X-1988, núm. 2457, cits. 14-XI-1991, 13-II-1992 y 25-VI-1993 y Ss de notas 56 y 67.

(71) Al tasar se valora la complejidad de las cuestiones debatidas, actividad realizada, trascendencia del tema de fondo planteado, importancia de la cuantía de la acción civil ejercitada conjuntamente, clase y cuantificaciones de las partidas de la minuta o influencia del letrado minutante en el fallo; ATS 22-X-2001 (ROJ 7645).

(72) Con la típica confusión entre temeridad y mala fe, se justifica el pago de las costas del absuelto por el acusador particular aun cuando tras la práctica de la prueba retirase la acusación (STS 11-3-1998, núm. 1126). Sin imposición contra la acusación particular porque no es patente la falta de toda consistencia y justicia, año-

y perjuicios económicos causados con su temeraria actuación o con una intención de mala fe. En fin, se ofrece un tratamiento común que facilita la confusión terminológica. La mala fe, el actuar malicioso, es necesariamente intencional, por omitir deliberadamente la prohibición procesal exigible, perjudicando razonabilidad y justicia, aunque sólo sea para demorar. La temeridad no tiene por qué ser dolosa, sino meramente imprudente, incluso producto de la indebida ignorancia, y así culposo quien prescinde de los riesgos, de las consecuencias de su conducta procesal cuando tendría que preverlo como norma debida en el juicio, pero no se identifica con la malicia del actuar desleal. No es posible individualizar y desarrollar ahora ambas manifestaciones con un mínimo detenimiento, más allá de subrogar que tampoco equivale lo procesal a lo sustantivo que en ocasiones las tiene presente, y de que las normas en algunos casos se centran en la temeridad exclusivamente.

En el texto legal la temeridad y la mala fe son instrumentos para la imposición de costas contra la acusación particular, pero nada más. Es decir, un el criterio legalmente establecido para que el acusador particular abone las costas de la defensa. No es preciso probar la temeridad ni acreditar la mala fe del acusador particular para evitar la condena al reo de las costas de ese acusador. Ahora bien, una cosa es que el condenado pague o no a quien le acusó con éxito, sobre la interpretación del artículo 123 CP, siendo total o parcialmente condenado, otra muy distinta que la absolución del reo conlleve el pago de sus costas por la acusación particular, para lo que según la injusta normativa actual se precisa la temeridad o la mala fe de esa última parte procesal. Pero es de lo más frecuente mezclar la lógica de la no imposición al reo (y así condenado) de las costas satisfechas por el acusador particular con el fundamento de la condena en costas generadas por la defensa (absuelta) a cargo del acusador particular vencido, con apoyo en la jurisprudencia penal (73).

El Tribunal Constitucional ha establecido que la imposición de costas es «un efecto derivado del ejercicio temerario o de mala fe de las acciones judiciales o de la desestimación total de éstas» (74). Su justificación radica en «prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivarían de una excesiva litigiosidad y en restituir a la parte contraria los gastos que, en menoscabo de la

diendo el absurdo argumento de que la querrela fue admitida por el juez instrucción (6-X-1998, núm. 387); obviamente, sin esa admisión no habría acusador particular (querellante).

(73) Por todas, SAP Barcelona, Sec. 10.^a, 20-VI-2012, rollo 82/2012.

(74) ATC 171/1986 y SSTC 84/1991, 22 de abril, y 48/1994, de 16 de febrero.

satisfacción de sus pretensiones, le ocasione la defensa de sus derechos e intereses legítimos frente a quienes promuevan acciones o recursos merecedores de la imposición de costas» (75), habiendo declarado el Intérprete Constitucional con reiteración «que la decisión sobre su imposición es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y corresponde en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional pues constituye valoración de hechos o conductas de las partes» (76).

Sea como fuera, sin confundir tampoco la calificación penal que puede conllevar la interposición de una querrela fallida (77), que propicie una acusación por calumnias, temeridad y mala fe como mecanismos de imposición de costas se alejan de un sistema justo y para algunos autores permiten su uso espurio (78). No obstante, la crítica a ese respecto está centrada en las dificultades de acreditar tales extremos y por supuesto en la imposibilidad de condenar al acusador particular sin los mismos, propios de una naturaleza sancionadora y no la mera y objetivamente distributiva exigente para un justo reparto. Es posible admitir lo primero, precisamente como un castigo *ex post* tras fracasada la disuasión *ex ante* respecto de un sujeto concreto. Pero siempre y cuando sea un elemento secundario y adicional de un sistema que funcione según el resultado de las actuaciones jurisdiccionales emprendidas. A su vez, la temeridad y la mala fe podrían ser útiles para incrementar o agravar importes contra el condenado al pago, o para reducirlo si provienen del beneficiario de las costas en el caso concreto. En correcta aplicación se trataría de un criterio bidireccional y respecto de cualquier parte procesal.

Como ya se adelantó, el planteamiento es por un lado automático y por otro no meramente distributivo, sino sancionador. Sin el actuar relativamente consciente no habrá esa especie de castigo dinerario. El problema es que tampoco habrá imposición de costas con base en la simple derrota, de ahí las consecuencias injustas en el plano económico salvo que se trate de una sanción para adición o rebaja, según los casos. Puede pensarse que un criterio objetivo del vencimiento puro haría innecesario el uso de la temeridad o la mala fe, pero la relativización de aquél admite tanto estas posibilidades como otras a la hora

(75) Cit. STC 48/1994, de 16 de febrero.

(76) SSTC 131/1986, de 29 de octubre, 230/1988, de 1 de diciembre, 147/1989, de 21 de septiembre, y 34/1990, de 26 de febrero.

(77) Por sí mismo irrelevante si además no carece de toda razón o fundamento; STS 10-VI-1998, núm. 807.

(78) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las costas», en *Derecho Procesal Penal* (con V. Moreno Catena), Valencia, 2004, p. 624, quien aboga por la eliminación del principio de temeridad o mala fe del sistema de nuestra legislación procesal penal.

de ajustar a la justicia procesal el resultado final del pleito. De esta manera, el temerario y el acusador de mala fe pueden ser deudores de las costas, al menos parcialmente aun cuando triunfen con un fallo final favorable, tras examen pormenorizado de lo que hicieron realmente de utilidad a sus intereses en el curso del trámite. Y, junto con esa utilidad distributiva, ser al tiempo instrumento de ajuste y ponderación en el caso concreto, bajo la lógica sancionadora. El incremento sancionador puede apoyar un abono de interés por el adelanto del coste en manos del luego beneficiario de las costas que finalmente se declaran, porque antes de la firmeza del fallo bien puede haber asumido las costas según previene el artículo 121 I LECr. El carácter sancionador también puede justificar lo que hoy día acaba por mantenerse gratuito, el servicio público de la justicia que no se compensa por unas inexistentes tasas incluibles como costas. Desde el punto de vista reductor, el condenado al pago de las costas puede ver minorado el importe cuando el vencedor del pleito lo ha sido a pesar de haber generado gastos inútiles que por temeridad o por mala fe no pueden contenerse en las costas sin ser ni indebidos (porque existieron) ni excesivos (porque se pagaron lo que consta). Incluso independizarse la sanción a favor del erario público

5.3 Terminación anormal del proceso penal y trámites incidentales

Tanto el artículo 123 CP como el artículo 240 LECr y sus concordantes –y así los dos criterios distributivos básicos que hoy rigen–, están redactados en atención a la terminación normal del proceso, por sentencia en la que, según el artículo 142.4.^a Cuarto LECr, habrá un pronunciamiento motivado sobre las costas procesales. Y es precisamente en ese aspecto en el que puede funcionar la limitación a la temeridad o la mala fe, como restricción en todo caso criticable por acotar en modo formalista una decisión más ponderada y justa. Pero junto con los supuestos de terminación anormal propiciada por el sobreseimiento libre o provisional, habrían de obedecer criterios propios los supuestos de extinción de responsabilidad criminal por muerte, prescripción, cosa juzgada o perdón del ofendido, los incidentes que nacen en paralelo al proceso principal y toda suerte de recursos que medien durante la tramitación de los autos, con exclusión del devolutivo contra la propia sentencia que termina normalmente el proceder pudiendo afrontar costas del primer grado y las propias del segundo.

La normativa específica es abiertamente incompleta, por cuanto no atiende más que a dos tipos concretos de incidentes, el de recusa-

ción (79) y el de cuestiones de competencia (80). No hay regulación respecto del excepcional incidente de nulidad de actuaciones u otros, pero extrayendo regla de principio sobre lo anterior cabe señalar que las costas causadas en los incidentes que puedan promoverse durante la sustanciación de un proceso penal deben imponerse a aquél que los haya iniciado y fracase o respecto del que se opone a los mismos sin éxito. Habría que matizar tanto el inicio, sin éxito, como la infructuosa oposición a los mismos. Recuérdese en cualquier caso que se recoge la excepcionalidad de la no imposición motivada (81), pero también que hay supuestos en los que se implica a quien no es parte y no se regula en modo alguno como permitir que haya resarcimiento del gasto efectuado por obligación (82). En cuanto a los recursos distintos de la apelación contra sentencia definitiva, existe regulación cuando se desestima la queja por denegación del testimonio para recurrir en casación (art. 870 II LECr), cuando se declara desierta la casación (art. 878 LECr) y cuando se desestima el recurso de casación (art. 901 II LECr), declarándose de oficio si se casa la sentencia (art. 901 I LECr), cuestión que se reconduce a los recursos devolutivos contra sentencias. No existe una norma general relacionada con la temeridad y anudada a la sanción procesal, aunque sea aplicable por supletoriedad general el artículo 247 LEC, sin que se encuentren específicas correcciones según materia (83). Por supuesto que no se plan-

(79) Se condenará al que la promovió contra juez o magistrado sin éxito (con posible multa por temeridad o mala fe a modo de sanción procesal), artículo 70 I LECr; y también si es vencido en apelación, artículo 82 LECr; en igual sentido para secretarios judiciales y oficiales, hoy gestores procesales; artículo 89 LECr. No se plantea contra juez u otro funcionario que no se abstuvo como debió, de ser al fin recusado.

(80) Condena al que promoviera temerariamente inhibitoria o se opusiera con temeridad a la misma, artículo 44 LECr; incluso si tiene éxito o abandona si resultare que había empleado la declinatoria con anterioridad –implícitamente, sin éxito–, artículo 33 II LECr.

(81) Artículo 228.2 II LEC: si fuera rechazado el incidente «se condenará... al solicitante en todas las costas del incidente», con multa adicional por eventual temeridad.

(82) Por ejemplo la injusticia del procedimiento de decomiso introducido con la Ley 41/2015, de 5-X (art. 803 ter o.3 LECr): el trámite a seguir, según juicio verbal civil, hace al demandado (por el Ministerio fiscal) en ese trámite una parte incidental, sin serlo necesariamente en el proceso principal, remitiendo a la LECr la cuestión de las costas, por lo que nunca podrán condenarse éstas a su favor. Y nótese que terceros intervinientes que aparecían como titulares de los bienes decomisados no podrán ser condenados en costas (STS 5-IV-1999, núm. 495).

(83) Por ejemplo como ocurre con la impugnación de autenticidad de un documento y ulterior cotejo, genera unas costas que paga el impugnante vencido, quien además puede ser sancionado por temerario (arts. 326.2 II y 320.3 LEC).

tea modo de prevención contra el proceso inútil, por lícito pero abusivo, imponiendo costas al vencedor (84).

La prescripción penal extintiva o la declaración de rebeldía referida a un concreto inculpado, y por supuesto la muerte de uno de entre varios, supone delimitar el tiempo procesal antes y después de ese momento, incluyéndolo en el reparto de las costas procesales generadas antes de ello, excluyéndolo a partir de entonces (85). La excepción exitosa de cosa juzgada impone la absoluta indemnidad, relativa en cambio para el caso de la muerte, pero no observa regulación específica ninguna de las dos. En cuanto al perdón del ofendido, apto para suprimir la procedibilidad misma del trámite, tampoco se ofrece ninguna regulación, si bien los casos de ilícitos que terminen por falta de procedibilidad de quien perdona, bien pueden partir de un pacto económico que incluya costas o renunciándolas al tiempo que al proceso.

En el ámbito del sobreseimiento libre suele existir una lógica equiparación a la sentencia absolutoria, pues el sentido material es equivalente y aprovecha de una firmeza con efectos positivos y negativos de la cosa juzgada. Con respecto del sobreseimiento provisional, en ocasiones ubicados en el mismo espacio procedimental que el libre, a menudo anticipa sobremanera esa decisión jurisdiccional, al punto de hacer irrelevante una declaración de costas por cuanto ninguna se ha podido producir (86), mientras que las hipótesis de prescripción pueden encontrar causa vinculada a la conducta esquiva del inculpado o por completo ajena a ésta, incluso operar la extinción de responsabilidad penal antes siquiera de iniciarse el proceso. Para este segundo grupo de supuestos habría de imperar la indemnidad absoluta del inculpado, constando un error del órgano judicial, que abrió la instrucción por hechos prescritos. En el primer grupo, por ejemplo ante el ignorado paradero del encartado, que así vulnera el derecho de sujeción, se propicia la prescripción. La equivalencia de resultado con la absolución conduce a la falta de condena en costas, no a fundamentar el abono de las propias, salvo por temeridad o mala fe del eventual acusador particular.

(84) Como proponía GOZAINI, O. A., *La conducta en el proceso*, La Plata, 1988, pp. 337 y ss.

(85) Sobre rebeldía procesal cfr. SSTS 3-VII-1984, núm. 1045, 12-II-1990, núm. 443, 29-X-1990, núm. 3471, 26-II-1991, núm. 775, 21-I-1997 núm. 26 o 13-XI-2002, núm. 1889. Sobre el co-inculpado fallecido STS 19-IV-1969, 23-III-1987, 22-XI-1990.

(86) Imagínese la corruptela de incoar diligencias previas y al tiempo archivar provisionalmente por sobreseimiento basado en la falta de indicios; o el correcto archivo inmediato por falta de determinación del autor.

Aparte la aludida desestimación de la queja en casación, es muy común que las resoluciones de recursos no devolutivos carezcan de pronunciamiento alguno sobre las costas procesales generadas por la concreta impugnación resuelta. Algo exigible, al menos, cuando hayan intervenido partes distintas del recurrente, ya que no pocas veces es éste el único actuante en ese tipo de trámite. Sin embargo, cuando el recurso se resuelve ventilando sobre las costas procesales causadas, tal tipo de condena se ha venido alzando por considerar que las costas deben agruparse al término del proceso todo, donde junto con el vencimiento contra reo sólo se advierte la temeridad y mala fe contra acusador particular. El problema es que difícilmente repasará el juez sentenciador el devenir del proceso instructor, o incluso de trámites impugnativos plenarios, para referenciar cada uno de esos hitos procesales distribuyendo la asignación a una u otra parte de unas y otras costas incidentales o impugnativas. No necesariamente coincidentes, por supuesto, con las del resultado final del pleito entendido como principal. Si esto último fuera bastante, serían las propias partes quienes introducirían una propuesta de tasación acorde. Pero la diferenciación, fundamentalmente por incidentes y recursos que aconsejan sus propias reglas distributivas del coste provocado, impone ir ventilando las sucesivas condenas en costas cuando la individualidad de los actos procesales lo permita.

De hecho, se ha defendido que a fin de evitar la distorsión del sistema por excesiva litigiosidad, quienes promuevan acciones o recursos legalmente merecedores del pago de costas satisfarán bajo ese fundamento el dispendio económico adicionado. Pero a vista de la práctica habitual de tribunales las cosas no son así. El recurso de reforma es gratuito en todo caso, razonándose a veces que esa suerte de impunidad procesal es salvada cuando luego se incorpora tal gasto procesal como parte de las costas del enjuiciamiento todo (87). Naturalmente que tal supuesta regla carece de sentido procesal porque puede que quien gane el pleito principal haya perdido todos los recursos no devolutivos –y apelaciones subsiguientes–, cobrándose toda labor impugnativa infructuosa cuando ningún derecho económico puede mantener al respecto por la lógica del vencimiento, que aquí se suprime hasta el absurdo.

El apelante contra un auto que desestime la reforma imponiendo costas al vencido puede alegar que no se producen las circunstancias que le hacen merecedor de la imposición de costas, máxime teniendo en cuenta los antecedentes, señalando que falta la temeridad y mala fe

(87) Entre muchos ejemplos, AAP Penal Sec. 5.ª 21-XII-2007, rollo 512/2007.

en la interposición del recurso de reforma que le fue desestimado y en el que se le impusieron las costas procesales. Estimando la apelación y declarando de oficio las costas, esto es, no imponiéndolas a nadie, de manera que la parte contra la que se dirigió el recurso de reforma, que llevó a cabo el gasto procesal de oponerse al mismo y triunfó en el empeño, por desestimación total, injustamente tendrá que abonar por sí mismo esos gastos procesales –abogado, procurador u otros– concretamente vinculados a la impugnación en todas sus etapas.

Finalmente, en los supuestos de despenalización, que no dejan de afrontar el enjuiciamiento de hechos atípicos, se determina el sobreseimiento libre o la sentencia absolutoria, respectivamente, en el trámite de instrucción o plenario, lo que invoca la indemnidad de las costas para el inculpado. Para el acusador particular que durante la no penalización actuó correctamente, no obteniendo un fallo a favor huelga valorar como necesario para una condena su actuación individual en el proceso, sin poder ser condenado por vencimiento objetivo, defendido en estas líneas sin temeridad ni mala fe, porque es la actuación del Estado la que ha generado una nueva situación normativa, nadie más. Cuestión distinta si ya se sentenció en firme al acusado, condenado en costas y como responsable civil acaso, situación en que la retroactividad penal más favorable no podrá afectar también el contenido resarcitorio, ni material ni procesal, incluido en el fallo.

5.4 La actuación del Ministerio fiscal

La posible responsabilidad directa de este funcionario actuante está prácticamente fuera de cualquier consideración, pasando por la creencia de que el Estado debe absorber todo lo que hagan quienes en definitiva son sus «dependientes» (88). Dejando a un lado lo ya expuesto, el Ministerio fiscal está excluido del pago de las costas pero no puede escudarse en los excesos de pasión de una parte procesal, al ser definido como imparcial, sin que pueda descartarse un actuar procesal con temeridad parapetado en el saberse impune pese a los riesgos asumidos, y tampoco la mala fe que se relacionaría con la prevaricación. De ahí que en la propiciada tesis apuntada donde el Estado habría de asumir las costas por vencimiento del Ministerio fiscal, podría repetir contra el funcionario actuante que en cada caso

(88) Lejos la lógica de aludir a «los honorarios de los promotores fiscales» tras ser excluidos de la tasación de costas y plantearse si únicamente recibirían la asignación del presupuesto general (cfr. última Real Orden del Apéndice al Código penal de 1848, según la edición oficial reformada, Imprenta Nacional, Madrid, 1850).

rebase los límites de la mera infracción del servicio e incurra en falta personal (89), acción de regreso que en este último caso resultaría justa por partir de la indemnidad absoluta del inculpado, anticipando el Estado el abono correspondiente.

Pese a las críticas sobre las propuestas irrelevantes, no cabe olvidar que es el órgano judicial el que admite o no los medios de prueba. De ahí que será el juez quien comparta, en buen número de casos, la responsabilidad de la introducción inoperante de testigos o peritos en el enjuiciamiento, lo que acaso podría diluir el contenido de la repetición, pero no la señalada anticipación estatal. Sea como fuera, en no pocas ocasiones el sentenciador, que es el competente para admitir el medio de prueba, pero también el juez instructor ante propuestas de diligencias de investigación, asume aseveraciones de quien propone a unos y otros cómo útiles y pertinentes. La afirmación mera, sin embargo, puede resultar insuficiente, pero en no pocos casos es imposible ahondar en más de lo que quien propone asegura. Por ejemplo, si se afirma –por el fiscal u otro profesional, por el inculpado o por un testigo– que un determinado sujeto presencié los hechos investigados o los delimitados para el juicio oral, sólo a través de su propio testimonio y la valoración conjunta de la prueba cabría verificarlo. En cuanto al peritaje es algo distinto, pues su utilidad y pertinencia procesales pueden derivar del planteamiento jurídico acusatorio o defensivo que introduce afirmaciones fácticas a refrendar mediante el estudio y el análisis pericial propuesto. No existe un principio de prueba o una base documental o testifical previa que se alce como necesario presupuesto de un peritaje. Sólo si faltan las alegaciones correspondientes, o cuando menos las dichas afirmaciones, podrá denegarse de plano la proposición. En consecuencia, el juez habrá de valorar la posibilidad real o no de inadmitir fundadamente medios de prueba.

Los excesos de diligencias sumariales u otras, vinculados a la lentitud de la justicia penal, sirven para fundamentar la responsabilidad en costas, total o parcial, del instructor cuando actúa con notorio desacierto, en el entendido que en éste radica el aumento de los gastos, que por consiguiente no tendrían que redundar ni sobre el Estado ni sobre ninguna de las partes, sino personalmente sobre el funcionario

(89) ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho...*, cit., pp. 241 y s., y nota 17 de la pp. 241; que apuntaba una ampliación a la restrictiva situación estudiada, básicamente basada en la salvaguarda del prestigio de la institución fiscal. La exclusión de costas al Ministerio fiscal es, sin embargo, un canon intocable.

culpable, en definitiva incompetente, fomentando su previsión y cuidado en el ejercicio de un cargo de tan delicadas consecuencias (90).

5.5 Vencimientos parciales

En la hora presente parece regla general que en absoluto importe que las pretensiones no se estimen íntegramente, sin afectar entonces el sistema distributivo establecido según unicidad o ponderada pluralidad de delitos y/o autores. Si la pretensión cualificada o punitiva por un solo injusto se estima parcialmente, bajo un subtipo atenuado o el básico frente al agravado, sin una agravante instada o con una exigente incompleta o atenuante discutida, el resultado en el terreno de las costas es prácticamente idéntico al que tendría lugar con la estimación total. Pero siquiera cabría extrapolar la tesis procesal civil de la estimación sustancial de la demanda, al menos cuando las disparidades han podido incluso afectar la competencia objetiva y el procedimiento y, en relación con ello, las posibilidades de que el reo asuma la pretensión punitiva vertida en su contra, lo que puede llegar a ser una decisión tan temprana como al mismo inicio del proceso penal. Ejemplo paradigmático el detenido que asume los hechos y la pena por un delito sin agravantes, siendo éstas lo perseguido por la acusación que, al cabo, no se estiman, por muy ajenos a la temeridad o mala fe que puedan haber sido postuladas. En ese caso, el completo trámite instructor y todo el procedimiento plenario, incluso el impugnativo, se habrían esquivado, y con ello su coste para cualquiera. Ese gasto adicional que se anuda a la realización de un juicio oral, innecesario, habrá de pagarlo todo partícipe. Igual puede decirse cuando el concreto fiscal actuante decide mantener el ejercicio de la acción penal y propiciando la práctica completa realización del juicio oral oyendo al acusado y resto de testigos pese a conocer de antemano un error de omisión durante la instrucción sin el cual nunca habría sido imputado, y luego acusado, el dicho sujeto pasivo del proceso. Más de un caso puede citarse sobre estas extrañas maneras, y pese a los intentos del juez para que como cuestión previa se zanjase lo que nunca tuvo que propiciar la apertura de juicio oral, se mantuviese la acusación con una pena de banquillo hasta el final, cuando lo ya disponible antes de la calificación provisional de los hechos ya bastaba para que la Fisca-

(90) Frente al silencio de la normativa, en la esperanza de una reforma lo defendía ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho...*, cit., pp. 242 y s.

lía retirase los cargos (91). Innumerables los supuestos donde la pérdida sobrevenida del objeto civil, o su satisfacción extraprocesal, no impiden que mantenida por la Fiscalía la misma acción civil acudan a la vista oral todos los demandados que ya no tendrían que hacerlo.

Por consiguiente, sin el análisis crítico de la lógica y la justicia del caso concreto, el vencimiento objetivo permite una asignación en abstracto que viene perjudicada por situaciones de vencimiento parcial donde procedería graduar la condena en costas (92). En función de diversas pretensiones estimadas frente a otras que no lo son, incluyendo la graduación de las sanciones por el juez frente a lo pedido por una u otra parte. A lo anterior se puede añadir el ajuste de actuaciones superfluas o innecesarias de una parte que, si bien vence en el fondo, aquéllas no afectaron en absoluto tal victoria, sin que el vencido deba sufrir las consecuencias económicas de esos innecesarios particulares (93). Del mismo modo, actuaciones durante el procedimiento que sean temerarias o abusivas, no tienen que integrarse en una condena en costas por vencer en sentencia sin que la decisión de fondo, estimando íntegramente, resulte ni temeraria ni de mala fe.

Ya expuesto el papel del Ministerio fiscal vencido y la injusticia de la indemnidad estatal por el resultado de su actuación, resta retomar las implicaciones de la acusación particular, única si la Fiscalía no acusa –en cierto modo equiparado a un acusador privado– co-responsable cuando fracasa junto con aquél o en exclusiva.

6. EL ACUSADOR PARTICULAR, REGLAS BÁSICAS

6.1 La parte procesal prescindible

La regulación procesal referida al acusador en concreto se limita al modo en que éste puede ser condenado en costas. Por lo tanto, se ciñe al supuesto de la absolución total o parcial, dado que la condena

(91) *Sic* SJP Barcelona 28, de 16-XI-2012 (autos 438-2012-B). Llamativo que la fiscal actuante (Isabel Díaz-Reixa Suárez) añadiera propuestas probatorias de cargo en cuestiones previas y a lo largo del trámite oral, protestando denegaciones a efectos de apelación.

(92) También se llegó a defender el vencimiento mutuo, donde compensar y prorratear según el grado de vencimiento habido, cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho Procesal Criminal*, Madrid, 1935, pp. 142 y s.

(93) No importa que el querellante incurra o no en temeridad. Pueden excluirse de las costas sus actuaciones cuando no procedan del lógico devenir procedimental, cfr. STS 20-VI-1949, núm. 256 y Ss. de nota 70.

del reo estimando las pretensiones de esa acusación particular no tiene regulación específica; por mucho que se pretenda ubicarla en el artículo 123 CP, se limita al debate de la procedibilidad por rogación.

El Acuerdo General de 3-V-1994 tomado en la Sala Penal del Tribunal Supremo estableció que en la imposición de costas debe corregirse el criterio del vencimiento con la temeridad. Pudiera parecer que esto significa el uso de la temeridad tanto en los casos de vencimiento del acusador particular como de vencimiento de la defensa. Sin embargo, la conducta temeraria del acusador particular sólo se tiene en cuenta en supuestos de absolución, no para corregir la lógica del vencimiento propia de la causalidad. No sirve para arbitrar el criterio de asignación de costas al vencido, y cuando fracasa la acusación particular, la temeridad tampoco modera nada, sólo apoyaría su condena.

Respecto a la temeridad o la mala fe como criterio subjetivo para imponer las costas al «querellante», concepto técnico generalizado hasta el de acusador particular en general (94), de comienzo se significa la vaguedad e inconcreción de los términos y así viene declarado con reiteración que «los conceptos de temeridad y mala fe son abstractos e indeterminados, por lo que hay que ponerlos siempre en relación con el caso concreto, para determinar si efectivamente concurren en el proceso en que se utilizan como base para una condena en costas» (95). La lectura de la Jurisprudencia penal, como se dijo con evidente error, los asocia como términos equivalentes (96). Piénsese por ejemplo que el temerario planteamiento conduce a un absolutamente insatisfactorio resultado de la prueba practicada, momento en que no instar la absolución o renunciar a la acción penal añadiría a esa temeridad la mala fe (97). Ciertamente, se ha considerado que litigar con temeridad equivale a litigar incumpliendo el principio general de la buena fe procesal (art. 11.1 LOPJ), siendo posible contra el temerario la sanción del artículo 247 LEC. Pero esto no supone que sean conceptos intercambiables, sino que se consideran especies de un mismo género más amplio, sean las circunstancias especiales de la LEC de 1881 o las dudas de hecho sobre la causalidad del actual ar-

(94) MAJADA PLANELLES, A., *Práctica Procesal Penal*, II, Barcelona, 1980, p. 837. Cfr. STS 15-I-1997, núm. 46, que alude a otras confusiones (entre acusador privado y particular por ejemplo), y donde por cierto se revocó la imposición de costas al acusación particular que renunció a la acción penal que era el único que ejercitaba, haciéndolo antes del juicio oral ya señalado.

(95) En su sentencia 27-IX-2002, núm. 1.533.

(96) Por todas, STS 6-X-1998, núm. 1.126.

(97) En este sentido, por ejemplo, MAJADA PLANELLES, A., *Práctica...*, cit., p. 838.

título 394 LEC (98). En todo caso, deben alegarse y probarse por quien los invoque, particularmente en tanto a que la mala fe no se presume nunca, exigiéndose la notoriedad en ambas. Pero es que, además, los parámetros de análisis de esa actuación temeraria o de mala fe pueden llegar a sublimarse. Así, no basta la minoración de consistencia, sino que ésta debe carecer por completo y la injusticia de la reclamación ser tan patente y conocida por quien la alegó para responder por los «gastos y perjuicios económicos causados» (99). Aunque se alude a la relevancia y a la homogeneidad (100), normalmente no basta que no sean homogéneas. Las peticiones de la acusación han de ser «absolutamente» heterogéneas respecto de las aceptadas en la sentencia (101), inocuas o irrelevantes a pesar de no coincidir la calificación definitiva con la del resultado final del proceso (102), ser parcialmente estimada (103) no apartarse «absolutamente» de la tesis de la acusación (104), mostrar una «acentuada» heterogeneidad (105) o «absolutamente» o «notablemente desproporcionada» (106), casi siempre descartando lo meramente cuantitativo (107). Quepa incidir en que si el Ministerio fiscal no acusa desaparece el término de comparación característico, se convierte en definitorio (108). Nada hay más heterogéneo que instar condena frente a la absolución instada por el Ministerio público.

Precisamente por requerir de tales conceptos indeterminados y el modo radical en que se hace, suele existir una exigencia sobredimensionada para condenar en costas a la acusación particular, entendiendo ello en casos de que su actuación sea gravemente perturbadora por

(98) GIMENO SENDRA, V. y FUENTES SORIA, O., «Condena en costas», en *Proceso Civil Práctico*, V (Gimeno Sendra dir.), Madrid, 2002, pp. 53 y s.

(99) SSTs 6-III-1995, núm. 305, 15-I-1997, núm. 46, 15-I-1997, núm. 54, 13-II-1997 núm. 205, 11-III-1998, núm. 387.

(100) STS 2-V-2000, núm. 846.

(101) STS 15-IV-1999, núm. 395.

(102) STS 23-III-2000, núm. 466.

(103) STS 24-V-2000, núm. 599.

(104) STS 15-IV-2002, núm. 634.

(105) STS 17-XII-1976, núm. 1517 o 3-IV-1995, núm. 487.

(106) SSTs 20-III-2002, núm. 531 y 17-XII-2002, núm. 2015.

(107) Lo que acaba por entenderse como una costa «legal»; SSTs 26-I-1973, núm. 104, 7-I-1975, núm. 1, 6-VI-1975, núm. 894, 28-V-1976, núm. 741, 1-III-1977, núm. 290, 1-XII-1978, núm. 1022, 3-I-1980, núm. 2, 3-III-1980, núm. 248, 9-II-1981, núm. 139. Y no importa que la legislación de base en estas Ss. fuera luego derogada.

(108) Con cita de STS 7-III-1989 se considera que si sólo acciona la acusación particular, los argumentos contrarios a la imposición de costas relativos a las «tesis y peticiones invariables, perturbadoras y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio fiscal» no son admisibles porque falta el término de comparación; GUILLÉN SORIA, J. M., *Las costas...*, cit., p. 76.

mantener posiciones absolutamente heterogéneas con las de la acusación pública y con las aceptadas en la sentencia, o pretender algo manifiestamente inviable, o si es manifiestamente inútil o superflua su intervención (109). En algunos casos, por ejemplo el de la inviabilidad, habría que preguntar, simplemente, como se admitió judicialmente su postulación. Pero ese radicalismo favorable a la acusación particular, con la exigencia de notoriedad para la condena en costas del contrario en su contra, se interpola sin más, en modo invertido, para condenar en costas al acusado a su favor, como algo automático, sin una ponderación específica, siquiera motivada genéricamente. Dicho de otro modo, si bien resulta, según la norma vigente, especialmente difícil condenar en costas al acusador particular, ello no significa que sea automática la condena a pagar las costas de la acusación particular por parte del acusado condenado (110). De hecho, la doctrina del Tribunal Constitucional exige motivación en la imposición de costas a fin de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva (111); aunque también en los casos de excepción como la temeridad, de interpretación restringida, la razonabilidad puede obtenerse del «conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para rechazar las alegaciones de la parte», sin infracción del derecho a la mencionada tutela aun cuando no haya motivación sobre costas por temeridad (112). El contenido *ope legis* del artículo 123 CP no tendría que requerir mayor motivación que constatar la estimación íntegra de la acusación penal contra el acusado, y a este se anuda la obligación de incluir las costas del acusador particular no temerario ni de mala fe, aunque no sea el vencido al que tales conceptos indeterminados se vinculan en el artículo 240.3.º II LECr, aludiendo a la «discrecionalidad judicial medida» y «a repudiar el criterio de la relevancia», conformando el denominado «criterio de la procedencia

(109) SSTS 18-VI-1999, núm. 980, 14-XI-2003, núm. 457, 4-III-2002, 6-III-2003, núm. 36, 12-VI-2006, núm. 737, 13-II-2007, núm. 96, y Ss. en citas inmediatamente anteriores.

(110) Como no pocas veces se confunde radicalmente en apelación; por todas cit. SAP Barcelona, Sección 10.ª, 20-VI-2012, ya que a partir de la interpretación del TS, sin base legal ninguna, se toma en cuenta que «la inclusión de las costas de la acusación particular tiene lugar salvo que las pretensiones sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas o naturalmente aportadas a las deducidas por la acusación pública o, incluso las adoptadas por la sentencia» (por ejemplo, STS 11-XII-2014, num. 840).

(111) En caso contrario se infringe el artículo 24.1 CP, cfr. SSTC 131/1986, de 29 de octubre, 48/1994, de 16 de febrero; AATC 344/1992, de 16 de noviembre o 24/1993, de 25 de enero.

(112) SSTC 131/1986, de 29 de octubre o 48/1994, de 16 de febrero.

intrínseca» (113), por mucho que se pretenda aludir al «real concepto de equidad» contrario a la generalización desmesurada y para cualquier supuesto, permitiendo excluir las costas de la acusación particular, si bien para verdaderos dislates (114).

Se suele introducir el copia y pega habitual utilizado para evitar la condena en costas del acusador particular olvidando que no se está motivando en contra de una pretensión condenatoria por costas del acusado contra el acusador particular al amparo de la ley penal o procesal. Esos argumentos que sirven desde la Ley para no ser condenado, no son automáticamente útiles para obtener una condena a su favor. Deben ser mejoradas en cada caso concreto las circunstancias habidas «para comprobar si ha coadyuvado a la resolución final que se dicte» (115). No basta la interpretación negativa de no haber sido temerario o actuante de mala fe, ambas circunstancias propias del carácter retributivo de una condena a pagar las costas del acusado.

En muchos casos ninguna circunstancia revela que la parte acusadora haya actuado bajo esa temeridad o mala fe, porque no consta acreditado que le moviesen otros motivos que los de ejercitar el legítimo derecho procesal que le asiste respecto a la interposición de recursos, aun cuando sus pretensiones hayan sido totalmente desestimadas. El principio objetivo del vencimiento que invoca la imposición de costas, no ampara *ipso iure* el contenido del artículo 240.3 LECr ante la inexistencia de fundamentación alguna al respecto. Es sin embargo un planteamiento habitual que desoye la jurisprudencia constitucional cuando distingue entre temeridad y mala fe, por un lado –que es la prevención del artículo 240.3 LECr antecitado– y la desestimación total de las pretensiones procesales –por ejemplo la desestimación total de un recurso de reforma, bajo el principio del vencimiento–, por otro.

El artículo 124 CP establece que los honorarios de la acusación particular se incluirán en las costas, pero sólo cuando se trate de delitos perseguibles a instancia de parte. Por consiguiente, no existe una norma que imponga la condena en costas a favor de la acusación particular en delitos perseguibles de oficio, mientras que la imposición de costas por defecto al condenado (regla del art. 123 CP), no puede

(113) STS 6-VI-1975, núm. 894, 24-II-1983, núm. 239, 27-II-1986, núm. 287, 12-VII-2009, núm. 733, 22-I-2010, núm. 37, 22-X-2010, núm. 921, 10-X-2012, núm. 755 o ATS 8-VI-1990, núm. 2098: el Tribunal de instancia no ha de pronunciarse sobre la relevancia de la actuación del acusador particular, que se presupone.

(114) Por desfases entre lo pretendido (12 años y 1 día de reclusión y 15 millones de pesetas de indemnización) y lo obtenido (30.000 pesetas de multa y 300.000 de indemnización); STS 11-XII-1990, núm. 3974.

(115) STS 15-X-2001, núm. 1816.

interpretarse como inclusión por definición de las de la acusación particular sin desmerecer la sistemática del citado artículo 124 CP. Pues, si así pudiera deducirse de ese artículo 123 CP, el contenido del siguiente precepto sería superfluo, innecesario. Su existencia, precisamente, se contrapone al supuesto del delito perseguible de oficio y así obtiene sentido jurídico de entidad. Por su parte, y como ya se advirtió, una cosa es que no se condene en costas al reo a favor de la acusación particular, y otra que cuando aquél es absuelto sólo se pueda condenar en costas a la acusación particular si ésta es temeraria o actuante de mala fe. Con todo, la imposibilidad de condenar al acusador particular vencido salvo en tales supuestos, a probar de contrario, es significativamente injusto. Fundamentalmente porque supone el perjuicio económico del absuelto, del inocente, al partir de la base de que el Estado –al menos si también acusó– no abonará los gastos procesales de la defensa. Sea como fuere, las dificultades para condenar al acusador particular no debieran confundirse con que el mismo sea acreedor de las costas en caso de vencer.

Autores como Alcalá-Zamora Castillo consideraban la no inclusión de las costas de la acusación particular contra el acusado que resultaba condenado, por cuanto éste no debía por qué soportar los gastos de una doble acusación, ni directa ni indirectamente. Sin perjuicio que fuese aquél, facultativo, sin retardar ni entorpecer la marcha del proceso, eficaz cooperador del tribunal y sobre todo del Ministerio fiscal, acaso en mejor conocimiento, como ofendido, del hecho, las causas, circunstancias de los sujetos y otros datos del asunto (116). La parcialidad de la estimación, tanto en la calificación como en la dosimetría penológica, debiera ser instrumento para minorar o incluso suprimir la inclusión de las costas procesales de la acusación particular en la condena económica del reo. Si este planteamiento se llevara a cabo, no faltaría el postulante alternativo, del mínimo penológico posible, para evitar siempre una estimación parcial, dado que estimar una pretensión alternativa se considera estimación íntegra por la propia lógica de la alternatividad. Naturalmente se advertiría un obvio fraude de ley procesal si al tiempo alterna las penas pretendidas bajo una misma calificación jurídica. Más discutible que igual tesis se aplicase a la subsidiariedad. En todo caso, o bien tal cosa permite la conformidad del acusado con la pretensión más benévola de esa alternativa (inviabile en la subsidiariedad), o bien se afronta una intervención del acusador particular que por poco siempre será estimada. Claro está que este planteamiento sólo es problemático si se atiende al resultado

(116) ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho...*, cit., pp. 29 y s.

final, no a lo hecho efectivamente por cada parte para llegar a un resultado condenatorio, sea en el terreno de las cuestiones procesales, sea en función de la actuación probatoria. La regla del *iura novit curia* excluye en principio la labor interpretativa de la ley sustantiva que desarrollen las partes, por mucho que a menudo facilitan o iluminan la tarea judicial. Pero mientras el juez penal dispone de la tesis alternativa que pueda plantear a las partes, no le es viable suerte alguna de iniciativas en el ámbito del objeto civil, sometido en las materias dispositivas al principio de la rogación (117), lo que se extiende a la preclusión característica en el ejercicio de la acción civil.

La marcha de la acusación particular antes del dictado de la sentencia difícilmente permitirá reclamar costas a su favor. Ahora bien, más preocupante es que todo aquello que ha provocado su actuación, hasta ese momento procesal, tampoco podrá ser base de una condena en costas a favor del inculpado, porque ya no será parte procesal sobre la que poder pronunciarse. Es en el momento en el que se la tiene por separada del proceso penal, por su propia decisión unilateral imposible de contrariar de oficio, cuando el órgano judicial debiera valorar el coste general, sin perjuicio de postergar el pronunciamiento sobre costas en virtud del resultado del pleito cuando todo depende de la causa principal. Y ello puede suponer que tanto lo actuado a instancia de la acusación particular ha sido relevante e incluso indispensable para una futura condena, y no tendría que haberlo asumido esa acusación particular cuando fue parte; o bien no fue así y deberá soportar el gasto. Sin olvidar que la absolución puede también suponer que los gastos vinculados en forma directa o indirectamente a la defensa que no hubieran tenido lugar sin una determinada actuación de la acusación particular luego desaparecida de la relación jurídico subjetiva, impliquen una responsabilidad pecuniaria de la misma traducida en un porcentaje de las costas procesales a satisfacer en favor del absuelto. Sin disponer del resultado final del pleito puede ser inviable resolver sobre este tipo de consecuencia económica del proceso penal, como costas, cuando se declara la separación del proceso de ese litigante. Pero tanto en sede impugnativa o incidental podría ser posible hacerlo, al igual que en determinadas mecánicas de intervención a modo de actor civil que luego reserva la acción privada, o incluso renuncia a su ejercicio, utilizando el proceso penal para obtener medios de prueba

(117) Salvo tesis de unidad de acción en la culpa contractual o extracontractual, desde la acción ejercitada que delimita la congruencia judicial civil y la preclusión hasta la fijación de plazos para cómputo de intereses, es labor de la parte, no obstante su ausencia perjudicará, sin más, al alegante. V. por ejemplo YÁÑEZ VELASCO, R., «Mentiras procesales (III)», *Economist & Jurist*, n.º 178, marzo 2014, pp. 77 y s.

en un futuro proceso civil separado o para presionar acuerdos extrajudiciales durante su curso.

De otro lado, la retirada de la acusación respecto de un acusado y no de otros, implica la consideración del primero en el reparto proporcional y cómputo de todas las costas, siendo la operación más sencilla cuando tal renuncia al ejercicio de la acción penal lo sea en el momento final del juicio oral. La regla radica en no gravar a los condenados en la porción propia de la absolución, y así sin costas (118). La presencia de un procesado hasta un determinado momento origina unos gastos judiciales que como costas han de ser descontados.

La injusticia de pechar con los gastos de abogado y procurador, u otros, demostrada infundada la acusación –en realidad no acreditada la acusación formulada–, ha visto reflejo puntual en la jurisprudencia. La doctrina procesalista ha venido siendo crítica en el sentido de achacar al Estado el pago de esas partidas de las costas procesales cuando el Ministerio fiscal mantuvo la acusación pero se dictó absolución (119). Del mismo modo, se ha postulado que frente a la desestimación de la querrela, el acusador particular debe someterse al principio del vencimiento, no a la imposición de costas por temeridad o mala fe (120). Cuando concurre Ministerio fiscal y acusación particular, como sea que el primero no puede ser condenado en costas, se ha llegado a proponer que el Estado asuma los gastos de letrado, procurador, testigos y peritos y otros costes satisfechos o que debe satisfacer el absuelto. Eso no tiene por qué significar que la acusación particular asuma tal coste, por mantener la misma posición, o incrementada, que sostuvo el Ministerio público, ni que la acusación particular quede exonerada en los supuestos donde el fiscal también acusó y sólo se propugne su condena cuando aquél hubiera instado la absolución.

(118) SSTS 21-X-1988 y 2-VI-1993 núm. 127.

(119) Así CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las costas», cit., p. 623; GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los efectos...», cit., p. 403.

(120) Claro que si se *desestima* la querrela (en términos del art. 313 I LECr, por no *admitirla* según el art. 312 LECr), el querrellado no habría tenido actuación ninguna, que se traduce en un coste cero para él, asumiendo el querellante infructuoso sus propios gastos. Aludiendo a la situación de vencido que suma el agravio y el escarnio de haber sido acusado sin fundamento ninguno, v. igualmente CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las costas», cit., p. 623. No obstante, la falta de cualquier fundamentación enlaza irremediabilmente con la temeridad procesal, aunque implique obviamente el vencimiento, que puede articularse sobre la duda razonable en la convicción íntima juzgadora, o en el mero mal hacer probatorio del acusador, no en lo fundamentado que se halle el cargo penal a vista de la instrucción realizada.

Finalmente, el absuelto penal en modo parcial plantea la siguiente eventualidad. Si la condena final hubiera sido producto de una primera calificación, quizá el encartado se hubiera conformado, en instrucción incluso, acaso beneficiándose del tercio penológico de reducción. De cualquier modo no se tendría que haber defendido de otros cargos que encarecieron el coste del proceso, no solamente en la labor letrada sino en la prueba desplegada para esa concreta defensa y en la duración total del litigio. La desestimación de cargos, como absolución parcial, implica por consiguiente un cúmulo de pretensiones penales fracasadas. Si todas las de la acusación particular –sobre todo si el Ministerio fiscal no las defendía– son desestimadas, aunque sea condenado el acusado –por una sola del fiscal– habrían de implicar la condena en costas del acusador particular. Y única que fuera la Fiscalía como acusadora, también habría que ponderar el contenido de las costas a favor del Estado. Porque no es lo mismo defenderse de un cargo que de dos, tres o más, obligando a la parte a un gasto que luego acaba demostrándose inútil. Tal y como funcionan las cosas en la actualidad puede llegar a pagarlo absolutamente todo. Singularmente, cuando el fallo concluye en un delito leve que podría haber sido enjuiciado por el procedimiento previsto ante el juez instructor, sea por las consideraciones finales del juez en su valoración o por el cambio calificador efectuado por la acusación en su conclusión final en juicio contradictorio, incluso a consecuencia de una calificación motivada por negociaciones de conformidad.

6.2 Pronunciamiento a instancia de parte

La imposición de costas públicas se realiza *ope legis*, sin que el órgano judicial pueda abstenerse de pronunciarla (121), y por ello su carácter de orden público procesal permite que se impongan sin solicitarse como a su vez la revisión de oficio sobre su imposición o exclusión (122). Pero esa imposición de costas procesales deviene de oficio sólo contra el condenado a tenor del artículo 123 CP, no en lo que refiere a la acusación particular (123). Esta parte debe instarlas

(121) Y cfr. artículo 239 LECr; v. ya SSTS 10-V-1948, núm. 216, 7-III-1950, núm. 109, leyéndose en ésta: «antes que declaración judicial, es secuela legal de la responsabilidad, delictiva».

(122) En el ámbito procesal civil, como aplicación imperativa por ser materia de orden público, v. por ejemplo STS 22-III-1997, núm. 234; no obstante el demandado civil no peticiona como el actor, pudiendo mantenerse en silencio.

(123) En contra SAP Barcelona, Sec. 10.ª, 293/2015, de 30-III, rollo 48/2015. Extraño caso en que la ponente (Francisca Verdejo Torralba) repasó largamente las

expresamente en su escrito de calificación provisional, en su caso en trámite de conclusiones definitivas si no lo hizo de antemano. La rogación funciona de este modo para las costas de la acusación particular, mas no para las públicas, que por ministerio de la Ley se imponen al acusado en beneficio del gasto público habido (peritos, intérpretes, etc.), sin que el olvido por parte del Ministerio público pueda evitar lo que resultaría de grosera impunidad económica (124).

En sede de apelación o casación, la regla del recurso devolutivo impide solventar cuestiones no planteadas en la instancia, de modo que si la acusación particular no instó el abono de sus propias costas a cargo del acusado luego condenado, no podrá hacerlo por la vía del recurso (125). La acusación privada, en cambio, ve reconocidas sus costas *ope legis*, por lo que deben entenderse aplicables de oficio al igual que las generales del artículo 123 CP, en casos de vencimiento del reo.

Recuérdese, por último, que la casación por infracción de Ley fue negada para las costas procesales penales (126), nunca por quebrantamiento de forma. La matización residía en la temeridad, como exclusiva en la competencia de las Audiencias provinciales, salvo excepciones (127). Se criticó en comparación con el proceso civil tras la reforma de la LEC por ley 34/1984 (128), entendiendo que las costas por vencimiento o por temeridad o mala fe se establecen por leyes en sentido del artículo 849.1.º LECr, motivo principal de la infracción de Ley. Por mucho que en el segundo caso se sugiere que un concepto jurídico indeterminado de naturaleza subjetiva penetra en los hechos (129).

habituales tesis de heterogeneidad, temeridad y mala fe, cuando la cuestión se limitaba, simplemente, a que no había existido rogación para imposición de costas a favor de la acusación particular. La jurisprudencia penal consolidada es clara, en cambio, sobre la necesidad de petición expresa; v. SSTS 20-I-2000, núm. 1784, 5-XII-2000, núm. 1845, 28-III-2002, núm. 560, 25-XI-2003, núm. 1571, 13-XII-2004, núm. 1455, 6-V-2009, núm. 449, 25-X-2012, núm. 774, 11-XII-2014, num. 840. Aun bastando una petición genérica, *sic* SSTS 27-III-2002, núm. 560, 19-VII-2002, núm. 1351 o 9-X-2013, núm. 757.

(124) Sin distinguir entre la acusación pública y otras, se ha entendido que no cabe la concesión de oficio; GALLEGO SOLER, J. I., «De las costas...», cit., p. 293.

(125) STS 25-I-2006, núm. 37; AAP Sevilla, Sec. 1.ª, 96/2008, de 7-II.

(126) STS 31-XII.1918; citada por GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los efectos...», cit., p. 406 (CJCrim Nr 138).

(127) STS 17-X-1980, núm. 1085.

(128) Antes, criticando la veda a la casación civil; v. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Imposición...», cit., p. 437.

(129) GÓMEZ COLOMER, J. L., «Los efectos...», cit., p. 406.

La rogación es regla inequívoca para la condena en costas, también, a favor del demandante civil en un proceso penal. Pero esto trastoca el carácter *ius cogens* de la imposición de costas del proceso civil, aplicables de oficio independientemente de que se soliciten o no contra el litigante contrario (130). Se trata, en definitiva, de considerar la aplicación de oficio, como Derecho procesal necesario, pero ello sólo puede ocurrir si en la Ley así se establece. La falta de mención normativa implica, bajo los parámetros de la congruencia, afectación directa del derecho de defensa. Pues, sin petición de parte ni establecimiento *ope legis*, los litigantes no tienen por qué defenderse ante un eventual pronunciamiento condenatorio de costas en contra, sin perjuicio que sea carga de prueba propia si lo que se pretende es justificar la mala fe o temeridad como mecanismos de imposición de costas al contrario –en realidad sólo para el acusador particular o el actor civil– lo que nadie duda deba ser alegado.

7. DEL OBJETO CIVIL ACUMULADO

Es frecuente asegurar que el actor civil no puede ser temerario o actuante de mala fe en el proceso penal cuando, separado del acusador particular, reclama una responsabilidad civil por daños y perjuicios, en tanto que tal cosa deviene inexorable por ministerio de la ley (131). Pero el demandante civil puede reclamar lo ya obtenido de su aseguradora, obrando con inevitable mala fe. O simplemente reclamar un importe indemnizatorio muy por encima del reclamable, obrando temerariamente. Por supuesto que también se aprecian casos donde se insten indemnizaciones civiles cuando, a pesar de la regla general del artículo 109 CP, no tengan cabida material (132).

Se ha sostenido con vehemencia que quien ejercita acciones civiles acumulativamente en el proceso penal, no puede someterse a criterios antagónicos con los rectores del enjuiciamiento civil. De hacerlo se trataría de una diferenciación irrazonable, y así discriminatoria, que el actor civil en el proceso penal, que persigue la reparación de un

(130) GIMENO SENDRA, V. y FUENTES SORIA, O., «Condena...», cit., p. 45.

(131) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Las costas», cit., p. 624.

(132) El propio Ministerio fiscal es en modo no infrecuente representante de un actor civil acumulado ciertamente temerario, cuando por ejemplo no califica como estafa el uso medial de un documento falso pero reclama, en el enjuiciamiento del delito del artículo 392 CP, una cuantiosa indemnización civil por los beneficios obtenidos por quien falseó un documento y de ese modo accedió a una pensión por incapacidad.

daño derivado de los mismos hechos que se enjuician penalmente, y podría reservar su acción ante el orden civil, deba soportar sus propios costes procesales en el proceso penal a diferencia de lo que ocurriría en el proceso civil, naturalmente de vencer en sus pretensiones (133). Pero esos criterios procesales del enjuiciamiento civil que se dicen necesarios en favor del demandante civil, como afirmar la causalidad como criterio de imposición de costas en el proceso penal (134), no parece que se pretendan aplicar, también, en beneficio del demandado contra aquél, quien además carece de toda posibilidad de elección para optar por uno u otro tipo de proceso, sino sólo si se trata de la víctima o del perjudicado por el hecho calificado como delito. Que ese actor civil también sea acusador particular, no obstaculiza la diferenciación según el resultado de sus acciones. Inviabile, salvo excepciones, el éxito de la civil tras fracaso de la penal, estaremos ante el triunfo de ésta pero el vencimiento de aquélla. Se impone la ponderación de lo que una y otra han representado en el contexto del coste económico del proceso penal concretamente llevado a cabo.

Puede ocurrir, asimismo, que un actor civil que sólo pretenda indemnización a su favor, en función de su libertad de rogación dirija acción civil no contra el acusado sino contra un responsable civil solidario y/o subsidiario, criterio que sustenta la admisión de su demanda en el proceso penal. En tal ejemplo, al no existir litisconsorcio activo necesario en nuestro Derecho procesal civil, nada impide ventilar una relación jurídico-procesal civil subjetiva entre dicho actor civil y un responsable no demandado por ninguna otra parte procesal en el enjuiciamiento criminal en curso. De ahí que el sistema objetivo de vencimiento puede determinar la condena contra ese actor civil a favor del demandado civil absuelto. De lo contrario se defendería una absoluta impunidad procesal en materia económica, pechando el demandado civil, por serlo acumulado en un proceso penal, con los gastos que tuvo que llevar a cabo, en un proceder donde la postulación es preceptiva salvo el riesgo de la rebeldía voluntaria.

El absuelto civil debe ser indemne porque se ha tenido que defender frente a una demanda, como responsable civil separado de la figura de acusado –por ejemplo el responsable civil subsidiario o la entidad aseguradora demandada en solidaridad–. Si hay actor civil distinto del Ministerio fiscal habría de pagar los gastos de la contraparte que fue demandada sin éxito, con o sin temeridad o mala fe, hoy únicos apoyos para esa condena. Y si el demandante civil acumulado es a la vez acusación particular que ha tenido éxito, debe ponderarse el

(133) STS 6-III-2003, núm. 31.

(134) STS 25-X-2012, núm. 774.

importe de costas totales a las que tendrá derecho por triunfar en la acción penal. Desde el punto de vista inverso, el triunfo del actor civil conllevará su indemnidad en el terreno de las costas, que obviamente no habría de satisfacer el condenado penal, nunca demandado por aquél, sino precisamente el que fuera condenado como responsable civil a favor de ese demandante civil (135). Con todo, la temeridad y la mala fe pueden ser igualmente útiles para incrementar o minorar como reglas únicas, en vez de usarse como mecanismos para motivar la condena del actor civil al igual que con deficiencias ocurre respecto del acusador particular. Claro está que, partiendo de la indemnidad del responsable civil directo en función de su omisión en el artículo 109 CP (136), no hay injusticia económica ninguna por el vencido civil no pagará, trasladando la cuestión, doblemente injusta, al reo que no necesariamente haya sido demandado como responsable civil directo, opción ésta del actor civil bajo la no obligatoriedad de un litisconsorcio activo necesario. El hecho de que el actual artículo 123 CP, al igual que el antecedente artículo 109 CP/1973, omitan al demandado civil, simplemente expone una realidad normativa, cual es que el Código penal no reguló dicha cuestión, por mucho que se pretenda considerarlo completo en el tratamiento procesal de la responsabilidad civil cuando en absoluto lo es (137). De esta manera, es la propia LECr la que plantea la controversia cuando en su artículo 240 menciona al demandante civil junto con el acusador particular como posible condenable en costas, pero mantiene las referencias al acusado y no al demandado civil. Nuevamente debe considerarse una omisión, no una negación de la posible condena en costas de ese demandado civil, directo o subsidiario, pues de haberlo sido exigiría un pronunciamiento como el desenvuelto para el acusado absuelto. De ahí que sea la supletoriedad de la LEC el cauce inevitable para colmar la laguna

(135) En sentido contrario, se ha considerado que «las costas forman parte de la responsabilidad pecuniaria del penado, no de los civilmente responsables»; con cita de SAP Cádiz, Sec. 8.ª, 258/2005, de 5-IX y AAT Tarragona, Sec. 2.ª, 94/2005, de 21-II, cfr. GALLEGO SOLER, J. I., «De las costas...», cit., p. 292. En este sentido, jurisprudencia penal propiamente dicha –por ejemplo SSTs 2-XII-1878, núm. 184 (que atiende a las costas como pena accesoria)– porque entonces lo era– o 5-VII-1969, núm. 1549 (cuando ciñe costas al penado y permite la imposición de las tasas al responsable civil distinto de aquél)–, no puede compartirse si equipara las costas al penado y a nadie más.

(136) Recuérdese que sobre el artículo 109 CP/1973, hoy 123 CP, se viene entendiendo que la condena en costas abarca a todos los partícipes (del injusto penal), pero nunca a los responsables civiles o subsidiarios.

(137) YÁÑEZ VELASCO, R., «Imperio de la Ley y jurisprudencia creadora. La personación de la presunta víctima en todo tiempo procesal», *Diario La Ley*, núm. 8304, 5-VI-2014, p. 18, nota 13.

normativa presentada, en absoluto la vía de indemnidad que de antaño nuestra jurisprudencia penal ha ido consolidando.

Cuando el Ministerio público es el único que ejercitó la acción civil, como suele hacerlo por defecto, a veces ni siquiera conoce si la aseguradora pagó al damnificado o éste lo recibió directamente del autor material de los hechos. En otras ocasiones renuncia o retira en el misma vista oral cuando tenía que haber conocido –bajo la obligación de interesarse directamente en ello– antes de ejercitar una acción civil que depara una o más partes demandadas que nunca lo habrían sido de haber actuado a tiempo correctamente. No evitando, pudiendo evitar, las defensas civiles en el plenario, o incluso en la denominada etapa intermedia, el Estado habría de pagar esos costes, totalmente injustos para los sujetos determinados como responsables civiles que nunca tendrían que haberlo sido. Pero también cuando, siéndolo, acaban absueltos por aplicación de las leyes o la prueba.

En el ámbito del proceso civil se ha considerado inexplicable la exención de costas al Ministerio fiscal, porque aunque no litigue por intereses propios –cosa que por cierto hace como representante del Estado titular del *ius puniendi* en la acción penal–, sus pretensiones bien podrían ser desestimadas, incluso por temeridad o mala fe. Si bien estos críticos acaban por considerar que *a priori* es la temeridad inviable por defender la legalidad y los derechos e intereses de los «desvalidos» (138).

Por su parte, el absuelto civil parcial no tendría que pagar costas al actor civil, sino que cada uno habría de abonar las suyas salvo motivación específica en contrario por mucho que las reglas del vencimiento objetivo atenuado no se encuentren reconocidas explícitamente en el proceso penal. Ello es así porque como indiscutible laguna normativa reclama la supletoria aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil según el artículo 4 de la misma. Sin embargo, cuando existe vencimiento objetivo pleno, sustancial o íntegro, no importa que las discrepancias entre Ministerio fiscal y actor civil (también acusador particular) se determinen igualmente en el fallo sobre la responsabilidad civil derivada. En la actualidad, como regla general injusta, se impondrán al acusado todas las costas (139).

De aceptar la corresponsabilidad del Estado, por mucho que el fiscal actúe en juicio de otro, se abre la responsabilidad económica estatal en el terreno civil. De todos modos el ejercicio de la acción por el legitimado civil directo, el propio interesado, debiera imponer el decaer del fiscal en el ejercicio de la acción civil para beneficio de

(138) GIMENO SENDRA, V. y FUENTES SORIA, O., «Condena...», cit., p. 55.

(139) SAP Barcelona, Sec. 7.ª, 343/2013, de 25-III, rollo 20/2013.

aquel, evitando duplicidades incluso contradictorias entre sí y por ello de todo punto absurdas. Si una interesado comparece como actor civil y luego desea apartarse del procedimiento debiera tener la obligación de renunciar o reservar la acción ejercitada, ninguna otra opción, suprimiendo así el renacer de la actuación subsidiaria del Ministerio fiscal.

La renuncia impedirá el ejercicio ulterior de la acción, el desistimiento no deja de equipararse a una reserva sobrevenida de la acción civil, si bien lo ya hecho permite aplicar las reglas sobre costas del artículo 396 LEC. Con la particularidad de que el demandado no tiene que consentir el desistimiento porque su equivalencia a la reserva lo ubica fuera de la jurisdicción civil natural para su demanda. Uno de los problemas de interpolar el tratamiento de las consecuencias del desistimiento de la acción civil radica en la prescripción civil extintiva. La reserva es ajena a ella porque hasta firmeza del proceso penal no cabe ejercitar la en la jurisdicción civil, de ahí su inoperante sentido, lo que no esquivará el gasto propiciado por el responsable civil directo o responsable civil subsidiario frente a quien reserva (desiste) sobrevenidamente a la acción civil en el proceso penal.

Conviene anotar que el desistimiento es inviable para la acción penal una vez ejercitada (iniciado su ejercicio) únicamente puede proseguirse o renunciarse. Por mucho que el término desistir haya sido utilizado en el ámbito procesal penal, se acaba por considerar que en la etapa plenaria la sentencia sólo puede condenar o absolver, nunca tener la acción (penal) por desistida (140).

(140) En tal sentido, por ejemplo, la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899. Quienes entendían que cabía desistir planteaban la laguna normativa, si bien las propuestas de reforma identificaban desistir con renunciar; v. por ejemplo de la CRUZ PRESA, F., «El desistimiento de la acción penal en plenario, relativamente a la ineficacia de actuaciones inútiles», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1958-IV, p. 886. Sin otra parte que acuse, ese «desistimiento» no es más que la pérdida de la acusación, y el acusado no puede sino ser absuelto según el actual entendimiento del principio acusatorio en nuestro proceso, sin perjuicio de que la retirada de la acusación o apartamiento del acusador tras la práctica de la prueba toda pueda plantear discusiones sobre tal conclusión, v. a ese respecto, YÁÑEZ VELASCO, R., «Reflexiones sobre el principio acusatorio», *Economist & Jurist*, n.º 169, abril 2013, pp. 57 y s. Llama la atención la expresa indicación al desistimiento en el artículo 259 de la Propuesta de Texto Articulado elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (PropLECr/2012), si bien ahí se partía de la dirección instructora del Fiscal, conceptualmente esencial.

8. EN ESPECIAL, EL RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO

Junto con la indemnidad perenne del Ministerio fiscal, sólo condeñable en supuestos específicos y matizados del proceso civil, se ha considerado que el responsable civil subsidiario no puede ser condeñado en costas (141). Opera en este sentido el artículo 120 CP, mientras que igual suerte sigue el partícipe a título lucrativo, según prevención del artículo 122 CP (142). En realidad, ya se criticó que el responsable civil directo que no sea un acusado que acabe condeñado, participa de idéntico postulado. Ello es debido al silencio del Código Penal (arts. 123 y ss. del vigente o arts. 109 a 111 de su inmediato antecedente) y de la ley procesal (arts. 239 y ss. LECr). Obvio es decir que ninguno de esos dos preceptos plantea tamaña exclusión. Se pasa por alto, pues, que no se trata de explícita regulación normativa de ninguna clase que opere la indemnidad sin importar el resultado del pleito. Una auténtica omisión equiparable a la laguna legal más característica. Pero en vez de servirse de la supletoriedad general de la LEC frente al silencio legislativo penal se intentó justificar la condena en alguna resolución que se basaba en la insolvencia del responsable criminal (143). Si se siguiera en la jurisdicción civil una demanda contra el partícipe a título lucrativo, o contra un responsable civil subsidiario (por ejemplo tras una absolucón penal que impide el pronunciamiento civil o en función de la reserva de la acción civil), no se arbitraría suerte alguna de indemnidad para el demandado, sea uno u otro, que resultara civilmente condeñado. En la jurisdicción civil nunca absorbería el actor civil las propias costas pese al vencimiento objetivo de su pretensión principal.

Adviértase de qué modo se sostenía la aplicación de las reglas procesales civiles en el proceso penal, para no alterar el equilibrio con lo que ocurriría en casos de reserva de la acción civil acumulable. Pero parece que, una vez más, la confusión se anuda con la identificación entre acusado y responsable civil con cobertura para asegurar a otros responsables. El resultado no es justo y las consecuencias distorsionan el pretendido sistema.

Todo depende de la posición que en el proceso penal ocupe uno y otro. En primer lugar y como es obvio, debe ser demandado, para con-

(141) SSTS 2-XII-1878, núm. 69, 11-IV-1931, núm. 163, 2-I-1932, núm. 2, 30-I-1932, núm. 46.

(142) GALLEGO SOLER, J. I., «De las costas...», cit., p. 293.

(143) STS cit. 5-VII-1969. Criticándose en STS 14-IV-1961 (núm. 425), subrayando una base normativa (responsable civil subsidiario paga costas del responsable civil directo insolvente) discutible pero en todo caso desaparecida al poco.

figurarse como parte procesal con todo tipo de derechos y obligaciones procesales. A partir de ese momento no pueden negarse los principios del proceso civil articulados dentro de un procedimiento penal. Puede renunciar reservar (desistir) el demandante, pueden allanarse a la pretensión ejercitada en su contra los demandados, beneficiándose de las reglas generales respecto del no pago de las costas (art. 395 LEC), donde la mala fe será el instrumento de la condena (144). O, simplemente, dar fin al objeto civil acumulado, por aplicación de pérdida sobrevenida, parcial o total (art. 22 LEC). Pero si se oponen a lo peticionado en su contra, generando con ello el mantenimiento de la litigiosidad civil acumulada, no podrán esquivar en modo alguno la condena en costas que les corresponda. Naturalmente, con respecto del responsable civil subsidiario, en su condicionamiento al responsable civil directo, cabría pensar, por un lado, en la necesidad de que éste último sea demandado para poder serlo el anterior, pero también en que sólo el rechazo u oposición a la pretensión civil seguida contra el responsable civil directo permite activar la del subsidiario, quien no obstante podría asumir sin más su responsabilidad. Bajo la tal condición, igual que el solidario asegurador o empleador, que en definitiva dependen, acumulados al proceso civil y salvo excepciones puntuales, de la condena penal de su asegurado o empleado para activar la civil. En tales circunstancias puede sostenerse la intrínseca comunicabilidad entre el acusado y esas partes civiles, pero de todos modos resta actividad procesal, de alegación y prueba, exclusivamente vinculada al responsable civil. Sea por defecto, esto es, porque el actor civil debe llevarla a cabo para asociar su pretensión a la legitimación pasiva que está determinando (la existencia del contrato de seguro, de la relación laboral, etcétera), sea por reacción, en función de oposición específica del demandado que haya de rebatir en el juicio oral (la falta de cobertura aseguradora, la franquicia, el despido, o cualquier otra excepción material alegada y que genera un trabajo concreto a desarrollar), puede identificarse un gasto procesal específico para la parte interesada, gasto que asumirá el acusado penal y demandado civil directo en supuestos estimatorios del responsable civil subsidiario, mientras que absuelto este último, no será condenado en costas el actor civil sólo tras temeridad o mala fe.

Asimismo, el partícipe a título lucrativo puede tener en su mano, desligado por completo de las posibilidades de maniobra del incul-

(144) Basada en el conocimiento extrajudicial de la reclamación –por requerimiento previo fehaciente–, al margen de los cuales el demandante debe incluir un principio de prueba porque la buena fe se presume siempre. El responsable civil subsidiario no, salvo condicionado al resultado contra el responsable civil directo.

pado penal y responsable civil directo, determinadas vías de satisfacción del demandante civil, por ejemplo la devolución de la cosa sustraída. De ahí que su conducta procesal obstativa puede ser merecedora, en caso de condena civil, de anudarse a costas específicas. Sin que el condenado penal, en principio también civil, deba por qué asumir el gasto económico generado en el patrimonio del actor civil por la exclusiva conducta de ese partícipe, no por la suya.

Hay quienes consideran viable la condena en costas al responsable civil absuelto de una infracción penal (145), aunque obviamente en sentido propio la absolución lo sea de la demanda civil acumulada. Ello es así porque el demandado civil nunca lo será por una infracción penal. En principio la absolución de ésta arrastra a la civil, igual que si el responsable civil directo fuera absuelto también lo será el subsidiario. En casos de exención de responsabilidad penal podría condenarse en costas al responsable civil como tal, no siendo absuelto civil por serlo penalmente al depender del tipo concreto de exención. La parte vencedora en la pretensión de resarcimiento no puede sufrir perjuicio económico, la cuestión es que, por mucho que no quepa hablar de un vencimiento absoluto del absuelto penal cuando es acreedor de una medida de seguridad: el objeto civil acumulado activará sus propias reglas sobre costas para impedirlo.

9. CONCLUSIÓN

9.1 Las críticas fundamentales

La indemnidad quiovendiana, por mucho que nunca fue absoluta expresaba el fundamento de las costas en la condena del vencido por el hecho de serlo (146), deseable objetivo para cualquier tipo de proceso jurisdiccional, aunque no mostraba la naturaleza de las costas. Se ha indicado que el fundamento, o el para qué sirve la condena, tampoco expresa lo que la misma es, su naturaleza, especialmente útil para escapar del casuismo tan confuso como innecesario a que la sola explicación de su finalidad conduce, identificándose entonces como

(145) ARIZA COLMENAREJO, M. J., *Las costas en el proceso penal*, Granada, 1998, pp. 168 y s.

(146) Si el reconocimiento del derecho conlleva gastos, los mismos deben reintegrarse al patrimonio del titular del derecho, «a fin de que el medio empleado para su reconocimiento, no produzca una disminución del derecho mismo».

una sanción a la conducta procesal de la parte vencida y sobre cuantos actúen en el proceso (147).

Pero la indemnidad desaparece cuando la acción civil se acumula al proceso penal, y por lo general cuando la acción penal resulta desestimada en todo y en parte, mostrando una de las injusticias económicas del proceso más evidentes que sin embargo persisten sin apenas críticas efectivas en la práctica judicial. Debiera considerarse que si un individuo es arrastrado hasta el enjuiciamiento criminal y finalmente resulta absuelto, no merecería soportar coste alguno. Sin embargo, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 240.2.º LECr, lo único que conseguirá será evitar la condena al pago de las costas de los demás (148). Siendo condenado, en cambio, tampoco deberá pagar los costes económicos del Estado que, en general, nadie paga con independencia del resultado del pleito. Pero sólo si las acusaciones particulares han actuado con temeridad y mala fe podrán ser condenadas a pagar los gastos que la defensa penal ha debido sufragar de anticipado. Por su parte, tampoco importa que la demanda civil que se hubiera acumulado al proceso penal sea desestimada o sólo se estime parcialmente. Nuevamente es el criterio de la temeridad o la mala fe procesales el instrumento que permitiría la condena en costas del actor civil, lo que convierte a los demandantes civiles insertos en el proceso penal, bien aisladamente, bien como acusación particular al tiempo, en sujetos que ostentan una indemnidad anticipada sea cual sea el resultado de su pretensión procesal civil. No importa el éxito de la misma como ocurriría en un proceso civil separado, siempre y cuando no sean temerarios o actúen con mala fe, recordando que tanto ésta como aquélla deben ser alegadas y probadas por quien interese. Lo peor de todo es que cualquier condena penal impone en la práctica totalidad de supuestos la condena en costas del responsable penal, incluyendo las costas de la acusación particular y del actor civil aunque no todas sus peticiones hayan sido estimadas. Se mimetiza el hecho de que no sean condenados a pagar las costas de la defensa, si no hay temeridad y/o mala fe, con que la defensa deba pagar las suyas, incluso con desestimación total de las propias pretensiones del acusador o actor civil, incluso cuando éste no sea también acusador o el demandado no sea acusado.

(147) ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho...*, cit., pág. 232. S. Sentís Melendi reclamaba la diferenciación entre fundamento, por un lado, y finalidad y naturaleza, por otro, criticando con error al anterior –en *La condena en costas* (con N. Alcalá-Zamora Torres), Madrid, 1930–, que diferenciabas entre fundamento y naturaleza, no entre finalidad y naturaleza (cfr. «Jurisprudencia reciente en materia de costas», *Revista de Derecho Procesal*, año II, 1944, 2.ª parte, pág. 151); v. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, N., *Derecho...*, cit., pág. 233, nota 3.

(148) En ese sentido STS 27-V-1955, núm. 567.

9.2 De lege ferenda

El condenado penal debiera asumir el coste total del juicio, incluido el que corre a cargo del servicio público (porción a revertirle pro indemnidad del contribuyente), pero ha de excluirse todo aquello irrelevante para la terminación normal del proceso, lo que puede articularse en el trámite de tasación, se disocie de la decisión jurisdiccional, al menos en un primer momento. Y si el inculpado se limita a reconocer lo inculcado desde un primer momento, alcanzándose la conformidad penal a poco que el trámite lo permita, correlativamente se reduciría el contenido de la igualmente necesaria condena en costas.

La indemnidad total de un acusador particular, si es relevante en su actuación viene justificada por su legitimación activa, como perjudicado directo del ilícito penal, pero igualmente habría de ajustarse a lo necesario, excluyendo lo superfluo (149). En cualquier caso, la temeridad o la mala fe se definen en la sanción procesal (pecuniaria y destinada al erario público), a modo de multa adicional al margen de una regla distributiva de las costas por vencimiento. Por su parte, cualquier actividad procesal con cierta entidad merece ventilarse por sí su propio coste económico (recursos, incidentes, etcétera), esquivando el resultado de las costas sobre el proceso principal en general o sobre terminaciones anormales del mismo (sobreseimientos, prescripción, muerte, rebeldía y otras).

El absuelto penal habría de ser de todo punto indemne, retribuyéndosele los gastos efectuados bajo un real sentido de la declaración de costas de oficio para él, o pagándose éstos al servicio de justicia gratuita si el mismo no depende de erario público que satisfaga al Ministerio fiscal mediando el trabajo de abogados y procuradores de oficio a cargo de la Administración de profesionales designados particularmente. El Estado sería el pagador de esa indemnidad si es el único acusador. Y si también intervino un acusador particular, participará en ese abono bajo la ponderación que en cada caso concreto merezca; si prácticamente fue irrelevante su presencia también tendrá que valorarse tal realidad económica, obviamente, a su favor, al igual que todo lo contrario si el quehacer de Fiscalía fue sinónimo de anestesia procesal. Cuando el acusador particular fuera el único –equivalente al actuar del acusador privado–, será igualmente el único relevante en la asunción del pago a favor del absuelto –no obstante restándose actuaciones inocuas de este último– y a favor del servicio

(149) La PropLECr/2012 mantenía temeridad o mala fe como bases para condenar al acusador particular o popular (art. 140 II), pero su artículo 141.2 I introducía el pago de costas de uno y otro (sin acción civil acumulada en éste) por relevancia en la condena de su intervención, pero sin matizar más allá de ese planteamiento genérico.

público utilizado –de la misma manera excluyendo actuaciones innecesarias de un Ministerio fiscal defensor de la absolución–. Singularmente, respecto del juicio por delitos leves (arts. 962 y ss. LECr), sin costas de abogados y procuradores en principio, cuando de origen se hubiera seguido el trámite correcto no se habría perjudicado económicamente a nadie por esos conceptos. Si no fuera así conviene recordar que en ocasiones el trámite opera por decisión judicial en contra de lo pretendido por la acusación particular, mero denunciante inicial que se ve obligado a la contratación no querida de un abogado y de un procurador por ser ambos preceptivos desde un primer momento. Es una situación ante la que ninguna parte procesal puede ser considerada responsable más que el propio órgano judicial, sobre todo cuando se incrementa el dispendio procesal a satisfacer por los interesados en supuestos de absolución. Se generó un gasto propio cuando pudo haberse evitado, injusto como pago por un condenado penal –por activación del artículo 123 CP y, en su caso, el artículo 124 CP–. Al igual que el coste desembolsado por todos los demás que igualmente podían habérselo ahorrado. La responsabilidad económica del Estado es patente, admitiendo incluso repetición contra el juez negligente, pero se atenúa la indemnidad del acusador particular si, finalmente, asumió al calificar provisionalmente la tesis procedimental del juez, compartiendo así las consecuencias por su propia conducta procesal. Y en lo que hace referencia a pronunciamientos penales parciales, operaría cada una de las reglas expuestas en cada ámbito de condena o de absolución.

El acusador popular obtiene legitimación en el ámbito de las costas bajo los mismos parámetros que el acusador particular, sea vencedor o vencido, si bien limitado al terreno de la acción penal y en virtud del vehículo procesal en el que se le permite intervenir. Con todo, la eventual pluralidad de acusadores populares concurrentes plantea la única postulación a fin de no encarecer desorbitadamente el coste en casos de obtener la condena penal pretendida por todas ellas.

Finalmente, en el terreno civil pueden aplicarse las reglas como lo serían en un enjuiciamiento civil separado (150), sin inconvenientes respecto a partes netamente civiles. Pero se exige distinguir, bajo la discrecionalidad judicial del caso concreto, la entidad de la acción civil ejercitada, o su oposición, de quien al tiempo es acusador o acusado.

(150) La Prop LECr/2012 recoge genéricamente este planteamiento en su artículo 140 III, aunque redundante luego al señalar que las costas del actor civil sólo se incluyen con estimación total de sus pretensiones (art. 141.2 II).

Las neurociencias frente a la función de la pena

BEATRIZ ROMERO FLORES

Profesora Ayudante Grado Criminología
Universidad Internacional de la Rioja (UNIR)

RESUMEN

La complicada relación entre las neurociencias y el derecho penal ha abocado el debate a una confrontación neta entre opciones deterministas y no deterministas. En este trabajo se estudian los escenarios en que tiene lugar esta relación. En primer lugar, el peso de la neuro-imagen en el proceso penal podría influir en el tradicional principio de libre valoración de la prueba. En segundo lugar, la biopolítica, desde una visión de hegemonic strategy, serviría para implementar modelos de control por parte de los poderes públicos. En tercer, y último lugar, uno de los campos de investigación menos explorados es el de la redefinición de la función de la pena, señalándose una vertiente restaurativa.

Palabras clave: *Neurociencias, determinismo, libre albedrío, justicia restaurativa.*

ABSTRACT

The complicated criminal law-neuroscience relationship has focused the debate to a net confrontation between deterministic and non-deterministic choices. This text concerns scenarios in which this relationship occurs. First, the weight of neuroimaging in criminal proceedings could influence the traditional principle of free assessment of evidence. Second, biopolitics from the viewpoint of hegemonic strategy would serve to implement models of control by public authorities. Third, and finally, one of the least explored areas of research is the redefinition of the role of the punishment, making a restorative orientation.

Keywords: *Neuroscience, determinism, freewill, restorative justice.*

SUMARIO: I. Los múltiples escenarios de la relación entre neurociencias y derecho penal: despedida del *Nulla poena sine culpa*.—II. *Hegemonica Strategic*.—III. Dos campos de investigación.—IV. Hipótesis de un derecho sin culpabilidad.—V. La relevancia social de la libertad.—VI. Influencia de las neurociencias en la jurisprudencia italiana.—VII. Justificación de la pena.—VIII. ¿Futuras reformas?—IX. Modelo restaurativo.

I. LOS MÚLTIPLES ESCENARIOS DE LA RELACIÓN ENTRE NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL: DESPEDIDA DEL *NULLA POENA SINE CULPA* (1)

¿El espejismo de las neurociencias (2) está conduciendo a un verdadero neuro-derecho penal, orientado a leer la mente de las personas (agresor, víctima, incluso Ministerio Fiscal y testigos) y a monitorizar todos los mecanismos que dirigen el funcionamiento del cerebro?

Cabe preguntarse, incluso, si en un futuro no muy lejano la interacción entre derecho penal y neurociencias se resolverá con una «rebaja» del tema de la responsabilidad individual culpable a favor de protocolos asépticos de corrección de reflejos anti-sistema atribuibles a organismos, *rectius* autómatas peligrosos privados de personalidad.

Este aciago panorama al que parece abocado nuestro pequeño mundo puede presagiar que la llegada de las neurociencias abrirá las puertas a una era en la que, sepultado el concepto obsoleto de persona, el problema de la prevención del delito se solucione en el ámbito tecnológico, del estudio cada vez más profundo de todos los mecanismos que determinan el comportamiento humano para elaborar técnicas de corrección cada vez más perfeccionadas. Tal perspectiva, *rectius* distopía, ha sido denunciada como «la catástrofe intelectual más grande de la historia de nuestra especie» (3). Hay quien opina que se trataría

(1) Investigación desarrollada en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (modalidad de excelencia; DER2014-52980-P) «Veinte años del código penal, 1995-2015: estudio de los “modelos preventivos” de la “sociedad de la seguridad”».

(2) De *technological wizardry* habla ANNAS, G., «Foreword: Imagining a New Era of Neuroimaging, Neuroethics, and Neurolaw», *American Journal of Lifestyle Medicine*, 33, 2007, p. 33. Incluso, PRINZ habla de «aguafiestas»: «Freiheit oder Wissenschaft?», Von Cranach, Foppa, *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, Heidelberg, p. 100.

(3) Así MORSE, S., «Criminal Responsibility and the Disappearing Person», *Cardozo Law Rev*, 28, 2007, p. 2556.

simplemente de una consecuencia ineluctable, que habría que aceptar con resignación (4).

Quizás sea mejor aplicar un poco de *neuromodesty* (5), y aceptar que se conoce menos de lo que se espera. A pesar de los sorprendentes avances en neuroimagen y otros métodos científicos, aún no tenemos un conocimiento causal sofisticado de cómo funciona el cerebro y la información que poseemos tiene escasa relevancia legal.

En la actualidad, más allá de ciertas visiones apocalípticas muy pintorescas, solo se puede afirmar con certeza que las modernas técnicas neurocientíficas nos proporcionan datos sobre la posible presencia en el sujeto, de anomalías cerebrales –tanto morfológicas como funcionales– y/o genéticas (disgonosomías).

Además, el uso en el proceso penal de neuro-imágenes (PET y FMRI) (6), permite representar de manera visual el funcionamiento del sistema neuronal. Esto, sin duda, constituye un progreso extraordinario en términos de certeza de la prueba y de construcción de un sistema procesal más racional e imparcial. A pesar de ello, existen voces que subrayan los límites heurísticos de esta sofisticada tecnología, conectados a los riesgos de su uso con una función predictiva o de control social (7).

II. HEGEMONIC STRATEGY

Es cierto que el estudio de las neurociencias y la psicología aplicada puede permitir a los poderes públicos aprovechar el conocimiento psicofísico de una parte consistente de la población, en concreto, la brecha *rectius*, el verdadero abismo entre los conocimientos del ciudadano y el de las élites de poder para elaborar estrategias de control hegemónico sobre la colectividad, de consolidación de la legitimidad moral de determinadas opciones políticas o de auto-preservación de las mismas élites. Estrategias que pasan a través de técnicas de comunicación, que a menudo son manipulaciones, como la distracción o desviación, bombardeo de informaciones, remisión al

(4) V. GAZZANIGA, M. S., *The Ethical Brain*, 2009, New York, *passim*.

(5) Término utilizado por MORSE, S., «Brain Overclaim Resux», *Law & Inequality*, vol. 31, 2012-2013, pp. 509-534.

(6) *Positron Emission Tomography* y *Functional Magnetic Resonance Imaging*.

(7) V. ad es. SPENCER COMPTON, E., «Not Guilty by Reason of Neuroimaging: The Need for Cautionary Jury Instructions for Neuroscience Evidence», *Criminal Trials, Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, 12, 2010, pp. 333, 344 ss.

registro emocional en detrimento del racional, *agenda setting* (8), que cristalizan en muchas ocasiones en decisiones populistas de política criminal.

Se trata de modelos de control que están dirigidos a expropiar a los sujetos de su misma individualidad, para realizar títeres hetero-dirigidos, que funcionan perfectamente.

En una óptica parecida recientemente se ha teorizado que precisamente el neuro-derecho, según una interpretación radicalmente pesimista que se conecta con la tradición de la biopolítica y, en concreto, con el pensamiento de Giorgio Agamben (9), representaría una especie de solución final, una etapa de la afirmación de la «biocracia», para el control sobre la «vida» a través de una «reeducación neuronal» (10).

El grande tema del posible uso de los conocimientos derivados por las neurociencias y las dinámicas psico-sociales en función de estrategias de control de la colectividad y los individuos por parte de los poderes públicos no ha sido explorado de manera específica por la ciencia penal. Ello no significa que no hayan faltado tentativas serias de análisis de las estrategias que subyacen a las políticas criminales practicadas en los últimos años y maduradas a escala global, pero no se hallan reconstrucciones que evidencien el nexo entre tales opciones y el acceso –no generalizado, sino relativamente «selectivo»– a las informaciones derivadas de las ciencias neurológicas.

III. DOS CAMPOS DE INVESTIGACIÓN

Sin embargo, han recibido un gran interés las indudables perspectivas abiertas por los progresos de las neurociencias y la posibilidad de recepción de los resultados cognoscitivos de la *neuroimaging* por parte del sistema penal, en concreto por su contribución a la formación de las pruebas.

Como ya se sabe, una vez que se presume la utilidad de técnicas en vías de desarrollo y decididamente valiosas para la constatación probatoria, el debate se centra en la estructura monista de las explica-

(8) Sobre el tema de agenda-setting y punitivismo: VERONA GÓMEZ, D., «Medios de comunicación y punitivismo», *Indret*, 1/2011.

(9) AGAMBEN, G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, pp. 15 ss.; Id., *Stato di eccezione*, Torino, 2003, pp. 9 ss.

(10) OPDERBECK, D. W., «The Problem with NeuroLaw», *Saint Louis University Law Journal*, 58, 2013-2014, pp. 497, 535 ss., 539. El autor concluye afirmando que se trata de un *trend* al que hay que resistir «aun a costo de la vida».

ciones neurocientíficas, esto es, la coincidencia entre mente y cerebro, de órgano y función, de conciencia individual y morfología (y anomalías) del aparato encefálico, sobre la base de argumentaciones extraídas del estudio de patologías neurológicas o de psicopatologías, pero que alegan explicaciones de la mente también en situaciones de normalidad.

El resultado más criticado de tal planteamiento es el que llega a negar la misma libertad decisional del individuo (comportamiento determinista), sobre el presupuesto de que el sistema límbico consistiría en un «aparato organizado de poder», según el cual la libertad de la persona sería solo aparente, ilusoria, una mera consecuencia de un auto-engaño.

La convicción que se está difundiendo es que las neurociencias modificarán primero la realidad social y después la realidad jurídica (11): una antesala de algo que se considera inminente y que consagrará el triunfo del determinismo en la interpretación de las conductas humanas como resultado del desafío, que la neurociencia ya plantea hoy en día, al sistema de la moral y del derecho (12). Efectivamente el ámbito jurídico más discutido tiene que ver con el tema del libre albedrío.

En este trabajo intentaremos delinear dos áreas temáticas fundamentales del derecho penal relacionadas con el avance de las neurociencias.

La primera –de orden estructural– es la que se encuentra en el centro del debate, es decir, la cuestión de la dialéctica entre enfoque determinista y derecho penal de la culpabilidad.

(11) GREENE, J., COHEN, J., «For the law, neuroscience changes nothing and everything», *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2004, pp. 359, 1783 ss.

(12) V. ROTH, G., *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, 1977, Berlin, pp. 371 ss.; Id., «Das Ich ist nicht der Herr im Hause», *Das Magazin* 3/2001, p. 32; Id., «Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung», *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 54 s; SINGER, W., *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003; Id., «Determinismus oder Freiheit», Kiesow. M., Ogorek R., Simitis, S. (edit.), *Summa - Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 529 y ss; Id., «Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. Zwei konfliktträchtige Erkenntnisquellen», Schmidinger, Sedmak, *Der Mensch - ein freies Wesen? Autonomie - Personalität - Verantwortung*, 2005, pp. 135 ss. En posiciones deterministas como consecuencia de los descubrimientos de las neurociencias v. también SPILGIES, *Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht. Über die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts*, 2004; Id., «Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht», *HRRS*, 2005, pp. 43 ss.

La segunda –en fase embrionaria– se refiere a los reflejos, que hasta la actualidad se han explorado de manera parcial, de los descubrimientos neurocientíficos en la redefinición de la función de la pena.

IV. HIPÓTESIS DE UN DERECHO SIN CULPABILIDAD

Se ha escrito mucho sobre las devastadoras consecuencias que, si se aplicaran coherentemente en todos los sectores del ordenamiento, derivarían de la radical negación de un influjo de la libertad de la voluntad en las decisiones y acciones, en el ámbito de la fundación de los derechos humanos (13), y en concreto, de la dimensión y significado del concepto de dignidad humana (14).

No quedaría ningún espacio ni siquiera para la autodeterminación y el derecho relacionado con la información, ni tampoco para el reconocimiento de los derechos de la personalidad.

Son evidentes las repercusiones, también en derecho civil, con respecto al concepto de autonomía negocial, la dinámica de los derechos reales, la declaración de voluntad del derecho matrimonial, sucesiones, etc.

Además, el desafío de las neurociencias parece que pone en peligro los fundamentos del derecho penal de la culpabilidad.

En primer lugar, siguiendo un razonamiento neurocientífico, se nos antoja imposible concebir la acción como comportamiento finalista, dominable, o en todo caso, expresión de la obra del sujeto agente. La negación de la libertad de autodeterminación en el momento de la decisión, excluyendo radicalmente cualquier posibilidad de iniciativa, decisión, veto, degradaría necesariamente el comportamiento humano a un puro resultado inevitable por parte de quien lo crea (15).

Del mismo modo, carecerían de sentido categorías como el consentimiento, la auto-exposición al peligro, el desistimiento activo (que tiene que cumplirse «voluntariamente»), la instigación y la complicidad psíquica; al igual que las figuras delictivas en las que la voluntad juegue un papel caracterizador respecto a la misma individualización de la con-

(13) Con referencia a los derechos fundamentales de libertad v. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 389.

(14) Cfr. BRAUN, J., «Meine Freiheit ist deine Freiheit», *Juristenzeitung*, 2004, pp. 612 ss.; HEUN, «Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften», *Juristenzeitung*, 2005, pp. 853 ss.

(15) DETLEFSEN, G., *Grenzen der Freiheit - Bedingungen des Handelns - Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht*, 2006, pp. 278 ss., 333.

ducta inculpada, como la coacción. En sustancia, sería necesario un replanteamiento de todas las categorías del derecho penal.

De manera evidente, *in primis*, una perspectiva determinista como la avanzada por algunos neurocientíficos comportaría, a todas luces, como consecuencia lógica, la renuncia a la culpabilidad como reprochabilidad personal. Como corolario, se tendría que atribuir un valor puramente simbólico al principio *nullapoena sine culpa*; se esfumaría el principio de proporción entre culpabilidad y pena en la determinación de la pena y la idea de la retribución por el hecho culpable y, por tanto, el principio, típico del estado de derecho, de la culpabilidad como fundamento y límite de la intervención penal. Todo ello desaparece cuando se considera ilusorio el «poder actuar de otra manera».

En esta perspectiva de «deconstrucción» del derecho penal, algunos autores adoptan modelos derivados del desarrollo de las neurociencias para poner en discusión la responsabilidad culpable o, incluso, toda la sistemática del delito (16), a favor de un derecho penal del tratamiento –(*Besserung und Sicherung*)– respecto a la determinación de la personalidad, que permitiría, en todo caso, el castigo del agresor (17).

En general, se debería legitimar el pasaje definitivo de la idea de pena a la de «tratamiento» respecto a sujetos peligrosos. Se trata, por otra parte, de un pasaje ya conocido: el del programa de Marburgo de Von Liszt, Radbruch, hasta la (*défense sociale*). Consistiría, pues, en una sustitución de la pena con un set de medidas de seguridad orientadas a la intimidación con respecto a la colectividad y a cada individuo, a la resocialización como tratamiento terapéutico, y a la neutralización de los no resocializables, es decir, incurables (18).

De acuerdo con el punto de vista materialista, determinista e utilitarista di Greene y Cohen (19), una pena configurada en tal modo no llevaría a una hipertrofia de penalidad, sino a su reducción, dado que

(16) VON GALEN, M., «Der Standpunkt der Strafverteidigung - Plädoyer für eine Überprüfung der Schuld Kriterien», Barton, *weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist! - Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, 2006, p. 366.

(17) HERDEGEN, G., «Schuld und Willensfreiheit», *Festschrift für Richter II*, 2006, pp. 233, 244. V. también GREELY, H. T., «Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment», *Kansas Law Review*, 56, 2008, pp. 1103 ss., según el cual debe consistir en un tratamiento *safe and effective* (*ibidem*, 1138).

(18) Sobre las analogías entre la teoría de la *défense sociale* y propuestas político-criminales derivadas de las modernas neurociencias v. RUSKE, A., *Ohne Schuld und Sühne. Versuch einer Synthese der Lehren der défense sociale und der kriminalpolitischen Vorschläge der modernen deutschen Hirnforschung*, 2011, pp. 274 ss., 328 ss.

(19) GREENE, J., COHEN, J., «For the Law...», pp. 1776 ss. v. Nota 11.

la misma población reconocería que no existe ninguna utilidad en el hecho de castigar a criminales que no sean capaces de actuar libremente, en cuanto sus comportamientos estarían predeterminados. Sin entrar en la ingenuidad de esta concepción, que parece hipotetizar un efecto de humanización del derecho penal por una mera compensación entre costes y beneficios (y los efectos psicosociales destructivos y ansiógenos de una intervención penal extrema), dejando de lado completamente la dimensión irracional subyacente al deseo de venganza y a la alarma social, así como el carácter manipulable de estas dimensiones emocionales a través de políticas represivas y estrategias de control de la colectividad (20), hay que destacar el nexo evidente entre concepción determinista y consecución de cualquier finalidad que se entienda que es útil socialmente. Todo ello nos remite al tema, quizás no futurible pues en algunos aspectos ya es realidad, de la instrumentalización de los conocimientos de las neurociencias por parte de los poderes públicos.

En síntesis, un sistema sancionatorio funcional construido para perseguir la finalidad del interés social.

Esta sería una solución totalmente lógica, dado que el brocardo «*puniturquia peccatum est*» respecto a sujetos no responsables reduciría a estos a simples víctimas («Sonderopfer») de una violencia ciega e inútil (21).

Se trataría, además, de un tratamiento que habría que aplicar contra la voluntad del reo peligroso –debiéndose excluir que esté dotado de libre arbitrio– en el ámbito de un modelo que, como ya se ha comentado no reconoce esos límites infranqueables derivados de la culpabilidad, fundamento del estado de derecho, y que tiende a expandirse con una dependencia directa de la alarma social suscitada por el delito, que tendría que calibrarse sobre la peligrosidad, también respecto a hechos no graves en sí (por ej., el hurto de poco valor, si es sintomático de cleptomanía). De hecho, perdería significado la idea de la proporción entre reacción punitiva y culpabilidad personal, frente a razones preventivas (22), en cuanto la proporción ya no se plantearía entre pena y hecho cometido, sino entre pena y hecho previsible como

(20) Incluso el problema de la estigmatización de inocentes, pero esta cuestión parece que no interesa mucho a estos autores.

(21) SEELMANN, K., «Sind die Grundannahmen einer Rechtsgesellschaft mit den Resultaten der modernen Hirnforschung vereinbar?», Senn, M., Puskás, D., *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, 2006, pp. 101 s.

(22) Sobre este tema v. FRISCH, W., «Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *NSiZ*, 2013, pp. 249 ss.

consecuencia de una cierta predisposición y en función de la efectividad de su prevención (23).

Además, especialmente cuando el progreso de las neurociencias permita –como muchos científicos han pronosticado– prever futuros déficits mentales, deterioros psíquicos, disposiciones comportamentales desviados, al menos, en su tendencia, que ya en la actualidad se pueden prevenir con intervenciones terapéuticas o tratamientos psiquiátricos, se podrían desenmascarar los síntomas que dejan prever tendencias pedófilas que potencialmente se desencadenarían en un futuro indeterminado (24).

En definitiva, la perspectiva determinista tiende a legitimar intervenciones preventivas o reeducativas en personas que están «predispuestas» a la criminalidad (a veces desde la infancia...) (25).

El riesgo principal que esconde este derecho penal forjado en el neo-determinismo de matriz neurocientífica es, pues, que se desemboque en un terrorismo estatal (26).

Además, si se considera que la pena tiene que ser sustituida por medidas de tipo socio-terapéutico finalizadas a las prevención/neutralización, no existen razones para excluir la castración por delitos sexuales, terapias sedativas incluso drásticas (hasta la lobotomización) por delitos de base violenta o impulsiva (27).

(23) MERKEL, R., *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008, pp. 122 ss.

(24) El tema de la *future dangerousness* se ha utilizado en el debate U.S.A. respecto al riesgo que el potencial de peligrosidad del agresor, confirmado sobre base neurocientífica, pueda ser asumido por los Tribunales como factor agravante que justifique la pena de muerte como único medio idóneo para eliminar la amenaza a la seguridad pública: DORLAND, M., KRAUSS, D., «The Danger of Dangerousness in Capital Sentencing: Exacerbating the Problem of Arbitrary and Capricious Decision-Making», *Law & Psychology Review*, 29, 2005, pp. 63, 64; ERICKSON, S. K., «The Limits of Neurolaws», *Houston Journal of Health Law & Policy*, 11, 2011, pp. 305 ss.; LOONEY, J. W., «Neuroscience's New Techniques for Evaluating Future Dangerousness: Are We Returning to Lombroso's Biological Criminality?», *Ualr Law Review*, 32, 2009-2010, pp. 302 ss.; LAMPARELLO, A. «Using Cognitive Neuroscience to Predict Future Dangerousness», *Columbia Human Rights Law Review*, 42, 2010-2011, pp. 481 ss.

(25) PIEFKE, M., MARKOWITSCH, H. J., «Psychobiologische Grundlagen von Gewalt und Aggression», Böllinger *et al.*, *Gefährliche Menschenbilder. Biowissenschaften, Gesellschaft und Kriminalität*, 2010, 37, pp. 46 s.; Id., «Angeborene Moral? Naturwissenschaftliche Erkenntnisse aus der Hirnforschung», Von Gottberg, Prommer, *Verlorene Werte? Medien und die Entwicklung von Ethik und Moral*, 2008, pp. 33, 42 ss.

(26) HASSEMERW, *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, 2008, p. 155.

(27) MARKOWITSCH, H. J., SIEFER, W., *Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens*, 2007, pp. 229 ss.; MARKOWITSCH, H. J., «Kriminalität als Krankheit», Saimeh, *Zukunftswerkstatt Maßregelvollzug*, 2008, pp. 167, 173 ss.; PIEFKE, M., MARKOWITSCH, H. J., «Neuroanatomische und neurofunktionelle Grundla-

Y, en todo caso, medidas de tratamiento orientadas en tal sentido tienen que estar respaldadas, obviamente, por una base empírica de efectividad, y por ello sería necesaria una previa experimentación. Siguiendo este razonamiento, al menos al principio, los sujetos sometidos a tratamiento serían como conejillos de India (28).

Además, queda abierta la cuestión de la punibilidad de los sujetos que cometen delitos muy graves solo en determinados contextos ambientales, bajo un determinado régimen. Una vez terminada la situación de estado de excepción, al no ser peligrosos, no se puede pensar en una respuesta penal, ni siquiera si se ha tratado de delitos muy graves, al no haber ningún fundamento una reacción (a falta de un juicio de responsabilidad individual fundado en la culpabilidad), sino solo se pueden prever formas de condicionamiento con vistas a la vuelta previsible de tal contexto o de ese régimen.

Incluso se ha afirmado que nos encontraremos ante un derecho penal reducido a nada más que a un «montón de escombros» (29), orientado a sancionar disfunciones o errores de un sistema de títeres (30) o de autómatas objeto de programación y posible corrección.

V. LA RELEVANCIA SOCIAL DE LA LIBERTAD

En el ámbito de la doctrina penal todavía se comparte sustancialmente la idea de que la responsabilidad penal se funda en la culpabilidad, y antes que ésta en la libertad moral. No se ha reconocido el resultado de las neurociencias representado por el denominado determinismo incompatibilista (31) que, a partir del célebre experimento

gen gestörter kognitiv-emotionaler Verarbeitungsprozesse bei. Straftätern», Grün, Friedman, Roth, Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht, 2008, pp. 96, 124

(28) En sentido crítico HILLENKAMP, T., «Intramurale Medizin in Deutschland», TAG, Hillenkamp, T., *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, 2008, pp. 75, 158 ss.; Id., «Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, Versuch einer Zwischenbilanz», *ZStW*, 2015, p. 54.

(29) DREHER, E., *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, 1987, p. 29.

(30) Es la expresión utilizada por HILLENKAMP, T., *Neue Hirnforschung - Neues Strafrecht?*, 2006, pp. 85 ss.; Id., «Hirnforschung, Willensfreiheit...», 42, v. nota 28.; v. también DUTTGE, G., «Neurodeterminismus und Verbrechensbegriff», *Duttge/Ünver, Aktuelle Grundlagenprobleme des materiellen Strafrechts*, Estambul, 2012, p. 24.

(31) La moderna teoría compatibilista concilia el planteamiento determinista con el reconocimiento de espacios de libertad, en el sentido de una libertad de querer, no en términos de ausencia absoluta de condicionamientos, sino de capacidad de

de Libet (32), afirma la naturaleza ilusoria, «epifenoménica» de las intenciones y de la libertad, que se supone que la sostienen. Antes bien, ha sido objeto de duras críticas.

En primer lugar se afirma que en tales tendencias existe un regreso al paradigma orgánico (33), además del riesgo de «etiquetar a las personas como criminales potenciales solo sobre la base de algunos marcadores biológicos» (34).

Por lo tanto, se reconoce una dignidad *ontológica* y una relevancia *social* irrenunciable de la libertad de querer como autodeterminación, respecto a la cual es necesario redefinir desde un punto fenomenológico, también a la luz de los descubrimientos neurocientíficos, la dimensión de la *capacidad* de autodeterminación (35) y obviamente sus límites (36).

La confirmación parece residir en una actitud psíquica, es decir, la conciencia de ser dueño de sí mismo, y por tanto de poder actuar de manera diferente a como se actúa [*Freiheitsbewusstsein* (37)].

Y, es más, se ha afirmado que precisamente los descubrimientos neurobiológicos ofrecerían una serie de información sobre la estructura y funcionamiento del cerebro que convierte en más que razonable la hipótesis del libre arbitrio y de una dimensión espiritual que actúa en la esfera de los instintos y las pulsiones (38). De hecho, las investigaciones sobre los procesos neuronales dan una nueva luz sobre la flexibilidad y el control que los agentes humanos ejercen en acciones evidentemente voluntarias (39).

actuar guiada por condicionamientos, inevitablemente presentes, con respecto a los cuales el agente posee capacidad de valoración porque en caso contrario dominaría el puro azar.

(32) LIBET, *Freedom Evolves*, 2003, passim.

(33) BERTOLINO, M., «Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?», *Criminalia*, 2009, p. 330.

(34) ALPER, J. S., «Biological Influences on criminal behavior: how good is the evidence?», *British Medical Journal*, 310, 1995, pp. 272 s.

(35) LUZÓN PEÑA, D. M., «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, 2012, pp. 32 ss., que defiende la idea de que la culpabilidad como último elemento del delito se entienda como reprochabilidad basada en la libertad del hombre en condiciones normales presupuesto volitivo de la posibilidad de determinación por la norma y base de las normas constitucionales y jurídicas.

(36) NISCO, A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, 2012, p. 48.

(37) BURKHARDT, B., «Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft», Senn, M., Puskás, D., *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, 2006, p. 88.

(38) RONCO, M., «Sulla “prova” neuroscientifica», *Archivio Penale*, 2011, p. 857.

(39) Las neurociencias respaldan una concepción fuerte de la libertad humana de acción (fundamento de la atribución de la responsabilidad), distinguida de la libertad

Y aunque es innegable que las expectativas normativas de una sociedad no dependen del modo en que los destinatarios de las normas conciben o experimentan subjetivamente su libertad (40), también es verdad que es posible invocar esta cuestión en función de la consolidación desde el plano normativo de las mismas expectativas, como se comentará a continuación (41).

En realidad, como todos sabemos, las neurociencias –exceptuando las formulaciones más radicales– admiten, cuanto menos, que la libertad tiene un significado de institución social, entendida en sentido instrumental, como concepto útil para mantener la cohesión de un grupo organizado, a través de la educación, premios y sanciones (42).

Se puede afirmar que la doctrina ha aceptado, sobre todo, el paradigma del compatibilismo. Este paradigma concibe la libertad moral no como la total ausencia de condicionamientos (herencia biológica, ambiente social, etc.), sino como la capacidad para realizar una especie de sobre-determinación respecto a los mismos (43). Permite, por tanto, distinguir entre causas y razones del comportamiento, y reconocer que dentro de estas últimas no asumen valor solo los factores racionales, sino también los factores emocionales (44).

Además, este enfoque moderado pone de manifiesto que toda perspectiva «descriptiva» tiene que colocarse en el contexto. Si no fuera así resultará reduccionista. Al igual que no se puede valorar la belleza de una melodía con la física del sonido, tampoco se puede explicar una acción a la luz de sus correlatos neuronales, ni la responsabilidad penal y la capacidad de orientación de las normas sobre la

relativa a preferencias y deseos, según FARAHANY, N. A., «A Neurological Foundation for Freedom», *Stanford Technology Law Review*, 4, 2012, pp. 1, 2 s., 8 ss., 12 ss.

(40) Así por ejemplo FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?», *Indret*, 1/2011, p. 27.

(41) V. § 5.

(42) SINGER, W., «Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen», Geyer, C. (coord.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt a. M., 2004, p. 64

(43) Cfr. DENNETT, *L'evoluzione della libertà*, Milano, 2004, *passim*; BIERI, P., *Das Handwerk der Freiheit*. Über die Entdeckung des eigenen Willens, 9. Ed., Frankfurt a. M., 2009, *passim*; PAUEN, M., *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*, Frankfurt a. M., 2004, pp. 7 ss.; Id., «Freiheit, Schuld und Strafe», Lampe, E. J, Pauen, M., Roth, G. (coord.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt a. M., 2008, pp. 41 ss.

(44) BORSARI, R., «Neurosciences, genetics and criminal law. Rhapsodic reflections/Neuroscienze, genetica e diritto penale. Considerazioni rapsodiche», Provolo, D., Riondato, S., Yenisey, F., (eds.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, Padova, 2014, pp. 366 ss.

base únicamente de su enfoque neurocientífico (45). De esta manera, los procesos neurológicos son sólo una parte de la explicación de «la complejidad valorativa y moral de las decisiones que es preciso adoptar en la vida social» (46).

En la praxis de la jurisprudencia ha emergido una perspectiva nueva abierta por las neurociencias: el uso de estos conocimientos en fase probatoria, especialmente en tema de imputabilidad.

VI. INFLUENCIA DE LAS NEUROCIENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

En Italia, en 2009, una conocida sentencia de la Corte d'Assised' Appello de Trieste ha acreditado, por primera vez, la utilización de las neurociencias para demostrar la imputabilidad individual, reconociendo en concreto el vicio parcial de mente del agente.

En concreto, se ha valorizado el papel de la «vulnerabilidad genética» del reo en la consumación del delito, como factor que lo habría hecho «especialmente reactivo en términos de agresividad –y por lo tanto, vulnerable– en presencia de situaciones de estrés». El Tribunal ha reconocido, en este caso, el *vicio parcial de mente* (47).

Han surgido, por lo tanto, dos clases de problemas: por un lado, las relaciones entre dotación genética y delito violento; por otro lado, la apreciación del valor de enfermedad del acto delictivo, con el fin de establecer si subsiste una enfermedad mental (48).

(45) Cfr., en el contexto de la concepción funcional-comunicativa del autor, JAKOBS, G., «Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung», *ZStW*, 2005, pp. 247 ss.; Id. «Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft», Schleim, S., Spranger, T. M., Walter, H. (coord.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, Göttingen, 2009, pp. 243 ss.

(46) FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho Penal y Neurociencias», 14, v. nota 40. En contra de una neuro-reducción en la explicación de la violencia y la criminalidad v. GOLDBERG D. S., «Against Reductionism in Law & Neuroscience», *Houston Journal of Health Law & Policy*, 11, 2011, pp. 321, 344 ss.; PARDO, M. S., PATTERSON, D., «Philosophical Foundations of Law and Neuroscience», *University of Illinois Law Review*, 2010, pp. 1211, 1225, trad. «Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia», *InDret*, 2011, pp. 1 ss.

(47) Así la Corte d'Assised' Appello de Trieste 1/10/2009, n. 5, p. 10.

(48) BARBIERI, C., «è tornato Lombroso? Alcune osservazioni sulla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 1.º ottobre 2009», Rubertom. G., Barbieri, C., *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Milano, 2011, pp. 128 ss.

Sin embargo, se excluye cualquier lectura en clave determinista. Según los peritos de oficio: «en el estado actual de conocimientos no existe ninguna variante genética que se haya puesto en relación causal con el comportamiento agresivo o antisocial, es decir, no existe ninguna variante genética que determine de manera absoluta la presencia de un comportamiento determinado. Lo que indican los estudios científicos es que la posesión de unas o más variantes alélicas, se asocia a un riesgo estadísticamente mayor de manifestar un comportamiento agresivo, impulsivo o antisocial, sobre todo en las personas que han vivido en ambientes no protegidos durante la infancia, respecto a los que no tienen dichas variantes alélicas...no existe una relación causal entre tener una determinada variante alélica y el llevar a cabo un comportamiento determinado. No existe ningún determinismo...», es más «No existe...ninguna relación determinista entre una variante alélica conocida y un determinado comportamiento».

Por lo tanto, respecto al problema señalado, es legítimo hablar de una influencia de los genes en el desarrollo de comportamientos antisociales y violentos por parte del reo, pero de tipo *probabilista*, más bien que reductivamente determinista, teniendo en cuenta que existe una interacción e influencia recíproca entre patrimonio genético y factores ambientales, culturales y educacionales (49).

En la misma línea, sucesivamente, se ha expresado otra sentencia, en la que el Tribunal, aunque valorando al sujeto como afectado de semi-enfermedad, tal y como había sido valorado por los peritos de la defensa, tras el empleo de nuevas técnicas de *imaging* cerebral y estudios de genética comportamental, subraya la irrenunciabilidad de un juicio de imputabilidad que tenga en cuenta todos los datos procesales, sin criticar el informe de los expertos. No olvidemos que las neurociencias no sustituyen sino que integran la valoración clínica y del comportamiento de un sujeto en el ámbito de la comprobación de su capacidad para entender y querer, aumentado así su grado de fiabilidad como prueba científica en el proceso penal (50).

La base teórica para este enfoque bastante débil procede del célebre «*Immunisierungsmodell*», según el cual los descubrimientos de las neurociencias, aunque sean válidos, dejan sin viabilidad el modelo de derecho penal fundado en la culpabilidad.

(49) BARBIERI, C., «È tornato Lombroso?...», pp. 136 s. V. nota 48; v. DRESSING H., SARTORIUS, A., MEYER-LINDENBERG, A., «Implications of MRI and genetics for the law and the routine practice of forensic psychiatry», *Neurocase*, 14, 1, 2008, pp. 7 ss.

(50) Tribunal de Como, 20.5.2011.

Es decir, el determinismo no invalida el derecho penal de la culpabilidad, que no requiere la prueba de plena libertad de querer en sentido non determinista, sino la mera *conciencia o experiencia individual de la propia libertad* por parte de la persona, por tanto, la comisión del hecho con la *conciencia de poder actuar de otra manera*, es decir, el dato de la experiencia de sentirse libre y responsable (51).

El derecho penal se radicalizaría en la fe o confianza individual y colectiva en el hecho de que sean comportamientos «justos o injustos», incluso frente a datos neurocientíficos que reniegan de la posibilidad de considerarla fundada ante la falta de decisiones humanas libres. Se trata de un argumento adoptado, muy a menudo, desde el frente utilitarista, según el cual el comportamiento humano puede orientarse a la idea de lo que es justo, en vez de al análisis de reacciones químicas o mecánicas incontrolables de autómatas (52).

Contra el *Immunisierungsmodell* se ha objetado que la legitimación del poder coercitivo del Estado no puede fundarse en una ilusión, en un sentimiento engañoso (53).

Además, también se ha destacado que, si el objeto de las ciencias de la naturaleza y de la ciencia jurídica es el mismo —es decir, la libertad de la voluntad— es necesario conseguir una respuesta unitaria, y el derecho penal no podrá atrincherarse detrás de la prerrogativa de una presunta capacidad de auto-inmunizarse frente a descubrimientos científicos (54). Con respecto a esta aspiración legítima, no se puede

(51) V. ad es. BURKHARDT, B., «Willensfreiheit aus rechtlicher Sicht», Tröger, *Wie frei ist unser Wille?*, 2007, pp. 87 ss.; Id., «Bemerkungen zu den revisionistischen Übergriffen der Hirnforschung auf das Strafrecht», *Dokumentation Neuro*, 2004, pp. 40, 43 ss.; Id., «Wie ist es, ein Mensch zu sein?», *Festschrift für Eser*, 2005, pp. 77 ss.; «Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuld begriff», *Festschrift für Maiwald*, 2010, pp. 79 ss.; HIRSCH, H. J., «Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, *ZIS*, 2/2010, pp. 65 ss.

(52) En este sentido considera que se puede salvar la perspectiva tradicional retribucionista —en cuanto basada en creencias que pueden ser falsas, pero adecuadas para originar un modelo social más deseable que el que derivaría de una visión estrictamente utilitarista, aunque esté apoyada empíricamente por datos neurocientíficos— McCaleb, R. B., «Rejustifying Retributive Punishment on Utilitarian Grounds in Light of Neuroscientific Discoveries more than Philosophical Calisthenics!», *Cleveland State Law Review*, 63, 2015, pp. 515, 527 ss., 531.

(53) HILLENKAMP, T., «Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht...», p. 61, v. Nota 28. Ya hace más de un siglo hablaba de «staatsnotwendige Fiktion» KOHL-RAUSCH, E., «Sollen und Können als Grundlage strafrechtlicher Zurechnung», *Festschrift für Güterbock*, 1910, pp. 3, 23 ss.

(54) HIRSCH, H. J., «Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion», 65, v. Nota 51, que adopta una perspectiva subjetivista, en el sentido de que las normas del ordenamiento, así como el reproche por su violación, se dirigen a sujetos que actúan con la

pasar por alto que la tendencia a la especialización, compartimentación y fragmentación de los saberes, típica de la modernidad, hace muy ardua la comunicación entre disciplinas entre las cuales la cooperación sería verdaderamente deseable. Por tanto, el problema no se encuentra solo en encontrar un meta-lenguaje que la facilite, sino que permita captar la naturaleza multidimensional del conocimiento, en concreto, la naturaleza que tiene por objeto el *ser humano* con toda su riqueza poliédrica. Se trata, pues, de implementar una epistemología idónea para analizar su extrema complejidad.

Una perspectiva en cierto modo análoga, a favor de una tesis compatibilista entre determinismo y libertad de acción en Derecho penal y basada abiertamente en la teoría habermasiana del discurso, valoriza la capacidad de observación, por parte del derecho penal, de la realidad fáctica que debe regular y de comprensión mediante el lenguaje de su universo conceptual único (55).

Otros niegan que la culpabilidad necesite una prueba empírica del poder de actuar individual, considerando que sería suficiente un juicio pragmático basado en la comparación con un estándar social, es decir, con lo que un ciudadano medio habría podido hacer en la misma situación exterior e interior (56).

Desde un punto de vista normativo, Claus Roxin admite la subsistencia de una libre disposición a lo requerido por la norma («*Freiheitsannahme*»), sobre la base de una imputabilidad entendida como una posibilidad normal de estar determinado a través de un proceso motivacional, prescindiendo de la cuestión, más propia de las ciencias cognitivas y de la naturaleza, de la libertad del querer (57).

Por otro lado, se ha destacado que si falta una libertad real de la voluntad, la fundación normativa de la culpabilidad se convierte en

conciencia de la propia libertad, que se auto-comprenden como libres: «Erste-Person-Perspektive»: *ibidem*, pp. 66 ss.

(55) CRESPO, E. D., «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal», *InDret*, 2011, pp. 1, 4 ss., 31; SERRANO-PIEDECASAS, J. R., DEMETRIO-CRESPO, E. D., «Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal», Carbonell Mateu, J. C., *et al.* (ed.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, pp. 1771 y ss.

(56) SCHREIBERH. L., «Ist der Mensch für sein Verhalten verantwortlich?», *Festschrift für Laufs*, 2006, 1069, pp. 1074 ss.

(57) ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4. Ed., 2006, § 19/36 s.

una mera *fictio*: la posibilidad hipotetizada de actuar de otra manera queda como una imposibilidad (58).

La tradición penal, y sobre todo la praxis jurisprudencial, radican en la culpabilidad la idea del alternativismo, esto es, en la posibilidad real y actual para el agresor de actuar de manera diferente a como ha actuado (conforme a derecho), por tanto, en el postulado de la libertad de la voluntad entendido desde un punto de vista indeterminista. Al menos, hasta que no emerja definitivamente la prueba total de la inexistencia de la libertad humana en el sentido del determinismo neuronal (59).

Sin perjuicio, en todo caso, del papel determinante de las neurociencias a la hora de individualizar, de manera siempre más precisa, los límites y déficits de la normalidad psíquica.

VII. JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Correctamente se ha remarcado que las neurociencias aún no son capaces de modificar las orientaciones político-criminales dominantes en tema de justificación social de la pena (60).

Queda «intocable» el paradigma que hoy en día parece indiscutido en las democracias occidentales, es decir, la prevención general mediante retribución y basado en la idea la culpabilidad por el hecho, bajo el supuesto del sinalagma entre libertad y responsabilidad.

Las neurociencias pueden servir de base a modelos preventivos de la culpabilidad, además de favorecer una ampliación de las posibles causas de exclusión de la imputabilidad y de circunstancias atenuantes, y, sobre todo, poner a disposición nuevos conocimientos en materia probatoria en tema de demostración de la imputabilidad, en la óptica de mejorar la prueba pericial (61). Además, éstas permiten pro-

(58) SCHÜNEMANN, B., «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld», *Festschrift für Lampe*, pp. 544, 545; WEISSER, B., «Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?», *GA*, 2013, pp. 26, 33 s.

(59) HILLENKAMP, T., «Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht...», pp. 69 ss, v. Nota 28.

(60) FEJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho Penal y Neurociencias...», pp. 9 ss. V. nota 40.

(61) En este sentido una reciente investigación sobre la praxis judicial de los EEUU muestra que la prueba basada en las neurociencias se ha introducido normalmente en el proceso, con el fin de ofrecer una información más completa, fiable y profunda sobre los hechos. Además, se utilizan como elementos idóneos para mitigar las sentencias de condena: DENNO, D. W., «The Myth of the Double-Edged-Sword: An Empirical Study of Neuroscience Evidence in Criminal Cases», *Boston College*

blematizar el mismo concepto de «normalidad» y destacar sus múltiples aspectos (62). Ciertamente, las neurociencias nos permitirán trabajar mejor con autores que presenten un funcionamiento anormal del cerebro. Pero también ayudarán a clarificar los factores que inciden en la adopción de conductas humanas, en especial, las delictivas en contextos en los que no se demuestren disfunciones cerebrales (63).

Otros ámbitos de actuación de las neurociencias en el proceso penal se refieren al uso de técnicas adecuadas para detectar mentiras asociadas al crimen y a predecir la reincidencia (64).

De esta manera se podría superar la imagen popular de las neurociencias como un arma de doble filo, uno orientado a ofrecer al acusado los instrumentos de defensa idóneos para garantizar la impunidad o, en todo caso, a mitigar la responsabilidad penal, otro, el opuesto, a etiquetar al criminal como elemento peligroso para la sociedad (65).

Las neurociencias lanzan un desafío al derecho y a su práctica judicial, un desafío antes que nada a un principio indiscutido en la tradición penal, el de la discrecionalidad del juez, que quizás podrían encontrar en las neurociencias, y antes aún en los progresos de la prueba científica y en su uso cada vez mayor en los Tribunales, un límite exterior fundado epistemológicamente. Se puede hipotizar legítimamente que en un futuro no demasiado lejano, la prueba científica –y en concreto la de matriz neuro-científica– llegue a «proporcionar evidencias de tal magnitud que se expropie definitivamente al juez de la valoración de la prueba, para entregarla totalmente al perito»: el resultado venturo de los avances de las neurociencias aplicadas al pro-

LawReview, 56, 2015, pp. 493 ss., 501 ss., 504 ss. Con referencia concreta a la justicia juvenil v. WALSH, C., «Youth Justice and Neuroscience», *British Journal of Criminology*, 51, 2011, pp. 21 ss.

(62) EUSEBI, L., «Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà», Palazzani, L., Zannotti, Z., *Il diritto nelle neuroscienze. Non «siamo» i nostri cervelli*, Torino, 2013, pp. 123 s.

(63) En Italia v. LARIZZA, S., «Sui limiti posti dal sistema penale alla recezione degli esiti conoscitivi della “neuroimaging”», Ruberto, M. G., Barbieri, C., (coord.), *Il futuro tra noi. Aspetti etici, giuridici e medico-legali della neuroetica*, Milano, 2011, p. 35.

(64) Sobre el tema v. recientemente MEIXNER, J. B. Jr., «Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues», *Current Neurology and Neuroscience Reports*, 2015, pp. 1 ss.

(65) JONES O. D., SHENF. X., «Law and Neuroscience in the United States», *International Neurolaw: A Comparative Analysis*, 2012, pp. 349, 362; CARTER SNEAD, O., «Neuroimaging and the “Complexity” of Capital Punishment», *New York University Law Review*, 82, 2008, p. 1338; en sentido crítico DENNO, D. W., *The Myth of the Double-Edged-Sword*, pp. 498 s., 529 ss.

ceso podría consistir en un «de potenciamiento de la libre convicción del juez» (66).

Por el contrario, se ha detectado que, al menos hoy en día, el desembarco en las aulas de justicia de las pruebas científicas ha acrecentado, y no disminuido, la importancia decisional del juez, con respecto a las comprobaciones sobre el hecho, subrayando la naturaleza en realidad subjetiva de la prueba científica en su elaboración e interpretación, que depende de la cantidad, no de la exhaustividad ni de la contradictoriedad de los elementos de hecho, así como del rigor metodológico y la objetividad con el que el perito los elabora, interpreta y manipula (pudiendo manejar diferentes soluciones teóricas presentes en la comunidad científica) (67).

Más bien, la aportación fundamental de las neurociencias podría referirse precisamente a las situaciones de «normalidad», de plena imputabilidad, induciendo a un replanteamiento del tratamiento sancionatorio en sentido «humanizador» con respecto al derecho penal (68). Si seguimos una perspectiva funcionalista, se trataría de la alternativa entre justificación social sobre la base de un trato comunicativo entre personas y de un trato instrumental (69). Se favorecerían, de este modo, metodologías de construcción gradual de la vida social con base comunicativa, *rectius* se ofrecerían respuestas comunicativamente relevantes frente al delito, reforzando los procesos de socialización y extendiendo los mismos procesos con respecto a los sujetos que por «características personales (psicópatas primarios) o por su entorno social o familiar quedan al margen de los mismos procesos de socialización» (70), pensando en modelos más eficaces también en el plano cognitivo.

Se trata, en definitiva, según la perspectiva sugerida en el ámbito de la doctrina italiana, de utilizar los descubrimientos ofrecidos por

(66) DI GIOVINE, O., «Chi ha paura delle neuroscienze?», *Archivopenale*, 2011, p. 842: la autora subraya que la introducción en el proceso de conocimientos científicos muy especializados no se traduce, necesariamente, en una mayor certeza probatoria, sino, como mucho en una presunción de prueba y tal vez, paradójicamente, en una precariedad de la prueba, confirmando la transformación del juez, de consumidor de ciencia a mero garante del respeto de los protocolos de cada prueba (*ibidem*, 843).

(67) RONCO, M., «Sulla “prova” neuroscientifica», pp. 858 s, v. Nota 38.

(68) Cfr. DI GIOVINE, O., «Chi ha paura delle neuroscienze?», p. 846, v. Nota 66.

(69) FEIJOO SÁNCHEZ, B., «El futuro de la dogmática jurídico-penal: del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación», García Valdés, C., *et al* (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 263 y ss.

(70) FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho Penal y Neurociencias», p. 16, v. nota 40.

las neurociencias en vista de la configuración de un derecho penal «compasivo» o «empático» (71).

De esto se hablará en el último apartado.

VIII. ¿FUTURAS REFORMAS?

El determinismo no compatibilista de origen neurocientífico contemplaba en su programa «fuerte» una serie de reformas que no se han llevado a cabo y que no son deseables, por razones consecuencialistas:

- Abandono de la idea de imputabilidad y culpabilidad, con renuncia a fundar la normatividad del *Andershandelnkönnen*, ya que se considera privado de comprobación empírica, es más, experimentalmente invalidado por los neurocientíficos, y subsiguiente adopción del programa exclusivo de peligrosidad social.

- Sustitución de la pena por un sistema de medidas de seguridad fundadas en el tratamiento/corrección con finalidad terapéutica y preventiva, y si fueran ineficaces, la inoquización. Sustancialmente, consistiría en un replanteamiento del modelo de peligrosidad con una serie de soluciones terapéuticas o «mecánicas» (que nos recuerda la teoría del impulso y contra impulso de Romagnosi).

- Asunción de responsabilidad por parte de la sociedad (especialmente con respecto a los autores de crímenes violentos o sexuales), que debería preocuparse por proporcionar terapias eficaces (72), que se tendrán que practicar con el consentimiento del paciente. Bajo este último aspecto se ha señalado la falta de coherencia de este asunto con la pretendida falta de libre arbitrio de las personas (73); y el riesgo de convertir fácilmente la «libre aceptación» del tratamiento de prevención en

(71) DI GIOVINE, O., *Un diritto penale empatico? Dirittopenale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, pp. 161 ss., en donde se hace referencia especial a la concepción del derecho penal en sentido de «compasión», en los estudios de Martha Nussbaum.

(72) ROTH, G., LÜCK, M., STRÜBER, D., «Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht», Senn, M., Puskás, D. (coord.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart, 2006, pp. 105 ss.; MERKEL, G., ROTH, GL, «Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe», Grün, K.-J., Friedman, M., Roth, G. (coord.), *Entmoralisierung des Rechts*, Göttingen, 2008, pp. 54 ss.; MERKEL, G., ROTH, G., «Hirnforschung, Gewalt und Strafe - Erkenntnisse neurowissenschaftlicher Forschung für den Umgang mit Gewaltstraftätern», Stompe, T., Schanda, A.(coord.), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, Berlin, 2010, pp. 143 ss.

(73) NISCO, A., «Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere», *Diritto penale e processo*, 2012, p. 501.

programas impuestos a categorías de sujetos predeterminadas *ante delictum* (74), o bien a todos (superados los postulados del mismo positivismo, ninguno es inmune de cualquier tipo de predisposición criminal) en función del interés colectivo y de su «razonabilidad» como variable dependiente de lo que la sociedad «objetivamente» puede esperarse. Por tanto, la normalización de las praxis hetero-impuestas, peores que la misma pena. Una verdadera «utopía negativa imaginada en cualquier película de ciencia ficción» (75); teniendo en cuenta, además, que en el programa de los neurocientíficos cabe la posibilidad de predecir, sobre bases neurocientíficas, la futura reincidencia (76).

El resultado de este proceso es la legitimación –incluso en el plano científico, por tanto en un plano presuntamente «neutral»– de ese *derecho penal con vocación securitaria*, que ha conocido, como señala la doctrina mayoritaria, una expansión exponencial en los últimos dos decenios (77).

En realidad, se trata nada más y nada menos que la enésima reproposición de las teorías que vuelven a aparecer periódicamente en la historia del derecho penal (positivismo, Programa de Marburg de Von Liszt) (78).

Sobre este proyecto «abortado» se ha hablado mucho y no vale la pena detenerse más.

IX. MODELO RESTAURATIVO

Nos parece más interesante el hilo interpretativo, cuyo exponente en Italia es, sobre todo, Luciano Eusebi, que renunciando tanto a la prevención general negativa como a la retribución proporcionalista como único planteamiento en la prevención general positiva, sugiere valorizar la *autonomía* del agente como «capacidad para realizar elecciones personales nuevas», en una óptica de justicia reparativa o reconciliadora» (79).

(74) MARKOWITSCH, H. J., SIEFER, W., «Tatort Gehirn», pp. 227 ss, v. Nota 27; de manera parecida, MERKEL, G., ROTH, GL, «Freiheitsgefühl», pp. 87 s, v. Nota 72.

(75) ASÍ NISCO, A., «Il confronto tra neuroscienze», p. 502, v. Nota 73.

(76) V. MEIXNERJ, B., «Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues», *Current Neurology and Neuroscience Reports*, 2014, vol. 15, p. 513.

(77) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2001.

(78) FEJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho Penal y Neurociencias...», p. 10, v. Nota 40.

(79) EUSEBI, L., «Neuroscienze e diritto penale», p. 123, v. Nota 62.

Cabe señalar, como dato anecdótico, que a la reivindicación —a menudo ideológica— de la autonomía individual como libertad indelegable de elección, se acompaña, paradójicamente, la negación de la misma sobre la base de los modernos conocimientos neurocientíficos.

Pero se tiene que subrayar que la referencia a la libertad de querer en el sistema penal tradicionalmente se ha utilizado como instrumento para justificar la intervención punitiva (la pena es justa cuando es proporcionada a la culpabilidad), excluyendo la importancia de la personalidad del reo respecto a los contenidos de la condena, en los casos en que no venga excluida de raíz su culpabilidad jurídica (80).

De hecho, la libertad de querer y la culpabilidad en la lectura tradicional de impronta retribucionista de la pena son, según Eusebi, conceptos funcionales para legitimar una respuesta penal que reproduce, por analogía, la negatividad adscrita al delito cometido. Es por ello que la libertad se considera siempre *ex post* como factor dirigido al pasado, para justificar la legitimidad de la punición.

En tal manera, el derecho penal expresa una connotación sin duda determinista. Y por ello los destinatarios de normas y sanciones se conciben no como interlocutores del derecho, sino como sujetos que hay que condicionar a través de la coacción (intimidación o neutralización) (81).

Pero la libertad, también a la luz de los principios de civilización jurídica que se han transferido a las Constituciones, debería cumplir una función de garantía, por tanto, con una apreciación dirigida al futuro. Esto es, en cuanto sujeto dotado de autonomía, la persona no puede ser tratada como destinataria de un condicionamiento. Precisamente, la libertad moral hay que valorizarla como *chance* respecto al futuro, como objetivo que hay que perseguir, en la perspectiva de un derecho penal reconstructivo, dirigido a la reintegración de las relaciones sociales y personales, en las que el delito haya incidido y de una respuesta penal entendida como *poena medicinalis*, como proyecto orientado a asumir un significado positivo, tanto para el condenado como para la víctima y la sociedad (82).

En definitiva, se recomienda una valorización de la autonomía individual que esté dirigida al futuro, como capacidad para reelaborar críticamente, también en sentido reparativo (a través de formas de res-

(80) EUSEBI, L., «Neuroscienze e diritto penale», p. 125, v. Nota 62.

(81) EUSEBI, L., «Neuroscienze e diritto penale», p. 134, v. Nota 62.

(82) En esta perspectiva se puede valorizar la vía del tratamiento neurológico como instrumento de prevención especial, cuya asunción en cualquier caso requiere prudencia: PÉREZ MANZANO, M., «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret*, 2011, pp. 26 ss.

ponsabilización del autor con respecto a las víctimas), la comisión del delito y realizar nuevas elecciones de vida. Desde este punto de vista será especialmente importante la asunción, en el debate penal, de los conocimientos neurocientíficos sobre las condiciones psicológicas del agente del delito y el contexto en el que ha actuado dicho sujeto (83).

Todo ello también en función de una prevención general positiva: una «prevención estable, que no se funda en dinámicas intimidatorias (inidóneas para equilibrar la inevitable relatividad de los instrumentos de control y portadoras, además, de una visión reductiva de los factores relevantes a la hora de tomar decisiones) o, en todo caso, en estrategias neutralizadoras (inidóneas para evitar la continua sustitución de los sujetos que delinquen), sino que más bien depende, en primer lugar, de la capacidad del ordenamiento jurídico para mantener elevados los niveles de consenso, es decir, de la adhesión prestada por elección personal, al respeto de las normas» (84).

Por lo tanto, prevención especial en función de prevención general positiva: un sistema *latu sensu* sancionador orientado a obtener del reo una reelaboración crítica y una disociación del mismo pasado es la mejor estrategia preventiva, a través de la adopción progresiva de modelos de justicia restaurativa.

Un enfoque no reduccionista orienta los conocimientos de las neurociencias a la construcción de un derecho penal «empático». En esta dirección, la propuesta de Eusebi de valorizar los datos neurocientíficos sobre la condición psicológica del agente del delito y sobre el contexto relacional en la perspectiva de un derecho penal reconstructivo, puede producir consecuencias beneficiosas tanto para el condenado como para la víctima y la sociedad.

En conclusión, el «canto de las Sirenas» (85) no conduce a resultados de abolicionismo –como debería ser la consecuencia lógica de un «Derecho penal libre de las cargas del libre albedrío y del reproche de culpabilidad»– sino que puede producir efectos de «locura» en el modo de concebir la respuesta penal. Sería deseable que una comprensión más atenta de todos los factores, también sociales, que llevan a la comisión del delito, permitiera adoptar opciones de justicia reparatoria orientadas a la recuperación del condenado, por tanto, una pena que represente, en vez de una medida meramente de intimidación o neutralización, un proyecto para la reinserción social del condenado, valorizando su libre cooperación.

(83) EUSEBI, L., «Neuroscienze e diritto penale», p. 140, v. Nota 62.

(84) EUSEBI, L., «Neuroscienze e diritto penale», pp. 136 ss, v. Nota 62.

(85) HASSEMER, W., «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal», *InDret*, 2011, 2.

La (in) conveniencia de criminalizar el chantaje

JOSÉ MILTON PERALTA

(Universidad Nacional de Córdoba-CIJC-CONICET)

SUMARIO:I. Introducción: la similitud entre el chantaje y las negociaciones duras.–II. El chantaje como actividad empresarial.–III. Chantaje e invasión de esferas de privacidad.–IV. El chantaje como una actividad ineficiente. 1. *Formas en la que el chantaje es ineficiente.* 2. *La ineficiencia de las tesis eficientistas.*–V. *Conclusión: la inconsecuencia de las tesis consecuencialistas.*

I. INTRODUCCIÓN: LA SIMILITUD ENTRE EL CHANTAJE Y LAS NEGOCIACIONES DURAS

El ilícito chantaje representa un acertijo tanto moral como jurídico. En este, el «autor» (C) trata de conseguir de su «víctima» (V) una conducta lícita bajo la amenaza de, en caso contrario, realizar por sí mismo un acto *lícito* que a esta le resultaría indeseable. El ejemplo prototípico de este delito es el de la amante despechada que se acerca a quien la rechaza y le dice: «Si terminas conmigo, le cuento lo nuestro a tu mujer».

La primera intuición es que C coacciona V y que, por ende, afecta su libertad de decisión. Pero esta idea no resiste un escrutinio un poco más profundo. Para que la libertad de V resulte afectada es necesario que C reduzca sus posibilidades de actuación, cercenándole alternativas de conducta lícitas. En el chantaje esto no ocurre, pues V no tiene derecho a que C no revele la información ni puede hacer nada lícito

para evitarlo. Esa es una conducta que, dado el caso, debería tolerar. Con esto en mente, si C, en lugar de revelar directamente la información, le ofrece a V no hacerlo a cambio de otra conducta, lejos de reducir la libertad de V, la amplía. V ahora cuenta con una alternativa de acción que antes no tenía. Ahora puede evitar lícitamente que C revele la información al decidir no abandonar a su amante (1).

Esto no quiere decir que V esté contenta con la situación en la que se la coloca. Seguramente, preferiría no recibir esa oferta y contar con el silencio de C sin ningún costo. Pero dado el mundo como es (que C cuenta con la información) y las facultades que el derecho nos concede (que C tiene permitido revelarla) el chantaje no reduce la libertad de V.

Por cierto, en el ámbito comercial nos vemos sometidos con frecuencia a situaciones de estas características que no son delito. Estos supuestos se han dado en llamar «negociaciones duras» (*hard bargaining*). Por ejemplo: Usted instala un establecimiento de venta de agroquímicos y pretende comerciar con un producto de una marca mía muy prestigiosa. Yo estoy dispuesto a permitirselo bajo una condición: que usted venda, además, otro de mis productos, uno de segunda marca y escasa reposición. Esto a usted le resulta muy inconveniente, pues implica un capital estancado difícil de soportar financieramente. Pero si no las realiza, yo me abstendré de dejarle vender lo que usted desea y le otorgaré ese derecho a su competidor, algo que para usted sería muy inconveniente.

Aquí amenazo con una conducta lícita a cambio de otra conducta lícita y seguro usted preferiría comercializar mis productos sin estos condicionamientos. Pero dado el mundo como es (yo poseo ese producto) y las facultades que el derecho nos concede (y puedo vendérselo a la competencia en lugar de a usted), mis condicionamientos son opciones adicionales para que usted pueda trabajar. Y por cierto, esto ocurre también en cada regateo comercial o salarial (2).

A pesar de esta similitud, la mayoría de los teóricos afirma que el chantaje deber ser un delito y que las negaciones duras deben estar permitidas (3). Para justificarlo, se esmeran en encontrar una diferencia valorativa entre ambas formas de actuar. Muchos lo hacen buscando

(1) Más profundamente al respecto, PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 881, 886 ff.; el mismo en Gimbernat Ordeig, entre otros (eds.), Homenaje a Schünemann, TII, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2014, p. 497, con referencias ulteriores.

(2) EPSTEIN, *50 U. Chi. L. Rev.* (1983), pp. 553, 557; GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing*, Oxford, 2006, S. 216 f.; GORR, *21 Phil & Pub Aff* (1992), 43, 57; SHAVELL, *141 U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1893 ss.

(3) Excepciones en MACK *Phil. Stud.* 41 (1982), 273, 283; BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), pp. 593, 593 y *passim*. Ellos afirman que se trata de una negociación regular.

qué tiene de incorrecto *en sí* el chantaje. Otros, en cambio, evalúan cuáles serían las *consecuencias* de su permisión. En lugar diferente me he ocupado en detalle sobre los intentos del primer tipo (4). Creo que hasta ahora han resultado infructuosos. Por eso, aquí me interesa ocuparme de las teorías consecuencialistas. Estas son de índole diversa. Algunas dicen que la permisión del chantaje conduciría a la comisión de más delitos (*infra* II), otras que su legalización funcionaría como un estímulo para invadir esferas de privacidad (*infra* III) y un tercer grupo habla de lo socialmente ineficiente que resultaría admitir esa especie de conductas (punto IV). Mi conclusión será que estas teorías también son insatisfactorias para justificar por qué el chantaje debe ser un delito.

II. EL CHANTAJE COMO ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Richard Epstein reconoce la similitud entre el chantaje y las negociaciones duras (5). Afirma que aquel no puede ser criminalizado «solo por lo que es», sino que también se debe tener en cuenta «aquello a lo que necesariamente conduce» (6). Para evaluar esto, hay que distanciarse de cada acto individual y preguntarse «cómo sería el mundo si el chantaje fuera legalizado» (7). La minuciosa descripción que realiza Epstein, puede resumirse en dos puntos principales:

a) Primero, sostiene que su permisión dejaría un mercado abierto para un conjunto de instituciones sociales que explotarían las ganancias de esta actividad legal. Allí habría espacio para la empresa Chantaje S. A. Esta pondría avisos en los diarios para comprar información y luego vendérsela a V. Estas adquisiciones de datos se deberían formalizar en contratos, con detalles con los deberes de las partes, especialmente el de que el vendedor no vuelva a vender su mercadería a otra sociedad o persona. Chantaje S. A. tendría que verificar cómo se adquirió la información y si es precisa y debería contar con acciones legales en caso de testimonios falsos o violación de las cláusulas del contrato (8). Y todo esto con la ignominiosa actividad del chantaje.

Sin embargo, hasta aquí no se ha dicho nada de por qué el chantaje es ignominioso. Solo se ha dicho que su permisión conduciría a

(4) PERALTA, ZStW 124 (2012), *passim*.

(5) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 557 y lo dicho aquí en el punto I.

(6) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 566.

(7) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 562.

(8) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 563; auch SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1891.

más chantajes. Algo que probablemente ocurriría con muchas conductas delictivas si dejaran de estar prohibidas, pero que no explican por qué tienen que estar prohibidas. Aquí Epstein agrega que ese carácter le viene dado por el hecho de que con el chantaje se engaña a un tercero (T), que puede ser o bien un particular o bien la sociedad, a quien se priva de la información que se oculta (9).

b) Por otro lado, la legalidad del chantaje conduciría a delitos de otro tipo. Como con este normalmente se exige dinero, una víctima que no tenga todo lo que se le requiere se encontrará en problemas. Al principio, recurrirá a créditos, hasta que ya no pueda conseguirlos. Luego pensará en pedir prestado a conocidos, pero sabiendo que le preguntarán para qué lo necesita, deberá abandonar esa idea. Por ello, al final, se verá obligada a cometer estafas, robos u otros tipos de hechos contra propiedad para satisfacer los deseos de su acreedor (10). Esto, que podría ocurrir con cualquier chantaje, además será más intenso en la medida en que la operación sea llevada a cabo por Chantaje S. A. La empresa tendrá una pericia especial para sacarle el mayor rédito posible al secreto. Estas consecuencias que tendría la legalización del chantaje lo distinguen de las negociaciones duras. Allí no se engaña a ningún tercero ni hay riesgo de la comisión de delitos (adicionales).

A pesar del impacto que una imagen como esta genera, la tesis de Epstein no logra convencer. Me ocuparé de cada punto por separado.

Respecto de a), la objeción principal es que, a pesar de lo que Epstein mismo predica, para que el argumento funcione es necesaria una justificación deontológica de la criminalización del chantaje. Hace falta saber por qué cada acto de chantaje está mal en sí, para que la imagen de Chantaje S. A. justifique su criminalización. Si el chantaje no es incorrecto en sí mismo, es difícil ver cómo la producción de más o de *mejores* chantajes pueda hacer que estos sean algo incorrecto.

Epstein se percata de esto y afirma que el chantaje es una forma de engaño a un tercero que se ve privado de información. Se le pueden formular numerosas objeciones a esta justificación de la incorrección del chantaje (11). Pero aun dejando eso de lado, si este fuera el punto, no parecen necesarios argumentos consecuencialistas para justificar su criminalización. Se lo prohibiría por la misma razón que se prohíbe cualquier delito que genere un daño sobre terceros.

Una manera de rescatar este argumento de Epstein es pensar que cada acto de chantaje en sí es insuficiente para criminalizarlo. Que es necesario que este se configure repetidamente. La posibilidad de un

(9) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), pp. 565 y ss.

(10) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 564.

(11) Cfr. al respecto, PERALTA, *ZStW* 124 (2012), p. 891.

delito acumulativo está excluida, porque los distintos hechos no afectan al mismo objeto del bien jurídico. Pero se podría decir que el chantaje ocasiona un pequeño daño individual, que solo tiene sentido prohibir si se realiza en masa. Algo así como un delito de bagatelas que por su multiplicación se transforma en algo socialmente molesto (12). Como el argumento es consecuencialista, no hace falta indagar si cada sujeto se merece el castigo que se le impone, sino solo si este es necesario para contrarrestar aquello que se quiere evitar (13).

El problema central de esta última idea es que es más que dudoso que la criminalización del chantaje reduzca la cantidad de daños que tiene en mente Epstein. Justamente algo que parece caracterizar esa conducta es que si C no tuviera posibilidad de chantajear a V, de todos modos no revelaría la información. Como luego veremos, esta expectativa (contra)fáctica es lo que está en el centro de las teorías que entienden que el problema del chantaje radica es su ineficiencia (14). Las razones para suponer que la información no se revelaría si no se pudiera perpetrar el chantaje son diversas, pero se pueden mencionar aquí las más importantes: la falta de un interés personal en C para que la información se revele (a C normalmente no le importa que T sea «engañada») y la dificultad de encontrar un comprador de la información distinto de V (los potenciales clientes son difusos y es complicado vender información sin revelarla primero) (15). Es decir que el engaño producto del ocultamiento de la información que realizan C y V tendría lugar de todas maneras. No parece sensato, especialmente desde una perspectiva consecuencialista, poner en marcha todo el aparato punitivo estatal para que las cosas sigan igual que antes.

Por otra parte, uno tiende a pensar que el acento del Estado debería estar en que no se lleve a cabo la conducta central (el ocultamiento de la información), con independencia de si ha mediado un chantaje o,

(12) Algo así pueda pensarse del delito de hurto. Se podría tolerar un número reducido de hurtos, pero si se trata de un fenómeno masivo, se hace necesaria alguna clase de intervención punitiva.

(13) *Smart in ders.*/WILLIAMS, *Utilitarianism, For and Against*, Cambridge, 1973, S. 3, p. 54.

(14) *Infra* punto IV.

(15) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1, 5; En el mismo sentido ARZT, «Typischerweise liegt dem Täter nichts daran, den Opfer das Übel» «einfach zuzufügen», ARZT FS Lackner, 1987, S. 641, 654. En sentido opuesto, sin embargo, DELONG *U. Pa. L. Rev.* 141 (1993), pp. 1663, 1673: «Given the very low cost of disclosure to most blackmailers, the social rewards of disclosure, and the blackmailer's typical disregard for the victim's feelings», si no estuviera permitido el chantaje, la información sí se revelaría.

por ejemplo, un simple acuerdo gratuito con ese fin (16). Aquí es donde entra a jugar un rol el segundo argumento de Epstein. El chantaje genera consecuencias distintas a las de un mero acuerdo gratuito.

Según el punto b) descrito, otro problema del chantaje es que tiende a generar delitos contra la propiedad por parte de V. Al respecto se pueden decir dos cosas. En primer lugar, que el chantaje no es la única actividad que tiene el potencial de conducir a la comisión de esa clase de hechos. Las deudas fruto de actividades convencionales pueden tener los mismos efectos. La toma de préstamos hipotecarios o personales, especialmente los que se generan con el desborde permisivo de las tarjetas de crédito; el juego y las pasiones en general por actividades costosas, pueden llevar, y de hecho llevan, a que la gente cometa este tipo de delitos. Pero estas conductas no están prohibidas. Por supuesto, un Estado responsable, incluso en una actitud paternalista, tenderá a regular algunas de ellas, pero seguro nos las tornará un crimen. Decir que el chantaje tiene más aptitud para producir delitos es meramente especulativo (17).

Por otra parte, la tesis de Epstein es infrainclusiva. Si bien es cierto que el caso prototípico de chantaje tiene que ver con la exigencia de dinero, su incorrección no depende de esto. También lo comente quien a cambio de no revelar la información exige, supongamos, un favor sexual o continuar una relación, como en nuestro ejemplo del comienzo. Pero aquí no se genera el riesgo de comisión de delitos posteriores como los mencionados por Epstein (18).

En conclusión, si el chantaje tiene la misma vinculación con ciertos delitos que otras conductas lícitas y, además, su criminalización no evita engaños a T, entonces, no hay buenas razones para prohibirlo penalmente.

III. CHANTAJE E INVASIÓN DE ESFERAS DE PRIVACIDAD

Jeffrie Murphy también desarrolla una teoría para la criminalización del chantaje que depende de las consecuencias que aparejaría su legalización. Sostiene que este es inmoral porque en él C se aprovecha de la debilidad de V (19), pero luego agrega que la mera inmoralidad de una

(16) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), 670, 684, GÓMEZ-POMAR/ORTIZ DE URBINA-GIMENO, *Chantaje e Intimidación*, Navarra, 2005, S. 63.

(17) Criterios distintos a los de Epstein en GÓMEZ-POMAR/ORTIZ DE URBINA-GIMENO (n. 16), p. 64.

(18) Así, BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), pp. 795, 816; Green (n. 1), p. 560

(19) En el mismo sentido, PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 892 ff., ALTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1639, 1641 y s. y 1644 y s.

conducta no es suficiente para justificar su castigo penal (20). Es necesario que ella genere algún tipo de perjuicio social. Murphy sostiene que este es el caso del chantaje, pues este genera utilidades negativas (*disutilities*). Si el chantaje es inmoral y ocasiona perjuicios sociales, entonces contamos con elementos suficientes para criminalizarlo (21).

En otro lugar, he analizado lo dificultoso que resulta desentrañar dónde radica la inmoralidad de aprovecharse de las debilidades de otro (22). Pero esto ahora puede concederse. Me interesa, en cambio, discutir el argumento consecuencialista. ¿Cuál son las utilidades negativas que generaría la permisión del chantaje? Según Murphy, estas consistiría en generar «un incentivo económico» para invadir la privacidad de las personas o para ocultar información que en rigor debería ser revelada (23).

Para explicar esto, primero distingue entre tres clases de sujetos: las personas privadas, las personas públicas y los funcionarios públicos. Respecto de las primeras, sostiene que «no hay ningún mercado económico significativo» para información sobre sus vidas privadas (24) y que, por ende, nadie tiene un interés de este tipo en invadir su privacidad. Pero que si se descriminalizara el chantaje surgiría ese mercado, pues se les podría vender esa información –a modo de silencio– a los propios titulares de esa privacidad. Por consiguiente, ahora habría gente interesada en invadirla para hacer dinero. Colectar información sobre ellas no tiene ningún valor público y, de todos modos, esa información ni siquiera sale a la luz si el chantaje es exitoso (25). Su permisión solo generaría más invasiones a la privacidad sin ningún beneficio social.

En lo referente a las personas públicas, como artistas o deportistas famosos, la respuesta es bien diferente. Aquí sí existe un mercado para la información sobre su vida privada: los medios de comunicación que hablan de ellos. Por ende, la prohibición del chantaje no lograría desincentivar la invasión de su privacidad, pues esta ya existe por una razón independiente (26). Solo tendría sentido dicha medida, si a la vez se prohibirse la existencia de esos medios. Pero Murphy responde que su existencia forma parte de una libertad de prensa que debemos aceptar (27). En consecuencia, aquí habría que permitir el chantaje. De lo contrario, solo perjudicaríamos a V, quien no podría evitar que su infor-

(20) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 163.

(21) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 163.

(22) PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 900 ff.; el mismo en Gimbernat Ordeig, entre otros (eds.), (n.1), *loc. cit.*

(23) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 164.

(24) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), pp. 163 y s.

(25) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 164.

(26) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 164.

(27) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), pp. 164 y s.

mación se difunda. Esta lógica funciona en la medida en que el monto que se exija no supere el precio de mercado (i.e. al precio que ofrecen pagar los medios). De otro modo, habría un incentivo *extra* para invadir la privacidad de estas personas que no aportaría beneficio social (28).

En el caso de los funcionarios públicos, a diferencia de los dos anteriores, es deseable que su vida sea investigada. Eso puede servir para determinar si la imagen que ellos transmiten de sí mismos se corresponde con la realidad. Es cierto que a veces los curiosos se pueden meter en asuntos de su vida privada sin ninguna vinculación con su rol de personas públicas, pero, dice Murphy, ese es un costo aceptable si lo comparamos con los beneficios mencionados (29). La consecuencia de esto es que aquí también el chantaje debe ser criminalizado. Pero no para desestimular invasiones a la privacidad, sino para desincentivar el ocultamiento de información con relevancia social.

Entonces, el chantaje debe ser prohibido cuando su permisión promueve la invasión de esferas de privacidad o el ocultamiento de información socialmente valiosa. Nada de esto ocurre en los supuestos de «negociaciones duras» y allí es donde radica la diferencia entre ambas clases de conductas (30).

Una crítica común al argumento de Murphy es que no puede explicar por qué las legislaciones penales y nuestras intuiciones morales tienden a censurar de igual modo tanto al chantaje con información obtenida deliberadamente como a aquel que se realiza con información adquirida de modo casual (31). El castigo del chantaje llevado a cabo por quien participa en el hecho que lo motiva (como el de la amante de nuestro ejemplo inicial) o por un oportunista (a quien el marido infiel fanfarroneando le había contado de sus infidelidades) no desestimula invasiones de privacidad, porque no se trata de esa clase de hechos (32).

Se podría decir en su defensa que, si la ley hiciera tal distinción, el autor podría especular, a la hora de actuar, con las dificultades probatorias, en un juicio posterior, para constatar cómo se adquirió la información. Muchos invasores de privacidad obtendrían la impunidad por falta de evidencia. Para evitar estas dificultades, el Estado castiga todos los chantajes. Esta sería una ley más eficiente en términos de evitación de delitos, pero menos en cuanto a que, para ello, debería castigar de más.

(28) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 165.

(29) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), pp. 164 y s.

(30) MURPHY, *The Monist* 63 (1980), p. 165.

(31) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), 689 f., ihm folgend BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), p. 818.

(32) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 691, quien, además, dice que el chantaje, en rigor, protege la privacidad de V, pues la información no se revela.

No obstante, la crítica fundamental que se le puede formular a Murphy pasa por otros lugares. En primer término, parece jugar con el significado de la palabra invasión. El uso que él le da sugiere que se trata de una ilicitud que, de *lege lata*, no es tal. Cuando se habla de chantaje, siempre se habla de información *lícitamente* obtenida. Si los datos fueran obtenidos de modo contrario a derecho por ser «invasivos», pues eso en sí ya estaría prohibido y, por supuesto, también su revelación. La amenaza con hacer algo prohibido no es chantaje, sino coacción (33).

Pero, además, de *lege ferenda*, para que la teoría sea valorativamente coherente, habría que prohibir primero la invasión de la privacidad. Parece insensato censurar una conducta que *indirectamente* puede producir la conducta indeseada y no la conducta indeseada misma (al menos cuando, como en el caso, puede serle perfectamente atribuible a quien la perpetra). Sería como prohibir penalmente la venta de armas para evitar homicidios, pero dejar a los homicidios impunes. La mejor manera de desincentivar la «invasión» a la privacidad es criminalizando esta misma conducta. Pero no queremos hacer esto. Si no queremos criminalizar las invasiones a la privacidad, entonces mal podemos castigar el chantaje porque resulte conveniente para desestimularlas.

Algo similar ocurre con Murphy cuando ofrece razones para prohibir el chantaje a funcionarios públicos. Si está tan mal omitir revelar información sobre éstos como para justificar la criminalización de conductas que tienden a ello, con mayor razón habría criminalizar directamente el guardar silencio. Pero esto es lícito (34) y además sería chocante criminalizarlo.

IV. EL CHANTAJE COMO UNA ACTIVIDAD INEFICIENTE

1. Formas en la que el chantaje es ineficiente

Los eficientistas dicen que «un planificador que haga leyes para alcanzar eficiencia económica, debería incluir, en su Código Penal, una norma referente al chantaje» (35). ¿Por qué?

a) Según Robert Nozick, porque el chantaje es improductivo. «Las *actividades productivas* son aquellas que hacen que los compra-

(33) Cfr. PERALTA, *ZStW* 124 (2012), 883 ff.; el mismo en Gimbernat Ordeig, entre otros (eds.), (n.1), *loc. cit.*

(34) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 693.

(35) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), pp. 1849, 1850.

dores estén mejor que si el vendedor no tuviera *nada que ver* con ellos» (36). Una actividad es improductiva, por el contrario, cuando su ausencia o la ausencia de quien la realiza no colocan a nadie, a más de quien la lleva a cabo, en una situación peor.

Para explicar esto, Nozick introduce el supuesto de alguien (C), que quiere construir en un terreno de su propiedad. La obra, debido a su desmesura, afectaría a su vecino (V), quien perdería la luz y la vista que tiene desde su casa. C tiene derecho a llevar la obra adelante (37), pero en lugar de hacerlo se acerca a V y le ofrece no construir algo de esas dimensiones a cambio de dinero. Según Nozick, ¿esta acción es productiva o improductiva? La respuesta es: depende. Si C quiere llevar adelante la construcción con independencia de cualquier posible interacción con V, entonces que se acerque a este y le haga la oferta es una actividad productiva. V está mejor gracias a que C ha decidido interactuar con él. De otro modo se vería obligado a tolerar la construcción. Distinta es la situación si C no tuviera intenciones de construir algo de esas dimensiones y decide amenazar a V con eso solo para obtener dinero. Aquí su actividad es improductiva, porque si C se dedicara a otra cosa V estaría mejor (38): conservaría la luz y la vista sin costo alguno.

Los casos paradigmáticos de chantaje, a diferencia de los de negociaciones duras, tienen esta última estructura (39). C solo amenaza con revelar la información para obtener dinero de V. Si no pudiera interactuar con él, de todos modos no revelaría lo que sabe. Así, la inexistencia de C o de su actividad sería mejor para V (40). Las razones por las que podemos suponer que no la revelaría son las mismas que dimos al criticar a Epstein: el chantajista, normalmente, no tiene un interés personal en que la información se revele y es difícil que pueda vendérsela a otro que no sea V (41).

La tesis de Nozick depende de la asunción de una expectativa fáctica: que de ser imposible el chantaje, C tampoco revelaría la información (42). Por cierto, esto es contingente (43). Pero para que

(36) NOZICK ANARCHY, *State, and Utopia*, Malden, 1974, S. 84, cursivas del original.

(37) NOZICK (Fn.35), S. 84.

(38) NOZICK (Fn.35), S. 85.

(39) En el mismo sentido, ALTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1657; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1901.

(40) NOZICK (Fn.35), S. 85.

(41) ARZT FS Lackner, 1987, S. 654 y 656.

(42) En el mismo sentido ARZT FS Lackner, 1987, S. 654 y 656, solo que él entiende al chantaje como un caso de coacción; ALTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1640.

(43) FLETCHER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 1623.

esta tesis sea plausible solo hace falta que esa sea la dinámica del chantaje en la mayoría de los casos. Y cuando es claro que estamos ante otras expectativas, como ocurre con el chantaje a precio de mercado –i.e. el que suele recaer sobre personas públicas–, el propio Nozick afirma que no puede ser castigado (44). En estos casos, existen interesados por la información. La actividad del chantaje es productiva, pues beneficia también a V que gracias al chantaje tiene la chance de evitar su revelación.

Algunos autores (45) afirman que Nozick llega a resultados contraintuitivos, pues se ve forzado a admitir la legalidad de conductas que todos calificaríamos de reprochables. Esto ocurre cuando C, a la par de obtener dinero con su oferta, evita que otro revele la información. Berman ofrece el siguiente ejemplo: «Imagínese un adúltero que decide abandonar a su amante, la que entonces decide revelarle el romance a la esposa de aquel. Pero un anuncio de Chantaje S. A. hace que lo reconsidere. Aunque a ella le gustaría perjudicar a su ex amante, un poco de dinero también le viene bien. Ella le vende sus cartas de amor a los profesionales, los que a su vez se las venden a adúltero». Aquí la actividad de la empresa «Chantaje S. A.» es beneficiosa para V y, por ende, según Nozick, no debería ser criminalizada.

Creo que este ejemplo no presenta mayores dificultades para Nozick. Se trata solo de otro supuesto donde las expectativas fácticas son tales que, de no mediar el chantaje, C *sí* revelaría la información (como ocurre en el chantaje a precio de mercado). Si Chantaje S. A. evita que esto ocurra, le hace un favor a V. Quizá la única razón para censurarlo es la dificultad en saber cuál sería el precio adecuado a reclamar. En todo caso, la empresa de la que hablaba Epstein no solo intervendría en estos casos, sino también en aquellos donde C, de no ser por Chantaje S. A., tampoco revelaría la información. Allí, su existencia es improductiva, pues, desde el punto de vista fáctico, empeora la situación de V. Como estas son las hipótesis más frecuentes, Chantaje S. A. sería una inductora exponencial conductas ineficientes. Nozick no debería tener problemas en criminalizar su existencia.

El principal problema de Nozick es otro. Él parece estar dispuesto a castigar al oportunista, a aquel que haría (u omitiría) ciertas cosas gratis, pero que al darse cuenta de que puede obtener dinero a cambio, decide venderlas. Quizás el oportunismo es ineficiente, pero normal-

(44) NOZICK (Fn.35), S. 85.

(45) BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), 828; en el mismo sentido LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), 700.

mente no es delito (46). Muchos deportistas famosos que son millonarios gracias a su talento y esfuerzo, afirman que harían exactamente lo que hacen gratis, si es que no pudieran ganar dinero. Pero nadie cree que solo por ello deberían ser considerados delincuentes. Nozick debería decir, quizás, que si el chantaje fuera lícito, aumentaría drásticamente su comisión y que recién allí la ineficiencia del oportunismo que él implica se torna socialmente relevante (ahora sí, un delito acumulativo). Pero él no dice esto en ningún lado.

b) Para Ginsburg y Shechtman, el chantaje, en contraposición con las negociaciones duras, es ineficiente porque conlleva un despilfarro de recursos, origina gastos y no produce beneficios sociales. En sus palabras, se «desentierra basura, a un costo constatable, para luego volver a enterrarla» sin ningún sentido. Su criminalización contribuiría a que los chantajistas «busquen un trabajo alternativo» socialmente más conveniente (47). La única excepción que admiten, es similar a la que admitía Nozick: si hay algún tercero distinto de V dispuesto a comprar la información, el chantaje se debe permitir (48).

Aquí se pueden formular dos críticas, una a la tesis general y otra a la excepción. En cuanto a la tesis general, estos autores se enfrentan a una crítica similar a la de Murphy, al dejar de lado los casos de chantaje con información obtenida circunstancialmente (49). Esta no parece ser una actividad costosa en el sentido recién descrito. Ginsburg y Shechtman se ven obligados a decir que esto es falso, que el chantaje, de todos modos, tiene costos de negociación y transferencia (50) y que, además, la conducta es improductiva por las razones que diera Nozick (51). A ello le agregan que implica el riesgo de que C lleve adelante la conducta amenazada sólo para reforzar su seriedad, sin que él obtenga de esto beneficio alguno (52).

La respuesta a este cambio de fundamentación debe dividirse tanto como se ha dividido la fundamentación. En cuanto a su adhesión a

(46) E incluso conductas no oportunistas, pero que también tendrían esta estructura, BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), p. 601.

(47) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), p. 1860.

(48) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), p. 1860.

(49) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 695.

(50) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), 1863; en un sentido similar COASE, 74 *Va. L. Rev.* (1988), pp. 655, 672 y 674; también POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 4; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1877, 1879 y 1894 ss., al respecto también GÓMEZ-POMAR/ORTIZ DE URBINA-GIMENO (Fn.16), S. 60 ff.

(51) Una explicación exhaustiva de estos autores en 1861 ff.; algo similar en COASE, 74 *Va. L. Rev.* (1988), p. 670.

(52) GINSBURG/SHECHTMAN, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1992-1993), pp. 1863 y 1865.

Nozick, valen aquí las críticas ya formuladas a este autor. En cuanto a los costos de negociación y transferencia, habría que ver en qué sentido esto es diferente a los costos de negociación y transferencia de cualquier negociación dura. Respecto del peligro de realizar la conducta solo para reforzar la seriedad de la amenaza, habría que ver cómo es distinto de ciertas maniobras empresarias que a corto plazo dan déficit, pero no desde una perspectiva más amplia. Además, habría que profundizar cómo es que esto último es ineficiente, ¿si se revela la información! (53).

Y la excepción no se comprende. Parece exactamente igual de ineficiente desenterrar para volver a enterrar, haya o no un tercero dispuesto a comprar la información. Si ya se ha hecho todo el gasto, es mejor prohibir el chantaje para que la información salga a la luz y no permitirlo para que esta se oculte (54).

c) Finalmente, Posner ofrece un tercer argumento eficiente (55). El autor analiza siete casos diferentes de chantaje. Por razones de espacio, voy a ocuparme aquí de los tres más comunes. Con eso será suficiente para mostrar lo que este autor tiene en mente.

aa) En primer lugar, habla de los supuestos de amenazas con revelar un delito por el que V ya ha sido sancionado. Aquí la permisión del chantaje «interferiría con las sanciones previstas por el derecho» (56), pues agregaría dolor y gasto social que no tendrían ninguna utilidad. Si más dolor hubiera sido necesario, el Estado, que quiere tener el monopolio del poder penal, lo hubiera impuesto en la primera pena (57). Y, además, nada contrarresta estos costos, porque el chantaje no produce, en estos casos, ningún beneficio (58).

(53) Una posible respuesta, no dada por sus defensores, podría ser que quien se dedique al chantaje, luego de haber mostrado que habla en serio cuando amenaza con revelar información, ya no revelará información en el futuro. Todos saben que es capaz de hacerlo y por ello pagarán lo que él requiera a cambio de su silencio. En ese caso, su empresa será ineficiente en sentido de GINSBURG y SHECHTMAN. Pero aquí claramente, no puede incluirse el chantaje con información obtenida circunstancialmente, lo que significa que este no debería ser criminalizado, lo que resulta contraintuitivo.

(54) Solo tendría sentido bajo el argumento de NOZICK, pero aun así se debería poner en la balanza el beneficio de V, por un lado, y el beneficio social de que la información se dé a conocer, por el otro.

(55) Si bien en principio adhiere también a los mencionados hasta ahora POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 2 y ss.

(56) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 5 f.

(57) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 5.

(58) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 5 f.

Lo cierto es que, como destaca Lindgren, el castigo privado a personas que han sido penadas por un delito es bastante común. La gente tiende a no querer contratar con ellos y a retraerse de relaciones de amistad. ¿Se deberían criminalizar todos estos casos por implicar un dolor ineficiente (59)?

bb) En el segundo supuesto, el chantajista amenaza con dar a conocer delitos no detectados (60). Y aquí su acción también interfiere en sentido negativo, pero ahora con la eficacia de la *amenaza* de pena. En efecto, conforme a cualquier política punitiva, supuesto un equilibrio óptimo entre intensidad y probabilidad de castigo, las variables se despliegan en sentido opuesto. Si se aumenta el castigo, se puede disminuir la probabilidad de que tenga lugar (por el efecto disuasorio de una pena más intensa), mientras que si lo reduzco, debo aumentar las chances de que este efectivamente se aplique, para así poder disuadir.

Estos *private enforcers* que son los chantajistas hacen que las variables se desplieguen en el mismo sentido. Mientras más elevada es la pena, más incentivos tienen ellos para detectar potenciales «clientes» y chantajearlos, porque estos tienen más temor de que su delito se revele. Así, al aumento de castigo se sigue un aumento de gasto en recursos para que efectivamente se aplique, pues si el chantaje es exitoso y el chantajista sincero, este no revelará la información acerca de delitos cometidos lo que entorpecerá la investigación estatal (61). Así, la permisión de esta clase de chantajes resulta disfuncional para cualquier política punitiva (62).

El propio Posner concede, no obstante que se podría contraargumentar que atento la ineficacia del castigo público, el chantaje podría ser bueno para desalentar delitos. A la probabilidad del castigo se le sumaría la del chantaje (63). Ante la presencia de argumentos en contra y a favor Posner sostiene que no hay buenas razones para permitir el chantaje en estos casos (64).

cc) Finalmente, se ocupa de chantajes basados en acciones inmorales sin relevancia jurídica (65). En principio, este chantaje

(59) LINDGREN, 84 *Colum. L. Rev.* (1984), p. 698.

(60) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), 7 f.

(61) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 8.

(62) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 8.

(63) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 9; similar SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1891.

(64) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 9; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1891.

(65) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 12 y ss.; SHAVELL, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1892.

parece ineficiente, pues se busca información para luego volver ocultarla. Por otro lado, sin embargo, estimula el cumplimiento de normas morales (66). Aunque, dice Posner, existe también una manera más barata para lograr ese cumplimiento: el chismorreo (*gossip*). En este se refuerzan las normas morales y tiene la ventaja adicional de que se difunde la información (67). Posner considera, sin embargo, que no está claro si esta clase de chantajes es eficiente o no y que ante esa duda «no hay razones fuertes para descriminalizar esta especie de extorsión» (68).

Dejando de lado ciertas observaciones generales a los argumentos eficientistas que formularé enseguida, es sin duda llamativa, en los últimos dos supuestos, la falta de preocupación en Posner por el uso de la herramienta penal. La sugiere incluso cuando tiene dudas sobre si hace falta (69).

2. La ineficiencia de las tesis eficientistas

Más allá de las objeciones planteadas a cada tesis eficientista, todas ellas pueden ser sometidas a una crítica en común: quizás logran mostrar que un mundo sin chantaje sería mejor en términos de eficiencia, pero en ningún lado muestran que el derecho penal es el método más conveniente para alcanzar ese objetivo (70). De hecho, es notable lo poco que se dedican a analizar sus costos. En su discurso hacen referencia a prohibición y criminalización, como si fueran casi lo mismo, cuando, en rigor, la criminalización requiere mucho más justificación incluso en términos de eficiencia (71).

Antes de decidirse por la pena de prisión, que es la que se usa para castigar el chantaje, los eficientistas deberían ensayar otras formas de impedir esa conducta. Una pena de multa, por ejemplo, es menos costosa. También podría pensarse en permitirlo y cobrar un impuesto vinculado al monto de la transacción. Esto, por una parte, desalentaría el

(66) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 17. Uno se podría preguntar aquí si es socialmente útil hacer cumplir normas meramente morales.

(67) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 18.

(68) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 18.

(69) En el mismo sentido las críticas de BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), p. 809.

(70) Sin mencionar que existen otras actividades ineficientes que no estaríamos dispuesto a criminalizar: «... outlawing frivolous time-and money-wasting activities like collecting Beanie Babies», BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), p. 586.

(71) BERMAN, 65 *U. Chi. L. Rev.* (1998), pp. 810 y ss.

chantaje y, a la vez, lo tornaría socialmente más productivo, en caso de que tenga lugar. Todo esto sin mencionar que hay que poner en la balanza también los efectos benéficos que podría tener su permisión. Al parecer, es un buen método para desalentar conductas socialmente indeseables (72). Creo que este punto ni siquiera es tomado en serio por los eficientistas.

Pero incluso concediendo que el chantaje es ineficaz, que un impuesto no sería compensación suficiente y que una multa no desestimularía su comisión, parece mejor tolerarlo que castigarlo con una pena de prisión. Este remedio es, en términos de eficiencia, peor que la enfermedad (73).

Posner probablemente es el único que se preocupa por justificar el uso de un castigo penal en este caso. Dice que ello se debe a que el chantaje es premeditado y difícil de descubrir (74). Decididamente, atender a la premeditación no tiene nada que ver con la eficacia. Y las dificultades en su descubrimiento no modifican nada lo recién dicho: si es demasiado costoso perseguirlo, quizás mejor tolerarlo. Pero esto parece estar excluido *ya desde el principio*.

V. CONCLUSIÓN: LA INCONSECUENCIA DE LAS TESIS CONSECUENCIALISTAS

Uno se ve tentado a decir que los consecuencialistas no dan en el clavo cuando pretenden justificar la criminalización del chantaje. Que esta conducta es un delito, en primer lugar, porque es intrínsecamente incorrecta. Pero una crítica de este tipo aquí sería desacertada. Carece de sentido analizar los diversos argumentos consecuencialistas si uno está en desacuerdo con ellos ya antes de estudiarlos (75). Objetar, por ejemplo, que la mera ineficacia del chantaje no lo torna algo tan inmoral como para justificar una intervención penal, es simplemente desacordar con las premisas de esta teoría ética. Ese tipo de preguntas son para ella «parte de un sinsentido metafísico» que no forma parte de

(72) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), p. 561.

(73) De hecho, existen muchas acciones ineficientes que toleramos, cfr. BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), pp. 603 y s.: «Surely, there is nothing more wasteful than watching soap operas or sports, or listening to rap music, or being a tourist, or drinking alcohol, or playing any sport other than handball».

(74) POSNER, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 19.

(75) Cfr. al respecto un análisis similar desde las teorías de la pena, GRECO, in *ders./Martins, Dereito penal como crítica da pena*, 263, *passim*.

sus intereses. Lo que le importa, en cambio, es la conveniencia de cierta medida estatal (76).

De hecho, el estudio de estos argumentos era seductor, precisamente, porque ellos no necesitan explicar la incorrección intrínseca del chantaje para justificar su prohibición. Aquello, que ya había sido intentado por varios autores antes, no parecía haber dado buenos resultados y las teorías consecuencialistas examinaban un nuevo y esperanzador camino. La exposición y crítica realizada hasta ahora muestra que los argumentos consecuencialistas no funcionan, al menos no los que hemos visto aquí. Pero lo que quiero destacara ahora es que ni siquiera sus defensores parecen tomarse en serio que el chantaje es algo en sí inocuo. Por el contrario, parecen creer que está mal y que está mal porque perjudica a V. Así, por ejemplo, Ginsburg y Shechtman hablan de un «*chafe of heart*» de C si, en el chantaje a precio de mercado, en lugar de venderle la información a los medios se la ofrece primero a V, y Posner dice que el chantaje es una forma de «extorsión», a pesar de nunca explica suficientemente por qué afirma algo así.

Quizás la mejor manera de percibir esto es que a ninguno de ellos se les ha ocurrido castigar el intercambio comercial cuando la iniciativa es de V (77). Este acuerdo, sin embargo, parece ser tan ineficaz (al menos en varios de los sentidos de ineficacia vistos) en este caso como cuando la iniciativa es de C (78). También implica un engaño a terceros y tiene la aptitud de inducir a la búsqueda de dinero que mencionaba Epstein. Incluso se debería discutir si Murphy no debería llegar a la misma conclusión. El ofrecimiento de V en estos supuestos hace que parezca un buen negocio «invadir» esferas de privacidad ajenas.

Y todavía más, habría que castigar *directamente a V* (79). Esta parece una medida tan eficaz para evitar conductas de este tipo como castigar a C. Si el punto no es quien merece el castigo, sino cuando este puede ser conveniente, ¿por qué no hacerlo? Si la pena logra desestimular conductas, podría lograr los mismos efectos tanto en C como en V. Si rechazamos esta posibilidad desde el principio, no parece ser por argumentos consecuencialistas.

(76) SMART (Fn.13), S. 54.

(77) Así, DELONG, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), pp. 1664 y ss.; BLOCK/KINSELLA/HOPPE, *Business Ethics Quarterly Band*, 10 Nummer 3 (2000), pp. 601 y s. y 603 y s.

(78) ARZT, FS Lackner, 1987, S. 654 afirma que V no haría la oferta si no pudiera contar con que C revelará la información. En este sentido, *generalmente*, cuando la iniciativa es de V, el acuerdo es eficiente en el sentido de Nozick. Pero no lo es en otros sentidos arriba analizados.

(79) EPSTEIN, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), S. 555 f., piensa en esto, pero sin dar una respuesta satisfactoria para esa restricción. En sentido similar a lo dicho por mí, Altman, 141 *U. Pa. L. Rev.* (1993), p. 1656.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho
Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad. Prohibición de discriminación

«La doctrina de este Tribunal relativa al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE) fue resumida en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, en la que afirmamos que “el artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”.

En la referida resolución –STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4 b)– recordamos, sin embargo, que la virtualidad del artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, “sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2)”.

Al respecto este Tribunal “tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).” [STC 200/2001, FJ 4 b)].

Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal ha considerado que se trata de una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el artículo 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, en aplicación del cual hemos llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley (entre otras, SSTC 190/2005, 7 de julio; 247/2005, de 7 de noviembre; 280/2006, de 9 de octubre; 341/2006, de 11 de diciembre; 63/2011, de 16 de mayo; 79/2011, de 6 de junio; 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre).

Esta interpretación del Tribunal se ve reforzada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 CE, por el tenor del artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, referencia expresa que ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de “principio general del Derecho de la Unión” que alcanza esta concreta prohibición (Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH*, FJ 21)».

(STC 66/2015, de 13 de abril. Recurso de amparo 3875-2013. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. «BOE» 22-5-2015).

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

«Este Tribunal ha reiterado que está vedado a los órganos judiciales el cambio irreflexivo o arbitrario en la aplicación de una norma, lo cual equivale a mantener que, por el contrario, el cambio resulta legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad, con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam* o de ruptura ocasional en una línea que se venga manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúe con posterioridad (por todas, SSTC 105/2009, de 4 de mayo, FJ 4; y 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 4)».

(STC 179/2015, de 7 de septiembre. Recurso de amparo 2649-2013. Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 13-10-2015).

ARTÍCULO 17.1

Prisión provisional: injerencia en la libertad. Prórroga de medida de seguridad en el supuesto de condena no firme

«La ley habilitadora de la injerencia ha de hacer suficientemente previsible la extensión y el contenido de la privación de libertad, lo que “encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del artículo 17.4 CE” [SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4; 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5, y 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2 b)].

De acuerdo con la doctrina transcrita, puede concluirse que la existencia de una cobertura legal expresa y clara de la injerencia del poder público en la libertad individual es un requisito previo e insoslayable, de modo que si existe sólo esa previsión legal y si la misma explicita suficientemente la extensión y el contenido de la privación de libertad impuesta puede, después, valorarse si su concreta aplicación resulta proporcionada, ponderando el sacrificio generado en la esfera del recurrente con los fines públicos que se pretenden alcanzar en la regulación aplicada, todo ello de acuerdo con el principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*, que lleva a la “elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad” (por todas, STC 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2).

A la vista de lo expuesto, debemos, por tanto, determinar si, con la vigente regulación legal de la prisión provisional, es posible la aplicación de este instituto a personas inicialmente declaradas como inimputables en virtud de una sentencia, para los que el proceso penal ha proseguido a los solos efectos de dilucidar la pertinencia de una medida de seguridad privativa de libertad; se trata, en definitiva, de determinar si nos hallamos ante un supuesto con cobertura legal suficiente, para comprobar después y sólo en caso de respuesta afirmativa, si dicha norma legal cumple con la exigencia de previsibilidad derivada de nuestra doctrina.

(.../...) Hemos de concluir que la medida cautelar de prisión provisional prorrogada que establece el artículo 504.2 último párrafo LECrim no proporciona cobertura legal al internamiento cautelar que la Audiencia Provincial había decidido aplicar al ahora demandante de amparo hasta tanto fuera resuelto el recurso de casación formalizado por éste y hasta que la medida seguridad privativa de libertad impuesta en la sentencia hubiere alcanzado, en su caso, la firmeza. Lo que no obsta a la aplicación, en su caso, de otras previsiones contempladas en el ordenamiento procesal que habiliten al órgano judicial para adoptar una medida de internamiento cautelar y no voluntario de una persona por razón de su trastorno psíquico, como la previsión recogida en el artículo 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, u otras que el legislador, en su caso, establezca en cumplimiento de nuestra STC 132/2010, de 2 de diciembre, que declaró aquel precepto inconstitucional aunque no nulo por carencia de rango orgánico, que, sin embargo, le ha sido conferido recientemente por el artículo 2, apartado 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que modificó la disposición adicional primera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil».

(STC Pleno 217/2015, de 22 de octubre. Recurso de amparo 5843-2014. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. «BOE» 27-11-2015).

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 dispone: “[l]a ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. Mandato que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, cuyo artículo 1 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 concurren los supuestos 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 Ley Orgánica de regulación del procedimiento de habeas corpus posibilita denegar la incoación de un procedimiento de habeas corpus en su artículo 6, 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, y ha sido aplicada últimamente en las SSTC 12/2014, de 27 de enero, 21/2014, de 10 de febrero, y 32/2014, de 24 de febrero, por limitarnos a citar las más recientes».

(STC 195/2014, de 1 de diciembre. Recurso de amparo 4970-2013. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. «BOE» 13-1-2015).

«Este Tribunal entiende que “aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de habeas corpus permita realizar un juicio de admisibilidad previa sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplen los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC (SSTC 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 173/2008, de 22 de diciembre, FJ 3; entre otras)” (STC 42/2015, de 2 de marzo, FJ 3). No es constitucionalmente legítimo, como así se ha reiterado, fundamentar la inadmisión del procedimiento de habeas corpus en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, porque el contenido propio de la pretensión formulada en él es precisamente la de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación [SSTC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2 b);

147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2 b), y 42/2015, FJ 3]. Igualmente se ha estimado que la mera referencia a que “no se dan ninguno de los supuestos del artículo 1 de la Ley de habeas corpus”, como causa de justificación de la inadmisión a trámite de la petición formulada, “no permite conocer la razón determinante de la denegación, por lo que una resolución judicial en estos términos, genérica y estereotipada, no ofrece la motivación mínima que es constitucionalmente exigible (STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9). Esta doctrina ha sido reiterada recientemente, entre otras, en las SSTC 12/2014, de 27 de enero, FJ 3; 21/2014, de 10 de febrero, FJ 3, y 195/2014, de 1 de diciembre; FJ 3” (STC 42/2015, FJ 3).

Precisamente, el frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que, como este Tribunal ha reiterado “es grave y carece de justificación” (STC 42/2015, FJ 2), es el que ha dotado de especial trascendencia constitucional a recursos de amparo como el que ahora se enjuicia (STC 42/2015, FJ 2; y las allí citadas). En el presente caso, tal y como ya se anunció en la providencia de 2 de marzo de 2015, esta Sala acordó su admisión a trámite “al apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)».

(STC 204/2015, de 5 de octubre. Recurso de amparo 4887-2013. Ponente: D.^a Encarnación Roca Trías. «BOE» 13-11-2015. En el mismo sentido, STC 42/2015, de 2 de marzo. «BOE» 9-4-2015).

ARTÍCULO 18.1

Derechos a la intimidad y a la propia imagen en relación con el derecho a comunicar información veraz

«Como afirmamos en la STC 176/2013, 21 de octubre, FJ 4: “La queja de los demandantes de amparo cuestiona la ponderación que el Tribunal Supremo ha realizado entre el derecho a la libertad de información, que ha considerado prevalente, y los derechos a la intimidad y a la propia imagen que se estimaron vulnerados en las sentencias de instancia y apelación. A tal efecto, hemos declarado en numerosas ocasiones que en estos casos nuestro juicio no se circunscribe a un examen externo de la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prisma del artículo 24.1 CE, sino que este Tribunal, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre los derechos afectados, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que los fundamentos de éstos no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre muchas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 5, y 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4). En consecuencia, en casos como el presente, hemos de aplicar los cánones de constitucionalidad propios de dichos derechos a los hechos establecidos por los Jueces, que nuestro examen debe respetar escrupulosamente (SSTC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4)”.

4. Dicho lo anterior, en relación con el derecho fundamental a la propia imagen hemos mantenido que dicho derecho 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 se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio específico” (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 3).

En cuanto a su contenido, este Tribunal ha tenido ocasión de precisar que “el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3)” (STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6).

Asimismo, hemos sostenido que el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Más concretamente, ante supuestos de colisión entre el referido derecho y la libertad informativa consagrada en el artículo 20.1.d) CE, hemos manifestado que deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio y, conforme a las circunstancias concurrentes *ad casum*, dilucidar qué derecho o interés merece mayor protección. A este respecto, el canon de constitucionalidad que ha de regir en la ponderación queda explicitado, entre otras, en la STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 6, en los siguientes términos: “[E]n efecto, este Tribunal ha venido reiterando que la libertad de información “ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (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 sólo 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 sólo 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)".

Por último, en lo que al derecho a la propia imagen se refiere, conviene recordar que este derecho fundamental "no prescribe ni queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida, pues a cada persona, y solo a ella, corresponde decidir en cada momento sobre dicha reproducción" (fundamento jurídico 5 de la Sentencia última transcrita).

Ítem más, tampoco la notoriedad pública de la persona cuya imagen ha sido divulgada, ni el hecho de que tales imágenes hayan sido obtenidas en lugares abiertos al público empecen la anterior afirmación, pues, como referimos en el fundamento jurídico 8 de la STC 19/2014 ya citada: "Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, como ya hemos puesto de manifiesto, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública. Por ello, no cabe entender, como así lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo, que la recurrente –personaje público– que se expone a la mirada ajena al ser las imágenes captadas en una playa, deba asumir que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento, le satisfaga o no el resultado".

5. En lo concerniente al derecho a la intimidad personal, este Tribunal ha sostenido que la protección que confiere el referido derecho no queda excluida con ocasión de la notoriedad pública del afectado, pues "la proyección pública y social no puede ser utilizada como argumento para negar, a la persona que la ostente, una esfera reservada de protección constitucional en el ámbito de sus relaciones afectivas, derivadas del contenido del derecho a la intimidad personal, reduciéndola hasta su práctica desaparición" [STC 7/2014, de 27 de enero, FJ 4 a)]. De manera ilustrativa, en el fundamento jurídico traído a colación se recoge el siguiente argumento: "si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de esa esfera abierta al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad" (SSTC 134/1999, FJ 7, y 115/2000, FJ 5).

Por otro lado, el carácter público del lugar donde se obtienen las imágenes no ubica necesariamente al afectado fuera del ámbito de protección inherente al derecho a la intimidad. Sobre ese particular, en el fundamento jurídico 4 b) de la STC 7/2014 ya citada hemos señalado que "el carácter público de los lugares donde fueron captadas las fotografías ... no tiene la capacidad de situar la actuación de los demandantes extramuros del ámbito de protección del derecho a la intimidad. No puede admitirse que los demandantes, quienes en ningún momento han prestado consentimiento expreso, válido y eficaz a la captación y publicación de las imágenes, hayan disminuido por el hecho de mostrarse afecto en la calle las barreras de reserva impuestas por ellos al acceso por terceros a su intimidad. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la vida privada (Sentencia caso Von Hannover c. Alemania, Gran Sala, de 7 de febrero de 2012, § 95). Así lo hemos reconocido también en nuestra doctrina, por cuanto hemos afirmado que "la

intimidad protegida por el artículo 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en el ámbito doméstico o privado” (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5)”.

En relación con el derecho fundamental objeto de análisis, en la ya citada STC 7/2014, FJ 4 d) sostuvimos, de tal suerte, que el hecho de que el interesado haya sido proclive a dar conocer aspectos de su vida privada o que la relación afectiva fuera ya conocida, no son circunstancias susceptibles de cercenar el derecho a la intimidad, “[p]ues cabe recordar al respecto que si bien el derecho a la libertad de información ha de prevalecer sobre el de la intimidad en relación con los hechos divulgados por los propios afectados, dado que a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno, no es menos cierto que, más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad opera como límite infranqueable del derecho a la libre información (SSTC 197/1991, FJ 3; 134/1999, FJ 8; 115/2000, FJ 10) ... E, incluso, si la relación sentimental entre los demandantes fuese ya conocida, ello no legitima la intromisión en el derecho a la intimidad mediante la publicación de información al respecto sin consentimiento de los afectados (SSTC 134/1999, FJ 6; 99/2002, FJ 8; y 190/2013, FJ 7)”.

Por último también cumple decir que, al igual que acontece con el derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad personal no confiere a su titular una facultad omnímoda de exclusión, pues como todos los demás derechos puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr un fin legítimo, sea proporcionada para alcanzarlo y, además, sea respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6). Y así, cuando el conflicto se suscita con el derecho a comunicar y recibir información veraz que reconoce el artículo 20.1.d) CE, la doctrina constitucional ha establecido las siguientes pautas para dirimir esa controversia (entre otras, STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 4): “Como hemos señalado reiteradamente, la especial posición que ostenta el derecho a la libertad de información en nuestro Ordenamiento reside en que “no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático” (STC 68/2008, de 23 de junio, FJ 3). Sin embargo, tal protección especial queda sometida a determinados límites tanto inmanentes como externos que este Tribunal ha ido perfilando progresivamente. Entre los límites inmanentes se encuentran los requisitos de veracidad y de interés general o relevancia pública de la información (SSTC 68/2008, FJ 3; y 129/2009, de 1 de junio, FJ 2); en ausencia de los dos mencionados requisitos decae el respaldo constitucional de la libertad de información. Por otro lado, como límites externos el derecho a la información se sitúan los derechos específicamente enunciados en el artículo 20.4 CE.

En cuanto a la relevancia pública de la información, este Tribunal ha subrayado que dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos “noticiales” por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. De manera que, “sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias 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” (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que el factor decisivo en la ponderación entre la protección de la

vida privada y la libertad de expresión estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto (por todas, STEDH de 24 de junio de 2004, caso Von Hannover c. Alemania, §§ 65 y 76)».

(STC 18/2015, de 16 de febrero. Recurso de amparo 3571-2012. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. «BOE» 16-3-2015).

Derecho al honor en relación con los derechos a la libertad de expresión y a comunicar información veraz. Injurias por reproches públicos a una Magistrada

«La Constitución, y nuestra jurisprudencia con ella (por todas STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4), distinguen, como es bien conocido, entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, de una parte, y el que tiene por objeto, de otra, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión [apartados a) y d), respectivamente, del artículo 20.1 CE]. Por más que, como no hemos dejado de observar en ocasiones anteriores, una libertad y otra pueden llegar a entremezclarse en los supuestos reales que la vida ofrece (STC 41/2011, FJ 2, y resoluciones allí citadas), este distingo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos –susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís–, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades.

3. Como cualquier otro derecho fundamental de libertad, el enunciado en el artículo 20.1.a) CE hace posible y garantiza la autodeterminación del individuo y, a su través, de los grupos sociales en los que por libre decisión pueda integrarse. Tiene también este derecho, y con reiteración lo hemos dicho, una dimensión trascendente u objetiva (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; y 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), pues mediante su ejercicio –sin más restricciones que las que puedan fundamentarse en la preservación de otros derechos o bienes constitucionales– se construye un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos (art. 1.1 CE). Esta libertad de expresión, ya queda dicho, no está exenta, como cualquiera otra, de límites fijados o fundamentados en la Constitución y con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, pues si bien el Ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifestación y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46). Figura entre estos límites, por lo que ahora hace al caso, el que viene dado por el necesario respeto al honor ajeno (art. 20.4 CE), bien constitucional éste que tiene, además, la condición de derecho fundamental en sí mismo (art. 18.1 CE y STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4), siendo procedente recordar ahora que los derechos de este carácter no consienten abstractas ordenaciones de valor entre unos y otros (en este sentido, STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 7), aunque sí sea

preciso, llegado el caso, la determinación jurisdiccional concreta de cuál sea la situación jurídica de derecho fundamental que, en colisión con otra de la misma condición, deba prevalecer al cabo. Como concepto constitucional, el de honor ha sido también objeto, según se sabe, de identificación por una jurisprudencia constitucional ya muy arraigada y a la que aquí procede remitirse, no sin recordar que, en general, este derecho fundamental proscribía el “ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás” (STC 127/2004, de 19 de julio, FJ 5) y garantiza, ya en términos positivos, “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes” que la hagan “desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (STC 216/2013, FJ 5). Es preciso también puntualizar, porque así lo requiere el correcto encuadramiento constitucional del actual caso, que el honor que la Constitución protege es también el que se expone y acredita en la vida profesional del sujeto, vertiente ésta de la actividad individual que no podrá ser, sin daño para el derecho fundamental, menospreciada sin razón legítima, con temeridad o por capricho [respecto al “prestigio profesional” a estos efectos, STC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; en términos no diferentes, SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 3; 41/2011, FJ 5 c); y 216/2013, FJ 5]. La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse, sin más, con un atentado al honor, cierto es, pero la protección del artículo 18.1 CE sí defiende de “aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido” (STC 9/2007, FJ 3 y jurisprudencia allí citada).

El juez que conozca de pretensiones enfrentadas y basadas, respectivamente, en la defensa del honor y en la afirmación, frente a ella, de la propia y legítima libertad de expresión debe, como ha quedado dicho, sopesar una y otra situación jurídica en atención a las circunstancias del caso; al contenido y contexto de las manifestaciones proferidas o puestas por escrito; a su intensidad aflictiva, mayor o menor, sobre el honor ajeno; al posible interés público del objeto sobre el que se hicieron aquellas manifestaciones; a la condición pública (como personaje de notoriedad social o como autoridad pública) o privada de quien haya visto afectado su derecho ex artículo 18.1 CE; al carácter genérico o, por el contrario, individualizado de las referencias que, en uso de la libertad ex artículo 20.1.a), puedan causar daño en el bien tutelado por aquel derecho; a la distinción, capital, entre criticar un acto o comportamiento, en sí mismo, o hacerlo sólo a resultas de la censura *ad personam* de quien lo llevó a cabo y, en fin, a cualesquiera otros elementos significativos que permitan la mejor identificación y reconocimiento del respectivo valor que tuvieron, en el caso, los derechos así en liza. De todo ello hay referencias en nuestra jurisprudencia, a la que aquí, de nuevo, procede remitirse (por todas, SSTC 46/1998, de 2 de marzo, FFJJ 2 a 5; 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 9/2007, FJ 4). Importa también ahora, con todo, recordar expresamente dos de los criterios o pautas que al respecto figuran de modo constante, desde el principio, en nuestra doctrina. De una parte, que las expresiones que puedan inicialmente afectar al honor ajeno, por afrentosas o ultrajantes, sólo podrían decirse legítimas, en su caso, si fueron, atendido el contexto, necesarias o pertinentes para el discurso en que se integraron, pues es patente que si esas expresiones acaso afectantes al honor se realizan al margen de dicha relación con el discurso en que se inscriben o, en tal caso, sin una mínima base fáctica que les dé soporte bastante estaremos ante el nudo vituperio, que nuestra Constitución –casi huelga decirlo– no ampara en modo

alguno. Al menos desde la antes citada STC 85/1992, FJ 4, venimos señalando que la norma fundamental, en efecto, no reconoce ni admite un supuesto “derecho al insulto”, que sería inconciliable, de modo radical, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). No pueden, en definitiva, buscar amparo en el derecho ex artículo 20.1.a) CE “las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad, sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (STC 216/2013, FJ 5, y jurisprudencia allí citada). Es preciso también reiterar, de otro lado, que siendo muy cierto, también conforme a jurisprudencia constante, que, tratándose de asuntos públicos, las personas con esa misma condición quedan expuestas a inquisiciones y críticas especialmente intensas e incisivas y superiores, en todo caso, a las que suelen resultar tolerables entre los ciudadanos del común –críticas que, en principio, debieran soportar esas personas involucradas en la vida pública–, no lo es menos que incluso los personajes y los servidores públicos no pierden en modo alguno, por serlo, su derecho al honor (STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 6), so pena de admitir –lo que en modo alguno puede hacerse– que quien actúe en el escenario público quede a merced, sin límite, de cualesquiera invectivas o ultrajes que menoscaben su reputación o su buen nombre. Es de relieve advertir, en relación con esto, y ya por lo que importa al presente caso, que los titulares de órganos judiciales se encuentran, por lo que se refiere al ejercicio de su función, en una “singular posición” (STC 46/1998, FFJJ 3 y 5) respecto de otras autoridades públicas y, desde luego, de los actores políticos, entre otras razones porque el posible descrédito sin fundamento que pudieran llegar a sufrir dañaría, eventualmente, no sólo su honor personal, sino también, de modo inseparable, la confianza de todos en la justicia, que es condición basilar del Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Esta última consideración, sobre la que de inmediato volveremos, es también una constante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 24 de septiembre de 2013, caso Belpietro c. Italia, párrafo 48, por todas).

(.../...)

b) Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tiene, sin duda alguna, la firme garantía de lo dispuesto en el artículo 20.1.a) CE. Así hemos tenido ya ocasión de declararlo (STC 46/1998, FFJJ 3 y siguientes) y así lo ha señalado también, con reiteración, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencias de 18 de septiembre de 2012, caso Falter Zeitschriften GmbH c. Austria, párrafo 38). Esta crítica no dejará, en general, de ser legítima por su eventual aspereza de tono o de lenguaje, pues la Constitución ampara como libertad de expresión, en según qué circunstancias, también las manifestaciones desabridas o que puedan molestar, herir, inquietar o disgustar [por todas, STC 41/2011, FJ 5 d)]. No es obviamente la complacencia ajena lo perseguido aquí como valioso por la norma fundamental, sino la afirmación individual y de los grupos, junto a la formación de una opinión pública libre y celosa en la defensa de los derechos e intereses de todos.

c) La libertad de palabra para la crítica y, en su caso, censura públicas de las resoluciones judiciales no es, desde luego, irrestricta, sujeta como está a los límites y condiciones que, con carácter general, hemos recordado en el fundamento jurídico que antecede. Para juzgar de su ejercicio legítimo se ha de tener presente, además, la singular posición del Poder Judicial en el Estado constitucional, posición que –todavía sin descender al caso actual– puede llevar a reprobar *ex Constitutione* manifestaciones y expresiones que resultarían acaso tolerables si hubieran sido dirigidas a los titulares de otros cargos públicos. A diferencia, en primer lugar, de otras autoridades y, desde luego, de los actores políticos en general, el Juez –que como tal se expresa

sólo a través de sus resoluciones— carece, por obvias razones de reserva, prudencia y contención, de la misma capacidad de réplica personal con la que aquéllos cuentan para salir al paso de censuras al ejercicio de su función que estime injustas, falsas o atentatorias a su honor profesional [SSTC 46/1998, FJ 5; y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 9; sobre la obligación, en general, de discreción judicial en relación con la imagen de imparcialidad, STC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 14 b); asimismo, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1995, caso Prager y Oberschlick c. Austria, párrafo 34 y, entre otras, la ya citada en el caso Falter Zeitschriften GmbH, párrafo 39]. De otro lado, las censuras a un determinado juez cuya actuación se califique de parcial o de deliberadamente injusta son percibidas por la ciudadanía —como evidencia la experiencia común— con un alcance e intensidad reprobatorios muy superiores al que deparan las diatribas o invectivas que, a veces al límite mismo del exceso, pueden llegar a desatarse o intercambiarse al socaire de lo que en alguna ocasión hemos descrito como un “vivo y ardiente debate político” (STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 7), pues “el modo normal en que tales polémicas discurren” (STC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 5) puede relativizar, en cierta medida, la carga peyorativa de eventuales dicitos que recobrarían, sin embargo, toda su gravedad semántica si tuvieran como destinatarios a los titulares del Poder Judicial. No cabe desconocer en fin, y en relación con lo dicho, que las críticas desmedidas y carentes de todo fundamento al Juez en ejercicio de sus funciones pueden llegar a afectar no ya sólo a su honorabilidad profesional —como se planteó en el proceso *a quo*—, sino también, según quedó ya antes apuntado, a la confianza misma en la justicia (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 11 de julio de 2013, caso Morice c. Francia, párrafo 107), que es uno de los pilares existenciales del Estado de Derecho. Todo ello no desdice, desde luego, de lo antes afirmado en orden a la plena exposición a la crítica pública de las resoluciones judiciales, pero sí debe ser tenido en cuenta para no trasladar sin matices a casos como el actual, por las razones dichas, nuestra doctrina general [expuesta, por ejemplo, en la STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8 c)] sobre los límites más amplios o menos taxativos —pero existentes, con todo— de la libertad de expresión cuando se emplea no con el resultado de hacer cuestión del honor de ciudadanos comunes, sino con el de poner en entredicho, al calor del debate cívico y político y con su dialéctica propia, la plena honorabilidad o probidad de personajes públicos o de titulares de cargos públicos que también lo son».

(STC 65/2015, de 13 de abril. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. «BOE» 22-5-2015).

ARTÍCULO 20.1

Derecho a la libertad de expresión

«Es doctrina invariable y constante de este Tribunal la que señala que fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito (por todas, SSTC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4; 181/2006, de 19 de junio, FJ 5, y las allí citadas). En la STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3, declaramos en ese sentido que la libertad de expresión no está exenta de límites fijados o fundamentados en la Constitución y que con ellos ha de ser consecuente su ejercicio, “pues si bien el Ordenamiento no ha de cohibir sin razón suficiente la más amplia manifiesta-

ción y difusión de ideas y opiniones, su expresión conlleva siempre, como todo ejercicio de libertad civil, deberes y responsabilidades, y así lo viene recordando, justamente para este preciso ámbito, el Tribunal de Estrasburgo (por todas, Sentencia de 24 de febrero de 2015, caso Haldimann y otros c. Suiza, párrafo 46)”. En relación con el prestigio profesional, la STC 56/2008 de 14 de abril, FJ 9, subrayaba expresamente que la actividad laboral o profesional posee una faceta externa, de relación social que, en cuanto tal, repercute en la imagen que de la persona tengan los demás».

(STC 203/2015, de 5 de octubre. Recurso de amparo 4337-2013. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 13-11-2015).

Derecho a la libertad de expresión. Injurias a la Corona

«a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantiza para “la formación y existencia de una opinión pública libre”, que la convierte “en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad “goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).

b) También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática” (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población” (STEDH caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de “democracia militante”, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución ... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”.

En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los artículos 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España, §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole “permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones” (caso Otegi c. España, § 54), por lo

que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c. España, § 42). Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.

c) La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el artículo 20.1.a) CE “no reconoce un pretendido derecho al insulto” (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del artículo 20.1.a) CE “las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”. Es decir, las que, “en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que “[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser “interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1.a) CE] no resulte desnaturalizado” (STC 20/1990, de 15 de febrero; FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, “a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión”, pues su posición preferente impone “la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre; FJ 4), y “convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*”, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 3). En definitiva, el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4, y 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, y STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46).

e) Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (por todas, últimamente, STC

89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, “la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible” (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, “no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido” (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio).

f) Por lo demás, en supuestos como el actual la tarea que corresponde a este Tribunal no se “circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el artículo 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales” (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio).

3. Con arreglo a estos presupuestos nos corresponde dilucidar si, como defienden los demandantes de amparo, el hecho de quemar, en las circunstancias descritas, una fotografía de SS. MM. los Reyes es una conducta penalmente no reprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la Constitución [art. 20.1.a) CE] o si, por el contrario, como declararon las Sentencias judiciales ahora recurridas y, a su vez, ha opinado también en el presente proceso constitucional el Ministerio Fiscal, dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales de la libertad de expresión. Para ello será preciso analizar la concreta acción ejecutada por los recurrentes, atendiendo particularmente a los siguientes criterios:

a) En primer lugar, conviene subrayar la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución. Por consiguiente, en lo que ahora exclusivamente nos importa, el artículo 490.3 del Código Penal (CP) tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siempre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio. Ahora bien, la protección penal que ofrece el artículo 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por parte de aquéllos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. Y ello a pesar de la posición de neutralidad que el monarca ocupa en el debate político y del hecho de no estar sujeto a responsabilidad, pues tales circunstancias no pueden suponer un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación (caso Otegui c. España, § 56).

b) En segundo lugar, debe destacarse que la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico. Aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. En este sentido, la Constitución garantiza el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones no sólo mediante la palabra o el escrito, sino también mediante “cualquier otro medio de reproducción” [art. 20.1.a) CE]. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que el artículo 10 CEDH no protege sólo las ideas e información objeto de expresión, sino también la forma en que se plasman, por lo que su jurisprudencia en relación con tal precepto abarca las modalidades habituales de expresión (discurso oral y escrito), pero también otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas o información (por todas, STEDH de 21 de octubre de 2014, caso Murat Vural c. Turquía, §§ 44-51).

Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (*symbolic speech*), o bien mediante otras conductas expresivas (*expressive conduct*). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.

c) Por último interesa remarcar que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación. De ahí, precisamente, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los Reyes –si bien exteriorizado a través de una puesta en escena caracterizada por la aspereza y la acritud–, que merece la protección constitucional que brinda el artículo 20.1.a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta.

(.../...)

En la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que “no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre” (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre.

Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

(.../...)

Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio».

(STC Pleno 177/2015, de 22 de julio. Recurso de amparo 956-2009. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. «BOE» 21-8-2015).

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción y acceso a los recursos

«Mientras que “el derecho de acceder a la justicia no viene otorgado por la ley, sino por la Constitución misma” (STC 58/1995, de 10 de marzo, FJ 2), el eventual derecho al recurso no es sólo un derecho de configuración legal; es, sobre todo, un derecho de creación legal (STC 181/2001, de 17 de septiembre, FJ 3). Uno y otro derecho son, por consiguiente, “cualitativa y cuantitativamente distintos”, según terminante afirmación del Pleno en la citada STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5, con especial incidencencia en el canon de motivación constitucionalmente exigible. Así, el hecho de que una resolución judicial niegue la admisión de un recurso contra una resolución previa no la hace sólo por ello constitucionalmente sospechosa, pues la inadmisión, por sí misma, no supone la negación del ejercicio de ningún derecho constitucional. Se trataría de una resolución que –al igual que la que admitiera el recurso pese a la oposición de la parte recurrida– aplicaría la legislación ordinaria y que, como tal, no podría ser revisada por este Tribunal, cuya jurisdicción en el recurso de amparo sólo le permite conocer de violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título primero y en el artículo 14 de la Constitución [arts. 161.1 b) y 53.2]. El ejercicio de la potestad jurisdiccional, en cambio, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 CE), ante quienes se agotan los juicios sobre los demás derechos que reconoce el ordenamiento.

Lo anterior no quiere decir que el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos ex artículo 24.1 CE no proteja a los ciudadanos frente a decisiones que rechacen la admisión de los mismos; pero lo hace cuando esas decisiones son arbitrarias en la aplicación del Derecho, irrazonables o incurren en errores fácticos patentes (ATC 271/2008, de 15 de septiembre, FJ 2); una protección que, en los mismos términos, se da también frente a pronunciamientos judiciales de esas características que admitan indebidamente un recurso. Según hemos dicho en alguna ocasión, del mismo modo que “la inadmisión irrazonable o arbitraria de un recurso legalmente previsto ... lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva ... también la admisión de un recurso que legalmente no procede puede infringir el artículo 24.1 de la Constitución” (STC 187/1989, de 13 de noviembre, FJ 2)».

(STC 149/2015, de 6 de julio. Recurso de amparo 3513-2013. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» 14-8-2015).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al recurso. Motivación inadmisión incidente nulidad actuaciones

«El juicio sobre dicha respuesta debe realizarse a partir del canon relativo al derecho de acceso al recurso, pues, aunque el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado por este Tribunal desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido (SSTC 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; y 157/2009, de 25 de junio, FJ 2). Desde esta perspectiva, es preciso recordar que el control de las resoluciones judiciales de inadmisión de recursos por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si contienen motivación y si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 314/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero, FJ 4; y 9/2014, de 27 de enero, FJ 5).

Aplicando el indicado canon a la resolución impugnada podemos concluir que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo, privándole de la tutela de los derechos fundamentales que proclama el artículo 53.2 CE. En su respuesta, el órgano judicial, cuando menos, tendría que haber ofrecido una argumentación suficiente sobre los motivos de la no admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones. La inadmisión de plano sin más explicación que la de no encontrarse la Sentencia incurra en el artículo 241.1 LOPJ, impide conocer la *ratio decidendi* de la resolución aquí impugnada. Debe concluirse por ello que el órgano judicial realizó una interpretación constitucionalmente contraria a lo dispuesto sobre el contenido susceptible de control a través del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 LOPJ que, tras la nueva regulación, resulta procedente ante cualquier vulneración de derechos fundamentales. Y en este caso, aparte de la concurrencia de los presupuestos procesales en cuanto a plazo e improcedencia de cualquier recurso ordinario o extraordinario, la recurrente denunció en su incidente tanto la vulneración de su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por considerar que la Sentencia dictada en apelación incurría en defecto de motivación, incongruencia y arbitrariedad.

En conclusión, independientemente de que se optara por una interpretación restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, el órgano judicial debió, cuando menos, haber motivado suficientemente su decisión de inadmisión. Tal ausencia de motivación nos lleva a afirmar que fue vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la actora, en la vertiente del derecho de acceso al recurso».

(STC 204/2014, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 6039-2013. Ponente: D.^a Adela Asua Batarrita. «BOE» 20-1-2015).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la doble instancia penal. Incomparecencia de profesionales de la parte apelante

«Hemos recordado recientemente en STC 55/2015, de 16 de marzo, FJ 4 b), que “el derecho a la doble instancia penal contra Sentencias de condena, en los términos recogidos por el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo

condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”), garantiza según reiteradamente venimos diciendo, el “derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado” (en el mismo sentido, SSTC 105/2003, de 2 de junio, FJ 2; 116/2006, de 24 de abril, FJ 5; y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 4)... (SSTC 16/2011, de 28 de febrero, FJ 3; 13/2014 a 16/2014 inclusive, todas de 30 de enero y en el FJ 2)...”.

Resulta a su vez importante considerar, que el canon de valoración requerido para medir si ha existido vulneración de este derecho a la doble instancia penal, no se ciñe al que deviene aplicable para el derecho fundamental al recurso, sino que incluye también la utilización del principio *pro actione*, propio del derecho de acceso a la jurisdicción, tal y como igualmente tenemos declarado con reiteración: ““el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso” (por todas, STC 120/2002, de 20 de mayo, FJ 2). En materia de acceso a la tutela judicial, que constituye su vertiente más primaria, nuestro control se intensifica y alcanza a “la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (SSTC 88/1997, 150/1997, 184/1997 y 38/1998)” (STC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2). Este mismo canon de control, y no el general de acceso a los recursos, es el aplicable a casos como el presente de acceso al recurso del penalmente condenado (entre otras, recientemente, SSTC 91/2002, de 22 de abril; 11/2003, de 27 de enero; 11/2004, de 9 de febrero). La razón de esta excepción entronca de nuevo con la matriz constitucional del derecho, con la exigencia constitucional de una doble instancia en favor del reo cuando del proceso penal se trata. Razones materiales evidentes, derivadas de la entidad de lo que se ventila en tal tipo de remedios procesales, imponen la aplicación de... la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican... Es de este modo como debe entenderse en este ámbito el principio interpretativo *pro actione* (SSTC 110/1985, 123/1986, 78/1991, 96/1991, 120/1993) y no, aunque pueda sugerirlo también su ambigua denominación, como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan...” [STC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 5; 115/2012, de 4 de junio, FJ 2; 129/2012, de 18 de junio, FJ 2 a); 130/2012, de 18 de junio; FJ 2 a), y 7/2015, de 22 de enero, FJ 3].

(.../...)

No corresponde desde luego a este Tribunal, en fin, determinar cuáles han de ser los efectos derivados de la falta de comparecencia de la procuradora y el abogado del recurrente al acto de la vista de 25 de febrero de 2014, tema de legalidad ordinaria que debe resolver la Sala de lo Penal competente en el marco de sus funciones, ex artículo 117.3 CE. Nos limitamos en nuestro análisis a constatar que la *ratio decidendi* conforme a la cual se dictó el archivo del recurso, por supuesto desistimiento, no resulta respetuosa con el derecho a la doble instancia penal (art. 24.1 CE) que se

invoca, al negarse al recurrente su derecho a obtener una decisión de fondo a sus pretensiones impugnatorias, en apreciación de una causa procesal impositiva que en realidad no existe».

(STC 194/2015, de 21 de septiembre. Recurso de amparo 4229-2014. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. «BOE» 30-10-2015).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a no padecer indefensión. Falta de grabación de una de las sesiones de la vista oral

«Debemos determinar, con carácter previo, si la falta de documentación de las actuaciones de un proceso reviste relevancia desde la perspectiva de la lesión de los derechos fundamentales. En caso afirmativo, cuál sería el derecho concernido en este caso y el modo en que debería ser reparada su lesión:

a) La actividad de documentación de las actuaciones de un proceso, como se sabe, queda encomendada en nuestro ordenamiento jurídico al Secretario judicial [arts. 454.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); 148 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC); y 6 del Reglamento orgánico del cuerpo de Secretarios Judiciales, aprobado por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre] quien recibe la ayuda del personal perteneciente al cuerpo de Auxilio Judicial en la custodia de las actuaciones escritas y en la comprobación del correcto funcionamiento de los medios técnicos que han de registrar actos orales [art. 478, letras d) y f) LOPJ], sin perjuicio de la supervisión última que, como cualquier otra actividad desarrollada dentro del órgano judicial, le corresponde a su titular (art. 165 LOPJ). El producto de esa actividad de documentación se configura como fuente auténtica de la realidad de lo actuado, gracias a la fe pública emanada del Secretario Judicial, quien a tal efecto deja “constancia fehaciente” de lo que presencia (arts. 453.1 LOPJ; 145.2 LEC y 5 del Reglamento orgánico del cuerpo de Secretarios Judiciales).

De este modo, respecto de las actuaciones testimoniadas por este último hemos dicho que “resulta correcto el *adagio quod non est in actis, non est in mundo*, es decir, lo que no está en las actuaciones, no existe” (STC 32/1999, de 8 de marzo, FJ 5). Tal afirmación no obsta, sin embargo, cuando resulta preciso, a la eventual integración de los datos faltantes en ese soporte, con otros medios de prueba (ATC 167/2000, de 7 de julio, FJ 1); o al propio control de lo que haya sido certificado (ATC 152/2004, de 27 de abril, FJ 1).

b) Respecto a la relevancia que la documentación de las actuaciones reviste en el proceso penal, debe señalarse que el artículo 230 LOPJ, en su redacción original de 1 de julio de 1985, ya contemplaba el posible uso de “cualesquiera medios de documentación y reproducción” de las actuaciones judiciales, siempre que ofrezcan garantías de autenticidad; precisando la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, cuyo artículo 8.2 modificó dicho precepto, que los Juzgados y Tribunales pueden valerse para aquel fin, de “medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos”. En desarrollo de esta previsión general, la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000 fue la primera en implantar para los procesos civiles el registro de las vistas y comparencias, “en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen”, bajo custodia del Secretario judicial (art. 147). La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, ha extendido la obligatoriedad del registro audiovisual de los actos orales a los demás órdenes de jurisdicción, modificando las respectivas leyes procesales.

En lo que aquí específicamente importa, que es la grabación de la vista oral en los procesos penales [art. segundo, apartado 95, de la Ley 13/2009, que reforma a tales efectos el art. 743 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) –el esquema regulador, en todo caso, se reitera en las normas relativas a los demás órdenes–], se dispone que si el Secretario Judicial cuenta con los medios tecnológicos necesarios, “garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías”, lo que hace innecesaria su presencia en la Sala así como de tener que levantar acta, salvo ciertas excepciones (art. 743.2 LECrím). De no disponer de firma electrónica o sistema equivalente, el Secretario debe redactar acta sucinta con los datos identificativos mínimos de la sesión, ex artículo 743.3 LECrím (“número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte”).

El levantamiento de acta detallada de la vista se convierte por tanto en un supuesto de excepción, que se emplea únicamente cuando la grabación no resulta posible y tal eventualidad es conocida antes o en el momento de abrirse la sesión, en cuyo caso el acta del Secretario habrá de recoger “con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas” (art. 743.4 LECrím). Al margen de su extensión, el acta ha de levantarse siempre “por procedimiento informático”, salvo que el órgano judicial carezca de tal medio técnico (art. 743.5 LECrím). Con estas previsiones legales, el soporte de grabación audiovisual ha venido a desplazar al acta escrita como medio de documentación de las actuaciones orales en todos los órdenes de la jurisdicción, superando las tradicionales limitaciones de esta última. Interesa añadir, en fin, que la misma Ley 13/2009 modificó también el apartado 6 del artículo 788 de la LECrím, a fin de prever que en el proceso abreviado –por cuyo cauce, recordemos, se sustanció la primera instancia del proceso seguido contra el recurrente–, “cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley”.

c) La doctrina de este Tribunal ha resaltado la importancia de la documentación de la vista en orden a la verificación de la existencia de prueba de cargo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): “El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través del correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que ... ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente” (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3, y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 3. En el mismo sentido, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 4). Esta doctrina, dictada a propósito del acta escrita, resulta predicable sin dificultad dialéctica alguna a la grabación audiovisual como soporte de documentación.

También la actividad de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al

resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas. Así, el derecho a la correlación entre acusación y defensa respecto de la Sentencia, en cuanto al enjuiciamiento del hecho punible (principio acusatorio, art. 24.2 CE), y el deber de congruencia de la Sentencia (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE) en cuanto al objeto de la acción civil acumulada, donde este Tribunal ha dicho por ejemplo: “Como acertadamente le indicó al recurrente el Juez de apelación, y en este mismo sentido se han pronunciado el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice (STC 118/1991, por todas), y en este caso no dice que, en el acto del juicio, tuvieran lugar las alegaciones que ahora pretende hacer valer” (STC 307/1993, de 25 de octubre, FJ 2).

Según se evidencia de lo expuesto, debe concluirse que la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC 4/2004, de 14 de enero, FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso».

(STC 55/2015, de 16 de marzo. Recurso de amparo 3222-2013. Ponente: D.^a Encarnación Roca Trías. «BOE» 24-4-2015).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales. Juicio ante Tribunal del jurado

«Este Tribunal Constitucional ha destacado la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del *bis in idem*, la anulación de una Sentencia penal absolutoria con orden de retroacción de actuaciones, dada la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal.

Así, en línea de principio, no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. Pero también ha expresado este Tribunal que el reconocimiento de esa limitación no puede comportar la negación a las acusaciones de la protección constitucional dispensada por el artículo 24 CE, que asimismo les incumbe. Por tal motivo, en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del artículo 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de “proceso” en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (SSTC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, o 4/2004, de 16 de enero, FJ 4). En suma, la excepción afecta a aquellas resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2).

5. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Cierto es que el señalado deber de motivación adquiere mayor importancia cuando la Sentencia es condenatoria que cuando resulta absolutoria, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales, ya que en el segundo caso la tutela judicial efectiva se ve reforzada por la presunción de inocencia. Ahora bien, semejante afirmación en modo alguno significa que las Sentencias absolutorias aparezcan exoneradas del deber general de motivación, pues ésta, como indica el artículo 120.3 CE, es requerida “siempre”. De modo que la Sentencia absolutoria no puede quedar limitada al puro decisionismo de la absolución, sin dar cuenta del porqué de la misma, ya que en tal caso se vería afectado el principio general de interdicción de la arbitrariedad como garantía frente a la irrazonabilidad. Así pues, la resolución, cualquiera que sea su fallo, habrá de contener aquellos elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que la fundamentan, sin acoger una aplicación arbitraria de la legalidad, manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurso en un error patente, por la que la aplicación de la legalidad haya sido tan sólo una mera apariencia (SSTC 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6; 30/2006, de 30 de enero, FJ 5; 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6, o 107/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Siendo lo anterior doctrina de carácter general, la particularidad del caso que nos ocupa reside en el órgano encargado de decidir: un Jurado. El artículo 61.1.d), de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (en adelante, LOTJ), dedicado al acta de votación del veredicto, impone la inclusión en la misma de un apartado cuarto, cuyo específico cometido será que los jurados describan los elementos probatorios desde los que han formado su convicción y bajo la expresa exigencia de una “sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”. Por lo tanto, según se desprende del propio tenor literal del precepto, la necesidad de una “sucinta explicación” aparece vinculada no sólo a lo declarado probado, sino también al rechazo de tener determinados hechos por probados. En realidad, dicho deber no es sino emanación de la previsión constitucional de que las Sentencias sean siempre motivadas; de modo que, tal y como recordaba la STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 5, por remisión a lo decidido por el Pleno de este Tribunal en la STC 169/2004, de 6 de octubre, no puede sostenerse que la motivación sea una mera formalidad prescindible en supuestos de absolución, como tampoco que la ausencia de motivación bastante en la decisión del Jurado carezca de toda trascendencia: la falta de la apuntada explicación sucinta afecta al contenido del artículo 120.3 CE, proyectado al Jurado, y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, integran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, SSTC 188/1999, de 25 de octubre; 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 26 de diciembre, entre otras).

La dificultad de que un órgano integrado por personas legas en Derecho motive sus decisiones, aun mediante esa mitigada exigencia de que la explicación sea “sucinta”, no ha pasado desapercibida al legislador. Así lo revela la propia exposición de motivos de la LOTJ cuando deja constancia de la opción por un sistema en el que “el Jurado debe someterse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es susceptible de control en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó”. A esa exteriorización del curso argumental que motiva el veredicto atiende la Ley –según sigue indicando la exposición de motivos– al exigir del Jurado, entre otros extremos, que “su demostrada capacidad para deci-

dirse por una u otra versión alcance el grado necesario para la exposición de sus motivos. Bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy, la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de estos argumentos es necesaria. Y desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere especial artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario” (apartado V, el veredicto, núm. 1, sobre el objeto). De modo que el legislador ha optado por imponer a los jurados, a los efectos que interesan para la resolución del presente recurso de amparo, la exigencia de explicar en el acta del veredicto las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Del cuerpo jurisprudencial que queda expuesto, se pueden extraer algunas ideas rectoras del análisis de la suficiencia constitucional de cualquier veredicto pronunciado por un Jurado. La primera de ellas, que el deber de motivación impuesto legalmente no puede desconectarse de la condición de sus integrantes, no forzosamente conocedores del Derecho, por lo que no resulta exigible de los jurados un exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada, como tampoco una exégesis jurídica equivalente a la del profesional en Derecho. En segundo lugar, que el nivel de exigencia habrá de modularse también en función de que el Jurado suscriba un pronunciamiento de culpabilidad o inculpabilidad, menos riguroso en este último caso. Ninguna de estas dos premisas excluye, sin embargo, el deber de coherencia y racionalidad intrínsecamente exigible a su decisión, como a cualquier otra resolución judicial de fondo, ex artículo 24.1 CE, en tanto que garantiza frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de quien asume tal poder de decisión. Igual grado de racionalidad y razonabilidad incumbe a la resolución por la que el Magistrado que preside dicho Tribunal popular, acogiendo el veredicto, dicte Sentencia.

Debe también tenerse en cuenta una reiterada doctrina de este Tribunal que expresa que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 3, por remisión a las SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7; en igual sentido, SSTC 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7).

En consecuencia, el control constitucional que, desde el prisma de la tutela judicial efectiva, cabe efectuar en estos casos quedará limitado a los supuestos en los que bien el veredicto, bien la resolución judicial que lo recoge se muestren manifiestamente infundados, arbitrarios, irrazonables o irrazonados, o bien sean fruto de error patente (SSTC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 7, y 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 5)».

(STC 112/2015, de 8 de junio. Recurso de amparo 1281-2013. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. «BOE» 6-7-2015).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las resoluciones judiciales cuando afectan a la libertad. Beneficios penitenciarios

«En esos casos cualificados de afectación del valor superior de la libertad, entre los que se encuentran las decisiones relativas a la concesión de beneficios peniten-

ciarios, hemos afirmado que debe “entenderse reforzado el canon normalmente exigible en relación con el derecho contenido en el artículo 24.1 CE” (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4) “de manera que la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales, fundamentadores de la decisión... sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior...” (STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3). Esta exigencia se hace aún más evidente desde la perspectiva resocializadora que debe presidir la ejecución de las penas privativas de libertad de acuerdo con el artículo 25.2 CE (STC 43/2008, de 10 de marzo, FJ 4).

Para verificar, por tanto, si una resolución que afecta al valor libertad está motivada en los términos requeridos por el artículo 24.1 CE, este Tribunal no debe limitarse a constatar que el órgano judicial ha exteriorizado una razón sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Sin abandonar el plano externo de enjuiciamiento que caracteriza el examen constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, debemos, antes bien, asegurarnos de que el órgano judicial ha cumplido el deber reforzado de motivación que sobre él pesaba plasmando en su resolución razones acordes a la regulación legal del beneficio penitenciario solicitado y específicamente ligadas al concreto supuesto de hecho planteado, de modo que pueda comprobarse “la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma” (STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2).

Dicho en otros términos, la resolución judicial cumple con el canon de motivación reforzada si su mera lectura evidencia, sin necesidad de mayor indagación, que el órgano judicial ha ponderado las circunstancias particulares del recurrente de las que legalmente depende la concesión o denegación del beneficio penitenciario en juego. El deber de motivación reforzada no es, así, sino una manifestación cualificada del test de razonabilidad que es propio, con carácter general, del deber de motivación resultante del artículo 24.1 CE, ya que se trata, en definitiva, de “comprobar la razonabilidad de la fundamentación de las resoluciones recurridas... desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE)” (STC 31/1999, de 8 de marzo, FJ 3).

En este sentido, hemos tomado como paradigma de resolución que infringe el deber reforzado de motivación aquella que se limita a incluir una motivación estereotipada, inadecuada, por definición, para plasmar las circunstancias particulares propias del caso (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5; y 2/1997, de 13 de enero, FJ 4). Hemos afirmado, en particular, que incumple el canon de motivación reforzada la mera constatación apodéctica de que “no se cumplen las circunstancias” que la ley exige (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5). Y en el caso específico de propuesta de indulto del artículo 206 RP, que es el que ahora nos ocupa, hemos afirmado inequívocamente que el órgano judicial no puede limitarse a aseverar que las circunstancias legales no concurren “en el grado extraordinario requerido” por el precepto aplicado (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4).

Hemos añadido, finalmente, que el órgano del Poder Judicial tampoco puede escudarse, para justificar sus déficits de argumentación, en el carácter discrecional de la potestad que ejerce (SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; y

76/2007, de 16 de abril, FJ 8), pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente, lo que exige en todo caso exteriorizar de algún modo la *ratio decidendi* que ha llevado a actuar en un determinado sentido (STC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3). Hemos trasladado, igualmente, esta afirmación al ámbito específico que ahora nos ocupa, que es el de la propuesta de indulto que corresponde formular al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme al citado artículo 206 RP (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4)».

(STC 226/2015, de 2 de noviembre. Recurso de amparo 1324-2014. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. «BOE» 11-12-2015).

Derecho a la tutela judicial efectiva. Reforma peyorativa

«La doctrina de este Tribunal Constitucional ha identificado la *reformatio in peius* con el empeoramiento o agravación de la situación jurídica del recurrente declarada en la resolución impugnada en virtud de su propio recurso, de modo que la decisión judicial que lo resuelve conduce a un efecto contrario al perseguido por el recurrente, cual es anular o suavizar la sanción aplicada en la resolución objeto de impugnación (entre muchas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 203/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, o 126/2010, de 20 de noviembre, FJ 3).

Desde las primeras resoluciones de este Tribunal se afirmó que la prohibición de la reforma peyorativa ostenta dimensión constitucional aunque no se encuentre expresamente enunciada en el artículo 24 CE. De un lado, se pone el acento en que representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva en todo caso de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5, y 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 3) y que, en ocasiones, se ha vinculado al principio dispositivo (STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 2) y al principio de rogación (STC 54/1985, FJ 7). De otro lado, se identifica la prohibición de empeoramiento como “una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3)” (STC 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, por todas).

Por lo que atañe al orden penal, ese anclaje constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva se completa en algunas resoluciones con el respaldo del principio acusatorio, de modo que la exclusión de la *reformatio in peius* entronca con el destierro de toda actuación inquisitiva por parte del Tribunal de segunda instancia. Conforme a esa jurisprudencia, es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales lo dispuesto en el artículo 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal, que es producto de la conexión de los artículos 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, FJ 7; 16/2000, de 31 de enero, FJ 5; 200/2000,

de 24 de julio, FJ 2; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2, y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5).

Con ello, se destaca también en nuestra doctrina, se agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; y 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5). En otras palabras, “lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario” (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 17/2000, de 31 de enero, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5).

En tal sentido, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal (por todas, SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 4; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7, y 70/1999, de 26 de abril, FJ 5), “cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes” (SSTC 214/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5, y 126/2010, FJ 3).

A partir de esa reiterada proclamación, la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando el alcance de la interdicción de *reformatio in peius* de la mano de su anclaje en la prohibición de indefensión contraria a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el principio acusatorio en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En concreto, en las SSTC 123/2005, de 12 de mayo; 183/2005, de 4 de julio; y 203/2007, de 24 de septiembre, se puso el acento en la distinción entre la interdicción de la reforma peyorativa y el alcance del principio acusatorio en la segunda instancia, que se modula respecto a su proyección en la primera instancia, pero encuentra su límite precisamente en el empeoramiento de la situación del recurrente con origen en su propio recurso. En las mencionadas resoluciones, este Tribunal ha defendido que lo relevante no es si existe una *reformatio*, sino si es *in peius*, y ha especificado que “los términos de comparación para ponderar si la reforma ha sido peyorativa han de ser, en el caso, las respectivas condenas: es decir, si la recaída en segunda instancia empeora la situación que establece el fallo condenatorio de la dictada por el juzgador *a quo*, y no la relación existente entre la pretensión absolutoria del actor recurrente y el sentido del fallo condenatorio derivado del recurso” (STC 183/2005, FJ 3; 203/2007, FJ 2)».

(STC 223/2015, de 2 de noviembre. Recurso de amparo 1167-2013. Ponente: D.ª Adela Asua Batarrita. «BOE» 11-12-2015).

ARTÍCULO 24.2

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez ordinario predeterminado por la Ley

«Aunque las cuestiones relativas a la constitución, jurisdicción y competencia del órgano judicial constituyen el núcleo más básico del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley, pues el derecho fundamental de referencia “exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional” (por todas, SSTC 32/2004, de 8 de marzo, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 2; y 177/2014, de 3 de noviembre, FJ 2) este Tribunal ha señalado, también, de modo repetido que la eficacia de dicho derecho fundamental no se agota en este tipo de cuestiones, que podemos calificar de orgánicas en sentido estricto.

Antes bien, como tempranamente establecimos en la STC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3, entre “las normas que conducen a la determinación del juez ... se encuentran no sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez en relación con un concreto asunto”. De ahí que en las SSTC 31/1983, de 27 de abril, FJ 3; y 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 3, hayamos afirmado categóricamente que “una eventual irregularidad en la designación del Juez que ha de entender de un proceso puede constituir una infracción del derecho del justiciable al “Juez ordinario predeterminado por la Ley” del artículo 24.2 de la CE”.

En relación con la problemática que caracteriza al presente recurso de amparo, este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar los elementos que pueden conducir a que una irregular determinación de los componentes de una Sala de justicia constituya una lesión del derecho al Juez ordinario. En este punto, hemos señalado que el derecho del artículo 24.2 CE “exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta –y que se recoge expresamente en el artículo 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales–, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse”(SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2; 44/1985, de 22 de marzo, FJ 4; 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 5, y 162/2000, de 12 de junio, FJ 2).

En esta misma línea, también hemos afirmado en las citadas sentencias que “es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público –las llamadas “necesidades del servicio”–, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado”.

De acuerdo con esta doctrina, una posible irregularidad procesal en la determinación de los miembros de un tribunal sólo constituye una violación del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley si supone una alteración arbitraria de la composición del órgano judicial susceptible de afectar a su imagen de imparcialidad e independencia, pues, como señalamos en las SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 5, y 162/2000, de 12 de junio, FJ 2, “es preciso no olvidar que esta garantía respecto de las personas físicas que encarnan el Tribunal llamado a juzgar la causa o litigio, no vela por la pureza de los procedimientos gubernativos seguidos en la designación. Su finalidad es más modesta, y más importante: asegurar la independencia y la imparcialidad de los jueces que forman la Sala de justicia, evitando que se mantenga el Tribunal, pero se alteren arbitrariamente sus componentes”».

(STC 152/2015, de 6 de julio de 2015. Recurso de amparo 107-2014. Ponente: Antonio Narváez Rodríguez. «BOE» 14-8-2015).

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 que nos ofrece 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, FJ 2; 94/2008, FJ 2, y 142/2010, FJ 3, entre otras)».

(STC 74/2015, de 27 de abril. Recurso de amparo 9400-2009. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 8-6-2015).

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la Policía

«Es doctrina clásica de este Tribunal –reiterada desde las ya lejanas SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 1, o 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2– que la presunción

de inocencia, además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo.

Lo que se cuestiona en el presente supuesto es, en concreto, la eficacia probatoria que cabe atribuir a las manifestaciones autoinculpatórias vertidas en el curso de unas diligencias policiales cuando a ellas sigue la posterior retractación del deponente ante la autoridad judicial. A tal pretensión le resulta aplicable un sólido cuerpo de doctrina de este Tribunal sintetizado en las SSTC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 2; 53/2013, de 28 de febrero, FFJJ 3 a 5, y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5, conforme al cual, se recordaba en la primera de las citadas y última de las dictadas en la materia por el Pleno de este Tribunal, debe atenderse a lo siguiente:

“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”.

...
e) Por tanto, las declaraciones obrantes en los atestados policiales no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, ni las declaraciones autoinculpatórias ni las heteroinculpatórias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituída. 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 LECrim).”

Lo anteriormente expuesto es acorde con la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de junio de 2010, caso “Gäfgen c. Alemania”, Gran Sala, de la que da cuenta nuestra reciente STC 165/2014, de 8 de octubre, FJ 4, antes citada, al afirmar que el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales garantiza el derecho a un proceso equitativo, pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba, cuestión que compete al Derecho interno.

Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral [art. 714 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím)] o bien una imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrím), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la 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 tenga por reproducida en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial; o, como añadimos en la STC 53/2013, de 28 de febrero, FJ 4, 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. Nuestra jurisprudencia ha repetido de modo constante, en conclusión, 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). No por otra razón, la STC 165/2014, en su FJ 4, señalaba que, planteado en 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”. En caso de no ser respetada por los órganos judiciales, da lugar a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), e incluso del derecho a la presunción de inocencia cuando la eliminación de la prueba irregularmente valorada deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado (STC 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2, y entre las más recientes, STC 144/2012, de 2 de julio, FJ 6, o la tan repetida STC 68/2010, de 18 de octubre).

5. Ahora bien, aunque la declaración autoinculpatoria en el curso de las diligencias policiales no es una prueba de confesión, ni tiene valor de prueba de cargo para sustentar la condena según se ha razonado, sí es una manifestación voluntaria y libre documentada que cuando se realiza con observancia de requisitos legales adquiere existencia jurídica. La STC 165/2014, del Pleno de este Tribunal, tantas veces citada, ha señalado y se ha ocupado del juicio de constitucionalidad que corresponde cuando esas declaraciones autoinculpatorias documentadas en el atestado policial, además de existir, “ponen de manifiesto unos hechos que son acreditados por otros medios de prueba”.

En esa última hipótesis, según la doctrina ya tantas veces recordada, tres son los planos del análisis constitucional. El primero de ellos, comprobar que la declaración autoinculpatoria del demandante que documenta el atestado policial fue regularmente obtenida. Superado afirmativamente ese primer nivel, el siguiente escalón pide examinar si hubo pruebas de cargo válidamente practicadas que vengán a avalar los datos objetivos que de aquella declaración policial pudieren extraerse, convirtiendo el “objeto de prueba” en un “hecho acreditado”, pues aquella declaración, como tal, aislada y en sí misma considerada, ya se dijo, no tiene valor probatorio alguno. De constatar su existencia, el último peldaño consiste en constatar si, a partir de la

convicción judicial así expuesta, es posible concluir que la presunción de inocencia del demandante resultó rectamente enervada».

(STC 33/2015, de 2 de marzo. Recurso de amparo 686-2012. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. «BOE» 9-4-2015).

Presunción de inocencia. Valoración de la prueba de descargo

«Este Tribunal tiene fijada doctrina a tenor de la cual “el principio de libre valoración de la prueba, reconocido en el artículo 741 de la L. E. Cr., exige para que pueda considerársele ajustado a la Constitución, que se ponderen los distintos elementos que constituyen la actividad probatoria, sin que de esa ponderación pueda excluirse, como ocurre en el caso que nos ocupa, la prueba de descargo realizada en el juicio oral, ya que ello supone desconocer los derechos del inculpaado consagrados en el artículo 24.2 de la Norma fundamental” (STC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 6; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 180/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 148/2009, de 15 de junio, FJ 4; 104/2011, de 20 de junio, FJ 2; 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y 133/2014, de 22 de julio, FJ 8). Doctrina que reiterada a propósito de la labor revisora de los tribunales de apelación penal [SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 4, y 143/2005, de 6 de junio, FJ 5 b)]».

(STC 55/2015, de 16 de marzo. Recurso de amparo 3222-2013. Ponente: D.ª Encarnación Roca Trias. «BOE» 24-4-2015).

ARTÍCULO 25.1

Principios penales en procedimiento administrativo sancionador

«Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, ha declarado la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador al ser ambos manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, y ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24.2 CE. Ello, no solo mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto (por todas, STC 59/2014, de 5 de mayo, FJ 3).

Acerca de esta traslación, por otra parte condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador, existen reiterados pronunciamientos de este Tribunal. Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24 CE. Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribire cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecua-

dos para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba [por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 3/1999, de 25 de enero, FJ 4; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3 a); 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 7, y 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5].

Concretamente, y en lo relativo a la garantía de no autoincriminación, este Tribunal ha afirmado en la STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2, que “conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ‘aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular –ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la “persona acusada”. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6” (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J. B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 21 de diciembre de 2000, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39). “En este sentido –concluye el Tribunal de Estrasburgo– el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio” (Sentencias Saunders, § 68; Heaney y McGuinness, § 40; Quinn, § 40; y Weh, § 39).

En relación a la garantía de no autoincriminación en el ámbito tributario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado, entre otras, en las Sentencias de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, y de 19 de septiembre de 2000, caso I. J. L. y otros c. Reino Unido, donde advierte que, si de acuerdo con la legislación aplicable la declaración ha sido obtenida bajo medios coactivos, esta información no puede ser alegada como prueba en el posterior juicio de la persona interesada, aunque tales declaraciones se hayan realizado antes de ser acusado.

A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, nuestra Constitución sí menciona específicamente en su artículo 24.2 los derechos a “no declarar contra sí mismos” y a “no confesarse culpables”, que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). Este reconocimiento del derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes ente el orden penal y el administrativo sancionador, precisando que “los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido” (entre otras, SSTC 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 3; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4; y 142/2009, de 15 de junio, FJ 4)».

(STC 54/2015, de 16 de marzo. Recurso de amparo 2603-2013. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» 24-4-2015).

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 134

Prescripción de la pena. Interrupción del plazo

«Antes de examinar el fondo de la cuestión, procede traer a colación lo señalado en las SSTC 47/2014, de 7 de abril, o 37/2010, de 19 de julio, entre otras muchas, para recordar que la prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el mero transcurso del tiempo, tomando en consideración la función de la pena, la situación del presunto inculpado y su derecho a que no se dilate indebidamente en el tiempo la virtual amenaza de una sanción penal. Dicho instituto encuentra justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica, si bien, por tratarse de una situación de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso Stubbings, § 46 y ss.), como tampoco que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados (en este sentido, SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, o 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3, entre otras muchas).

Constituye, asimismo, una consolidada doctrina constitucional la que considera que la apreciación en cada caso concreto de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria, carente por su propio contenido de relevancia constitucional (SSTC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2, o 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 2, por remisión a las SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). Cuestión distinta es que la concreta decisión judicial que aprecia o rechaza tal prescripción resulte susceptible de acceder al amparo, estando, en efecto, legitimado este Tribunal para revisar *ad causam* el canon de motivación concretamente utilizado (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10, o 79/2008, de 14 de julio, FJ 2), dada la trascendencia de los valores constitucionales y derechos fundamentales en juego, entre los cuales destacan la libertad personal (art. 17.1 CE) y la legalidad penal (art. 25.1 CE). La decisión judicial deberá así razonar los elementos tomados en cuenta a la hora de interpretar el órgano judicial las normas relativas a la prescripción penal –que, por otra parte, distan de ser diáfanas– respetando, al propio tiempo, los fines que dicho instituto persigue (en este sentido, nuevamente SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, o 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2). El estándar de motivación exigible a la respuesta judicial en estos casos será, pues, especialmente riguroso, debiendo abarcar tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre –o no– el supuesto previsto en la ley, como el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que la justifican.

Es ésta la razón por la que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad o la apreciación de lesión en los señalados derechos fundamentales cuando la interpretación judicial de la norma reguladora de la prescripción, aun no siendo irrazonable o arbitraria, lleve consigo una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo que exceda de su significado gramatical (SSTC 63/2005, de 14

de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 7 y 10; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 207/2009, de 23 de noviembre, FJ 2; 37/2010, de 19 de julio, FJ 2; 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 2, o 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 3).

4. Este Tribunal, en su STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4, descartó que la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto –como también de un recurso de amparo– despliegue un efecto interruptivo sobre el plazo señalado a la prescripción de la pena, poniendo de relieve la carencia de específica previsión legal al efecto, en la medida en que el artículo 134 del Código penal se limita a indicar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la pena la fecha en que la Sentencia deviene firme o bien aquélla en que la condena es quebrantada. Doctrina de la que también se hacen eco las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, 152/2013, de 9 de septiembre, 187/2013, de 4 de noviembre, 192/2013, de 18 de noviembre y 49/2014, de 7 de abril.

Ahora bien, tal y como este Tribunal destacó en la STC 81/2014, de 28 de mayo, FJ 3, in fine, y reiteró en la STC 180/2014, de 3 de noviembre, FFJJ 2 y 3, la doctrina establecida en la STC 97/2010, de 15 de noviembre, no resulta directamente trasladable a aquellos supuestos de paralización de la ejecución natural de la pena derivados de cuantas formas alternativas de cumplimiento reconoce expresamente el legislador, dada su diferente naturaleza jurídica y efectos. Tal es el caso de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración (arts. 80 y ss. del Código penal): al otorgarse alguno de estos beneficios, la ejecución de la concreta pena de prisión impuesta deviene imposible, salvo que el citado beneficio sea revocado. Es decir, su concesión impide al Estado ejercer, entretanto, el *ius puniendi* directamente resultante del fallo condenatorio. Y si el penado termina cumpliendo cuantos requisitos derivan de la norma y de la resolución judicial que ordenó esa ejecución alternativa, se producirá *ope legis* el mismo efecto que si hubiera cumplido la pena principal, esto es, la extinción de la responsabilidad penal declarada en firme.

Por tal motivo, la STC 81/2014, de 28 de mayo, llegaba a la conclusión de que el criterio sostenido en la instancia judicial, consistente en entender interrumpido en aquel caso el plazo necesario para dar por prescrita la pena durante el período al que se extendió esa ejecución alternativa, luego quebrantada, no sólo se ajusta a los parámetros de razonabilidad constitucionalmente exigibles, sino también a las finalidades asociadas a la prescripción. Se estimó, en suma, compatible tal tesis no sólo con el canon de motivación reforzada exigible ex artículo 134 del Código penal, sino también con la doctrina recogida en las SSTC 187/2013, de 4 de noviembre, FJ 4, y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3, que en síntesis vienen a establecer que los actos de ejecución vinculados al cumplimiento de las penas, in natura o por sustitución, tienen relevancia para interrumpir la prescripción.

(.../...)

El demandante de amparo aduce que las resoluciones recurridas contravienen la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 97/2010, de 15 de noviembre. En ella, como ya hemos visto, este Tribunal negó que la suspensión de la ejecución durante la tramitación de una solicitud de indulto o de un recurso de amparo tuviera el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la pena, por cuanto en el ámbito de la ejecución de la pena no existe una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción en los preceptos del vigente Código penal, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo artículo 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción.

No es, sin embargo, tal criterio vinculado a la no suspensión por la tramitación de un indulto el que resulta directamente aplicable al caso, con la sola excepción del periodo afectado por esa concreta petición del demandante, sino aquél que también

recuerda la STC 49/2014, de 7 de abril, FJ 2, por remisión a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, y 192/2013, de 18 de noviembre, en el sentido de que el control de la prescripción penal en sede de jurisdicción constitucional se funda en el derecho a la tutela efectiva y en la conexión de la prescripción en el ámbito punitivo con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE), sin posibilidad de interpretaciones *in malam partem* en virtud del artículo 25.1 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), lo que determina un control de la resolución impugnada bajo el canon de la motivación reforzada. Resultará así conculcado el derecho a la libertad “tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone” (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor “en tanto que perjudiquen al reo” (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12, y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).

El único precepto que el Código penal dedica a la cuestión que analizamos es el artículo 134, con la siguiente redacción literal: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.” El legislador no contempla otras causas de interrupción de la prescripción de la pena que éstas, de manera que, desde el momento en que se trata de ejecutar una resolución firme contra persona o personas determinadas, el eje de la prescripción de la pena gira en torno al cumplimiento de la misma. Y ello porque, a diferencia de la prescripción del delito, en la fase de ejecución 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 (STC 187/2013, de 4 de noviembre, FFJJ 4 y 5, citando a las SSTC 109/2013, de 6 de mayo, FJ 4 y 6, y 152/2013, de 9 de septiembre, FJ 5). Así pues, en el ámbito de ejecución de la pena no cabe hablar de otras formas de interrupción de la prescripción de la pena distintas del quebrantamiento de condena, por no existir una regulación sustantiva en tal sentido, como en cambio sí existía en el antes citado Código penal de 1973 (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; 192/2013, de 18 de noviembre, FJ 4 y 49/2014, de 7 de abril, FJ 3)».

(STC 63/2015, de 13 de abril. Recurso de amparo 4416-2012. Ponente: D.^a Encarnación Roca Trías. «BOE» 22-5-2015).

ARTÍCULO 285

Delito de información privilegiada

«La “relevancia” y el carácter “privilegiado” de la información son elementos normativos, y no fácticos, del tipo penal, que dependen de un juicio de valor que debe realizar el juzgador con arreglo a “criterios de experiencia” (STC 73/2007, de 16 de abril, FJ 4) y de acuerdo con los elementos de hecho que resultan de la prueba practicada (SSTC 68/2004, de 19 de abril, FJ 2, y 319/2006, de 15 de noviembre, FJ 2). A diferencia de la inferencia propia de la prueba indiciaria, la utilización de criterios de experiencia para valorar la concurrencia de un elemento normativo del tipo no persigue ningún efecto sustitutivo de una prueba directa coyunturalmente inasequible. Al contrario, es la propia naturaleza normativa del elemento típico la que obliga al juez a recurrir a dichos criterios. De ahí que las exigencias propias de la

prueba indiciaria no deban trasladarse mecánicamente a la valoración de la concurrencia de un elemento normativo del tipo, ya que la actividad intelectual del juez no pretende, en este caso, probar un hecho (el típico) a través de otro hecho (el básico) sino que tiende, más bien, a comprobar que un juicio de valor es compatible con la prueba desarrollada en el seno del proceso, considerada en su conjunto. No se trata, pues, de ir de un hecho a otro a través de una inferencia sino de realizar una valoración jurídica con base en los hechos que han resultado probados.

En estos casos en los que un elemento normativo del tipo penal exige “una valoración del juez”, el derecho a la presunción de inocencia impone, como ya tempranamente tuvo la oportunidad de señalar este Tribunal, que esa valoración se realice “ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos” (SSTC 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 3; 68/2004, de 19 de abril, FJ 2; y 319/2006, de 15 de noviembre, FJ 2). Como también hemos afirmado con anterioridad, el órgano jurisdiccional, al realizar esa ponderación, debe tener en cuenta la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados, ya que el derecho a la presunción de inocencia “se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración ... la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios” (SSTC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2, y 88/2013, de 11 de abril, FJ 12). De lo expuesto se infiere que nuestro cometido no es determinar si se han respetado los requisitos que, en defecto de prueba directa, permiten fundar la condena en una prueba meramente indiciaria. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, debemos comprobar, más bien, si la valoración de dos “elementos normativos” previstos en el artículo 285.1 CP se ha llevado a efecto ponderando suficientemente las pruebas practicadas y sin despreciar indebidamente las presentadas en descargo. La verificación de tales extremos debe sustentarse, tal y como es doctrina consolidada por este Tribunal en materia de presunción de inocencia, en el ámbito de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria con las conclusiones del juzgador, sin injerencia alguna en la actividad probatoria propiamente dicha, pues este Tribunal no puede sustituir a los Jueces y Magistrados del Poder Judicial en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 3).

(.../...)

Hemos de recordar, como premisa general, que el derecho fundamental a la legalidad penal, reconocido en el artículo 25.1 CE, ha de reputarse vulnerado cuando la conducta que ha sido declarada probada en la Sentencia “es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal” (SSTC 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; y 196/2013, de 2 de diciembre, FJ 5). Esta violación del artículo 25.1 CE puede proceder de la interpretación misma del precepto sustantivo aplicado, ya que el Juez puede atribuir a la norma penal un contenido que exceda, en perjuicio del acusado, del tenor literal posible del precepto, incurriendo en tal caso en una analogía *in malam partem* que ha de entenderse constitucionalmente proscrita. Cuando la interpretación de la norma sustantiva resulta, en cambio, compatible con el tenor literal posible de la norma aplicada, la lesión del artículo 25.1 CE puede derivar del juicio de subsunción que se realiza con base a los hechos probados. De acuerdo con nuestra doctrina, ese juicio de subsunción debe respetar un doble parámetro de razonabilidad: (i) el metodológico, que exige que no incurra en quiebras lógicas y que sea acorde con los modelos de argumentación aceptados dentro de la comunidad jurídica, y (ii) el axiológico, que requiere que se ajuste a los criterios y valores que informan nuestro ordenamiento constitucional (SSTC 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4, 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 91/2009, de 20 de abril, FJ 6; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; y 196/2013, de 2

de diciembre, FJ 5). El canon de razonabilidad que impone el artículo 25.1 CE es, pues, más exigente que el que, por norma general, caracteriza al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Por ello, dicho canon ha de ser nuestro parámetro principal para examinar la lesión denunciada por el recurrente.

9. Hecha esta aclaración, puede advertirse que las objeciones planteadas por el actor en relación con el nexo causal y el carácter concreto y reservado de la información privilegiada no derivan de la interpretación misma del artículo 285.1 CP. Apoyándose en el artículo 81 de la Ley de mercado de valores (en sus distintas redacciones), en el Derecho de la Unión Europea (en particular, en las Directivas 2003/124/CE y 2003/6/CE), en la interpretación realizada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y en el criterio mantenido por la propia Audiencia Provincial de Madrid, la Sentencia condenatoria considera, con abundante cita doctrinal, que el artículo 285.1 CP exige una información concreta – que no consista en meros “rumores o conjeturas”–, confidencial –lo que exige que “no haya sido notificada, publicada o divulgada”–, y con capacidad de influir de manera apreciable en el mercado –lo que implica una conexión causal con el beneficio finalmente obtenido por el autor del delito–.

(STC 2/2015, de 19 de enero. Recurso de amparo 5865-2013. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. «BOE» 24-2-2015).

ARTÍCULO 490.3

Ver: Artículo 20.1 Derecho a la libertad de expresión. Injurias a la Corona

ARTÍCULO 623.1

Interpretación conforme con la Constitución de la reiteración de las faltas de hurto

«Al abordar ahora las vulneraciones de preceptos constitucionales imputadas a la norma cuestionada, hay que insistir de nuevo en la identidad del contenido de fondo de la presente cuestión de inconstitucionalidad y el de la resuelta en la STC 185/2014, tanto en lo relativo al precepto impugnado y los motivos de inconstitucionalidad aducidos como en lo atinente a su concreto desarrollo argumentativo. En ambas demandas, el órgano judicial proponente sostenía que el párrafo segundo del artículo 623.1 CP cuestionado y, en concreto, su referencia a “infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas”, podría resultar contrario al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y al principio de culpabilidad en su vertiente de responsabilidad por el hecho, por cuanto su tenor permite que hechos que no han sido declarados probados por sentencia firme, sean considerados como cometidos para aplicar la respuesta penal agravada. Asimismo plantea la posible vulneración de los principios de legalidad penal (art. 25.1 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), tanto por el precepto, por cuanto adolece de falta de taxatividad, lo que acarrea déficits de certeza y previsibilidad, como por una hipotética interpretación conforme a la Constitución, en cuanto supondría una reconstrucción reductora del ámbito objetivo de la disposición, que forzaría su literalidad y génesis y sería lesiva de la reserva de ley y del principio de taxatividad.

En la STC 185/2014 se rechazan las dudas enunciadas, al entender que el precepto impugnado admite una interpretación conforme con la Constitución que no sólo no fuerza el tenor literal del precepto, sino que se acomoda al mismo, a la par que constituye el resultado exegético inmediato de una interpretación atenta a los principios constitucionales rectores del *ius puniendi* y acorde con los criterios hermenéuticos al uso en Derecho penal. Esa comprensión *secundum constitutionem* establece, 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, sean faltas 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, sin que pueda bastar para apreciarla la existencia de previas denuncias, imputaciones o condenas no firmes por falta de hurto».

(STC 205/2014, de 15 de diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 6634-2013. Ponente: D.^a Encarnación Roca Trías. «BOE» 20-1-2015. En el mismo sentido, SSTC 206/2014, de 15 de diciembre y STC 3/2015, de 19 de enero).

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

«Hemos declarado en distintas ocasiones que la indebida prolongación de la vía judicial previa por causa de la interposición de un recurso no autorizado por la Ley puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo por prórroga indebida del plazo establecido en el artículo 44.2 LOTC. Pero para que dicha consecuencia se produzca, este Tribunal ha venido exigiendo que la improcedencia del recurso sea evidente, esto es, comprobable prima facie sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios no absolutamente indiscutibles, ya que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus intereses impide exigirle que se abstenga de emplear aquellos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia, que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa (entre otras muchas, STC 135/2007, de 4 de junio, FJ 4 y las que en ella se citan). De este modo, es doctrina consagrada que debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses de las partes, «siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del carácter preclusivo y perentorio del plazo para demandar en amparo» (así, SSTC 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 122/1996, de 8 de julio, FJ 3; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 131/2004, de 19 de julio, FJ 2; 77/2005, de 4 de abril, FJ 2, y 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 2).

Específicamente en relación con la formulación del incidente de nulidad de actuaciones regulado actualmente en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), hemos tenido ocasión de afirmar en ocasiones precedentes que cuando, pese

a ser interpuesto de modo que pudiera resultar dudoso con su regulación legal, es admitido a trámite, analizado y resuelto por el órgano judicial, debe rechazarse este óbice procesal si la demanda de amparo se presenta ante este Tribunal dentro del plazo previsto en el artículo 44.2 LOTC, contado a partir de la fecha en la que los órganos judiciales dieron por agotada la vía judicial al desestimar el incidente de nulidad de actuaciones (SSTC 76/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 66/2011, de 16 de mayo, FJ 2; y 68/2014, de 5 de mayo, FJ 2)».

(STC 195/2015, de 21 de septiembre. Recurso de amparo 6011-2014. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. «BOE» 30-10-2015).

Especial trascendencia constitucional por desestimación del incidente de nulidad de actuaciones

«Según la doctrina de este Tribunal, los órganos judiciales, a la vista de la ordenación del recurso de amparo tras la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, deben realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, motivando suficientemente su decisión, puesto que la reforma ha acentuado la función de los Tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria. El incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que este Tribunal puede observar es grave, carece de justificación, se repite con frecuencia en la jurisprudencia que este Tribunal viene observando, lo cual dota de especial trascendencia constitucional a este recurso y, así, en relación a esta misma cuestión, entre otras, se ha pronunciado recientemente en las SSTC 153/2012, de 16 de julio; 9/2014, de 27 de enero; 204/2014, de 15 de diciembre; 91/2015, de 11 de mayo; 98/2015, de 25 de mayo; 101/2015, de 25 de mayo, y 142/2015, de 22 de junio. De ese modo, concurre el motivo de especial trascendencia constitucional recogido en el apartado e) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, esto es, que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo reiterado por la jurisdicción ordinaria».

(STC 180/2015, de 7 de septiembre de 2015. Recurso de amparo 3372-2013. Ponente: D. Juan José González Rivas. «BOE» 13-10-2015).

REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 206

Proposición discrecional de indulto

«El artículo 206 RP regula la propuesta de indulto particular que puede realizar el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a instancias del centro penitenciario. En dicha regulación la Administración se limita a iniciar el trámite y el Juzgado ha de decidir, después, si efectúa o no la propuesta de indulto al Ministerio de Justicia. Resulta evi-

dente que la norma en cuestión no contempla un supuesto en el que el órgano judicial resuelva directamente sobre la pervivencia o el cese de la situación de privación de libertad sufrida por el penado. Es patente, en realidad, que, en el artículo 206 RP, el órgano judicial no es prestador directo de una tutela que el justiciable pueda impletarle a efectos de obtener su libertad. El referido precepto sólo contempla un cauce específico de tramitación del derecho de gracia, en el que hay un solo legitimado para iniciar el trámite –la junta de tratamiento a instancia del equipo técnico– del mismo modo que hay un solo legitimado –el Juzgado de Vigilancia– para formular la propuesta de indulto al Ministerio de Justicia. En suma, la norma regula un cauce procedimental que es completamente ajeno a la petición de indulto que, por su propia iniciativa, puede promover el penado, en cualquier momento, ante el órgano competente del Gobierno.

Se advierte, así, que la función que cumple el órgano judicial en la regulación del artículo 206 RP es la de decidir por sí mismo si existen razones cualificadas que aconsejan su intervención activa en la concesión del derecho de gracia. Se trata, en definitiva, de que el juez evalúe si debe convertirse en promotor de una petición que, de ordinario, puede realizar el propio afectado. Es obvio, en este punto, que una solicitud del penado tendente a que el juez promueva esta vía singular de indulto no altera el régimen normativo a que acaba de aludirse. Excluido el penado del régimen de legitimación y tratándose de una actuación de naturaleza discrecional, la incitación al órgano judicial a conducirse de un modo u otro se basa, en realidad, en la posibilidad general de dirigir peticiones al poder público competente, peticiones que, conforme a nuestra doctrina, no pueden ir acompañadas de un derecho paralelo a obtener una respuesta favorable (STC 108/2011, de 20 de junio, FJ 2). Estas peculiaridades de la normativa aplicable deben, pues, tenerse en cuenta a la hora de evaluar el deber reforzado de motivación exigible al órgano judicial, que debe entenderse cumplido si éste consigna la circunstancia concreta del asunto planteado que, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 206 RP, le lleva a descartar, según su propia discreción, su intervención activa ante el Ministerio de Justicia, dejando que sea el penado el que asuma por sí solo la iniciativa en la petición de indulto».

(STC 226/2015, de 2 de noviembre. Recurso de amparo 1324-2014. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. «BOE» 11-12-2015).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO
Profesor Asociado de Derecho penal
UNIR

ARTÍCULO 21.3 CP

Atenuante de arrebató u obcecación: El recurrente entiende que debió haberse apreciado la atenuante de arrebató u obcecación, tal y como ha quedado acreditado con la pericial psicológica aportada por su defensa; en la que se concluye la identificación en su personalidad de rasgos obsesivos y un componente de dependencia emocional en la relación mantenida con la víctima. Además, en relación con el control de sus impulsos, los peritos identificaron un conjunto de fuentes de estrés experimentadas de forma previa a los hechos y de relevancia.

Como se dice en las STS. 261/2005 de 28.2, con cita de las SS 13.3.2003, 7.5.2002, 29.9.2001, 25.7.2000, el fundamento de la atenuante del artículo 21.3 CP se encuentra «en la disminución» de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinadas por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la más persistente de incitación personal (obcecación), pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.

En ambas modalidades se precisa para su estimación que concurra en su origen una causa de peso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones (SSTS 1385/98, de 17.11, 59/2002, de 25.1).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto contexto admisible, ya que su conducta no puede ser amparada por el derecho cuando se apoya en una actitud antisocial reprobada por la conciencia colectiva vigente, que en esta relación de causa o efecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica de las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante (SSTS 17.11.98, 15.1.2002).

(...) Lo cierto es que no se motiva en el recurso cuál fue el impulso o motivo poderoso que le llevó al estado de arrebato u obcecación, sin que la existencia de una previa discusión entre ellos pueda ser considerado suficiente para apreciar la atenuante; las meras recriminaciones entre parejas no pueden equipararse a los poderosos estímulos que generan el arrebato u obcecación (STS de 31 de octubre de 2013).

En este sentido es ajustada a derecho la resolución recurrida, cuando concluye que no puede ampararse la reacción violenta del recurrente bajo la atenuante de estado pasional, por el hecho previo de una discusión de pareja, sin que conste acreditada una patología psíquica de entidad en el condenado que concurriese en el momento de producirse los hechos. Una cosa son los rasgos de su personalidad que se describen en la pericial aportada a su instancia y otra distinta que concorra en la acción enjuiciada un impulso de tal entidad que justifique la apreciación de la atenuante pretendida. Las alegaciones del recurso basadas en la mencionada pericial se dirigen a constatar los rasgos de su personalidad pero no permiten la conclusión a la que sería necesario llegar para estimar la disminución relevante de su capacidad de culpabilidad en el momento de los hechos.

(STS 585/2015, de 5 de octubre)

ARTÍCULO 22.2 CP

Agravante de disfraz: El recurrente denuncia como indebidamente aplicada la circunstancia agravante de disfraz, alegando en la argumentación que en la medida que en el factum se reconoce que una de las víctimas le logró bajar la braga con la que se cubría el rostro, no procedería en la tesis del recurrente tal circunstancia de agravación.

Es doctrina reiterada de esta Sala que el plus de punición que justifica la aplicación de la agravación se encuentra en la *búsqueda de una impunidad* por parte del que utiliza el disfraz, con independencia de que se logre o no su propósito, que en el presente caso no lo logró por la acción de una de las víctimas (...) que al ser golpeada alcanzó a bajarle la braga al recurrente que le agredía y le pudo reconocer. En el presente caso el empleo del disfraz solo benefició a Álvaro Gaspar que era quien lo llevaba y por tanto era el único que se beneficiaba de su porte. Por lo demás, resulta indiferente que a pesar de todo pueda ser identificado –como en el caso de autos– por razones externas a quien lo llevaba. SSTS de 5 de Mayo de 2010 o 353/2014.

Concurren los tres elementos que vertebran esta circunstancia de agravación:

a) El objetivo consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro.

- b) El subjetivo o tendencial consistente en el propósito de eludir sus responsabilidades, y
- c) El temporal consistente en que ha de utilizarse en la comisión del delito conernido.

En cuanto a que el sujeto que lo porta se despoje del mismo por su propia voluntad, entonces no procedería tal circunstancia de agravación, siendo indiferente para su aplicación que el despojo sea por el azar o la acción de alguna de las víctimas, como es el caso de las SSTs 1005/1995; 27 de Mayo de 1987; 1221/2002 o 30 de Enero de 1989.

(STS 308/2015, de 7 mayo)

ARTÍCULO 23 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 148.4 CP

Circunstancia mixta de parentesco. Lesiones: No considerar aplicable el artículo 148.4.º, y aplicar el artículo 147, excluyó la concurrencia de la circunstancia mixta (art. 23 CP) por no haberla interesado por las partes acusadoras para este último artículo con carácter subsidiario o alternativo.

La calificación formulada por éste (art. 148.4 CP) llevaba implícita la comisión de la conducta prevista en el artículo 147, y además la cualificación del n.º 4, (cónyuge o persona asimilada), que es abarcada por el artículo 23 CP que todavía le atribuye mayor amplitud a la circunstancia, ya que en el artículo 23 se habla de «cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», es decir, puede referirse tanto a un hombre como a una mujer, mientras que el artículo 148.4.º habla de «esposa o mujer» exclusivamente. Así pues, la cualificación del artículo 148 lleva implícita la conducta descrita en el artículo 147 CP y la cualificación interesada por el Fiscal se halla incluida en el artículo 23 C. P., luego, existió imputación de la que podría defenderse el acusado y la homogeneidad de preceptos punitivos, que en este aspecto es total y absoluta, pudiéndose hablar más que de homogeneidad de «identidad». Además la «ratio» agravatoria se daba de modo idéntico en el delito de agresión sexual y en el de lesiones, ambos delitos de naturaleza personal, lo que hace que, conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Sala, la circunstancia mixta actúe como agravante.

Las razones de agravar se han de radicado en los conceptos siguientes, distintos al afecto o cariño propio de parientes:

- a) El mayor rigor o entidad del mandato normativo que impide cualquier maltrato e impone obligaciones tuitivas o protectoras entre parientes.
- b) El aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho.
- c) La transgresión del principio de confianza propio de la relación parental.

Todas estas circunstancias concurrentes en el hecho justificarían el efecto agravatorio tanto en el delito de violación como en el de lesiones dolosas.

(STS 146/2015, de 23 de febrero)

ARTÍCULO 31 BIS CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Presunción de inocencia. Estafa: Revocación de condena de una persona jurídica que había sido declarada autora, al amparo del artículo 31 bis del CP de un delito de estafa.

La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4.º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del artículo 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

(STS 514/2015, de 2 de septiembre)

ARTÍCULOS 58 Y 59 CP

Compensación de medidas cautelares y pena: El recurrente considera infringidos los artículos 58 y 59 del Código Penal, en relación con el 4 de la Ley de 17 de Enero de 1901. Se le denegó por la Audiencia su solicitud de abono, a la pena de prisión que le fue impuesta, de las medidas cautelares previamente cumplidas consistentes en la obligación de comparecencia «apud acta» y la de prohibición de aproximación a una Comisaría.

(...) Hay que recordar que el artículo 59 del Código Penal, precepto que se designa como infringido por la Resolución que se recurre, literalmente dice: «Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada».

Dicha norma, en concreto respecto de la obligación de presentaciones «apud acta», fue interpretada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 19 de Diciembre de 2013, en el sentido de que «... la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional, y que como tal medida puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afectividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado».

Con ello resultaría ya plenamente justificada la estimación del motivo, en este concreto extremo, al coincidir la pretensión del recurrente con el pronunciamiento contenido en dicho Acuerdo, que no hace sino confirmar que la denominada obligación «apud acta», o exigencia de comparecencias periódicas ante la Autoridad a las que se somete a quien se encuentra en situación de libertad provisional, con evidente carácter cautelar por acordarse con el fin de impedir que, en ausencia de semejantes

controles, se vea facilitada una posible elusión de la acción de la Justicia por parte del sometido al procedimiento, ha de compensarse a la hora del cumplimiento de la pena impuesta, de acuerdo con lo que explícita y concluyentemente dispone el precepto anteriormente transcrito.

Frente a los argumentos expuestos por el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso ha de afirmarse, en primer lugar, no sólo el valor unificador de los criterios a seguir por esta Sala que Acuerdos como el que se acaba de citar ostentan, con una clara vocación de informar las sucesivas Resoluciones generadoras de doctrina jurisprudencial, sino también la presencia, en la actualidad, de más de un precedente aplicando el referido Acuerdo (*vid.* SSTs de 7 de Enero de 2014 y 12 de Noviembre de 2014).

Tampoco resulta de recibo, por otra parte, sostener la equivalencia entre la obligación cautelar a la que nos estamos refiriendo y las genéricas cargas procesales que pueden alcanzar a cualquier ciudadano, como la necesidad de comparecer en calidad de testigo cuando fuere convocado para ello, toda vez que aquí nos hallamos ante quien está sometido al procedimiento con un carácter bien distinto del testigo u otra persona genéricamente llamada a colaborar con la Justicia, las consecuencias entre el incumplimiento de una u otra obligación evidentemente no admiten comparación y, en definitiva, el carácter de medida cautelar viene expresamente afirmado en la Ley, como complemento de la situación personal de libertad provisional del imputado, tal como lo entendió el Pleno de esta Sala en su día.

Ya el artículo 58 del Código Penal se refiere al abono para el cumplimiento de la pena ulteriormente impuesta de las medidas cautelares homogéneas con la sanción a cumplir, bien se trate de la privación preventiva de libertad o de la del ejercicio de determinados derechos. Por lo que el 59 es obvio, así lo dice su propio texto, que se está refiriendo a la aplicación de medidas cautelares heterogéneas, es decir, de diferente contenido, como sucede en el caso presente.

En rigor, no puede pretenderse que la aplicación de este último precepto tenga un carácter facultativo, ya que su literalidad no lo permite al afirmar categóricamente que «El Juez o Tribunal ordenará...» (sic) el abono de la medida respecto de la pena en aquello que se estime compensado. Con lo que la expresión contenida en el Acuerdo del Pleno de esta Sala acerca de que la medida de obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial «puede» ser compensada no debe ser interpretada como una inaceptable degradación hacia lo facultativo de lo que la norma legal considera obligatorio, sino tan sólo como la expresión de que la compensación ha de hacerse no de manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de afflictividad de dicha medida impuesta. Otra interpretación, por contravenir los términos claros de la norma legal, resultaría inaceptable y, por supuesto, siempre subordinada al contenido del precepto interpretado.

En definitiva, el precepto es del todo claro en su contenido y voluntad, por mucho que pueda generar sin duda importantes dificultades en su aplicación, y el Acuerdo del Pleno de esta Sala absolutamente respetuoso con él, como no podía ser de otra forma máxime cuando de la interpretación de una norma favorable al reo se trata.

El que pueda especularse acerca de los efectos que, de no ser debidamente controlados por la Autoridad judicial, esta aplicación de la Ley pudiera originar de cara al favorecimiento de dilaciones por parte del sometido a la medida para obtener una más abultada compensación posterior con la pena a cumplir o el hecho de que la medida cautelar hubiere sido en esta ocasión acordada y seguida con todo acierto y fundamento por el Juez de Instrucción, aspectos a los que también se refiere el Fiscal, evidentemente no son argumentos que puedan acogerse para rechazar el Recurso contra los razonamientos expuestos acerca de la correcta aplicación de la norma de referencia y de nuestro Acuerdo del Pleno de la Sala que la interpreta.

(...) No obstante lo anterior, y en lo que a la solicitud del abono al cumplimiento de la pena de la prohibición de aproximación a la Comisaría de la localidad de Marbella se refiere, hay que concluir en el rechazo de semejante pretensión, no sólo por no tener acogida en el repetido Acuerdo del Pleno de esta Sala, exclusivamente referido a la medida cautelar de obligación de comparecencia ante el órgano judicial, sino además ante la ausencia de concreción de los perjuicios que esa prohibición de aproximación del condenado respecto de su lugar de trabajo pudieren haberle ocasionado, con lo que ello significa de imposibilidad para graduar adecuadamente los términos en los que ha de establecerse la oportuna compensación establecida en el artículo 59 del Código Penal.

(STS 52/2015, de 26 de enero)

ARTÍCULOS 66 Y 68 CP

Coordinación entre los artículos 66 y 68 CP. Individualización de la pena: Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim por inaplicación indebida de los artículos 68 y 66.1.3 CP. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por inaplicación indebida de los artículos 68 y 66.1.3 CP en relación con el delito de robo con intimidación.

La cuestión es de estricta dosimetría penal: coordinación de las reglas contenidas en los artículos 66 y 68 CP. El interrogante a responder se enuncia así: concurriendo simultáneamente una eximente incompleta y una agravante, y una vez degradada la pena conforme a lo establecido en el artículo 68, ¿hay que estar a lo establecido en el artículo 66.1.7.^a (discrecionalidad orientada por criterios pero no por reglas)?; o, por el contrario, ¿sería de aplicación preferente la regla 3.^a del artículo 66.1 CP (mitad superior de la pena degradada)?

La Audiencia, aún no debatiendo específicamente ese punto, da por supuesto que debe acudir al artículo 66.1.7.^a CP En efecto tras la degradación impuesta por el artículo 68 CP derivada de la apreciación de una eximente incompleta del artículo 21.1 (baja un solo escalón, aunque sería posible descender dos), a la hora de decidir cómo debe jugar la agravante de abuso de superioridad, también apreciada, realiza una valoración conjunta y global, sintiéndose liberada de la necesidad de imponer la mitad superior (art. 66.1.3.^a CP) en virtud de lo que entiende fundamento cualificado o intensificado de atenuación.

El Fiscal, por su parte, resalta cómo el inciso final del artículo 68 CP salva expresamente la aplicabilidad del artículo 66, lo que no puede interpretarse más que en un sentido: si se ha obtenido un nuevo marco penal derivado de la aplicación de la eximente bajando un único grado (si se hubiesen descendido dos se recuperaría la discrecionalidad total: artículo 66.1.8), dentro de la horquilla así fijada habrá que ajustarse a las reglas del artículo 66: mitad inferior si hay una atenuante; mitad superior si concurre una agravante; compensación racional si concurren circunstancias de uno y otro signo.

Tiene razón el Fiscal. Eso es lo que se desprende a la literalidad del artículo 68 CP. Si la Audiencia (como explica para el primer delito de manera expresa; en el otro, implícitamente) optó por conferir a la exención incompleta una moderada eficacia

concretada en una única degradación, dentro de la franja penal así obtenida deberá tomar en consideración el resto de circunstancias para concretar la penalidad.

(...) En contra de la forma de operar que postula el Fiscal podrían militar dos líneas de razonamiento de tipo sistemático o lógico:

a) Puede argüirse un argumento de coherencia interna. Si el Tribunal está facultado para imponer tanto una pena inferior (rebaja en dos grados) como una más alta (mitad superior de la pena rebajada en un grado), no es lógico que no pueda elegir los tramos intermedios. No es muy inteligible, por ejemplo, que sea legal imponer tres años; que también lo sea imponer un año (doble degradación); pero que la franja intermedia esté excluida; es decir que la discrecionalidad no se extienda a imponer la pena de dos años (se puede imponer lo más; también lo menos; pero no lo intermedio). El argumento tiene fuerza pero carece de capacidad para quebrar la literalidad clara del texto legal. Es quizás algo sobre lo que el legislador podría reflexionar pero no permite soluciones por vía interpretativa. No es éste el único caso en que sucede algo semejante: en todos los supuestos de penalidad alternativa (*vid.* por ejemplo, artículos 188 o 182 CP) apetece esa paradoja: el tribunal puede imponer una multa; o una pena privativa de libertad. Si concurre una agravante podrá optar por la multa y por la mitad superior de la pena privativa de libertad; pero no por la mitad inferior de ésta.

b) En línea de razonamiento paralela, puede llamar la atención que si en lugar de haberse apreciado una eximente incompleta del artículo 21.1 CP se hubiese catalogado la situación como atenuante analógica cualificada (artículo 21.7 en relación con el 21.2 CP y el artículo 66.1.2.^a), según la opinión más segura, el Tribunal podría haberse acogido al artículo 66.1.7.^a recuperando la máxima discrecionalidad. Por las razones que hemos rechazado el argumento anterior, este tampoco puede ser acogido. La claridad de la ley no permite interpretaciones que tuerquen el sentido natural de su literalidad aunque lleven a soluciones que alguien podría reputar más razonables.

Y es que, como argumenta el recurso, el artículo 68 CP ha de considerarse regla especial frente al artículo 66.1.7.^a que solo contempla la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias y no las singulares del artículo 21.1 CP.

La jurisprudencia no siempre ha sido unánime sobre este extremo. Las SSTS de 23 y 27 de marzo de 1998, en pocos días, mantuvieron dos posturas contradictorias. A la larga ha prevalecido la asumida por la segunda sentencia citada que es la coincidente con el criterio aquí sostenido por el Fiscal.

Sí ha dicho la jurisprudencia (Pleno no jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 y STS 374/2005, de 17 de marzo a la que acompaña un voto particular) que el artículo 68 CP cuando remite al artículo 66 no excluye ninguna de sus reglas y entre ellas la del n.º 8.º del artículo 66.1. Tal aseveración no tendría sentido si no entendiésemos de aplicación el artículo 66.1.3.^a En ese planteamiento sería indiferente bajar uno o dos grados: en cualquier caso quedaría abierta la máxima discrecionalidad del juzgador por mor del artículo 66.1.7.^a No habría cuestión alguna en cuanto a la regla 8.^a y el debate del citado Pleno carecería de sentido.

Cita el Fiscal igualmente algunas sentencias que, aunque en alguna de ellas lo sea a modo de *obiter dicta* o, al menos, no como *ratio decidendi* jurisprudencial, muestran el predominio de esa concepción en la doctrina jurisprudencial: SSTS 169/2002, de 14 de octubre, 420/2009, de 24 de abril, 158/2015, de 17 de marzo. A ese listado hay que añadir otras: como las SSTS 317/2000, de 25 de febrero; 369/2004, de 11 de marzo, 1849/1999, de 23 de diciembre o 190/2008, de 21 de abril.

(...) Con la rectificación derivada de la estimación del recurso hay que proceder a una reevaluación penológica para comprobar si a través del artículo 77 CP (estamos ante un claro concurso medial, aunque no se diga expresamente, quizás porque la

forma en que se individualizaron las penas permitía soslayar esa cuestión y aunque el Fiscal trate de argumentar en sentido contrario en temática que al final se revelará como absolutamente intrascendente).

a) Penando por separado acogeremos los mínimos legales que serán tres años por el delito de detención ilegal (mitad superior de la horquilla comprendida entre dos y cuatro años menos un día: artículos 66.1.3.^a, 68 y 70 CP); y nueve meses por el delito de robo (resultante de la doble degradación de la pena del tipo –artículos 68 y 62 CP–, prisión de seis meses a un año menos un día, y de la elección dentro de ese tramo del mínimo de la mitad superior por mor de la agravante de abuso de superioridad).

b) Si optásemos por penar conjuntamente tendríamos que partir de la pena del delito más grave en su mitad superior, es decir, una pena comprendida entre cinco y seis años de prisión (artículos 70 y 163 CP). La rebaja en un grado como consecuencia de la eximente incompleta (artículo 68) nos desplaza a una pena comprendida entre dos años y seis meses y cinco años menos un día (artículo 70 CP). Si sobre esa franja establecemos el mínimo de la mitad superior como consecuencia de la agravante (art. 66.1.3) nos situaremos, en el mejor de los casos, en una pena única no inferior a tres años y nueve meses.

c) Tal penalidad en duración es igual a la que resulta penando separadamente; pero desde alguna otra perspectiva puede resultar hipotéticamente más perjudicial (piénsese en una futura posibilidad de aplicación del artículo 76 CP: el triple de la pena más grave serían no nueve años sino, diez años y seis meses). Hay que optar, así pues, por la punición separada.

d) Queda por precisar que la nueva redacción del artículo 77 (Ley Orgánica 1/2015), sea cual la interpretación que se asuma de sus enrevesados términos, permitiría llegar a penalidades superiores, sin que se considere procedente una penalidad inferior a los antes señalados (tres años y nueve meses respectivamente).

(STS 686/2015, de 28 de octubre)

ARTÍCULO 77.3 CP

Nueva regla penológica del concurso medial de delitos. Reforma operada por la LO 1/2015: La posibilidad de formar un concurso de delitos con la trata de seres humanos está avalada por el apartado 9 del artículo 177 bis: En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación». La diversidad de bienes jurídicos tutelados subrayada y enfatizada tras la reforma de 2015, así lo determina.

La LO 5/2010, de 22 de junio, reconocía expresamente 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», en sintonía con esa idea opta por la separación de la regulación de estas dos realidades al resultar «imprescin-

dible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos».

Con ese objetivo, la reforma del año 2010 introdujo dentro del Libro II del CP el Título VII bis, cuyo único y extenso artículo, el 177 bis, tipifica el delito de trata de seres humanos en los términos en que aparece definido en los instrumentos internacionales ratificados por España y que ha sido objeto de reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo para propiciar una completa transposición de la normativa europea tras la aprobación de la Directiva 2011/36/UE.

Dispone el Artículo 177 bis en lo que aquí nos interesa

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso».... Y disponía el texto anterior a 2015, es decir, el que ha determinado la condena:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere con cualquiera de las finalidades siguientes:

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

Las variaciones ni son sustanciales, ni afectan al supuesto que ahora se analiza. En buena medida las aclaraciones que se introducen estaban implícitas en la norma precedente. La descripción de lo que debe entenderse por situación de necesidad o vulnerabilidad tiene un valor interpretativo. También antes había que caracterizar esa situación en términos análogos. El legislador más que innovar, aclara.

La realización de cualquiera de las modalidades (i) enumeradas (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir) determina la comisión del delito siempre que esté orientada o predeterminada al logro de alguna de las finalidades (ii) previstas en el tipo; y concurra alguno de los medios comisivos (iii): violencia, física o moral, engaño, o abuso de superioridad, vulnerabilidad o necesidad.

Basta una de esas conductas para ser autor. De ahí que a estos efectos también resulte en cierta medida intrascendente que alguna de las varias acciones en las que se atribuye participación directa o indirecta a las acusadas (captación, traslado, transporte, acogimiento) se excluyese: subsistiría la tipicidad.

Como hemos dicho, la reforma del CP de 2015 suprime la acción consistente en «alojar» a la víctima. No figuraba recogida ni en la Directiva de 2011 ni en el Convenio de Varsovia. La exclusión es irrelevante: hay que insistir en ello otra vez. El alojamiento es siempre expresión de las conductas típicas de acogimiento o recepción que determinan por sí solas la consumación del delito.

La reforma de la LO 1/2015, siguiendo el artículo 2.2.º de la Directiva 2011/36/UE, ha incluido en el último párrafo del artículo 177 bis.1 una definición auténtica de lo que debe entenderse por «situación de necesidad o vulnerabilidad» de la víctima: «la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso». Aclara pero no varía sustancialmente lo que debía entenderse por tal: es norma interpretativa. Ya quedó también indicado.

El empleo de cualquiera de estas formas de comisión en la realización de algunas de las conductas típicas es suficiente para integrar el delito. No resulta necesario, y en esto es acogible la propuesta exegética de la Circular 5/2011 FGE, que el medio comisivo persista en todo el proceso movilizador de la víctima. Puede llevarse a cabo cada conducta típica a través de un medio distinto (v.gr. puede captarse con engaño y trasladar o acoger con violencia o abuso de estado de situación de necesidad).

Para la aplicación del artículo 177 bis resulta necesario que una de las varias conductas típicas descritas y ejecutada por alguno de los medios comisivos señalados se realicen con cualquiera de las finalidades que en el precepto se recogen entre las que se encuentra la explotación sexual.

La posibilidad de concurso medial de esa infracción (prostitución) con el delito del artículo 177 bis está afirmada no solo en la jurisprudencia (SSTS 53/2014, de 4 de febrero o 191/2015, de 9 de abril), sino también explícitamente en el artículo 177 bis 9 anteriormente transcrito.

Tal cláusula concursal (art. 177 bis. 9) no excluye necesariamente el concurso de leyes (v.gr. con las coacciones o amenazas). Pero encierra una pauta interpretativa que invita a inclinarse preferentemente (no siempre) por el concurso real, bien en su modalidad ordinaria, bien como concurso medial. En el caso de los delitos relativos a la prostitución ha de optarse normalmente por el concurso medial: la explotación sexual es una de las finalidades típicas que incorpora el artículo 177 bis.

Como dice la STS 53/2014 de 4 de febrero, aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art. 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente. Estaríamos ante un concurso medial pues «en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art. 77 1.º para el denominado concurso medial».

Esa habitual cláusula concursal –sin perjuicio– abarca hipótesis diferentes. De una parte otros delitos que vengan relacionados con los medios comisivos (la violencia puede dar lugar a lesiones; la intimidación a amenazas). De otra, infracciones cuyos verbos típicos de manera fragmentaria pueden coincidir con alguno de los empleados en el artículo 177 bis (el traslado o transporte puede integrar a su vez el delito del artículo 318 bis). Por fin, un tercer grupo vendrá constituido por aquéllos delitos que surgen de la efectiva realización de lo que en el artículo 177 bis aparece como finalidad a la que debe obedecer la actuación (explotación laboral o sexual, extracción de órganos, matrimonios forzados).

No existe un tratamiento unitario para todos los supuestos. Caben casos de concurso real; otros de concurso ideal; y finalmente otros (especialmente los ubicados en el tercer grupo: se consolida la actividad delictiva que en la tipicidad del artículo 177 bis aparece solo como un fin) de concurso medial; sin descartar radicalmente hipótesis de concurso de normas (la intimidación utilizada como medio comisivo absorberá habitualmente las amenazas o coacciones inherentes).

Aquí estamos en el tercer grupo de supuestos. Es un concurso medial.

La reforma de 2015 también ha incidido en la punición del concurso medial introduciendo una regla que puede –no necesariamente– resultar más beneficiosa que la aplicada en la sentencia. En ese extremo y pese a no haber sido alegado por las partes también hemos de proceder en la segunda sentencia a una reindividualización de las penas. Siendo diferente el marco penal es preciso recalcular, máxime cuando se constata que la Audiencia optó por el mínimo posible con arreglo a la legislación vigente en aquel momento. Esa realidad proporciona una base para sostener que es, al menos posible, que si hubiese partido de otro marco punitivo (el actual) habría impuesto una duración inferior. No puede hurtarse a las acusadas esa posibilidad.

(...) En cuanto a los delitos de trata de seres humanos y de explotación de la prostitución ajena la regla penológica es la del vigente artículo 77.3 CP, de exégesis, intrincada, casi indescifrable. El punto de partida es la pena que en concreto se habría impuesto al delito más grave, en este caso la trata de seres humanos cuyo arco penológico se mueve entre cinco y ocho años. No se encuentran razones para superar el mínimo por cada delito, es decir cinco años de prisión. Esa pena ha de ser incrementada al menos en un día según impone la regla del artículo 77.3. Dada la estrecha vinculación y casi superposición entre el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la prostitución consistente precisamente en esa explotación sexual (hay muchos elementos comunes a ambos tipos penales: la explotación sexual en cierta forma constituye la realización del objetivo buscado por el autor de la trata de seres humanos: nótese, por ejemplo, que en algún supuesto puede darse la paradoja de que la explotación de la prostitución que resultara más penada si además el autor «acoge» –proporcione alojamiento– a la víctima: a la pena del artículo 187 habrá que añadir la del artículo 177 bis). Sobre ese mínimo incrementaremos la pena en muy escasa medida: un mes más (artículo 66.1.6.º CP). Cinco años y un mes por cada uno de los dos delitos de trata de seres humanos en concurso con otros tantos delitos de prostitución se nos antoja pena ponderada. La suma total –más de diez años de prisión– es proporcionada con la gravedad no minimizable de los hechos, sin llegar a exasperaciones que podrían ser desmesurados (podríamos llegar a un total de dieciséis años de prisión).

(STS 861/2015, de 20 de diciembre)

ARTÍCULO 106 CP

Imposición obligatoria de la medida de seguridad de libertad vigilada post-penitenciaria en delitos contra la libertad sexual: Alega el Ministerio Público que la sentencia de instancia omite indebidamente la imposición de la medida de libertad vigilada solicitada por la acusación pública, con una duración de cinco años y específicamente orientada a la participación en programas formativos de educación sexual, conforme al art. 106 1.º j CP. La sentencia deniega la imposición de la medida con un doble argumento. En primer lugar alega que no se han aportado a la causa los «informes legales exigidos para la concreción judicial de la medida de libertad vigilada que proceda en cada caso» y por otro se afirma que «tampoco se ha solicitado la imposición de

una medida concreta». El Ministerio Fiscal cuestiona esta argumentación alegando que los informes no son necesarios para la imposición de la medida en la sentencia, sino para su control posterior en fase de ejecución, conforme al art. 98, y que si se concretó la medida especificando su duración (cinco años) e incluso su modalidad (participar en programas de educación sexual).

En primer lugar el art. 192 CP, como reconoce la sentencia impugnada, dispone expresamente que a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo la duración de la medida de cinco a diez años si el delito fuera grave. Conforme al artículo 33 del CP, son graves los delitos cuya pena de prisión supera los cinco años. El artículo 183 del CP, dispone la pena de dos a seis años de prisión por abusos sexuales a menores. Por lo tanto, se trata de un delito grave.

Asimismo el art. 106 2.º establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena de privación de libertad impuesta «siempre que así lo disponga de forma expresa el Código» (en la actualidad en supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) y siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador.

El propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor. Excepción que es manifiesto que no concurre en el caso actual, por lo que la imposición de la libertad vigilada es imperativa.

En segundo lugar la exigencia de contar con informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad, es claro que se refiere, en caso de delincuentes sexuales como el aquí enjuiciado, a la fase de aplicación de la medida, una vez cumplida la pena previa de privación de libertad. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 106 2.º, que es el específicamente aplicable a estos supuestos, al señalar expresamente que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia, por el procedimiento previsto en el art. 98, que incluye la valoración de los referidos informes, elevará una propuesta al Tribunal sentenciador que, en este momento concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado.

Esta interpretación se deduce del propio texto de la ley, y además de la consideración lógica de que cuando puede contarse con dichos informes es precisamente cuando el condenado ya ha estado cumpliendo su pena privativa de libertad, y no con anterioridad al enjuiciamiento, momento en el que puede estar en libertad, se presume inocente y todavía no está sometido ordinariamente a la asistencia de facultativo o profesional alguno.

En consecuencia, es en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –últimado el cumplimiento de la pena– cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones y contenido concretos de la medida, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, conforme a los artículos 97, 98, y 106.2.º y 3.º CP.

(STS 609/2015, de 14 de octubre)

ARTÍCULO 150 CP

Lesiones. Cicatrices. Deformidad: La subsunción de los hechos probados en el tipo del artículo 150 del Código Penal es objeto de la primera queja formulada al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se alega por el recurrente que con anterioridad a los hechos la lesionada ya padecía ceguera total del ojo lesionado por el recurrente. Y que, a causa de la ausencia de cristalino y del estrabismo, también sufría precedentemente una severa afectación de la estética facial. Concluye que la agresión, no solamente no incrementó aquella deficiencia estética, sino que en ese aspecto la víctima experimentó una corrección favorecedora con la implantación de una prótesis, desapareciendo la fealdad que implicaba el estrabismo anterior, así eliminado.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala Casacional, ha declarado que la voz «deformidad» no designa un concepto estrictamente técnico jurídico sino axiológico, pero más genérico que lo específicamente normativo.

La diferenciación, entre lo fáctico descrito y lo valorativo afirmado, desde la perspectiva del recurso de casación, se traduce en la selección del cauce procesal para la impugnación.

(...) El carácter ostensible o no de una cicatriz es un dato empírico verificable. Su impugnación ha de intentarse pues fuera del ámbito del n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que circunscribe el debate posible a la subsunción del dato de hecho en la norma penal. Por ello no cabe entrar en su examen en este motivo amparado en el ordinal 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo lo que concierne al predicado de fealdad –que supone el concepto típico de deformidad– es un juicio de valor que sí debemos analizar en esta sede del recurso. Pero desde la inevitable indeterminación que caracteriza el juicio de valor tributario de la previa asunción por quien valora de los criterios a los que aquélla debe someterse.

Los criterios –axiológicos en general (fealdad) o, en casos, normativos (ajenidad de una cosa)– pueden ser de una graduable objetividad. De suerte que el desiderátum de taxatividad propia de la norma penal se satisface en mayor o menor medida según sea ese grado de objetividad.

La deseada aproximación a baremos objetivos, que toda norma reclama en cuanto determinante de la privación de libertad de un ciudadano o ciudadana, nos emplaza a la estandarización reflejada en las resoluciones que integran la doctrina jurisprudencial.

Recuerda la STS n.º 1174/2009 de 10 de noviembre: esta Sala Casacional ha apreciado deformidad en casos de cicatrices, al menos en las siguientes Sentencias recientes, que citamos a continuación: la STS 877/2008, de 4 de diciembre; la STS 871/2008, de 17 de diciembre; STS 353/2008, de 13 de junio (en un supuesto similar: cicatrices visibles repartidas por el cuello, que le ocasionan perjuicio estético moderado); STS 954/2007, de 15 de noviembre; STS 537/2007, de 15 de junio; STS 388/2004, de 25 de marzo; y STS 1014/2007, de 29 de noviembre.

Lo que plenamente satisface, de acuerdo con reiteradísima doctrina de esta Sala relativa a la deformidad, que ciertas cicatrices constituyen tal deformidad, doctrina expuesta desde muy antiguo (*vid.*, por ejemplo, las SSTS de 7 de mayo

de 1875 y 4 de octubre de 1883, citadas en la STS 353/2008, de 13 de junio), hasta otras más próximas, como las de 24 de noviembre de 1999 o 14 de noviembre de 2002, entre otras muchas.

Como dice la STS 1154/2003, de 18 de septiembre, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre el concepto jurídico de deformidad, como secuela jurídicamente relevante de los delitos de lesiones, declarando al efecto que la deformidad consiste «en toda irregularidad física, visible y permanente, que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista» (v. Sentencias de 25 de abril de 1989 y 17 de septiembre de 1990). Se destacan, pues, tres notas características de la misma: irregularidad física, permanencia y visibilidad. La jurisprudencia exige también que el Tribunal lleve a efecto un juicio de valor sobre la referida irregularidad, con objeto de destacar, en su caso, que la misma sea de cierta entidad y relevancia, con objeto de excluir del concepto jurídico de deformidad aquellos defectos que carezcan de importancia por su escasa significación antiestética (v. SS. de 10 de febrero de 1992 y 24 de octubre de 2001). Dicho juicio valorativo habrá de realizarlo el Tribunal teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y su aspecto físico previo a las lesiones. En cualquier caso, los criterios valorativos deberán ser más estrictos cuando las secuelas afecten a la fisonomía facial (v. S. de 10 de febrero de 1992). En principio —concurriendo las anteriores circunstancias— la jurisprudencia ha venido considerando que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad, incluso, con independencia de la parte del cuerpo afectada (v. Sentencias de 30 de marzo de 1993, 24 de noviembre de 1999 y de 11 de mayo de 2001). Finalmente, hemos de destacar también que, a la hora de formar el anterior juicio de valor, como es obvio, han de jugar un papel decisivo los elementos de juicio inherentes al principio de inmediatez (v. S. 17 de mayo de 1996).

(...) Y en la STS n.º 828/2013 de 6 de noviembre se recuerda que ninguna dificultad presenta esa calificación cuando las cicatrices alteran el rostro de una forma apreciable, bien dado su tamaño o bien a causa de sus características o del concreto lugar de la cara al que afectan.

(...) Por otra parte recordábamos en nuestra STS n.º 1099/2003 de 21 de julio que: si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad, además de los citados, a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque no disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el «quantum» de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad (SSTS de 22 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1996 y 24 de noviembre de 1999) que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales.

Con carácter general se afirma la intrascendencia de la reparabilidad de la secuela entre otras en la STS n.º 880/2013 de 25 de noviembre y en las allí citadas, de 13 de febrero y 10 de setiembre de 1991. Y lo mismo se recuerda en la STS 851/2013 de 14 de noviembre cuando se expone que «el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior, pues la restauración no puede ser obligatoria para el perjudicado y su posible corrección no elimina el resultado típico» —SSTS de 27 de Diciembre 2005; 6 de Octubre 2010 y 30 de Junio 2011—.

Tampoco elimina el resultado típico «la posibilidad de cubrir con ropa el defecto corporal» –STS de 28 de Abril 2010–, ni la posibilidad de recurrir a medios extraordinarios, como la cirugía reparadora» –STS de 28 de Junio 2011–.

Por ello en el caso que ahora juzgamos consideramos más atinada la subsunción del supuesto fáctico de la cicatriz en el concepto típico penal de deformidad a que se refiere el tipo del artículo 150 del Código Penal.

(STS 516/2015, de 20 de julio)

ARTÍCULO 169 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 179 CP

Posibilidad de punición por separado de las amenazas y el delito de violación: Alega la defensa que el delito de amenazas debió quedar absorbido por el delito de violación, en la medida en que la violencia o intimidación que fue precisa para el ataque sexual abarcaría en su desvalor el mensaje intimidatorio.

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 (cfr. STS 494/2014, 18 de junio; 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 (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). 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, es cierto que la descripción del *factum* contiene dos ataques sexuales violentos, en los que la atmósfera intimidatoria estuvo siempre presente. Sin embargo, entre ambas secuencias se interponen dos ataques con sustantividad propia y que, por tanto, han de ser castigados independientemente. De un lado, el que estuvo dirigido a la integridad física de la víctima, toda vez que Serafina fue golpeada de forma gratuita e innecesaria para la consecución del objetivo inicial que animaba al

acusado. En el juicio histórico se indica cómo Juan Enrique se valió de una porra de madera, de unos 45 centímetros de longitud, de madera, con la que golpeó reiteradamente la espalda y el costado de la víctima ocasionándole las heridas que se describen en el relato fáctico. De otra parte, el que afectó a la seguridad de la agredida y a su tranquilidad de ánimo, perturbadas como consecuencia de las amenazas. En efecto, con anterioridad, cuando ya el acusado había consumado la primera de las agresiones sexuales y ya había forzado a Serafina a que le practicase una felación, «... volvió a insistir en la supuesta relación que había mantenido su pareja, sacando una pequeña navajita que usaba como llavero y esgrimiéndola hacia Serafina, al tiempo que le decía ‘antes de que llegue la noche te voy a dar muerte, te voy a meter dos puñalás, dime la verdad, que no me importa comerme veinte años de cárcel’; a lo que Serafina respondía pidiendo que no le hiciera nada y que pensara en el hijo común que ella llevaba en el vientre, replicando Juan Enrique que lo que ella tenía dentro no era más que una ‘manzanita’ y él la tenía que matar».

Para justificar la corrección del juicio de tipicidad, esta Sala hace suyo el razonamiento de la Audiencia (FJ 7.º) cuando precisa que las amenazas de dar muerte a la víctima no se utilizaron como instrumento para conseguir que aquella se prestara al acto sexual in consentido, sino como medio de obtener una confesión de la supuesta infidelidad o como anuncio de castigo por ella, lo que es especialmente claro respecto a las pronunciadas en la fase epilodal del incidente, cuando ya había concluido la agresión sexual. De este modo, al tener un contexto, un motivo y un objetivo diferentes de la obtención del acceso carnal, las amenazas no llegaron a formar parte de la dinámica ejecutiva del delito de violación. De ahí que no puedan quedar absorbidas en el delito de violación y hayan de ser sancionadas con la independencia que exige su sustantividad.

(STS 646/2015, de 20 de octubre)

ARTÍCULOS 175 Y 176 CP

Delito contra la integridad moral. Elementos del tipo: por la vía del error iuris del artículo 849-1.º LECriminal se denuncia como indebidamente aplicado el artículo 175 del CP, relativo al delito contra la integridad moral del que ha sido condenado el recurrente quien, solicita asimismo se le aplique el artículo 620.2.º CP relativo a la vejación injusta de carácter leve.

Por ello el concepto de atentado contra la integridad moral, se integra por los siguientes elementos:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
- b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto, y
- c) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Por su parte, de esta Sala podemos, y ya en relación al artículo 175 CP, citar la sentencia 465/2013 de 29 de Mayo. Acotamos el siguiente párrafo:

«... El delito contra la integridad moral del artículo 175 se integra por los siguientes elementos:

- a) El sujeto activo tiene que ser funcionario público o autoridad.
- b) La acción típica supone una extralimitación en la actividad desarrollada, y por tanto de naturaleza abusiva, de hecho, el tipo se refiere a «... abusando de su cargo...», lo que integra a su vez un prevalimiento de su condición, dicho de otra manera supone una vulneración del ordenamiento jurídico por quien aparece como su guardián o custodio.
- c) Exige como resultado una lesión a la integridad de la persona víctima, derecho protegido en el artículo 15 de la Constitución.
- d) Tiene el tipo un carácter residual respecto del delito de torturas en cuanto su ámbito lo es extramuros del contenido propio del delito de torturas que tiene como elemento definidor la ejecución de hechos «... con el fin de obtener una confesión o información...».
- e) En todo caso, y de conformidad con el artículo 177, las lesiones que se causen serán sancionadas con independencia.

¿Qué debe entenderse por integridad moral?

Dice la STS de 2 de Noviembre de 2004 que si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el artículo 15 CE permiten acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta –como manifestación directa de la dignidad humana– comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano...».

La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que con el castigo de las conductas atentatorias contra la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es un fin en sí mismo sin que quepa «cosificarlo» –STS 28/2015, de 13 de Enero.

En definitiva en palabras de la STS 1725/2001, de 3 de Octubre «... la integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto...».

El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana.

De este modo, integra el delito del artículo 175 CP cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que aún sin causar lesión y que tenga cierta intensidad, provocando humillación, quebranto degradante en el sujeto pasivo/víctima, con finalidades distintas de las comprendidas en el artículo 174 (tortura), que por ello tiene un carácter residual en relación al delito de torturas, si además, causa lesiones, las mismas deben ser sancionadas autónomamente como prevé el artículo 177 CP. En idéntico sentido STS 1246/2009, de 30 de Noviembre.

El tipo penal del artículo 175 CP recoge dos modalidades en atención a la gravedad de los hechos. El atentado contra la integridad grave, y no grave, cerrándose el abanico penal con la falta del artículo 620.2.º que tipifica la vejación injusta de carácter leve.

Se está en presencia de una degradación de más o menos que en atención a las concretas circunstancias del caso enjuiciado, deben quedar alojadas o bien dentro del delito del artículo 175 CP ya como grave o no grave, o bien, como fórmula de cierre la falta del artículo 620 CP.

El Tribunal de instancia ha calificado el atentado a la integridad como constitutivo de delito en la modalidad de no grave y lo justifica en el apartado III del f. jdco. tercero de la sentencia.

La pretensión del recurrente de degradarlo a la falta del artículo 620.2.º CP no se corresponde con la intensidad del ataque sufrido por el menor, la actuación del recurrente acompañado por otras dos personas, la intensidad del sentimiento de miedo, y de inferioridad y temor, en el escenario de una madrugada del mes de Agosto en una playa, todo ello con el hilo conductor ya citado de las reiteradas órdenes de introducirse en el agua, llega a la boya, reiterarlo ante el intento de volverse el menor a la orilla, y verse despojado de sus ropas. En idéntico sentido atentado a la integridad moral no grave se sancionó la acción de policías que dieron patadas y puñetazos a una persona –STS 465/2013–.

Estamos en presencia de una arbitraria y persistente situación de dominación / humillación por quien, como hemos dicho, debería ser garante de la legalidad y no su vulnerador dada su condición de Guardia Civil. En modo alguno puede estimarse la tesis de la falta, por el contrario debemos mantener la calificación de atentado contra la integridad moral no grave.

(...) Considera esta Sala, que del relato fáctico de la sentencia, del que debemos partir dado el cauce casacional utilizado, y unido a ello de las argumentaciones de la sentencia, profundizando en ellas, debemos llegar a la conclusión ya anunciada de que no le es aplicable el artículo 176 CP del que se ha condenado a Matías, no porque carezca de antijuridicidad su silencio, sino porque en las concretas condiciones en las que fue mudo espectador pasivo del atentado no grave contra la integridad moral efectuado por el cabo primero, no puede serle exigible una conducta que incluso pudiera ser cercana al acto heroico, que como es obvio, nunca puede serle exigido a persona alguna bajo la presión de la imposición de una pena. Las circunstancias concretas en las que se produjeron los hechos son las siguientes:

1. El recurrente a la sazón tenía 22 años (exactamente menos un día).
2. Llevaba poco más de un mes ejerciendo sus funciones de miembro de la Guardia Civil.
3. El otro recurrente, Fausto, tenía a la sazón tenía 38 años, y además era cabo primero de la G. C., cuestión relevante dada la rígida jerarquización de la Guardia Civil.
4. También Luis Enrique, vigilante de la playa era mayor en varios años al recurrente.
5. Los hechos ocurren estando los tres, a las dos de la madrugada en la playa de Magaluf, no constando que en las cercanías existiesen más personas.

En esta situación, la propia sentencia, como ya hemos dicho, reconoce que «... No fue capaz de enfrentarse u oponerse, siquiera tímidamente al cabo, pero que tenía conciencia de la gravedad del suceso...».

Es de esta situación conflictiva y traumática de la que surge, en opinión de esta Sala, no le era exigible otra actuación en términos jurídicos. Dicho más claramente, se está ante una causa de exculpación en clave individual vía no exigibilidad de otra conducta a la vista de las concretas circunstancias particulares a que se ha hecho referencia.

Estimamos, y en ello se coincide con el diagnóstico del Tribunal sentenciador que el recurrente se encontraba en una situación motivacional anormal en la que, a pesar de ser miembro de la Guardia Civil, dada su evidente bisoñez y falta de experiencia, y que el

autor material del ilícito penal era su superior jerárquico, no le era exigible por la presión excepcional en que se encontraba demandarle otro comportamiento. Su actuación posterior, ya en el cuartel en base a la cual le condenó el Tribunal de instancia, se produjo en otro escenario y con quebrantamiento de otras normas jurídicas.

En definitiva las circunstancias que determinaron la anormalidad del proceso motivador –por tanto exógena a la persona concernida– son las que justifican la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta.

Un derecho penal democrático es un derecho a la medida de la mayoría de los ciudadanos, no hay, como ya se ha dicho, una exigencia a la heroicidad. La no exigibilidad de otra conducta excluye la responsabilidad penal, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición. Es una situación límite en la que como tal, se «disculpa» a la persona concernida de la respuesta punitiva, y fue esa situación en la que se encontró el agente Matías.

La propia jurisprudencia de esta Sala no ha sido ajena a esta construcción, precisamente en relación al artículo 176 del CP.

La STS 1050/1997 de 18 de Julio de 1997, citada en la sentencia sometida al presente control casacional, consideró que para entender que el sujeto consiente en el verbo nuclear del tipo «... permitiera que otras personas...» es preciso que no tenga inferior rango que el sujeto principal, lo que es de especial significación en un cuerpo militar –a pesar de su nombre– tan rígidamente jerarquizado como la Guardia Civil.

En el caso de dicha sentencia se trataba de la condena al Instructor y Secretario del atestado que consintieron las torturas infringidas al detenido por otros funcionarios. Se dice en dicha sentencia que el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican la equiparación punitiva prevista en el artículo 176 CP.

Ciertamente tal requisito de ser el sujeto del delito del artículo 176 CP de igual o superior categoría que el autor material del delito, no es exigido por el tipo penal y por otra parte la anterior sentencia quedó matizada en la posterior sentencia de esta Sala n.º 1809/2002 de 5 de Noviembre. También se trataba de un caso de torturas infringidas en Comisaría a un detenido a presencia de otros agentes de igual rango. Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo del f. jdco. sexto:

«... La cuestión que en el presente caso se plantea en sí, con respecto a este acusado, concurren los requisitos que el dicho artículo 176 establece. Alguna resolución jurisprudencial de esta Sala –sentencia de 18 de Julio de 1997– parece entender que, para poder «permitir», término que el texto legal utiliza, a alguien comisión de torturas es preciso ostentar superioridad jerárquica sobre el torturador. Sin embargo, el texto del artículo 176 del Código Penal no exige esa condición y habrá que atender en cada caso a observar si la conducta concreta ha consistido realmente en una actitud de permisividad respecto a los torturadores activos. Hay que señalar a este respecto que en el Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción, se define el verbo permitir como «no impedir lo que se debiera y pudiera impedir». Por tanto ha de observarse en este caso si el acusado que ahora recurre debió y pudo impedir lo que en su presencia se estaba realizando...».

«... Y también podía este acusado no permitir a sus compañeros realizar lo que hicieron mediante la simple indicación de su improcedencia y desacuerdo con las normas, actitud que le era posible y pudo haber sido eficaz entre compañeros no relacionados entre ellos jerárquicamente...».

En todo caso no hay que olvidar que la razón de ser de la equiparación de la pena del omitente con la del autor material está pensado, precisamente, en evitar espacios de impunidad en delitos de una gravedad y de muy difícil investigación, singular-

mente en relación al delito de torturas del que el artículo contra la integridad moral tiene un valor residual.

La situación del cuadro de torturas a que se refieren las dos sentencias, reflejan situaciones cualitativamente distintas del delito del artículo 175 CP, y de forma más acusada si tenemos en cuenta las concretas circunstancias del caso enjuiciado.

El artículo 176 CP constituye un delito de omisión propia ya que castiga no la mera infracción de un deber genérico, sino la cooperación omisiva en un hecho típico efectuado por otro fundado en la infracción de un deber específico, de ahí que la pena prevista sea la misma que al autor material dada su condición de garante, ya sea superior jerárquico el omitente –lo que será lo más normal–, en el caso de los jefes que consienten lo efectuado por sus subordinados, encontrándose aquéllos en situación de especial garantías dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica, ya, incluso, en el caso de igualdad de categoría entre los autores materiales y los omitentes o de subordinación de los omitentes a los autores materiales, si bien en estos casos –como ocurre en el supuesto enjuiciado–, hay que analizar si en concreto el omitente se encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba, su superior jerárquico.

En el presente caso, estimamos que el recurrente se encontró en una situación tal que no pudo impedir el atentado contra la integridad moral efectuado por su superior. No le era exigible jurídicamente tal deber específico, por lo que no puede ser condenado por tal delito del artículo 176 del CP.

La actuación claramente delictiva que cometió el recurrente, y que aparece expresada en la propia sentencia para justificar la condena del recurrente vía artículo 176 CP, fue la de no denunciar los hechos, cuando se vio libre de la presión ambiental en la playa, ya en el cuartel, primero firmó un informe, junto con el cabo primero, totalmente inexacto, y después cuando efectuó su propio informe ya referido, en el que, como ya se ha dicho «maquilló» los hechos ocultando la realidad de lo ocurrido, es decir no denunciando los hechos presenciados. Dicho informe fue redactado por el recurrente a las 22:15 horas del día 5 –los hechos ocurrieron sobre las 5 horas del 5–, y cuando estaba en el cuartel, es en ese momento, cuando cometió el ilícito claramente penal de no denunciar los hechos que presenció respecto del que como agente de la autoridad estaba ineludiblemente obligado. Cometió el delito del artículo 408 del CP, relativo a la omisión del deber de perseguir delitos que se impone a la autoridad o funcionario que dejase de promover intencionalmente la persecución de los delitos de que tuviese conocimiento por razón de su cargo. Esa y no otra fue la acción antijurídica cometida por el recurrente.

Ahora bien, los hechos que integran este delito son diferentes de los del artículo 176 del CP del que ha sido condenado, y no siendo acusado de tal delito, es claro que esta Sala no puede en esta sede casacional imponerle una condena que vulneraría el principio acusatorio porque los elementos vertebradores de uno y Otro delito no son iguales, y en todo caso procedería inexcusablemente la audiencia del recurrente, lo que no es posible en esta sede casacional como es bien sabido.

(STS 19/2015, de 22 de enero)

ARTÍCULO 183.1 CP

Abuso sexual de menores: Reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Supresión de la mención específica en el tipo penal al bien

jurídico protegido «indemnidad sexual del menor». Alusión al sesgo doctrinal operado en la reforma que no afecta al comportamiento descrito en el tipo penal.

El comportamiento realizado por el recurrente realizando tocamientos en las partes íntimas de dos niñas de diez años, en forma sugerente y con referencias al «mote de venus» y al «botón» de las cosquillas, metiéndoles la mano por debajo de la falda, para tocar su zona vaginal por encima de sus prendas íntimas, integra de forma clara un atentado contra su indemnidad sexual, que debe subsumirse en el párrafo primero del art. 183 vigente cuando ocurrieron los hechos.

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido una modificación en el art. 183 1.º CP al suprimir la referencia a la tutela de la indemnidad sexual del menor. La desaparición de la indemnidad sexual en la descripción de los actos prohibidos en el art. 183 1.º CP responde exclusivamente a un prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma, sesgo doctrinal que lamentablemente se aprecia en muchos otros preceptos de la reforma. Pero esta modificación no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos, pues cualquier abuso sexual como el enjuiciado en esta causa puede ser calificado como «acto que atente a la indemnidad sexual de un menor» (redacción anterior), o como «acto de carácter sexual» (redacción actual), aunque es cierto que el cambio si afecta a la configuración del bien jurídico protegido tal y como se había definido por esta Sala, reduce innecesariamente la calidad técnica del precepto y retoma un tono moralizante, que se había superado en la redacción anteriormente vigente.

En definitiva, tanto con la redacción anterior del precepto, como con la actual, los hechos enjuiciados integran los delitos objeto de condena, por lo que no cabe apreciar infracción legal alguna y el motivo debe ser desestimado.

(STS 652/2015, de 3 de noviembre)

ARTÍCULO 183.4.D CP

Abuso sexual de menores: La acusación particular considera inaplicada al caso la cualificación de prevalimiento, prevista en el artículo 183.4.d) del CP. El recurrente estima que el relato probatorio contiene todos los ingredientes para apreciar la cualificación. Se trata de una menor de 8 años, a la que el acusado rebasa en 40 años (al cometer los hechos aquél tenía 48 años). Conviven de forma estable formando un grupo familiar desde hace 7 años, es decir, casi toda la vida de la menor. Conviven, por tanto, en el domicilio familiar. El acusado es la pareja sentimental de la madre de la víctima, esto es, padrastro de hecho de la menor.

Dados los hechos probados no ofrece dudas que el acusado al ejecutar el delito se estaba valiendo de su posición preeminente, que le atribuye una superioridad, dada la diferencia de edad y el ascendiente respecto a la menor.

2. La sentencia considera que la superioridad y el prevalimiento como facilitación del delito debe asentarse en una relación de autoridad moral o familiar que produzca respeto a la vez que confianza de la víctima hacia el victimario. Añade que el acusado no tiene parentesco con la menor ni una especial relación familiar, o en otras palabras, como el *factum* relata, no mantenía el acusado buena relación con la menor.

No es imprescindible, como señala la sentencia, que el sujeto activo ostente una autoridad moral o familiar sobre la víctima, que provoque en la menor respeto y confianza, pues sin tales notas puede producirse una situación de abrumadora superioridad, que facilite sobremanera la ejecución de los actos libidinosos.

Aunque el acusado no mantuviera buenas relaciones con la niña, la posición familiar de facto, le atribuía un inevitable ascendiente.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido definiendo el prevalimiento con las siguientes notas:

- 1) Situación de superioridad que ha de ser manifiesta.
- 2) Que tal situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima.
- 3) Que el sujeto agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibitorios de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de dicha situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual. (STS. 10/2012 de 15 de febrero y 80/2012 de 10 de febrero).

3. La jurisprudencia de esta Sala ha reputado situación de superioridad o prevalimiento las hipótesis de ser padrastro de hecho de una menor, esto es, compañero sentimental de la madre en relación estable, ya que la posibilidad de rentabilizar esa prevalencia con el objetivo de satisfacer apetencias sexuales, implicaba un plus de antijuridicidad que está en la base de la agravación que contempla el artículo 181.3 CP, en nuestro caso la homónima cualificación del artículo 183.4.d).

Así pues, como puntualiza el M.º Fiscal, que apoya el motivo, «sin perjuicio de que la relación del acusado con la menor fuera mejor o peor, lo cierto es que este último se aprovechó de las siguientes circunstancias:

- a) Diferencia de edad: (40 años).
- b) Convivencia familiar: pareja estable de la madre, lo que indefectiblemente le debía atribuir un claro predominio moral o influencia sobre la menor.
- c) Lugar de ejecución del delito: domicilio común.

Todo ello facilitó la realización de los hechos típicos consecuencia de la absoluta prevalencia del acusado sobre la menor y el temor reverencial que éste inspiraba frente a aquélla por la posición que ocupaba en el grupo familiar».

(STS 291/2015, de 21 de mayo)

ARTÍCULO 187 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 183 BIS CP

Corrupción de menores de 13 años a través de la tecnología de la información y comunicación. Child Grooming: los hechos pueden ser calificados como un delito de corrupción de menores de 13 años a través de la tecnología de la información y comunicación previsto y penado en el artículo 183 bis, comúnmente conocido como delito de

grooming y que también pueden ser calificados como integrantes del artículo 187.1 y 2 (delito de prostitución y corrupción de menores) y al tratarse de dos preceptos que tienen el mismo bien jurídico protegido, aplica el artículo 187 por contener la pena más grave. Dolo de indiferencia. Error de prohibición en relación con la edad del menor.

Considera al recurrente que el artículo 183 bis es un tipo penal específico referido a conductas que el legislador ha querido regular y castigar por separado por lo que, en virtud de la regla 1.ª del artículo 8 CP, la Ley especial deroga la general y debe aplicarse el artículo 183 bis. Añade que, en ningún momento, la sentencia aduce que aplica el artículo 187 por contener los hechos algún matiz o característica que los aparte del delito previsto en el artículo 183 bis, al limitarse a argumentar que, pudiendo ser enjuiciados por los dos tipos penales, ha de aplicarse el que contenga la pena más grave, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, y por otra parte, son numerosas las referencias que el tribunal hace a la menor gravedad de los hechos, su escasa temporalidad y que se han circunscrito a un número concreto de días, se ha impuesto una pena igualada a los tipos penales en los que existe contacto físico y sexual con el menor, por lo que la pena resulta desproporcionada.

1.º El desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para analizar estos contactos interpersonales ha sido aprovechado por delinquentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas. Este acceso y relación temática entre agresor y sus víctimas menores de edad como medio, entre otros, para lograr la elaboración de pornografía infantil ha sido una constante preocupación en la comunidad internacional.

Así la referencia al castigo de la pornografía infantil debe ponerse en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta a niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía hecho en Nueva York, el 25.5.2000, y el Convenio sobre Cibercriminalidad, hecho en Budapest el 23.11.2001. Por su parte, la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de 22-12-2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, no abordó de manera expresa la cuestión, aún cuando la misma pudiera llegar a tener cabida en el listado de infracciones que realiza al recoger, dentro de las relativas a la explotación sexual de los niños, la coacción, captación o explotación de cualquier modo a los mismos para que participen en espectáculos pornográficos, así como la práctica de actividades sexuales recurriendo a la coacción, la amenaza o el abuso de una posición reconocida de confianza o influencia sobre el niño; y dentro de las infracciones relativas a la pornografía infantil, su producción por medios informáticos.

Es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25-10-2007, el que pasa a recoger en su artículo 23, bajo la rúbrica «Proposiciones a niños con fines sexuales» la obligación de las Partes a adoptar «las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación proponga un encuentro a un niño», cuya edad esté por debajo de que cada Estado parte hubiese fijado como límite a la intangibilidad sexual de los menores con el propósito de cometer contra él cualquier a de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1 a) del artículo 18 (esto es «realizar actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades») o al apartado 1 a) del artículo 20 c (producción de pornografía infantil) cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales.

Asimismo, el informe del tercer Congreso Mundial de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes, celebrado en Río de Janeiro en noviembre de 2008, recoge la invitación a todos los Estados emprender las acciones específicas para prevenir e impedir la pornografía infantil y el uso de Internet y de las nuevas tecnologías para el acoso de niños, con el fin de abusar de ellos on-line y off-line y para la producción y la difusión de la pornografía del niño y de otros materiales.

Por último, la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13-12-2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68. Al del Consejo, expresa claramente su preocupación sobre el ciberacoso infantil considerándolo una «de las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores» por el anonimato que Internet permite al delincuente. Y así en su artículo 6, tras reproducir en esencia las previsiones del Convenio de Lanzarote al respecto, añade una nueva dimensión al imponer la necesidad de las partes de sancionar cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación de adquirir, poseer o acudir a pornografía infantil mediante el embaucamiento de un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que represente a dicho menor.

En España la reforma 5/2010 ha introducido un nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el artículo 183 bis, con la siguiente redacción:

«el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso metidos».

El término *Child Grooming* se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años.

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años. Es referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP «De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, y con las previsiones del artículo 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niños (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 13 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 13 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

—El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante *Wi-Fi* o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agosta con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

La proposición al encuentro. Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 responden a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la

exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

—Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir «encaminados al acercamiento», finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio «encuentro». De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean «materiales» implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como «encaminados al acercamiento», no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189. SE objeta que no se entiende bien la referencia a los artículos 178 a 182, relativos a agresiones y abusos sexuales a mayores de 13 años, al haber bastado referirse solo al artículo 183, que comprende estos ataques a la indemnidad sexual de menores de 13 años agrupados en el nuevo Capítulo II bis.

No obstante si se contempla la posibilidad de comenzar un ciberacoso sexual con un menor de 13 años, y consumir la agresión sexual cuando aquel ya sea mayor de 13 años, la remisión normativa de los artículos 178 a 182 parecería correcta.

2.º En cuanto a la modalidad del artículo 187.1, introducida por la reforma operada por LO 5/2010, de 22.6, castiga la conducta de quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con persona menor de edad o incapaz y en el apartado 2 la figura agravada de cuando la víctima sea menor de 13 años, y se cumple así el mandato del artículo 2 de la Decisión Marco 2004/68 JAI de 22.12.2013, castigándose al cliente que obtiene (o solicita) el favor sexual de una persona menor de edad, sin que sea precisa la vinculación de la conducta con la entrada o mantenimiento de la víctima en la situación de prostitución. Por tanto cuando el sujeto pasivo es menor de edad habrá de reputarse tal acción como delictiva con independencia de que el menor ya hubiese o no practicado la prostitución pues el

ofrecimiento de dinero puede considerarse como suficientemente influyente para determinar al menor a realizar actos sexuales.

El bien jurídico tutelado en el precepto es sin duda la indemnidad sexual del menor, indemnidad que hay que entender en su sentido más pleno de contenido pues no solo pretende preservar el derecho a su pleno desarrollo y formación y socialización del menor, así como su libertad sexual futura, sino también su integridad moral por lo que el favorecimiento o promoción de la prostitución supone de «cosificación» del prostituido.

Pues bien entre los posibles concursos entre ambas figuras delictivas, artículos 183 bis y 187.1 y 2, el primer precepto establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del artículo 183 bis sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos (art. 178 a 183 y 189) –aun cuando un sector doctrinal entienda que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los artículos 178 a 183 y 189, como actos de tentativa de los mismos delitos, por los que debiera aplicarse la regla de alternatividad del artículo 8.4 CP, en caso de que la aplicación del artículo 183 bis privilegiase la respuesta penal frente a la tentativa del artículo 183.

Asimismo parte de la doctrina ha expresado sus críticas a esta regulación por entender que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión. Por el contrario, otro sector doctrinal precisa que son perfectamente compatibles la punición de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o lesión. Con el castigo del artículo 183 bis se persigue sancionar conductas que, amparadas en la facilidad del medio tecnológico, provocan un ciberacoso sexual de la infancia con los otros tipos penales se castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil y estaríamos ante un concurso real de delitos, artículo 73.

Llegados a este punto el problema que se suscita es que el delito del artículo 187 no está incluido entre aquellos a los que se encamina el encuentro del artículo 183 bis, esto es los descritos en los artículos 178 a 183 y 189 CP, por lo que se plantea cual sea su relación concursal, que tanto la sentencia recurrida como el propio recurrente considera que es un concurso de normas, discrepando que apartado concreto del artículo 8 CP, debe ser el aplicado; por entender éste que el artículo 183 bis es un tipo penal específica que debe aplicarse en virtud de la regla 1.ª del artículo 8.

La doctrina científica y jurisprudencia son constantes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del «*non bis in idem*». Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005m, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del «*non bis in idem*». En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa,

y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS 342/2013, de 17.4, el concurso 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 (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

En el caso analizado no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del artículo 183 bis sea un precepto específico respecto al artículo 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona –en este caso– menor de 13 años, según el relato fáctico de la sentencia el acusado en diversas ocasiones solicitó al menor quedar para «follar» o «hacer un 69» a cambio de dinero y dependía del tiempo y el acto que el menor estuviera dispuesto a realizar– remuneración o promesa que no se recoge en el artículo 183 bis CP, por lo que aquel debe ser el aplicado, máxime cuando se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, sin que sea preciso que la iniciación o dedicación a la prostitución llegue a producirse. El concepto de la corrupción del menor se contempla desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal es el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor se inicie (aunque sea en un momento posterior en tal actividad o se mantenga en la que ya ejerce). Nos hallamos ante un delito en el que lo importante para su incriminación no es el acto en sí mismo solicitado sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prestación del cuerpo propio para la realización de actos de contenido sexual a cambio de precio u otros favores.

(...) En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años.

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del artículo 187.1 y 2 CP o en su caso del artículo 183 bis puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero, y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, «todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción» (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado.

(...) El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que si de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido. El menor según el *factum* nació el NUM003 .2001, por lo que tenía 11 años y 7 meses cuando los hechos se iniciaron y la Sala, en todo caso, descarta el error invocado por tres razones que explicita: su fotografía de perfil del menor (folio 161), el propio aspecto de menor constatado por el tribunal por su directa percepción en el juicio oral, pasados dos años; y el hecho de que el acusado vio en persona al menor el día que se hizo entrega del teléfono móvil –6-10-2012–, lo que lleva al Tribunal a considerar imposible que el acusado creyera que el menor en esas fecha tuviese 13 años de edad.

(STS 97/2015, de 24 febrero)

ARTÍCULO 197.2 CP

Descubrimiento y revelación de secretos: El motivo que inicialmente formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, lo fundamenta en indebida aplicación del artículo 197.2 CP. Delito de descubrimiento y revelación secretos cometida por funcionario público del artículo 198 CP. En el artículo 197.2 CP, conforme a las SSTs 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre, sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena– en el inciso segundo. En cuya consecuencia, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles.

El artículo 197.2, castiga:

a) al que sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registra-

dos en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado;

b) al que sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y c) a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Antes de analizar la cuestión alegada, conviene destacar que lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido como recuerda la STS núm. 1328/2009, de 30 de diciembre, que a su vez advierte, en relación al ámbito de los datos personales:

a) En principio, todos los datos personales automatizados, son «sensibles» porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92, de 29 de octubre, no distingue a la hora de ofrecerles protección (vd. artículo 2, 1.º y 3.º, de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información.

No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del artículo 197.2 CP.

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99, de 13 de diciembre, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que «los datos reservados» son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el «núcleo duro de la privacidad» (v.g. ideología, creencias, etc.), para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del artículo 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) «*a sensu contrario*» los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o «no reservados») en la terminología de la Ley.

d) En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos «objetivamente» relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos «inocuos» cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida (vd. STS. 725/2004 de 11 de junio). Es decir, el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal. Ahora bien, sí debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30 de abril, recordó que aunque en el segundo apartado del artículo 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, sí es necesario que afecten a la intimidad personal.

e) Hay que distinguir entre la irrelevancia «objetiva» del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el artículo 197.2, que desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre «secreto» y «reservados» a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto, de una interpretación teleológica y sistemá-

tica se debe concluir que el término «reservados» que utiliza el Código hay que entenderlo como «secretos» o «no públicos», parificándose de este modo el concepto con el artículo 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.

Ya en relación con la alegación del recurrente, la jurisprudencia, al contemplar las diversas conductas tipificadas en el artículo 197.2, en las SSTS 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre, y 990/2012, de 18 de octubre, destaca que sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena en el inciso segundo.

Ya la STS. 234/1999, de 18 de febrero, precisa que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.

De igual modo la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, diseccionaba en cuanto a la distinción entre datos «sensibles» y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el «perjuicio» exigido, mientras que en los datos «no sensibles», no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles.

Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos «sensibles», suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad («núcleo duro de la privacidad»): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual artículo 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del artículo 197.2 CP; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, pues toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad (art. 7.1 Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). La historia clínica definida en el artículo 3 de esta ley como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, estaría

comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso, como hemos descrito, determina el perjuicio de tercero; el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos, sobre los que el ordenamiento le otorga un mayor derecho a controlar y mantener reservados, se desvelan ante quien no tiene autorizado el acceso a los mismos.

Pudiera entenderse que al ponderar ya esta circunstancia para aplicar el tipo básico del artículo 197.2, ya no cabría acudir al 197.6, pues la afectación de la conducta prohibida sobre datos sensible sería objeto de una doble desvaloración, al servir para integrar el tipo básico del 197.2 y a su vez el tipo agravado del 197.6; pero sucede que la Audiencia Provincial, sólo acude a la imposición de la pena de prisión y de multa en su mitad superior, que autorizaría una vez el artículo 197.6 y otra el artículo 198, en una ocasión, precisamente para evitar una doble incriminación. Dicho de otra manera, la pena impuesta en la sentencia recurrida es la correspondiente al artículo 198 en relación con el artículo 197.2, sin tener en consideración la agravación punitiva específica del artículo 197.6 que la Audiencia elude.

(STS 532/2015, de 23 de septiembre)

ARTÍCULO 252 CP

Apropiación indebida: se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 252, en relación al artículo 249, ambos del Código Penal. Se alega, en defensa del motivo, que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida, tipificado en el artículo 252 del Código Penal y que el relato fáctico no permite la apreciación de la modalidad de apropiación de dinero recibido indebidamente por error del transmitente.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 254 del Código Penal, en supuestos parecidos al que ahora examinamos. Así, en la Sentencia 44/2007, de 29 de enero, se declara que no hay duda de que la actuación de los acusados es antijurídica y dolosa. El problema es determinar su ubicación en cuanto a la tipicidad se refiere. Y se señala que la conducta de los acusados que allí se describe, no puede ser incardinada en el tipo delictivo del artículo 252 CP porque este delito de apropiación indebida requiere inexcusablemente que las cosas, el dinero o los efectos recibidos lo hayan sido en virtud de «un título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos», lo que implica necesariamente el conocimiento del agente de la existencia de ese título, es decir, del negocio jurídico preexistente que ha generado la recepción y la eventual y posterior obligación de devolverla. Este elemento subjetivo del delito es claro que no concurre en los hechos que se imputan a los acusados, puesto que, como ya se ha dicho, no hay datos en el «*factum*» que indiquen que los acusados participaran en el acuerdo ni tampoco alusión alguna en la sentencia de que tuvieran conocimiento del mismo, como «título» generador de la recepción del dinero. Excluida pues la tipicidad del artículo 252 CP, la cuestión reside en determinar si la conducta descrita en el «*factum*» es incardinable en el artículo 254 CP propugnada por el Fiscal, es decir, si

estamos ante un supuesto de recepción indebida por error del transmitente del dinero y que, comprobado el error, no se proceda a su devolución. La respuesta debe ser afirmativa, la transferencia del dinero a personas que nada tenían que ver con ese negocio jurídico debe considerarse un error del transmitente generado por la actuación del vendedor, pues a quien el comprador quería pagar era al vendedor, no a quienes recibieron el dinero. Por otra parte, y desde la perspectiva de quienes recibieron el dinero (los acusados), también se trataba de un error de quien había hecho la transferencia, puesto que dichos acusados sabían perfectamente que el dinero por ellos recibido no obedecía a ninguna deuda de que la empresa fuera acreedora, ni a ningún negocio causal de la misma, ni existía razón alguna que justificara la recepción del dinero, por lo que, debe concluirse que desde la posición de los acusados que se expone en el «*factum*» de la sentencia, se trataba de una recepción indebida, que no podía obedecer a otra causa que la del error del ordenante de la transferencia.

Y con similar criterio se pronuncia la Sentencia 1416/2004, de 2 de diciembre, en la que se expresa que el tipo penal del artículo 254 del Código Penal recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del artículo 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta. La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los artículos 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva. Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución.

A tenor de los hechos que se declaran probados a los que antes se ha hecho referencia, completados con los datos que se indican en el segundo de los fundamentos jurídicos, los hechos no se subsumen, como se pretende por el Ministerio Fiscal, en el artículo 252 del Código Penal, en cuanto no puede hablarse de la existencia de depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de devolver o entregar lo que se hubiera apropiado una vez recibido legítimamente, presupuestos que son precisos para apreciar un delito de apropiación indebida. Por el contrario, si concurren, acorde con la jurisprudencia que se ha dejado expresada y con los razonamientos expuestos en la sentencia recurrida, cuantos elementos caracterizan el delito de apropiación indebida en la modalidad tipificada en el artículo 254 del Código Penal ya que la acusada, una vez advertida del ingreso erróneo, procedió a la realización de actos de disposición de su casi totalidad, lo que constituye la conducta típica en su modalidad de no proceder a la devolución una vez sabedora del error del transmitente, con evidente ánimo de apropiación.

(STS 30/2015, de 22 de enero)

ARTÍCULOS 260 Y 290 CP

Insolvencia punible. Delito societario. Reforma operada por la LO 1/2015: Recurre en casación la representación procesal del condenado en instancia, como autor de un delito de insolvencia punible del artículo 260 en su anterior redacción y de un delito societario del artículo 290, formulando tres motivos por infracción de precepto legal, por error iuris.

(...) Este delito societario de falsedad contable tipificado en el artículo 290 del Código Penal goza de autonomía propia, más allá de que criminológicamente se presente frecuentemente como instrumental de otros ilícitos penales; viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero (cfr. STS núm. 863/2009, de 16 de julio).

(...) El perjuicio efectivo, en ningún caso, resulta elemento del tipo básico calificado en autos, pues de llegarse a causar, se aplicaría el subtipo agravado incorporado en el segundo y último párrafo del artículo 290 del Código Penal.

(...) en el delito del artículo 260, la declaración de quiebra es el hito cronológico final, es la meta de la discurrir comisivo que tipifica; no el momento inicial o casilla de salida que presupone el recurrente; así la STS núm. 40/2008, de 25 de enero, expresamente refiere que «la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a la insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente, concurso) declarado judicialmente. Más allá no se extiende el delito. Los hechos posteriores que puedan ser ilícitos penales, tendrán por consiguiente otra calificación jurídica, pero ya no podrán ser objeto de consideración en el concurso o quiebra fraudulenta (por emplear la terminología anterior). De ahí que el Código penal, en el artículo 259 del Código penal, para cubrir este vacío, incrimine los actos que lleven a cabo el deudor, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posesión del resto. O al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél (art. 261)».

(...) esa es la conducta en qué consiste el delito de insolvencia punible, el vaciamiento o desaparición de bienes de la sociedad, que posteriormente debían integrar la masa, de forma que agravó la situación de insolvencia en que se encontraba e imposibilitó o, al menos dificultó en gran medida el cobro de los acreedores.

(...) la conducta de autos, sancionada por el artículo 260 de la anterior redacción, estaría ahora tipificada en el actual artículo 259.1.1.ª CP, que castiga a quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura, con las penas de 1 año a 4 años de prisión y multa de 8 a 24 meses; y en autos, la pena impuesta por

el anterior artículo 260, con la atenuante de ordinaria de dilaciones indebidas fue de dos años de prisión y ocho meses de multa; que obviamente resultan comprendidos en la pena de 1 año a 2 años y 6 meses de prisión, y multa de 8 a 16 meses, que permitiría imponerse una vez estimada la atenuante; por lo que no procedería la aplicación de la reforma operada por LO 1/2015.

Pero sucede que al haberse estimado el motivo que determina la estimación de una atenuante como muy cualificada, la pena resultante a tenor de la anterior redacción del artículo 260, aunque se opte meramente por rebajar un grado, sería de prisión de un año a dos años menos un día y multa de 4 a 8 meses menos un día; mientras que la inferior en grado al actual 259.1.1.^a, sería prisión de seis meses a un año menos un día, y multa de tres a seis meses menos un día.

Consecuentemente, efecto concatenado de la estimación de la atenuante como muy cualificada, conlleva a su vez que se aplique la nueva redacción otorgada al Código Penal por la LO 1/2015.

(STS 760/2015, de 3 de diciembre)

ARTÍCULO 285 CP

Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Insider trading: El recurrente alega que el tipo del artículo 285 CP, exige una relación causal entre la infracción y el beneficio obtenido, pues este constituye un resultado del delito, si bien la cifra de 600.000 euros obra también como condición objetiva de punibilidad; es decir, que la información suministrada ha de ser idónea para originar dicho beneficio. Corrientes doctrinales que afirman la irrelevancia de la relación causal, donde la cifra de 600.000 euros opera como mera condición objetiva de punibilidad que diferencia los ámbitos administrativo y penal, pero el tipo se conforma con la mera infracción del deber de secreto.

(...) Para resolver el motivo, hemos de determinar la naturaleza y función de la exigencia de la obtención de un beneficio económico de 600.000 euros; pues efectivamente, conllevan consecuencias muy diversas, por cuanto, en términos generales, quienes califican la suma de 600.000 euros como resultado del delito, admiten la punibilidad de la tentativa, requieren la existencia de un nexo causal entre el resultado y el uso de la información y que ese resultado sea abarcado por el dolo del sujeto; mientras quienes defienden la tesis de una condición objetiva de punibilidad, en principio afirman la impunidad de las formas imperfectas de ejecución y la innecesaridad de que sea abarcada por el dolo del sujeto.

Este sistema de cuantía mínima, aún cuando en nuestro ordenamiento tenga su origen en el sistema establecido en los delitos patrimoniales para diferenciar diversos grados de penalidad o su diferenciación entre los tradicionales delito y falta, cumple diversa finalidad en los delitos económicos, fundamentalmente, restringir el ámbito delictivo a conductas relevantes así como delimitar el límite entre delitos e infracciones administrativas. Así, al igual que en el delito de uso o suministro de información privilegiada del artículo 285.1 CP, encontramos cuantías mínimas con tal funcionalidad, en

los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social de los artículos 305 y ss. CP, o en la legislación especial de represión del contrabando (art. 2 LO 12/1995).

La jurisprudencia, cuando ocasionalmente se ha pronunciado, se ha decantado por entender que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad; así las SSTs núm. 4.216/1990, de 27 de diciembre, 38/2005, de 28 de enero, 643/2005, de 19 de mayo, 571/2006, de 21 de abril, y 160/2009, de 12 de febrero, respecto del delito contra la Hacienda Pública; o las SSTs núm. 1156/1997, de 29 de septiembre, 435/2002 de 1 de marzo, 514/2002, de 29 de mayo, 2052/2002, de 11 de diciembre, 830/2003, de 9 de junio, 1030/2013, de 28 de noviembre, respecto del delito de fraude de subvenciones; o la STS núm. 646/2014, de 8 de octubre, respecto del delito de contrabando.

Donde, es cierto que de manera sucinta, enfatizan la finalidad de la condición objetiva de punibilidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa, de modo que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía mínima establecida como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas se relega al Derecho administrativo sancionador.

No obstante, también existe algún pronunciamiento en contra, como la 974/2012 de 5 de diciembre que predica del resultado, la cuantía de la cuota, su condición de elemento del tipo objetivo, fundamentado en que el injusto penal debe concebirse como un plus de antijuricidad respecto de la infracción administrativa, que se realizaría con el mero incumplimiento del deber sin necesidad de perjuicio adicional, es decir que no basta para fundamentar el injusto el mero incumplimiento del deber, sino que requiere el desvalor cualificado del resultado.

También hemos de precisar ahora, que ante las dos posturas doctrinales antagónicas, cabe una posición intermedia, también enunciada por el recurrente, donde la obtención de un beneficio (o el más improbable, en su caso, causación de un perjuicio) cualquiera sí constituye un resultado del delito, pero que el límite cuantitativo es una condición objetiva de punibilidad.

Por su parte la STS 1136/2010, de 21 de diciembre, en expresa consideración de este delito de uso de información privilegiada, opta por no decantarse.

La defensa de la consideración de condición objetiva de punibilidad, cuenta con diversos argumentos:

–Histórico. En el Proyecto de Código Penal de 1992, en su artículo 305, se castigaba «a quien de forma directa o por persona interpuesta usare de una información privilegiada relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido, y obtuviere, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho...»; mientras que ya en el Proyecto de 1994, en su artículo 281, se castigaba a quien usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores... obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico...»; a la par que en el debate parlamentario se propuso que la cuantía del beneficio se utilizara para articular una agravante específica al tiempo que se defendía que al límite cuantitativo debía servir para distinguir la infracción penal de la administrativa, texto que se aprueba en la redacción de 1995 y si vienen el actualidad su redacción proviene de la reforma operada por LO 15/2003, se mantiene la forma verbal no personal, sin explicitar conexión casual con el resultado, al sancionar a:

Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

–Gramatical. Pues la locución más adecuada para entender la cuantía como resultado, sería la inicial de «usare para obtener» y no el gerundio «obteniendo», forma no personal carente de definición respecto al tiempo, modo, número y sujeto; aunque denota una cierta perdurabilidad.

–Teleológica, en función del bien jurídico protegido. En el delito de abuso de información privilegiada no se incriminan fraudes patrimoniales sobre patrimonios individuales ajenos ni se protege se protege de forma directa e indirecta el patrimonio del inversor; a diferencia de lo que ocurre en los clásicos delitos contra la propiedad, no es posible en el delito de abuso de información privilegiada establecer una relación causal entre la conducta del *insider* o iniciado y un correlativo perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo, pues la operación del *insider* no es la causa de la decisión del inversor para la compra o venta de títulos-valores; el inversor, ya estaba dispuesto a realizar esa compra o esa venta a ese concreto precio.

Por tanto, el bien jurídico tutelado, no resulta afectado de manera frontal por una concreto beneficio o perjuicio obtenido, sino por el quebranto de la igualdad de oportunidades de los inversores respecto al acceso a la información que evite que nos sujetos obtengan indebidamente una posición de ventaja cognoscitiva por la posesión de información relevante reservada; transparencia informativa que posibilita además la confianza de los inversores en el funcionamiento del mercado. En igual sentido, la STJCE de 23 de diciembre de 2009, en el asunto Spector (C45/08), recuerda que la finalidad de la Directiva que tutela el sector, es la de garantizar la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada.

–Dogmática. a) Porque en la cotización bursátil, influyen de manera directa e indirecta una multiplicidad de factores, de imposible previsibilidad en su ponderación global, además del componente aleatorio en alguno de ellos, de modo que difícilmente podrán ser abarcados por el dolo. Siempre habrá un componente futuro e incierto, además de invariable cuantificación, que no depende de la conducta del iniciado ni la hace más reprochable. Los factores conocidos se reflejan en los precios de mercado eficientes, pero es doctrina asumida y empíricamente acreditada en las recientes crisis, que las principales fuentes de la inestabilidad del mercado, son factores desconocidos.

b) Pero especialmente, en el tipo concurrente en autos de «suministrar» la información relevante para la cotización de un determinado valor a un tercero, donde la producción del concreto resultado depende de la ulterior actuación del receptor de la información que será quien mantenga el dominio del hecho, pues es quien decide utilizar dicha información y en qué cuantía; de modo que si responde del delito el iniciado que se limita a la provisión al tercero de la información que no debía transmitir, es meramente por asumir, al menos eventualmente que éste iba a utilizarla y que su utilización sería objetivamente idónea para la obtención del beneficio (o en su caso la causación del perjuicio); pero la efectiva utilización y causación de dicho beneficio (o en su caso de un perjuicio) superior a seiscientos mil euros sobre la que carece de todo dominio, solamente podrá integrar una condición objetiva de punibilidad.

En definitiva, al margen ya de las consideraciones de si en estos tipo de infracción de deber, la diferenciación con la mera infracción administrativa, no viene dada sólo por la cuantía mínima exigida, sino que deben añadirse diferencias cualitativas de la diversa naturaleza del delito frente a los ilícitos administrativos, no sugeridos en la norma; y al margen de su viabilidad respecto de otros delitos económicos, lo cierto es, que respecto de la concreta figura típica objeto de este proceso, dentro de las alternativamente previstas en el artículo 285.1 CP, el suministro de información relevante

para la cotización de un determinado valor, la obtención del específico beneficio (o en su caso perjuicio) superior a seiscientos mil euros, depende, al margen del componente de las vicisitudes del mercado antes descritas, de la conducta del tercero, quien decide de manera autónoma, intervenir o no en el mercado con la información privilegiada que le ha suministrado el iniciado; y ello con independencia de la efectiva intención que este tuviera cuando le comunicaba la información a este tercero.

De ahí, que al mediar necesariamente para obtener el beneficio, un acto volitivo de tercero sobre el que suministrador no tiene dominio del hecho alguno, la consecución de seiscientos mil euros de beneficio, integra una auténtica condición objetiva de punibilidad, completamente independiente de la conducta del autor y de su culpabilidad, pero que determina su punibilidad.

La consecuencia es, que por la propia dicción típica, en ningún caso cabe determinar la relación de causalidad entre la conducta del iniciado que proporciona la información a otro y la efectiva obtención de un beneficio, tras su utilización en el mercado de valores (u otro mercado organizado, oficial o reconocido) por «el otro», cuando esa intervención en el mercado, como es el caso, deriva de la autónoma voluntad de alguien ajeno a quien suministra la información. Ello, abstracción hecha de la incidencia, en su caso, de las reglas generales de la participación del particular en el delito especial propio, aquí no suscitada.

Otrora cuestión, es que el suministro de la información relevante, dadas las circunstancias personales y profesionales conocidas del receptor, deba ser apto, como aquí ocurre, para generar dicho beneficio. Pero en modo alguno la estructura típica de la conducta sancionada posibilita la exigencia invocada por el recurrente de que el resultado sea imputable objetivamente a la acción (...), cuando media ruptura de la relación causal por la acción de tercero.

(STS 491/2015, de 23 julio)

ARTÍCULO 318 BIS CP

Actos de favorecimiento o promoción de tráfico ilegal o inmigración clandestina. Reforma operada por la LO 1/2015: Reitera el Ministerio Fiscal la pretensión de condena de los acusados por el delito previsto y penado en el artículo 318 bis 1 y 3 del Código Penal, redacción vigente al tiempo de los hechos y que, según expone en el trámite que venimos de abrir, estima también sancionado en la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 1/2015, siquiera con inferior penalidad

El artículo 318 bis.1, hasta la Ley Orgánica 1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de «tráfico ilegal o inmigración clandestina», desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.

Tras la citada reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a «entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros»,

Por su parte el artículo 313.1 del Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010. Ésta

circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina.

Es decir, desde la vigencia de la reforma de 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de la misma conducta (favorecer la inmigración) en los artículos 313.1 y 318 bis 1 del Código Penal. Como se advertía en la exposición de motivos el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios añadiendo...como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1.

Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales.

Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, –exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)– puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa. La lectura de éstas permite comprender que no toda ilegalidad es equiparable a clandestinidad.

Nuestra Jurisprudencia, anterior a la última reforma ya había hecho severas advertencias. Valga por todas la STS 678/2014, de 23 de octubre:

No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros. En este sentido la STS n.º 147/2005, de 15 de febrero. Pero ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.

Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina... En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. (STS n.º 1465/2005)...».

En cualquiera de los casos, decíamos en la STS n.º 1087/2006, «no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (art. 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable».

Respecto del tráfico ilegal, ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración

(STS 284/2006, de 6 de marzo). Varias sentencias de esta Sala se han pronunciado sobre el particular, destacando los aspectos formales relacionados con la ilegalidad, aunque sin excluir la exigencia de algún factor de riesgo para los derechos del ciudadano extranjero afectado, elemento que en la mayoría de los casos se extrae sin dificultad de la situación en la que las personas sujetos pasivos de la conducta son trasladadas por quienes se aprovechan de su situación.

Tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, la previsión del artículo 318 bis 1, aquí examinada, coexiste, en lo que aquí interesa, con otras dos previsiones incluidas bajo la rúbrica del Título XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. La primera, en el artículo 312.1, que sanciona a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra. Y, la segunda, en el artículo 313, que sanciona al que determinare o favoreciere la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, conducta ya prevista con anterioridad en el número segundo de dicho artículo en su redacción anterior a la referida Ley Orgánica.

De esta forma, los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis. A estos efectos no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 y el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión legal sea coincidente. El primero, generalmente concretado en la cesión de trabajadores o en la colocación ilegal de los mismos, se dirige a proteger los derechos de los trabajadores como tales, y se encuentra castigado con una pena comprendida entre dos y cinco años de prisión. Pena inferior a la comprendida entre cuatro y ocho años de prisión contemplada en el artículo 318 bis, precepto, como se ha dicho, orientado a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros, en cuanto personas, especialmente los referidos a su dignidad, libertad y seguridad, que pueden ser restringidos o ignorados cuando se encuentran en movimientos de tipo migratorio o similares desde, en tránsito o con destino a España o, ya en la actualidad, a otro país de la Unión Europea, y son colocados generalmente por grupos de tipo mafioso, en situaciones de irregularidad administrativa en materia de extranjería en los países por los que transitan o a los que son conducidos.

El nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas.

Por un lado no cabe olvidar que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos «contra los derechos de los extranjeros», y éstos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo migratorio. De ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, —como sugiere la citada rúbrica— objeto de la infracción.

La recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Así lo recordaba incluso el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012 al advertir de la naturaleza de intervención última, y mínima, de la sanción penal.

De ahí que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, puede considerarse delictiva. Como ocurre con las denominadas infracciones leves del artículo 52 de la Ley Orgánica reguladora de extranjería. A modo de ejemplo la

consistente en: Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular. O La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico.

Como tampoco debe considerarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave. A título de ejemplo Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

Este deslinde de la infracción administrativa respecto de la delictiva aparece así, no en el Código Penal, pero sí en la legislación administrativa: Como en el caso que acabamos de citar, o en determinadas infracciones tenidas administrativamente por muy graves: artículo 54 1, b), c) o f).

Curiosamente la ley sanciona (art. 53.1 g) como infracción leve la «salida» de territorio español por puestos no habilitados, sin documentación o incumpliendo prohibiciones. Pero no prevé como infracción la «entrada» con esas mismas circunstancias. Sin embargo era doctrina jurisprudencial a partir de un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda que: el facilitar un billete de avión a personas que carecen de permiso de trabajo permitiéndolas pasar por turistas, es una inmigración clandestina (Acuerdo de 13 de julio de 2005). En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (S. 28 de septiembre de 2005; 19 de enero de 2006) y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España (S.^a 12 de diciembre de 2005); del mismo modo las SS. 19 de enero de 2006, 6 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006 declaran que es tráfico ilegal la entrada como turista con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. (STS 167/2015 de 24 de marzo; 298/2015 de 13 de mayo).

Tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa.

El Ministerio Fiscal acusó bajo el título de condena del artículo 318 bis, excluyendo la imputación del delito del artículo 313. 1, conforme a las redacciones existentes al tiempo de los hechos que fue anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010).

Y, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, mantiene como título de condena la norma del artículo 318 bis) 1 en su nueva redacción, manteniendo la exclusión del artículo 313, en cualquiera de sus redacciones.

(...) Sin necesidad de oír al reo, si la nueva norma no incluye como supuesto típico el hecho tal como es descrito en la sentencia de instancia, resulta más favorable y a ella hemos de atenernos.

El hecho probado declara que el recurrente ofreció a determinados ciudadanos chinos «emigrar a territorio español» con ciertas condiciones configuradoras de la relación de trabajo que, ya en España les vincularía. En el caso de algunos de ellos el recurrente, valiéndose de su amistad con otro coacusado (D. Raimundo), logró de éste

sendas ofertas y contratos simulados, junto con correspondientes altas en la seguridad Social. La simulación consistiría en que figuraba como ofertante y empleador el amigo y no el recurrente, cuando el trabajo del inmigrante se desempeñaría realmente para dicho recurrente

No se nos explica en la sentencia, ni en el recurso, cuál sería el agravio que en el orden de la situación laboral de los inmigrantes pasarían a sufrir éstos por no hacer figurar al recurrente en vez de a su amigo como ofertante de empleo y empleador, además de contribuyente a la seguridad social. La sanción que origine la situación laboral a que fueron sometidos aquellos inmigrante será objeto de posterior consideración como lo fue de separada imposición en la sentencia de instancia al amparo del artículo 311 del Código Penal.

Desde luego, valorar ese mismo elemento como determinante de la tipicidad del artículo 318 bis, para justificar la lesión de los derechos de tales ciudadanos extranjeros, implicaría una proscrita doble sanción de «lo mismo». Y, en todo caso, resulta necesario dilucidar si aquella falta a la verdad, en el texto de las ofertas y contratos presentados, tiene la relevancia penal que impida su consideración como mera infracción administrativa.

Dice la sentencia que lo que movió a los acusados a esa simulación era obtener un permiso gubernativo de residencia y otro de trabajo, evitando las sospechas de la Administración dado el elevado flujo migratorio de ciudadanos chinos (compatriotas de los acusados).

Lo que no nos dice la sentencia, ni el Ministerio Fiscal en su recurso, es qué sea lo eventualmente sospechable, la relación con ello de la persistencia de una misma persona como ofertante de empleo y empleador y la funcionalidad de la simulación para conjurar el riesgo de obtención de aquellos permisos administrativos

Mucho menos se detienen la sentencia o el Ministerio Fiscal en tipificar la concreta infracción administrativa cometida por la falta a la verdad en los documentos presentados ante la Administración en lo relativo a la identidad del empleador real. Tanto más exigible tal precisión, dentro de la genérica falta de licitud por no veraz, cuanto que, como veremos, aquella falta a la verdad no constituye el delito de falsedad que se imputa.

No satisface la exigencia de concreción a que nos referimos la invocación del artículo 25 de la ley de extranjería: 1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Y ello porque de tal hecho no se deriva la vulnerabilidad de los inmigrantes. El propio Ministerio Fiscal acaba remitiendo a otro hecho para justificar la afirmación de tal vulnerabilidad: la retención por el acusado de los pasaportes de los inmigrantes. Pero eso es ajeno al delito de inmigración que estudiamos ahora. Y, por otro lado, porque sigue sin identificarse cuál sería la infracción administrativa, a elevar a infracción penal, que la infracción del citado precepto (art. 25) originaría de entre las enumeradas en los artículos 51 y siguientes de la misma ley de extranjería.

Por ello concluimos que, tras la reforma operada en el texto del artículo 318 bis del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, no cabe calificar los hechos probados como constitutivos de dicha infracción.

(STS 646/2015, de 20 de octubre)

ARTÍCULO 325 CP

Delito contra el medio ambiente. Exigencias típicas. Ruidos insopportables para el vecindario. La exposición prolongada a un alto nivel acústico produce en las personas patologías similares a las detectadas en los perjudicados (hipertensión arterial, cansancio, trastornos ansiosos depresivos, hipoacusia neurosensorial bilateral, arritmia cardíaca, etc.). No es necesaria la causación de daño físico o material, bastando la posibilidad de producirlo: peligro potencial. En cualquier caso el daño moral es indemnizable.

De entrada debemos afirmar que la acusada no pone en entredicho que los hechos resulten subsumibles en el artículo 325 CP, sino solo se afectaría a los daños morales, y ello es así por cuanto tratándose del tipo previsto en el artículo 325 que constituye un delito de peligro potencial, no es necesario que los insopportables ruidos hubieran ocasionado un daño real y efectivo en la salud de los afectados, ya que el delito se consuma con la infracción de las normas protectoras del medio ambiente con afectación potencial del mismo, surgiendo la cualificación si el riesgo de grave perjuicio pudiera repercutir en la salud de las personas, como es el caso.

Ante el propósito inequívoco de la recurrente de negar cualquier relación de causalidad entre el nivel de ruido soportado por los querellantes y los problemas físicos detectados, lo único que se acredita para justificar la indemnización por daños morales es que la exposición prolongada a un alto nivel acústico produce en las personas patologías idénticas o similares a las padecidas por los afectados, según los hechos probados (hipertensión arterial, cansancio, trastornos ansiosos depresivos, hipoacusia neurosensorial bilateral, arritmia cardíaca, etc.).

El médico forense, desconocedor de la situación previa de los ofendidos, no puede establecer con un absoluto rigor que los padecimientos físicos sean todos ellos causa directa del excesivo ruido, lo que no impide que aunque tuvieran previamente tales patologías, la exposición prolongada a ruidos los agravara. En cualquier caso la indemnización del daño moral, efecto de la conducta típica está justificado y resultaba obligado establecerlo por el Tribunal al ser interesado por el M.º Fiscal y la acusación particular.

Item más el dictamen pericial no niega de forma categórica la relación de causalidad entre la perturbación acústica soportada y los daños físicos (relación entre el agente causal y patología detectada), ya que figurando en autos las historias clínicas de los afectados, en las mismas no aparece que éstas presentasen con anterioridad a los hechos enjuiciados ninguno de los problemas en su salud que a raíz de los mismos se le ocasionaron.

En cualquier caso quedó acreditado por el dictamen que ambos estuvieron expuestos por un período prolongado a una contaminación acústica superior al nivel permitido y susceptible de ocasionar daños en las personas.

(STS 557/2015, de 6 de octubre)

ARTÍCULOS 325 CP

Delito contra el medio ambiente: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono: El dolo eventual colma las exigencias culpabilísticas del artículo 325 CP. Gravedad del riesgo para el ecosistema derivada de la persistencia en el tiempo de las emisiones y su volumen global. Subtipo agravado derivado de la clandestinidad de la industria: fundamento. Es delito especial. No es apreciable en una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito. La atenuación derivada de la reparación (artículo 339 CP) no es en principio comunicable a todos los partícipes. Solo beneficia por regla general al que efectúa la acción reparadora. Responsabilidad civil en los delitos contra el medio ambiente: los títulos de condena a una indemnización como consecuencia de una actividad delictiva no consienten la fijación de indemnizaciones simbólicas, en el sentido de no ser estrictamente compensatorias, y venir referidas a la colectividad en general y no vinculadas a unos daños concretos causados a una persona, física o jurídica, identificable.

En efecto el tipo del artículo 325 CP: 1995 (STS 1527/2002 de 24.9), requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.

Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquella (STS 442/2000, 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.

En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el

conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluya del juicio histórico».

(...) Tiene razón el recurso cuando argumenta que la caracterización del delito del artículo 325 como delito de peligro hipotético no relaja las exigencias probatorias. Ciertamente: ha de quedar acreditada la idoneidad de las emisiones para afectar a la salud de las personas, aunque no un efectivo y concreto daño. Pero aquella está efectivamente probada mediante los extensos y solventes informes periciales realizados.

Son imaginativos y hábiles y astutos los ejemplos con que se contrargumenta; pero no son asumibles:

a) Por supuesto que la liberación por un particular de los gases de un solo frigorífico no encaja en el delito del artículo 325 CP. ¡Claro que hay escalas de gravedad! Pero en los daños acumulativos que afectan al medio ambiente el hecho de que determinadas contribuciones por su nimiedad no colmen las exigencias típicas no excluye que otras similares persistentes y de mayor volumen sí puedan cubrirlas. Verter en una ocasión aguas domésticas con detergentes nocivos en un cauce fluvial no conforma un delito contra el medio ambiente. Pero unos vertidos industriales masivos o persistentes en el tiempo de esas mismas aguas contaminantes sí serán incardinables en el artículo 325 CP.

b) Por iguales razones el hecho de que estén autorizados y avalados legalmente determinados cupos de liberación de esos gases con efecto invernadero y que la política global se encamine hacia una reducción progresiva compatible con una relativa tolerancia en relación con algunas actividades, no es decisivo.

La tolerancia hasta diciembre de 2019 no significa que hasta esa fecha está descartada la posibilidad de considerar delictivas esas emisiones. Esto es obvio. Es un problema de sacrificio de intereses ponderados por el legislador. Es el legislador y en su caso otros poderes públicos quienes están llamados a determinar qué es lo admisible y en qué condiciones. Fuera de esos espacios marcados normativamente, se entra en la ilicitud, en su caso penal. Es una cuestión de riesgos permitidos. El agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global ciertamente solo se explican partiendo de una pluralidad indeterminada de emisiones. Muchas se mueven en espacios de riesgo permitido. Pero donde la norma protectora del medio ambiente levanta barreras cesa la permisión y se abren las puertas a la intervención sancionadora, también penal eventualmente. El poder legítimo tolera algunas actividades de peligro (uso de vehículos particulares, industria que no sobrepasa ciertos niveles contaminantes) pero prohíbe otros riesgos. Aquéllos no justifican estos. Las decisiones sobre prohibiciones y permisión de riesgos legítimamente adoptadas no enturbian la aplicación del derecho penal. En esa contaminación por acumulación la tolerancia reglada de algunas actividades no legitima las prohibidas.

(...) Entre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) figuran los frigoríficos y otros aparatos enfriadores pues, como señala la Audiencia, utilizan tanto en sus circuitos como en las espumas que los aíslan, gases compuestos por derivados de cloro, que son las principales sustancias agotadoras del ozono [Reglamento CE 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (SAO), y Reglamento CE 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo texto refundido de 16 de septiembre de 2009]; todo ello junto con la existencia de otros gases fluorados, que inciden en el «efecto invernadero» contemplados en el Reglamento 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 sobre gases fluorados de efecto invernadero.

Los principales gases refrigerantes usados en el circuito y espumas de frigoríficos son del tipo CFC: R1 «Triclorofluorometano» y R-12 «Diclorofluorometano» y de tipo HFC: R-134 «Tetrafluoroetano».

Si tal norma obliga a la descontaminación y se incumple esa prescripción, es obvio que se ha vulnerado una normativa destinada a tutelar el medio ambiente. Es un sofisma o un juego de palabras valerse de la genérica explicación de la exposición de motivos de la ley para pretender que esa norma no está impidiendo, precisamente al obligar a la descontaminación, la conducta contraria, es decir la liberación de los gases de esos aparatos. Indirectamente por supuesto que incide en las emisiones atmosféricas.

Las políticas globales de reducción progresiva de esas emisiones no convierten en conforme a derecho la conducta. Reducir exige prohibir tajantemente algunas emisiones y tolerar simultáneamente otras que podrían paulatinamente ir disminuyéndose. Las prohibiciones no pierden de manera absurda su fuerza por eso. Hay conductas semejantes –también dañinas– pero toleradas por el ordenamiento por exigencias sociales. Esas no son delictivas, pero no porque no causen daño al medio ambiente (lesividad) sino porque cuentan con respaldo administrativo y legal en virtud de decisiones políticas y normativas que valoran pros y contras. Cuando no se cuenta con esa autorización, el tipo penal despliega toda su eficacia.

(...) Se niega que exista grave perjuicio para la salud de las personas.

Debe aclararse antes que nada que no es necesario un deterioro irreversible para colmar las exigencias del tipo básico. Ese resultado solo es elemento de uno de los subtipos agravados del artículo 326 CP. El recurrente mezcla en su argumentación ambos planos (SSTS 722/2009, de 1 de julio de 2009 o 96/2002, de 30 de enero).

La hipotética recuperación de la capa de ozono permitiría, en su caso, (es inútil a los efectos de resolución de este asunto indagar sobre eso) excluir el subtipo agravado, pero no el básico que es el aquí apreciado y que no requiere irreversibilidad.

El argumento basado en el ilícito por efectos acumulativos no es de recibo. Por esa vía el delito contra el medio ambiente perdería casi totalmente su operatividad: cuantos más infractores surgiesen paradójicamente menos responsabilidades serían exigibles. La persistencia en la actividad según razona bien la sentencia de instancia (fundamento de derecho primero, apartado 2.b) justifica la «gravedad» correctamente apreciada. Nada puede añadirse a la clara y persuasiva argumentación de la Audiencia que se hace eco de las contundentes conclusiones del informe pericial después de un magnífico estudio y explicación de la naturaleza del delito medio ambiental como delito de peligro hipotético.

La STS 96/2002, de 30 de enero es uno de los variados referentes jurisprudenciales sobre este concreto punto: «La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero). La valoración que hace el Tribunal *a quo* de las pruebas practicadas es inmune, como tantas veces ha declarado esta Sala, a su revisión en sede casacional en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional apreciación, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del cauce casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP –y antes el 347 bis– habrá que acudir, como dijo la citada Sentencia 105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Los hechos son subsumibles en el artículo 325 del CP como postula el Ministerio Fiscal al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos. Su argumento esencial es asumido por esta Sala. Se funda en las siguientes razones: 1.º) En la intencionada realización por parte de los acusados de un depósito y vertido de los 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables. 2.º) Esa acción anterior se materializa en un lugar no autorizado, vulnerando la normativa administrativa más elemental de protección del medio ambiente que prohíbe tajantemente el abandono incontrolado de aquellos residuos tóxicos y peligrosos, y 3.º) Se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante. No nos encontramos ante el tipo de gravedad máxima previsto en el apartado e) del artículo 326 del Código penal que contempla el tipo agravado para aquellos actos contaminantes que hayan producido un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

(...) Se tilda de insuficiente a la motivación de la sentencia (art. 852 en relación con artículo 24.1).

La queja es infundada

a) se protesta por tratarse de la primera sentencia condenatoria por emisiones con efecto invernadero.

¿Y?

Este monosilábico interrogante desmonta el argumento. En toda modalidad delictiva habrá siempre una primera vez. Si no, sería imposible que hubiese segundas o terceras, o sucesivas condenas.

b) Parece preguntar por qué se les condena a ellos cuando es de suponer que habría otros muchos intervinientes o posibles autores de conductas similares y por tanto eventuales delincuentes.

El argumento es un sofisma: fuera de la legalidad no cabe invocar un derecho a la igualdad. c) Se vuelve al tema de si el pago de unos cánones junto a la pertinente autorización (derecho de emisión) conforme a determinada legislación actuaría como causa excluyente de la responsabilidad penal. Así es. Se contaría con una eximente; o, si se prefiere, estaríamos ante un elemento negativo del tipo. No es momento de adentrarse en el debate sobre su categorización dogmática. Las emisiones autorizadas no son típicas. Lo pueden ser las no autorizadas como las aquí enjuiciadas.

¿Es eso arbitrario? Lo sería no está concreta condena, sino en su caso la política emprendida. No es un Tribunal el lugar adecuado para debatir sobre eso. En la distribución de riesgos permitidos y riesgos prohibidos tanto en esta como en otras materias los poderes públicos efectúan una ponderación atendiendo a diversos factores. En ese marco ha de moverse el ciudadano y el juzgador al aplicar la legislación.

(...) El motivo final de estas recurrentes se queja por la fijación de la indemnización. El delito contra el medio ambiente no llevaría aparejada responsabilidad civil.

No puede aceptarse sin más ese planteamiento. Pese a ser un delito de riesgo cabe apreciar en algunos supuestos daños indemnizables. Aquí se ha apreciado un daño potencial cuantificado de forma razonable y con una motivación expresa en absoluto arbitraria sobre las pautas a seguir para fijar la cuantía a abonar que se basa en unos informes periciales.

Pese a ello no le falta razón a las entidades recurrentes.

Ciertamente en el hecho probado se declara causado un daño ambiental. Pero de la remisión al informe pericial y a los criterios de cuantificación –valor de mercado de

los derechos de emisión de CO₂ y otros gases de efecto invernadero– se infiere que no estamos propiamente ante un daño concreto indemnizable a perjudicados específicos, sino más bien ante la lesión potencial o hipotética de un interés difuso y colectivo que se trata de evaluar de manera imperfecta a través de un método homologable a alguna *condictio*. Se evita con ello que la lesión ambiental ocasionada redunde en beneficio del infractor, ni siquiera a través de un mecanismo de ahorro.

¿Es esa responsabilidad civil nacida del delito encajable en alguno de los títulos contenidos en los artículos 109 y ss. CP? Esa es la pregunta que hemos de contestar.

Cuando del delito contra el medio ambiente se derivan perjuicios cuantificables ocasionados en bienes de titularidad concreta (ora pública, ora privada), la infracción llevará aparejada indefectiblemente una indemnización, siempre substitutiva de la reparación que es la medida preferente (artículo 339 CP), en favor de los concretos titulares damnificados identificables.

Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el artículo 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: –el que contamina, restaura–, que ha desplazado a un segundo plano al clásico el que contamina paga.

Cuando no es posible la reposición al anterior estado de cosas ni se detectan daños singularizables y afectantes a sujetos jurídicos identificables, y no meramente los difusos y colectivos daños asociables a todo delito contra el medio ambiente deformaría el instituto de la responsabilidad civil la búsqueda de un subrogado más o menos simbólico. Se desnaturaliza la esencia de la responsabilidad civil y en particular de su vertiente indemnizatoria regulada en el CP. El pago de una indemnización cuantificada de forma más o menos razonable –lo que debiera haberse abonado en caso de estar autorizadas esas emisiones– a una Administración Autonómica y en concreto a uno de sus departamentos, aquél en que se concentran sus competencias en materia de medio ambiente, es solución imaginativa, sensata, razonable, con sentido... pero no acoplable a los contornos definidos de la institución de la responsabilidad civil nacida de delito desarrollada en los artículos 109 y ss. CP y cuya naturaleza, fundamento y principios son esencialmente idénticos a la regulada en el Código Civil (*vid.* sus artículos 1092, 1093 y 1902 y ss.). La indemnización contemplada en esos preceptos tiene función compensatoria y no sancionadora, ni de restitución de un enriquecimiento (o ahorro) injusto.

Muchos delitos de riesgo ocasionan daños difusos o poco concretables o presumibles o indirectos y futuribles, no exactamente cuantificables y afectantes no a personas o instituciones, sino a la sociedad en general. Por acudir a un socorrido ejemplo, de los delitos contra la salud pública de los artículos 368 y ss. CP derivarán efectos en las condiciones físicas y psíquicas de personas indeterminadas, gastos en el sistema sanitario, deterioro en las condiciones de algunos trabajadores: la actividad ilegal de tráfico de drogas acarrea daños sociales a veces con una traducción económica clara e innegable –aunque sea difícilmente cuantificable–. Pero no se incluye en la responsabilidad civil nacida de delito, ni siquiera a través de un bienintencionado estiramiento del concepto de restitución, la «reparación» o la indemnización de esos daños, tan reales como no singularizables. No sería adecuada la fórmula de establecer una indemnización en beneficio de los servicios de salud a través de ecuaciones más o menos justificadas ensayando cifras aproximativas a los daños que causa determinada cantidad de droga consumida por una población; o los gastos que ha de invertir el Estado en atender adicciones a sustancias estupefacientes: estaríamos desbordando lo que es la responsabilidad civil nacida de delito.

Igualmente en otras infracciones se detecta un ahorro derivado de la actividad delictiva que precisamente por ser delictiva, se desarrolla de manera oculta y clandestina (no en el sentido del artículo 326 CP). Quien edifica en zonas protegidas no solicita lógicamente licencia. Además de cometer un delito contra la ordenación del territorio se ahorra esos costes. Quien posee un arma sin la preceptiva licencia tampoco abona las tasas ligadas a esa autorización administrativa. No se acuerda en esos casos como responsabilidad civil que el detentador del arma o el constructor paguen lo que debieran haber abonado a la Administración en concepto de tasas o similares.

Estas ideas no excluyen la posibilidad de especiales mecanismos jurídicos con esos fines; pero han de estar expresamente previstos. En concreto:

a) Un principio de política criminal básico es conseguir que el delito no sea nunca rentable. Está afirmado en múltiples convenios internacionales de materias muy dispares. Para alcanzar esa finalidad el ordenamiento penal dispone de algunas herramientas; especialmente el decomiso. También, la pena de multa, tanto proporcional como impuesta por el sistema de días-multa obedece de manera indirecta a ese objetivo. Las penalidades conjuntas que incluyen una pena privativa de libertad junto a la pena de multa vienen basadas a veces en esa idea. Esa pena pecuniaria conjunta está presente en el delito medioambiental.

b) Alguna legislación específica prevé fórmulas para revertir lo recaudado a través de esas penas (decomiso y multa) precisamente en la prevención de la concreta actividad delictiva y en los gastos con que han de cargar las Administraciones y asociaciones del tejido social para hacer frente a los daños anudados a ella: el narcotráfico proporciona el ejemplo paradigmático de esta atinada medida de política criminal.

c) En otros campos hay mecanismos asimilables al enriquecimiento injusto o una *condictio* por intromisión que se activarán cuando están expresamente previstos en una norma. Los delitos contra la propiedad intelectual (por remisión a su legislación especial donde se identifican algunos mecanismos indemnizatorios de ese tipo) o legislación de patentes o los delitos contra el honor (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 como ha venido a resaltar la reforma de tal materia llevada a cabo por la LO 10/2010) ofrecen ejemplos de ello. De no existir esas previsiones expresas la responsabilidad civil no alcanzaría a esos conceptos.

En materia de delitos contra el medio ambiente la previsión del artículo 339 CP cubre la reparación específica como modalidad de responsabilidad civil, pero no admite fórmulas como la aquí utilizada por la sentencia al rebufo de la acusación pública. La pena de multa que acompaña a la privativa de libertad en estas infracciones es el instrumento que sirve al objetivo de fondo. De hecho aquí la indemnización acordada en realidad no está cumpliendo con su lógica y natural función resarcitoria. Parece obedecer más bien a una encubierta finalidad sancionadora en parte y en parte paliativa de un hipotético enriquecimiento injusto (no ha pagado los derechos de emisión). Esas funciones ya son cubiertas por las penas que se imponen (una de ellas, pecuniaria) sin que sea lógico superponer repercusiones económicas adicionales.

Este discurso no priva de valor al abono efectuado por uno de los condenados con carácter previo al juicio oral que ha justificado la apreciación de una atenuante de reparación. La reparación como causa de atenuación, en su caso la específica del artículo 340 CP, puede tener esa configuración más bien simbólica y no reconducible a las fórmulas más rígidas y estrictas del artículo 110 CP. Por tanto aunque la infracción contra el medio ambiente concreta no lleve anudada indemnización, caben mecanismos como el aquí articulado a través de un abono voluntario expresivo de una real operativa y eficaz voluntad de reparación que abre el paso a la atenuación correctamente apreciada (*actus contrarius*: también, v.gr. aportaciones económicas a

ONGS, que tratan la adicción podrán dar vida a una atenuante del artículo 21.5 en los delitos contra la salud pública).

(STS 521/2015, de 13 de octubre)

ARTÍCULO 325 CP

Delito contra el medio ambiente. Contaminación acústica: El recurrente denuncia la indebida aplicación de los artículos 325, 147.1 y 77 del CP.

Declara nuestra jurisprudencia –STS 410/2013, de 13 de Mayo– que el tipo penal del artículo 325 del CP tiene una estructura compleja, en la que, sobre la premisa de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, se produce la emisión de un vertido, en este caso, la causación de un ruido. Hay, por lo tanto, una acción infractora del ordenamiento y causal a la producción del ruido que supera el límite de lo permitido. La tipicidad del delito exige, además que el ruido sea valorado como gravemente perjudicial y en su conformación hemos de acudir, dijimos en la STS 152/2012, de 2 de Marzo, a criterios no sólo normativos, derivados de su acomodación a la norma que la regula, sino también de la afectación a las condiciones medioambientales y, en su caso, a las circunstancias personales del afectado por la emisión.

La STC de 23 de Febrero de 2004, al abordar un supuesto de contaminación acústica ya advertía de que el ruido, como mal que debe ser objeto de sanción no solo la de afectar a un sujeto individual, o a varios, sino que afecta, perturbándolo, a la calidad de vida de los ciudadanos. Es por ello que la calificación penal de acto de contaminación no requiere una modificación de la sanidad física del perjudicado sino que la gravedad se rellena mediante la perturbación grave de las condiciones de calidad de vida, sin perjuicio de que si concurre la perturbación en la salud física o psíquica, concurre con un delito de lesiones, como en el caso enjuiciado.

Que el ruido es un factor patógeno es algo fuera de duda, que el tipo del artículo 325 es norma en blanco cuya técnica ha sido declarada admisible constitucionalmente por no atentar al principio de taxatividad penal, aunque es técnica que debe ser aceptada con prudencia, es afirmación aceptada por la comunidad jurídica habiéndose admitido por el Tribunal Constitucional, entre otras, la STC 219/89 «... si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifican las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos u omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el artículo 25-1.º (de la Constitución) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su conexión sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicas o de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con la suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada...».

Hoy día el Medio Ambiente es un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales de los que la contaminación acústica constituye un ataque contra aquél. En tal sentido, se pueden citar como referentes normativos desde la Directiva 2002/49 C. E. de 25 de Junio de 2002 sobre la Evaluación y Gestión del medioambiental a la Ley 37/2003, de 17 de Noviembre –Ley del Ruido–.

Como precedentes jurisprudenciales se pueden citar, entre las primeras tres sentencias del TEDH, las sentencias de 9 de Diciembre de 1994, caso López Ostra vs

España, 19 de Febrero de 1998, caso Guerra vs Italia y 2 de Octubre de 2001, caso Hatton vs Reino Unido.

En esta última sentencia se relaciona el ruido como agente agresor de la intimidad domiciliaria. También del Tribunal Constitucional se pueden citar las SSTC 119/2001, de 24 de Mayo; 16/2004, de 23 de Febrero, y 25/2004, de 26 de Febrero. De esta Sala, citaremos solamente por su importancia la STS 52/2003, de 24 de Febrero. En esta sentencia se dice en relación al artículo 325 del CP que es el aplicado en la sentencia sometida al presente casacional que:

- a) El tipo del artículo 325 es una norma en blanco que exige su integración con las disposiciones normativas o reglamentarias aplicables al caso concreto, como aquí ocurrió.
- b) Que sin duda el ruido forma parte del concepto de contaminación medioambiental y así expresamente se recoge en el artículo 325 del CP.
- c) Que el artículo 325 define un delito de peligro en abstracto en la doble modalidad del tipo básico «... que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales...», así como el tipo agravado «... si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas...».

Más recientemente, pueden citarse también las SSTS 89/2013, de 11 de Febrero, y 713/2014 que han reiterado la misma doctrina, concretando la primera de las citadas que se está ante un delito que sanciona una conducta global, compuesta por una pluralidad/reiteración de acciones, por lo que se ha rechazado la tesis de la continuidad delictiva para este delito –en idéntico sentido, SSTS de 2 de Noviembre de 2004; 19 de Octubre de 2006 y 13 de Febrero de 2008.

En definitiva, la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad. En relación al elemento subjetivo del injusto éste se integra por el conocimiento para el responsable del riesgo creado por su conducta activa y pasiva, que puede ir desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo eventual según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa situación de peligro.

La declaración de los hechos probados, en cuanto se reflejan las mediciones y la incidencia en la salud de los perjudicados, generan la gravedad que exige el tipo penal aplicado –artículo 325 del CP– y las lesiones padecidas, por lo que el motivo no puede prosperar.

Finalmente, pero no en último lugar, hay que decir que el motivo incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación en la medida que el presupuesto de admisión de este cauce casacional es el respeto al *factum*, a los hechos probados, que alguna antigua jurisprudencia de esta Sala califica como «respeto reverencial» –SSTS de 17 de Diciembre de 1996; 30 de Noviembre de 1998; 956/2009 y 914/2010, entre otras–.

(STS 244/2015, de 22 de abril)

ARTÍCULO 392 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 390.1.2 CP

Falsedad documental: El recurrente considera el motivo que la falsedad realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial o mercantil, solo podrá considerarse como una falsedad en documento privado y siendo en el caso presente la acusación por falsedad en documento oficial, no privado, el principio acusatorio impediría la condena del acusado.

Centrándonos en el problema de las fotocopias, la doctrina emanada de la jurisprudencia de esta Sala en relación a las mismas y su falsedad, no ha sido, ni mucho menos, uniforme. Así, en ocasiones se atribuyó a éstos la categoría de documento, puesto que reflejaban una idea que era la misma de otro documento, el original, y si en las fotocopias se llevaban a cabo alteraciones que variaban su sentido debía reputarse contenido el delito de falsedad por la mendacidad plasmada en aquellas (STS. 1.4.91).

Otras veces, la jurisprudencia entendió que es, al menos discutible que una fotocopia pueda tener el carácter de objeto de la acción propia del delito de falsedad documental, considerando que la fotocopia podía ser un elemento adecuado para engañar, pero ello no tendría relevancia, en principio, en relación con el delito de estafa, pero no con el de falsedad, ya que las fotocopias difícilmente podrían cumplir las funciones propias de un documento a efectos del delito de falsedad, es decir, las de perpetuar y probar su contenido y la de garantizar la identidad de quien ha emitido la declaración de voluntad. Básicamente se sostiene que las fotocopias no eran documentos pues, no contienen una declaración de voluntad, dado que sólo constituyen la «foto» de un documento, es decir, la corporización de una declaración de aquellas características (STS 7.10.91).

Asimismo se mantenía que las fotocopias serán sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original y como tal documento puede ser alterado en sus elementos esenciales o aparentar la intervención de personas que no la han tenido. Cuestión distinta es cuando de lo que se acusaba es del delito de falsificación de documento oficial o mercantil, en estos casos la reproducción fotográfica sólo transmite la imagen del documento no su naturaleza jurídica salvo una posterior autenticación. De modo que una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil no podía homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá equipararse en tales supuestos, a un documento privado que la parte obtiene para su uso, sin que pudiera alcanzar el parangón.

de documento público, oficial o mercantil (SSTS 1219/2011, de 21.11, 220/2011, de 29.3, 620/2005, de 11.5), pero si la fotocopia de un documento oficial (o mercantil) se añadían elementos que pueden inducir a error sobre la autenticidad del original, la misma constituye una lesión de la legítima confianza de los ciudadanos en la veracidad de los documentos emanados de una oficina pública. En consecuencia, cuando por las circunstancias subjetivas u objetivas en que la fotocopia se utiliza, esta es idónea para generar plena confianza en su autenticidad, debe ser calificada como fotocopia autenticada y por lo tanto, constituye objeto material idóneo del delito de falsedad. Lo decisivo, en definitiva, será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material cuyo sentido o contenido se manipula o altera (STS 21.1.2005).

En definitiva, la más reciente jurisprudencia respecto al valor de las fotocopias en relación con el delito de falsedad documental, STS 386/2014, de 22.5, distingue los siguientes supuestos:

1.º Las fotocopias de documentos son sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso de que la misma fuese autenticada.

Aunque no quepa descartar en abstracto que la fotocopia pueda ser usada en algún caso para cometer delito de falsedad, lo cierto es que tratándose de documentos oficiales esta caracterización no se transmite a aquella de forma mecánica. Y, por tanto, textos reproducidos carecen en principio y por sí solos de aptitud para acreditar la existencia de una manipulación en el original, que podría existir o no como tal (STS. 25.6.2004).

2.º Por ello una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado (STS 939/2009, de 18.9).

3.º La doctrina anteriormente expuesta es aplicable a los supuestos de falsedad material, es decir cuando la falsedad se lleva a efecto alterando el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (art. 390.1.1 CP).

4.º En el caso de que la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (art. 390.1.2º), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Así cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular—en este caso documento mercantil u oficial— no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia—mero instrumento— sino el propio documento que se pretende simular (STS 1126/2011, de 2.11).

Igualmente en los casos en que partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase. No se trata de una fotocopia que se quiere hacer responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.

Como hemos dicho en SSTS 183/2005, de 18.2, 1126/2011, de 2.11, la confección del documento falso, con vocación de pasar por auténtico, puede efectuarse mediante técnicas diversas, como puede ser, a título meramente enunciativo, no taxativo o cerrado, partiendo de soportes documentales auténticos, mediante confección por imprenta de soportes semejantes o mediante escaneado o digitalización. Medios que resultan indiferentes a los fines de apreciación de la falsedad, ninguna que el resultado induzca a error sobre autenticidad.

No se olvide que en el caso de autos la modalidad falsaria no es la del artículo 390.1 en la que la alteración se produce en el mismo documento oficial, sino la prevenida en el artículo 390.1.2 «simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad», y en este supuesto la naturaleza a efectos de tipificación es la del documento que se pretende simular (documento mercantil) no la del medio empleado.

En el caso presente los documentos manipulados no eran los originales sino unas fotocopias que como tales carecían de eficacia probatoria propia del documento mer-

cantil y de su aptitud para incidir de alguna forma en el tráfico jurídico. No se trata del supuesto en que partiendo de un modelo original se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerle pasar por el original, sino que las cartas de pago son entregadas a la perjudicada sin ocultar su carecer, esto es que son fotocopias, si bien con la intención de hacer creer que son fiel reproducción de sus originales. Ello podía integrar el delito de falsedad en documento privado, pero no de documento mercantil de especial protección jurídica, al no cumplir las exigencias del documento mercantil en lo referente a las funciones que debe cumplir el documento para su consideración como tal.

(STS 11/2015, de 29 de enero)

ARTÍCULO 395 CP

Concepto penal de documento mercantil. Falsedades: El recurso ataca el encaje de los hechos en el delito de falsedad en documento mercantil. Se quieren trasladar las conductas falsarias al artículo 395 CP documento privado— tipicidad que quedaría absorbida por la estafa. A diferencia de lo que sucede con la falsedad en documento mercantil cuyo castigo como delito no exige causación de perjuicio alguno; la falsedad en documento privado requiere una vocación de perjudicar por lo que se solapa con la tipicidad de la estafa. En atención a ello, la jurisprudencia, tal y como argumenta el recurrente, considera que estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP) y no de delitos (art. 77 CP).

Es conocida la inexistencia de un concepto legal de documento mercantil lo que ha suplido la jurisprudencia con un análisis casuístico, a veces zigzagueante, del que se hace eco el recurrente.

Sirva de punto de referencia a estos efectos la STS 35/2010, de 4 de febrero:

En efecto es consolidada jurisprudencia que, al analizar el concepto jurídico-penal de documento mercantil, ha declarado ya desde la STS. 8.5.97, seguida por muchas otras, de las que son muestra las SSTS 1148/2004, 171/2006 y 111/2009, que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales «no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos: también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones

gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes (STS 788/2006, de 22.6).

En este sentido la STS 111/2009, de 10.2, con cita en la STS n.º 900/2006, de 22 de septiembre, señala que «son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades».

La STS 1209/2003 también declara expresamente esta calificación de las facturas como documentos mercantiles, que se da por supuesta en multitud de otras resoluciones en las que ni siquiera se cuestiona tal calificación. Así e modo genérico la STS 1634/2003 de 16.10 en su caso que trataba justamente la falsedad de facturas que reflejaban operaciones inexistentes».

El Tribunal *a quo* ha considerado que los documentos manipulados de oferta de vehículos en los que constaban datos de una empresa inexistente (folios 131 a 133) así como el recibo también expedido en nombre de esa empresa constituyen documentos mercantiles.

No se trata en efecto de meros folletos publicitarios con datos no ajustados a la realidad, erróneos o exagerados (lo que podría dar vida en su caso, a un delito publicitario como sugiere el recurrente), sino de una concreta oferta irreal que se simula estar realizada por una empresa no constituida en nombre de la cual se expidió luego el recibo en uno de los casos. Aunque podría debatirse la naturaleza de documento mercantil de esa documentación, lo que parece indiscutible es que sí merece tal catalogación el recibo expedido.

Sin embargo en relación al episodio en que aparece como perjudicado Luis Pedro la descripción de la sentencia es lacónica en exceso, hasta el punto de dejar huérfana de fundamento fáctico la segunda condena por falsedad. De entrada no hay entrega de un recibo o factura, como sí sucede en el hecho anterior (pese a lo que aducían las acusaciones). Sólo se habla de una página ficticia que según aparece en declaración del perjudicado se le remitió por correo electrónico. No se indica si se hablaba en nombre de una empresa, real o inexistente, ni de otros contenidos que permitan perfilar un documento mercantil.

(STS 135/2015, de 17 de febrero)

ARTÍCULO 498 CP

Delito contra las instituciones del Estado. Elementos del tipo. Voto particular: se denuncia infracción de ley, error de derecho por la indebida inaplicación de los artículos 498, 550, 551.2 y 77 del CP, error que se extiende a la errónea aplicación de la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del CP. Los hechos, tal y como han sido narrados en el factum, encierran todos los elementos típicos del delito que castiga, entre los ataques contra las instituciones del Estado, a quienes mediante violencia, intimidación o amenazas graves, impidieran a un miembro de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, asistir a las reuniones propias del órgano o, por los

misimos medios, coartara la libertad de opinión o de emisión de voto de sus integrantes (art. 498 CP). Se estima, asimismo, que los hechos son constitutivos de un delito de atentado, a la vista de la condición de autoridad de los parlamentarios autonómicos sobre los que se ejerció fuerza e intimidación (arts. 24 y 551.2 CP). Estos delitos se encontrarían en una relación de concurso medial

La sentencia de instancia descarta la aplicación del artículo 498 del CP. Y lo hace a partir de un discurso metodológico que se inicia con un intento de delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación y del significado de los piquetes como instrumentos de confrontación frente al poder político (apartados 2.1 y 2.1.1). Le sigue una reflexión sobre los límites a la intervención penal ante conductas relacionadas con el ejercicio de un derecho fundamental (art. 2.1.2).

Los Jueces de instancia que suscriben el criterio mayoritario, antes de resolver acerca del juicio de subsunción, se consideran obligados a definir el alcance de la protección constitucional de los derechos de reunión y manifestación, así como de la libertad de expresión. Y ello como paso previo para justificar la necesidad de admitir excesos en el ejercicio de aquellos derechos que, en el caso concreto, habrían de conducir de forma necesaria a la exclusión de la antijuridicidad de los hechos por los que se formuló acusación. Con una minuciosa cita de la jurisprudencia constitucional y del TEDH, se razona en los siguientes términos: «... en la medida que el conflicto de autos se produjo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación, proclamado en el artículo 21 de la Constitución, antes de analizar el ámbito de lo prohibido en esos tipos penales que proponen las acusaciones, que operan como límites externos del derecho fundamental, la cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos. Porque es la Constitución la que identifica los bienes jurídicos merecedores de protección penal y la que, por razones de jerarquía normativa, delimita la intervención penal y la aplicación de los tipos definidos por la ley como delitos. Como se ha dicho, no es el derecho penal el que limita los derechos fundamentales, sino la Constitución».

A juicio del Tribunal a quo, el actual régimen de titularidad de los medios de comunicación –privados algunos, públicos otros, pero gestionados con criterios partidistas– conduce a los sectores más marginados a una situación de exclusión social que convierte la reunión y manifestación en el único medio posible a su alcance para poder transmitir sus quejas y reivindicaciones. En palabras de la Audiencia Nacional –según puede leerse en el FJ 2.1–: «... porque la democracia se sustenta en un debate público auténtico, en la crítica a quienes detentan el poder, aunque transitoriamente y sometido a elecciones periódicas, estas libertades que suponen una expresión pública de la ciudadanía deben ser objeto de especial atención y protección. Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 66/1995, Fj 3). Aparece la cuestión, fundamental en un orden constitucional democrático –donde los derechos limitan a los poderes–, de la posibilidad de las personas de hacerse oír, del acceso ciudadano al espacio público –delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas– y de la sistemática marginación de las voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles. La realidad pone de manifiesto la invisibilidad de ciertas realidades dramáticas por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión

pública para difundir y hacer llegar sus proclamas y opiniones. Para muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer su libertad de palabra. De ahí su importancia en la sociedad democrática».

El pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas –más cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos– frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas, si se quiere un debate público «sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta» (expresión acuñada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la época del presidente Warren, en el paradigmático caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, sentencia redactada por el juez Brennan, que recordaba cómo la libertad de expresión, a pesar de excesos y abusos, es esencial en una democracia). Las libertades de reunión y manifestación son expresión de la participación de las personas en la vida común, ponen a prueba la existencia de una auténtica autonomía de la sociedad civil que el aislamiento en la vida privada y la pasividad social, cuando menos, debilita».

La idea de un exceso en el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de expresión, justificado por el actual régimen jurídico de la titularidad de los medios de comunicación, vuelve a hacer acto de presencia en otro de los fragmentos acogidos en el mismo fundamento jurídico: «...en conclusión, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, íntimamente vinculados como cauces de la democracia participativa, gozan de una posición preferente en el orden constitucional, por lo que han de ser objeto de una especial protección y necesitan «de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez ni temor» (STC 110/2000, Fj 5). Cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar».

En otros pasajes del razonamiento que ha llevado a la absolución de los acusados, la Audiencia interpreta y valora el objetivo de la protesta como una defensa de la Constitución frente a lo que etiqueta como su «vaciamiento» originado por las «políticas de austeridad», puestas al servicio de la defensa de la «Constitución formal». Los Magistrados que conforman el voto mayoritario ven en la jornada de protesta que está en el origen de los incidentes enjuiciados, lo que históricamente se ha conocido como una «acción revocatoria de mandatos», como forma de reacción frente a los límites derivados del mandato representativo –no imperativo– sobre el que se articula nuestro sistema democrático. En sus propias palabras: «... el lema de la convocatoria de la manifestación contenía dos mensajes precisos. Quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban. Mensajes directamente relacionados con la Constitución social, que protege los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales (el acceso a la salud, a la enseñanza, a la vivienda y al trabajo, la protección frente al desempleo, la enfermedad y la vejez), y con la Constitución democrática, en la medida que requerían a los representantes políticos, a los diputados, para que respondieran a los intereses generales, a los de la mayoría de la socie-

dad, y cuestionaban la legitimidad de ejercicio de su propia representación. Desde esa perspectiva conviene hacer notar que la protesta suponía la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos. No trataban de cambiar el marco de relaciones jurídico-políticas, sino plantear que se estaba operando un vaciamiento de los derechos fundamentales y hacer resistentes las garantías de los derechos.

Por sus elementos y contenidos, la acción colectiva de protesta se hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación. Estaba dirigida a configurar un espacio público que tuviera en cuenta la voz de los desfavorecidos por las políticas denominadas de austeridad, en defensa de la Constitución formal.

Pero, la leyenda de la convocatoria era problemática, por los términos en que estaba planteada («Aturem el Parlament», Paremos el/al Parlamento) y por los métodos de protesta que se podían emplear para alcanzar tal objetivo. Problemática, también, en una sociedad poco acostumbrada a la reacción frente a las decisiones de los parlamentos y de los representantes políticos de la ciudadanía. Nuestra Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1). En alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes –el 28.11.2010– se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que, bien es cierto que en pocos momentos de la historia de las sociedades, se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación.

La protesta autorizada ante el Parlament de Catalunya se iba a desarrollar bajo dos formas de acción colectiva. Por un lado, la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social. De otro lado, la confrontación con los diputados, personalmente, para hacerles llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir».

Concluye el razonamiento que ve en la protesta desarrollada los días 14 y 15 de junio de 2011, ante el Parlament de Catalunya, una legítima expresión de la acción ciudadana encaminada a remover los obstáculos que se opongan a la libertad e igualdad efectivas, con una teorización acerca del significado y la funcionalidad de los piquetes como forma de oposición a determinadas políticas o decisiones de alcance social: «...esa segunda fase de la protesta actualizaba el derecho de reunión en la modalidad de concentración o reunión estática, lo que conocemos como piquete. La figura del piquete, en el contexto de las modalidades de protesta social, significa el establecimiento de un espacio de confrontación física y simbólica entre quienes disienten y las personas a las que se quiere hacer llegar el mensaje (de modo paradigmático los piquetes de extensión de la huelga, que buscan convencer a otros empleados de las buenas razones de la protesta y neutralizar el poder del empresario sobre ellos para influir en que no ingresen en el lugar de trabajo y se unan al conflicto).

Esa forma de acción colectiva supone un enfrentamiento político y moral entre los sujetos. Quienes participan en el piquete plantean una estrategia de oposición frente a ciertas políticas o decisiones, públicas o privadas, y asumen un sacrificio o incomodidad que conlleva la pérdida de salario, en el caso de la huelga, el empleo del tiempo exigido para la protesta, el desplazamiento hasta el lugar, la exposición pública, incluso, el riesgo de ser objeto de persecución policial o de sanción de algún tipo. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los foros públicos, la especificidad de la conducta del

piquete es su concreta ubicación (a la puerta de la fábrica, del Parlamento o del domicilio de quienes toman las decisiones, en el caso del llamado escrache).

Porque el piquete propone una confrontación personal, física y moral, entre el objetor y el destinatario del requerimiento (el que decide, aquel al que se dirige de modo directo el mensaje de la protesta) el Estado está obligado a intervenir para regular esa modalidad de conflicto. No puede admitirse la supresión de la protesta, pero hay que evitar la intimidación o el hostigamiento, confiriendo una oportunidad razonable al enfrentamiento, como ha dicho el filósofo del derecho Owen Fiss, comentarista de la libertad de expresión y del derecho a la protesta. El poder público ha de intervenir para establecer los límites, incluso físicos, de la confrontación, con la finalidad de proteger el ejercicio del derecho fundamental de reunión y, al tiempo, preservar los legítimos intereses de las partes concernidas. La ley que regula el derecho de reunión y manifestación permite al Estado decidir ese tipo de injerencia, para ordenar una forma de protesta que genera incomodidades y sacrificios. La autoridad gubernativa, cuando concurren razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, tiene la potestad de proponer a los organizadores una modificación en el lugar o itinerario de la manifestación (art. 10 Ley 9/1983).

La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el artículo 20.7 del CP. La absolución resulta obligada con el fin —se razona de evitar lo que los Jueces de instancia denominan «el efecto desaliento», cuya extensión podría conducir a desincentivar el dinamismo de los movimientos sociales de protesta: «... es aquí donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política. Porque las acciones que las acusaciones pretenden inculpar consistían en la expresión pública de la crítica a quienes ostentaban en aquel momento la representación popular, por parte de un grupo de personas que se confrontaban con sus parlamentarios —en los términos que la autoridad gubernativa había considerado—, para trasladarles un comunicado de repulsa ante las decisiones que iban adoptar en la sesión plenaria, algo que se integra en el núcleo de la democracia, en el corazón del sistema, en la medida que expresa participación ciudadana directa, libertad de expresión, pluralismo político y acceso al espacio público de las voces de disenso de los desfavorecidos por las políticas públicas de austeridad, es decir, remoción de los obstáculos a la igualdad. La prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlamento o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto».

C) La Sala no puede identificarse con este discurso. A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoco acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las

técnicas de balanceo exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales –en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo–, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que ha de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes –el derecho constitucional e participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo– que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema.

Como ya hemos apuntado, contribuye al equívoco desenlace que anima la sentencia de instancia, una cita de precedentes de la jurisprudencia constitucional que, fuera del contexto que justificó la proclamación de esa doctrina, no pueden servir de pauta ponderativa. Así acontece, por ejemplo, con la alusión a la STC 66/1995, 8 de mayo (FJ 3.º), cuando se invoca como precedente para subrayar la idea de que el ejercicio del derecho de manifestación es, en la práctica, «... uno de los pocos medios de los que [ciudadanos] disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones». Tan cierta como esa afirmación lo es la referencia –de la que también se hace eco la sentencia recurrida– a la finalidad y al lugar de celebración como elementos configuradores del derecho subjetivo de reunión, así como el carácter no absoluto de ese derecho. En palabras del Tribunal Constitucional: «... el derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración– (por todas STC85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho «cauce del principio democrático participativo» posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones. (...) No obstante, también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio texto constitucional en su artículo 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes».

Más allá de la claridad que la cita completa de ese fragmento puede ofrecer desde la perspectiva de lo que el propio Tribunal Constitucional denomina «elementos configuradores» del derecho de reunión, conviene dejar constancia de que el recurso de amparo promovido para reivindicar aquel derecho fundamental nada tenía que ver con la colisión entre el derecho a reunirse y el derecho de participación. En efecto, lo que estaba entonces en juego –y que, por cierto, determinó la desestimación del recurso de amparo– era la queja presentada por la Federación de Banca, Seguros y Oficinas (FEBASO) UGT contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había confirmado una reso-

lución de la Delegación del Gobierno, prohibiendo la concentración prevista por dicho sindicato en la zona de Canalejas, Puerta del Sol, Alcalá, Gran Vía, Cibeles en atención a que la Plaza de Canalejas en aquellas fechas, constituía una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, reforzada por los cortes de tráfico que por dicha fecha –5 de junio de 1992– se producían por obras en la Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes.

Algo similar sucede con la cita extractada de la STC 110/2000, 5 de mayo, cuando da pie a los Jueces de instancia a recordar que «... la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio», es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor».

Esta Sala se identifica con el recordatorio –proclamado también en numerosos precedentes de nuestra jurisprudencia–, del papel decisivo de la libertad de expresión, sin cuya reforzada vigencia se desmorona el Estado de derecho. Sin embargo, compartir la trascendencia constitucional del derecho reconocido en el artículo 20.1 de la CE no implica aceptar críticamente ese precedente jurisprudencial como fuente inspiradora de una mimética solución para un supuesto en el que la colisión de derechos presenta una singularidad que nada tiene que ver con la que fue entonces objeto de análisis y solución por el Tribunal Constitucional. En efecto, la STC 110/2000, dio respuesta a un recurso de amparo cuyo objeto era totalmente ajeno a la tensión entre los derechos fundamentales que, en el caso que nos ocupa, convergen y se interfieren. Entonces se reaccionaba frente a la condena judicial impuesta a un periodista que había publicado en un periódico regional un artículo de contenido crítico contra un representante político al que denominaba «el Senador rompenidos». Que el conflicto entre la libertad de expresión y el honor personal del recurrente en amparo fuera resuelto a favor del primero de los derechos, forma parte de las reglas ya asentadas jurisprudencialmente para resolver la convergencia entre ambos derechos. Sin embargo, que esas reglas inspiren el desenlace entre las libertades de expresión y reunión y el derecho de participación, habría exigido una argumentación ponderativa singular, de la que no encontramos rastro en la resolución de instancia.

El mismo error metodológico detectamos en la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, aludió a la necesidad de aceptar un debate público «sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta», que reafirme la vigencia de la libertad de expresión, a pesar de sus excesos y abusos, como presupuesto de todo sistema democrático.

La Sala ha de coincidir necesariamente con el valor histórico del precedente representado por la sentencia *New York Times Co. v. Sullivan*. Aquella resolución –ponencia del Juez William Brennan– fijó una doctrina que ha venido inspirando otros muchos precedentes de la Corte Suprema Americana (cfr. *Rossenblatt v. Baer* –1964–; *Curtis Publishing Co v. Butts* –1967–; *Associated Press v. Nalker* –1967–; *Time Inc. v. Hill* –1967– o *Rosenbloom v. Metromedia* –1971–. Incluso, buena parte de sus argumentos han servido para la solución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de reclamaciones frente a la vulneración de la libertad de expresión (cfr. STEDH sentencia 8 de junio de 1986, caso *Lingens*).

Sin embargo, ninguno de esos precedentes ofrece una solución a la colisión de derechos surgida a raíz de los acontecimientos desarrollados los días 14 y 15 de junio de 2011, en los alrededores del Parlament de Catalunya. Lo que constituye su objeto está relacionado con los límites de la libertad de expresión frente a la honorabilidad de los personajes públicos o, en otros casos, personajes privados. Que el Juez Brennan resolviera el conflicto entre la libertad de expresión de un relevante medio de comuni-

cación— New York Times y la honorabilidad de L. B. Sullivan —comisario de policía en Alabama, afectado por un anuncio publicitario pagado por las asociaciones activistas de los derechos de los negros durante la lucha encabezada por Martin Luther King—, nada resuelve cuando el conflicto, como en el caso que nos ocupa, se suscita, no entre la libertad de expresión de los manifestantes y el honor de los Diputados a los que se impidió el desarrollo de su tarea, sino entre esa libertad y el derecho de participación proclamado por el artículo 23 de la CE.

La Sala no puede sino identificarse con la necesidad de una acotación expansiva del derecho a la libertad de expresión, como garantía de la pervivencia misma del Estado de Derecho. Son numerosos los ejemplos de nuestra jurisprudencia en los que venimos propugnando una delimitación in extenso de ese derecho, de modo reiterado, cuando contiene con el derecho al honor de los personajes públicos o privados (cfr. SSTs 587/2013, 28 de junio; 843/2014, 4 de diciembre, y AATS 7 noviembre 2014, 23 mayo 2014, 12 marzo 2014 y 28 junio 2013, todos ellos dictados en causas especiales contra aforados). Sin embargo, nuestra identificación con ese criterio de delimitación de la libertad de expresión, no nos libera de exigir al Tribunal de instancia una tarea ponderativa singular y específica, cuando la convergencia de los valores en juego se desplaza desde la honorabilidad del afectado por una información que le concierne, al libre desarrollo de sus tareas legislativas por los representantes políticos democráticamente elegidos y a todos los ciudadanos que confían en el normal desarrollo de las actividades del Parlament como presupuesto sine qua non para el ejercicio de su derecho de participación.

El artículo 23 de la CE —y así lo ha recordado la reciente STC 1/2015, 19 de enero— incluye en el contenido de su apartado 2.º, no sólo el derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, sino la necesidad de que los representantes designados puedan permanecer y ejercer libremente sus cargos (cfr. SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 28/1984, de 28 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6 y 40/2003, FJ 2, entre otras). Y cuando la perturbación de su ejercicio tiene como destinatarios a los representantes parlamentarios, la obstaculización de sus funciones afecta, no sólo a éstos, sino también al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el apartado 1.º del mismo artículo 23 de la CE (SSTC 161/1988, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4; 177/2002, FJ 3, y 40/2003, FJ 2).

La idea de que el libre ejercicio de la función parlamentaria es presupuesto del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, por medio de sus representantes, forma parte de una consolidada jurisprudencia constitucional. La ya citada STC 1/2015, insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de todas aquellas normas emanadas de los órganos legislativos que impliquen una limitación de la función parlamentaria, así como en la exigencia de una estricta motivación de los criterios de excepcionalidad, «... bajo pena, no sólo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (artículo 23.2 CE), sino también de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos, ex artículo 23.1 CE (SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 3 y 40/2003, FJ 2, entre otras muchas)».

D) Así delimitado el contenido material del derecho a la participación en los asuntos públicos (artículo 23 CE), un primer error de la sentencia de instancia se hace patente. Y es que los acontecimientos violentos acaecidos como consecuencia del movimiento de protesta que llevó a la convocatoria, los días 14 y 15 de junio, de una concentración en el Parlament de Catalunya bajo el lema «Aturem el Parlament, no dexiarem que aprovin retallades» —paremos el Parlament, no permitiremos que apureen recortes—, no pueden ser degradados a un simple problema de convergencia anti-nómica entre los derechos de expresión y reunión y el derecho al honor de los

representantes de los ciudadanos. Tampoco implicó exclusivamente un menoscabo de la capacidad de los Diputados autonómicos para el libre ejercicio de sus funciones representativas (artículo 23.2 CE). El conflicto fue más intenso, pues no sólo afectó a los derechos de los que quisieron reunirse y expresar libremente su desacuerdo con las políticas aprobadas por el Parlament, frente al derecho de los parlamentarios a ejercer su función pública sin cortapisas; antes al contrario, el libre ejercicio de las funciones legislativas por los legítimos representantes del pueblo catalán era también presupuesto del derecho de todos sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23 de la CE y artículo 29.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Esta dimensión del derecho de participación enriquece su significado instrumental como medio para hacer valer otros bienes constitucionales del máximo rango axiológico. Bienes que conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el artículo 1 de la CE –precepto calificado certeramente como norma de apertura que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente– proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional. Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático. Cuando el artículo 1 de la Constitución proclama entre ellos la libertad y el pluralismo político, está sintetizando los principios y elementos constitutivos de nuestro edificio constitucional. Ese precepto tiene una función normativa clara, fundamenta el Estado y proporciona criterios para la interpretación global del texto constitucional, hasta el punto de que la vigencia de nuestro sistema constitucional ha de obtenerse a partir del significado profundo y expreso de esta norma de apertura. La historia europea ofrece elocuentes ejemplos en los que la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria se inició con un acto violento contra el órgano legislativo. Relativizar el significado jurídico de los acontecimientos desarrollados ante el Parlament los días 14 y 15 de junio de 2011, y hacerlo mediante una tan hábil como equívoca ponderación jurisdiccional de los bienes en conflicto, supone banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático. El Parlament –según proclama el artículo 55 del Estatuto de Autonomía– «representa al pueblo de Cataluña (...) ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos de la Generalitat y controla e impulsa la acción política y de gobierno. Es la sede donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político. El Parlamento es inviolable».

Y cuando el ejercicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto prescinde de los pilares sobre los que se sustenta el equilibrio de nuestro sistema democrático, el desenlace, sin quererlo, puede resultar llamativo. Así acontece con la sentencia objeto de recurso, en la que los Magistrados que suscriben el criterio mayoritario no tienen objeción alguna en admitir la negación del derecho de participación por la necesidad de tolerar excesos en el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión y, sin embargo, no dudan en sancionar penalmente al único manifestante que lesionó la propiedad individual de una de las Diputadas. En efecto, la condena de Marco Antonio a una pena privativa de libertad, como autor de una falta de daños del artículo 625.1 del CP, por haber manchado con un spray la prenda de vestir de la diputada Salome, encierra la paradójica condena por la ofensa a un bien jurídico –la propiedad individual– que se alza frente a las libertades de expre-

sión y el derecho de reunión. La tesis que anima la resolución de instancia admite excesos que menoscaban el derecho de participación de los Diputados autonómicos y de los ciudadanos catalanes que les eligieron, pero no tolera ninguna extralimitación cuando lo que está en juego es la propiedad individual (art. 33 CE). Con arreglo a ese discurso, la función constitucional para la que había sido designada la Diputada Salome sí podía convertirse en objetivo de los excesos de los manifestantes, pero su propiedad individual, expresada en la chaqueta que vestía, había de quedar a salvo frente a cualquier ataque. Llevado a sus últimas consecuencias el razonamiento de los Jueces de instancia, los actos destructivos, cuando afectan al pluralismo político, pueden estar justificados en función de la titularidad de los medios de comunicación, pero cuando menoscaban la propiedad individual, desbordan toda causa de justificación y han de ser irremediablemente penados. El Tribunal *a quo*, en fin, no descarta la retribución penal frente al ataque a la propiedad individual. Y ello pese a la escasa significancia en la ofensa al bien jurídico protegido y que la propia perjudicada había renunciado expresamente a toda reparación económica.

La Sala estima, en consecuencia, que los hechos declarados probados no pueden ser amparados en la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del CP –ejercicio legítimo de un derecho–. Su apreciación es el resultado de un equivocado juicio ponderativo que confunde y distorsiona el significado constitucional de los principios, valores y derechos en juego.

E) Estiman el Fiscal y las restantes acusaciones que la sentencia de la Audiencia Nacional incurre en un error jurídico en la subsunción de los hechos. Para el Ministerio Público, el relato de hechos probados incluye los elementos típicos que permitirían la condena por los delitos previstos en los artículos 498, 550 y 551.2 del CP, en concurso ideal del artículo 77 del CP. Las acusaciones ejercidas en nombre de la Generalitat y del Parlament limitan el error de derecho a la indebida aplicación del artículo 498 del CP.

Tienen razón el Fiscal y las acusaciones cuando califican los hechos como constitutivos de un delito del artículo 498 del CP.

(...) Se trata de un delito de tendencia, como se desprende del empleo de la locución «para impedir». Si bien no falta alguna propuesta dogmática minoritaria que estima que estamos ante un delito de resultado, el entendimiento más extendido considera que el artículo 498 no exige para su consumación que, como efecto de los medios empleados, el Diputado no haya podido asistir a las reuniones, no haya votado efectivamente o haya experimentado una restricción efectiva de su libertad de expresión. Basta convertir a aquél en destinatario del acto violento o intimidatorio, emplear la fuerza o amenazarle gravemente, para que el delito se consuma. Siempre, claro es, que el fin perseguido sea impedir la asistencia del Diputado a las sesiones o, en el transcurso de éstas, coartar su libertad de expresión o de voto. Estamos en presencia, por tanto, de un delito pluriofensivo, en la medida en que implica, por razón del medio ejecutivo empleado, un atentado a la libertad de los Diputados. Pero es algo más. Como ya hemos apuntado *supra*, se dirige a perturbar el normal funcionamiento del órgano parlamentario, con el consiguiente menoscabo del derecho de participación reconocido en el artículo 23 de la CE. Se vulnera, no sólo el derecho del Diputado electo al ejercicio del cargo público para el cual fue designado, sino que, además, se afecta de forma indirecta el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes.

Esta Sala sólo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del bien jurídico del delito previsto en el artículo 498 del CP, en el ATS 8 de noviembre de 2012, recaído en la cuestión de competencia suscitada entre los Juzgados Centrales de instrucción de la Audiencia Nacional y el Juzgado de instrucción de Barcelona. Allí decíamos que «...la

competencia de la Audiencia Nacional de los delitos contra las Instituciones del Estado requiere de la concurrencia de dos requisitos: a) que el sujeto pasivo del delito sea un Alto Organismo de la Nación o, en terminología del Código Penal, una Institución del Estado; y b) que el bien jurídico protegido lo constituya la dignidad y normal funcionamiento de esas Instituciones. Ambos requisitos concurren en el caso que nos ocupa: relevancia constitucional de los Parlamentos autonómicos, asimilada y cercana al de las Cortes Generales, y que, en el tipo del artículo 498 se tutela y protege el normal funcionamiento de las Cámaras Legislativas, sean estatales o autonómicas, como órganos de representación y manifestación de la soberanía popular y titulares de la potestad legislativa, y ello porque ese normal funcionamiento tiene como presupuesto básico el que los parlamentarios puedan acceder con normalidad y libertad a las sedes parlamentarias y así ejercer sus funciones emitiendo opiniones, participando en los debates o emitiendo su voto. Aunque la conducta típica de fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave se dirija directamente contra la persona del parlamentario, la finalidad es la perturbación del funcionamiento de la propia Institución, que se ve alterada cuando se impide o coarta a éstos su asistencia a las reuniones, la manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto. Se trata, en definitiva, de un tipo penal de naturaleza pluriofensiva en el que se ve afectada la libertad y seguridad del parlamentario, pero también y fundamentalmente, en el que se ataca y cuestiona el funcionamiento de la propia Institución parlamentaria. En este sentido, el sujeto pasivo de la acción podrá serlo el parlamentario, pero el sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico es la misma Asamblea legislativa. Esto es lo que cualifica este delito respecto a las coacciones o amenazas genéricas o respecto al delito genérico de atentado cometido sobre miembros de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que expresamente se tipifica en el artículo 551.2 del Código Penal».

(...) Como expresa su significado gramatical, «parar» es «detener», «impedir» el normal desarrollo de la función parlamentaria. Y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. No se trataba, por tanto, de expresar el desacuerdo con las políticas presupuestarias restrictivas mediante una concentración en las proximidades del Parlament. Tampoco tenía aquella manifestación como objetivo servir de vehículo para proclamar la indignación colectiva frente a esas políticas. Su finalidad no era otra —así lo describe el hecho probado— que provocar que el órgano de representación política del pueblo catalán se viera incapacitado para el debate y la acción política mediante la conformación de las mayorías que siguen al ejercicio del derecho al voto. No se trataba, en fin, de valerse de formas directas de decisión política como fórmula alternativa a los dictados de la representación parlamentaria. Lo que perseguían los allí concentrados era atacar las raíces mismas del sistema democrático. Despojar al órgano que expresa la voluntad popular de toda posibilidad de creación normativa («... no deixarem que aprovin/no permitirem que aprueben»).

Y esta finalidad no queda oscurecida, desde luego, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada días antes «... dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar». Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del Parlament y añadir inmediatamente des-

pués que lo que verdaderamente se persigue es «... detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos (...) que se iban a aprobar». Y es que mal se puede evitar la aprobación de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.

Sobre el fin que perseguían los acusados, es también claro el relato de hechos probados cuando explica que «... a primera hora de la mañana, la policía disolvió por la fuerza, en varias ocasiones, a los manifestantes para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar franca para que accedieran los parlamentarios». Fue necesario, en consecuencia, el empleo de la compulsión personal por parte de los agentes para alejar a los manifestantes y dejar expedita una vía de tránsito que permitiera el acceso de los parlamentarios al edificio que constituye la sede del órgano legislativo.

El ataque al bien jurídico protegido por el artículo 498 del CP no puede verse minimizado por la comprensión que algunos de los Diputados llegaron a mostrar, durante su declaración como testigos, a la acción desplegada por los acusados. Estamos en presencia de un bien jurídico que, al menos en su dimensión de derecho de los ciudadanos a la participación política que, como tal, es indisponible por quien no es titular del mismo. Tampoco afecta a la consumación del hecho delictivo, tal y como hemos delimitado el alcance típico del artículo 498, el dato de que la práctica totalidad de los Diputados no padeciera en su integridad física o porque los daños a la propiedad causados fueran de escasa relevancia. Y, por supuesto, el juicio de tipicidad no se ve alterado por el mayor o menor acierto de los agentes de la autoridad en el momento de fijar los perímetros de seguridad que podría haber aconsejado la aglomeración de ciudadanos en las inmediaciones del Parlament.

Son muchos los fragmentos del juicio histórico en los que la lesión del bien jurídico –el normal funcionamiento del órgano parlamentario– se dibuja con absoluta nitidez. Así, en el apartado 3.º se apunta el temprano inicio de la acción obstaculizadora por parte de los manifestantes, que generó problemas para algunos de los representantes: «... a partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas debido al número de personas allí congregadas, que en ciertos momentos ascendía a más de seiscientas. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10.00 h».

Especialmente descriptivo es el pasaje en el que se narra el intento frustrado del President de la Generalitat y de otros Diputados de acceder por la puerta que había sido habilitada por los agentes. En este caso, pese a la declarada falta de pruebas acerca de quiénes fueron los autores de los incidentes violentos, el episodio descrito es buena muestra del clima coactivo creado para llevar a buen fin el lema de la convocatoria que, como venimos insistiendo, incluía una llamada a parar el Parlament e impedir la aprobación de medidas presupuestarias de carácter restrictivo: «... hacia las 9.25 h. el President de la Generalitat D. Geronimo ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados de Convergencia i Unió (Ciu) D. Raimundo y D. Luis Carlos, en una comitiva de cuatro vehículos –en uno de ellos iba la Presidenta del Parlament– y otras tantas motocicletas conducidas por agentes de policía. Circulaban, por la avenida Meridiana en dirección al Parc de la Ciutadella con la intención de atravesar por la puerta 7; antes de llegar se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los automóviles no llevaban distintivo alguno. Al constatar la dificultad para atravesar por aquella puerta, rectificaron su dirección y regresaron por la misma vía, alejándose del lugar.

En el momento que cambiaban de sentido de marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas –ignorantes de qué autoridades viajaban en los vehículos– se aproximó a la comitiva. El encuentro entre los manifestantes y la cadena de coches duró escasos segundos. Un individuo levantó la mano y el brazo derecho cuando el

automóvil presidencial giraba, otros se acercaron al vehículo, llegando a tocar la carrocería, alguien intentó abrir las puertas –que se hallaban aseguradas– y lanzó varios golpes. Cuando la comitiva abandonaba el cruce, un individuo arrojó un cono de plástico de señalización a la calzada».

Es, por tanto, en ese clima coactivo, en esa atmósfera intimidatoria descrita en el hecho probado, en el que se desarrollan varios intentos frustrados por acceder en condiciones de normalidad a la sede parlamentaria, entre ellos el del President de la Generalitat y varios Diputados. Y es en ese contexto en el que las acciones protagonizadas por algunos de los acusados adquieren significación penal.

(...)

Los delitos por los que se formuló acusación –a juicio del Fiscal– estarían en una relación de concurso medial del artículo 77 del CP. El ataque a los Diputados, el atentado, no era sino un medio para cometer el delito previsto en el artículo 498 del CP.

La Sala no puede compartir el criterio del Fiscal.

Por una parte, por cuanto que los artículos 498 y 552.2 del CP comparten espacios de tipicidad que acercan la relación entre ambos preceptos a la que sería propia, no del concurso medial de delitos del artículo 77 del CP, sino de la que define el concurso de normas. Y pese a la menor gravedad de las penas asociadas al artículo 498 del CP, este precepto sería ley especial frente a la ley general representada por el artículo 551.2 del CP. Afirmada la relación de concurso de normas, éste habría de resolverse con arreglo al principio fijado en el artículo 8.1 del CP, con arreglo al cual, «el precepto especial se aplicará con preferencia al general». Pero incluso de aceptar la tesis del Fiscal que ve un concurso de delitos –medial– entre los artículos 498 y 551.2 del CP, la aceptación del hecho probado como presupuesto metodológico para el éxito de la vía casacional que ofrece el artículo 849.1 de la LECrim, nos lleva a descartar la existencia de actos típicos de acometimiento o resistencia graves. La integridad del *factum*, a la que nos obliga la desestimación del tercero de los motivos formalizados, no permite enriquecer aquél con añadidos que no han sido expresamente proclamados en la instancia. Además, la fuerza, la intimidación y el acometimiento que se describen respecto de algunos de los acusados, fueron los indispensables para entorpecer el libre tránsito de los Diputados hasta la sede del órgano legislativo. De ahí que la hipotética sustantividad típica de esos hechos nunca llegaría a colmar las exigencias del artículo 550 del CP. Se trata del empleo del medio ejecutivo indispensable para lograr el objetivo que animaba la convocatoria, a saber, la paralización de las actividades parlamentarias que deberían haber llevado, en los términos inicialmente previstos, a la aprobación de medidas presupuestarias restrictivas del gasto público.

(STS 161/2015, de 17 de marzo)

ARTÍCULO 570 TER CP

Diferenciación entre grupo y organización criminal: Sostiene el recurso que no concurren los requisitos del grupo criminal y que nos encontramos ante un supuesto de codelinuencia.

La incorporación del tipo previsto en el artículo 570 ter CP 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, 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, 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, ha señalado esta Sala (entre otras STS 289/2014 de 8 de abril o la 445/2014 de 29 de mayo) 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 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 reparten 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.

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.

(STS 251/2014, de 13 de abril de 2015)

ARTÍCULOS 578 CP

Enaltecimiento del terrorismo. Discurso del odio: Naturaleza y elementos del mismo. Doctrina de la Sala. El «discurso del odio» no está protegido por la libertad de expresión ideológica. Distinguir, entre el odio como sentimiento interno que queda situado extramuros de la respuesta penal de acuerdo con el principio de que los pensamientos no delinquen, y la exteriorización del mismo que si integra hechos típicos debe ser sancionado. En el presente caso se trataba de diversas canciones que se difundieron en internet a través de la red social youtube y que tuvieron una gran difusión, en las que se contenían estrofas claramente laudatorias para condenados por terrorismo o a sus acciones, y, asimismo en clave retórica se citaba a personas u organismos concretos como merecedoras de ser atacadas.

El delito de enaltecimiento del terrorismo fue introducido en el CP por LO 7/2000 de 24 de Diciembre de 2000.

En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes.

Algún sector doctrinal manifiesta que se pretendía «emboscar» una criminalización discutible –el enaltecimiento/justificación– con otra que no lo es –menosprecio o humillación de las víctimas– y cuya justificación material es mucho más clara así como el merecimiento de pena, por lo que el cierre a la impunidad de estos actos en ofensa o menosprecio de las víctimas del terrorismo era una exigencia indiscutible.

Más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación.

De entrada hay que recordar, con la doctrina de esta Sala –SSTS 149/2007, de 26 de Febrero, 585/2007, de 26 de Junio o 539/2008 de 23 de Septiembre– que los elementos que vertebran este delito son los siguientes:

1.º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2.º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los artículos 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3.º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

Por referencia al delito de apología del artículo 18, parece opinión más autorizada la que considera que la figura del artículo 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología *strictu sensu* del artículo 18 CP.

La apología del artículo 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del artículo 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del artículo 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

En apoyo de esta teoría de la substantividad de esta específica apología «*in genere*», operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente –prisión de uno o dos años–, frente a las apologías «clásicas» de los artículos 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita –pena inferior en uno o dos grados–.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que «... las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del CP...».

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de esta apología genérica, laudatoria y sin incitación delictiva concreta, de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en los autos de 23 de Mayo de 2002 y 14 de Junio de 2002 –Causa Especial, Recurso 29/2002– no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. De suerte que como ya advirtió la STC 199/1987 de 16 de Diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la L. O. 9/1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas.

«... La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades...».

Por ello, el argumento de que esta llamada apología menor, se encuentre sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo en el CP, carece de virtualidad y relevancia para en base a tal argumento, así estimarlo.

Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo, de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del artículo 607 CP con la apología del genocidio que se encuentra en el n.º 2 del artículo 607, y, también con una pena autónoma.

En todo caso, una vez deslindada esta figura de la apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto, habrá de concretarse cual sea bien jurídico protegido por este delito. La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, nos da una pista negativa de lo que no es exaltación, y otra pista positiva de lo que se pretende proteger con la nueva tipificación.

«... No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional...».

«... Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas...».

«... Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...».

Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del artículo 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los artículos 16-1.º y 20-1.º a) de la Constitución.

Es por ello que reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en las sentencias de esta Sala 585/2007, de 20 de Junio, o 224/2010, de 3 de Marzo), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas. La reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de Noviembre, por la que se modifica la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su artículo 2.º estima por tales delitos, entre otros, la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas, figuras que aparecen definidas en el artículo 1, siendo relevante retener la prevención que aparece en el Considerando 14 de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice:

«... La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo...».

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del artículo 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH –SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía*– y también nuestro Tribunal Constitucional –STC 235/2007 de 7 de Noviembre– califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan –STC 176/1995–, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de «democracia militante». No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o el ensalzamiento de los verdugos que integran la médula del delito del artículo 578 CP como elemento positivo, pero que excluye la incitación directa o indirecta a la comisión de hechos terroristas, como elemento negativo.

En tal sentido, SSTS 676/2009; 1269/2009; 224/2010; 597/2010; 299/2011; 523/2011 o 843/2014, entre otras.

A todo lo anterior, hay que añadir que para el TEDH por ejemplo en la sentencia de 15 de Marzo de 2011 –asunto Otegi Mondragon vs España–, reconoce sin dudas que tal derecho a la difusión de ideas incluye y abarca no a las inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan o preocupan o inquietan en la medida que sin tal libertad, pluralismo y tolerancia, «no hay sociedad democrática» estimando que el límite a la libertad de expresión solo se encuentra el discurso del odio o de incitación a la violencia.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la libertad de expresión en términos inequívocos, libertad de expresión que no se limita a la que pudiera calificarse de «cortesana», sino a la crítica severa «... aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia, y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática...» –SSTC 174/2006 o 235/2007–, y por tanto dentro de este derecho a la crítica cabe «... cualquiera (opinión) por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso aquellas que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan...» –STC 176/1995–.

Precisamente en relación al delito de exaltación del terrorismo, partiendo del hecho indiscutible que el terrorismo constituye la más brutal negación de los derechos humanos, resulta más que aceptable que las expresiones de alabanza a los autores de delitos terroristas o de sus actos en la medida que integran hechos tipificados como delitos en el artículo 578 CP, se hagan merecedores de la respuesta penal prevista. No se criminaliza el sentimiento del odio, que como tal en tanto permanezca oculto en el interior del ser humano que fuera de la respuesta penal porque los pensamientos no delinquen, sino que lo que se criminaliza son hechos externos que ensalzan tal odio y que constituyen hechos, tipificados como tales en el CP en el artículo 578.

(...) Obviamente, la música es el envoltorio, la cáscara, lo relevante penalmente es la letra de tales canciones donde está el mensaje.

También se dice que la sentencia de instancia «... ha procedido a formar una causa general dictada la obra artística de mi representado...».

No hay tal causa general.

Ciertamente la sentencia de instancia ha copiado literal e íntegramente los textos de los doce archivos citados. Hay que reconocer que es incorrecto tal proceder, porque lo relevante penalmente no es la totalidad de las letras, sino solo y exclusivamente las frases acotadas por esta Sala y que han sido recogidas en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el resto, con independencia de su calidad y tono más o menos desabrido y/o agresivo queda extramuros de la respuesta penal porque no suponen alabanza o exaltación de actos terroristas o de sus autores.

Por lo demás, hay que añadir que en relación a la difusión de tales lemas consta y no ha sido cuestionado, la difusión que han tenido las canciones y las concretas frases

concernidas. Basta recordar que el archivo «Libertad presos políticos» tuvo 13.722 reproducciones hasta el 2 de Febrero de 2011; «Democracia su puta madre» 7.594 en el mismo periodo; «Obama bin Laden» 4.360 reproducciones; «El llanto de las gaviotas» 2.064 reproducciones; «En una calle olvidada» 1.067 reproducciones; «No me da pena tu tiro en la nuca» 1.592 reproducciones; «El hijo adoptado de Arsenio» 1.789 reproducciones; «Realidad surrealista» 455 reproducciones y «No quiero ser otro cordero» 355 reproducciones.

Hoy día el cambio social viene ligado a la evolución tecnológica. Internet ha supuesto una revolución en el mundo de las comunicaciones y del conocimiento, con la particularidad de que permite a los países atrasados avanzar enormemente, pero también esta importancia de las redes sociales tiene su incidencia en el sistema penal, cualquier política criminal hoy día no puede ignorar esta explosión tecnológica que permite divulgar cualquier mensaje en pocos segundos a una multitud de usuarios situados en países lejanos con lo que se obtiene una publicidad de los mensajes impensable hace unos años. El presente caso es un ejemplo de la capacidad de difusión de mensajes inaceptables penalmente y frente a los que la política de prevención del crimen debe ir por delante del uso delictivo de las mismas.

Se dan todos y cada uno de los elementos que vertebran e integran el delito de exaltación al terrorismo.

En conclusión, procede el rechazo del recurso formalizado, ya que declarado que las concretas frases acotadas de los archivos indicados integran expresiones de alabanza del «discurso del odio» se ha sobrepasado el límite al derecho a la libertad de opinión y de creación artística, y, en consecuencia, los hechos sí que integran el delito del artículo 578 del CP.

(STS 106/2015, de 19 de febrero)

ARTÍCULO 579 BIS CP

Concepto de organización terrorista e integrante. Reforma operada por la LO 1/2015: procede aplicar a los dos acusados cuya condena se mantiene el nuevo subtipo penal atenuado del artículo 579 bis.4, implantado por la reforma establecida en la LO2/2015, atendiendo así la petición formulada por las defensas en la vista oral del recurso de casación.

En cuanto al carácter de organización terrorista de SEGI, se afirma en la sentencia 608/2013, de 17 de julio, que la condición de organización terrorista de SEGI no suscita dudas dado que la STS 50/2007, de 19 de enero, establece que JARRAI-HAIKA-SEGI constituye una organización estable en el tiempo, desenvolviéndose desde 1978 a 2001; y que, lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política, dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados; utiliza artefactos explosivos o incendiarios; causa daños, coacciones y amenazas, mediante lanzamientos de artefactos incendiarios, menoscabos de vehículos de transporte público, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de contenido e intención conminatorios; y, además, que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y con-

trolada por ETA. Se matiza después que la «dicotomía» de que, no obstante, habla la sentencia de instancia entre la organización armada y sus satélites, de ningún modo empaña la calificación de «terrorista», dada la finalidad y contenido de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada.

Y más adelante se dice también en la sentencia 608/2013 que 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 aquélla, y además le sirven como apoyo y complemento para la consecución de esos fines a través de actos violentos, la conclusión debe ser que aquéllas 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.

Esta conclusión debe ser limitada en un doble sentido, según advierte la STS 608/2013, recogiendo precedentes anteriores. De un lado, el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas. Así parece deducirse de la decisión Marco de 2002, artículo 2.2.b. Si se trata de actos reiterados de colaboración (equivalencia del artículo 576 CP), y se crea o se aprovecha una organización para realizarlos, la organización debería ser considerada terrorista. De no ser así, la calificación solo afectará a las acciones particulares de las personas implicadas en la colaboración, acreditando su pertenencia a la organización.

De otro lado, 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.

Es decir, que no se trata –matiza la sentencia 608/2013– de que existan unas organizaciones políticas con unos fines determinados, más o menos constitucionales, o incluso contrarios a la Constitución en su formulación del Estado, de las cuales se han desgajado unos cuantos radicales que han actuado de forma violenta para tratar de conseguir aquellos fines. Ni siquiera se trata de que esas organizaciones aprovechen la existencia de la violencia terrorista para conseguir sus propios fines. Ni tampoco que incluso lleguen a celebrar la existencia de la misma organización terrorista. Por el contrario, lo que se aprecia es la existencia de una organización terrorista que ha llegado a adquirir una gran complejidad, hasta el punto de que utiliza para la consecución de sus fines no solo la violencia y el terror encomendados a grupos que, aunque clandestinos, son bien identificados en su naturaleza y características, 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 las consignas y funcionan bajo su dirección. Es, pues, 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 integrante de aquélla, contribuyen de otras variadas formas a la consecución de sus fines bajo su misma dirección.

Resulta ahora imprescindible exponer cuáles son los requisitos que exige la jurisprudencia para considerar a un sujeto como integrante de una organización terrorista como SEGI y aplicarle en consecuencia el artículo 571.2 (anteriores 515.2.º y 516.2.º del C. Penal).

Pues bien, sobre este particular se hace preciso transcribir los párrafos fundamentales de las sentencias de esta Sala 608/2013, de 17 de julio; 230/2013, de 27 de

febrero; y 977/2012, de 30 de octubre. En esta última sentencia, a la que se remiten sustancialmente las dos anteriores, se resume la doctrina de esta Sala sobre el concepto de integración en organización terrorista, sintetizando al respecto otros precedentes procesales del Tribunal (SSTS 209/2010, de 31-3; 480/2009, de 22-5; 985/2009, de 13-10; 290/2010, de 31-3; y 603/2010, de 8-7). En concreto se dice en la sentencia 970/2012 (a la que se remiten la 230/2013 y la 608/2013) lo siguiente:

«Si en relación a una banda armada u organización terrorista no enmascarada, no es concebible una «integración inactiva», en otras organizaciones que pueden merecer igual catalogación, sí que cabría imaginar una suerte de militancia «pasiva». Eso es lo que late detrás de la distinción efectuada en el artículo 517.2.º que habla de los miembros activos de cualquier asociación ilícita, dando a entender la posible concurrencia de asociados no activos que quedarían extramuros del tipo penal. Convencionalmente podría denominarse a los primeros «militantes» y a los segundos simples «afiliados». En el caso de organizaciones terroristas no efectúa el Código esa diferenciación, lo que obedece a la idea referida. Ahora bien, en la escala en que se mueven hechos como los aquí analizados, en sintonía con la jurisprudencia que acaba de rememorarse hay que recuperar la distinción: solo es integrante de esas organizaciones satélite a los efectos del artículo 516.2.º el militante activo. Si la pertenencia inactiva es impensable en una banda armada, sí que es factible en las organizaciones a que se está aludiendo. Una exégesis correcta impone introducir ese criterio interpretativo que excluya de la sanción penal la mera adscripción «formal», un simple «estar» sin «actuar» ni «empujar». Eso ha llevado a la Sala de instancia con toda corrección a absolver a algunos de los procesados cuya pertenencia a SEGI se declara probada, pero sin aditamentos de acciones de colaboración más allá de la mera integración. No basta el estatus formal de afiliación, sino una incorporación militante, activa. En la *praxis* de las bandas armadas criminales no cabe pertenencia sin disponibilidad para actuar; en la de organizaciones terroristas presentadas con ropaje, pseudo-político, sí cabe esa figura».

«Ahora bien, se requiere esa participación no puramente pasiva pero no una posición de dirigente. Basta un «estar a disposición», un alistamiento con voluntad de colaborar activamente, que quedará demostrada habitualmente por la ejecución concreta de actos de colaboración en las actividades promovidas. El carácter clandestino de la incorporación hace poco probables otras formas de prueba. Pero idealmente sería sancionable penalmente la adscripción a SEGI por alguien que conociendo su naturaleza terrorista, se pone a disposición para ejecutar las acciones que puedan encomendársele tendentes a alcanzar sus fines. Salvo los supuestos de confesión de la integración, así entendida, la probanza discurrirá por deducción de las aportaciones realizadas. Eso no significa que el delito tenga como dos elementos diferentes, de un lado, la integración y de otro la realización de actuaciones en desarrollo de la actividad de la organización. El delito consiste en la adscripción orgánica como militante activo. Cosa distinta es que el carácter no pasivo de la integración venga a probarse cuando se acrediten actuaciones concretas en el marco de la organización. Éstas no constituyen un elemento más del delito, sino la prueba de la conducta típica. Desde esta perspectiva se aclara más lo que se razonó al combatir la queja derivada de la supuesta vulneración del principio acusatorio. En abstracto quien se integra en la organización y es aceptado como tal y muestra su disposición a asumir cualquier tarea que le sea encomendada relacionada con esos fines terroristas, colma las exigencias típicas aunque su detención se produzca antes de que haya llevado a cabo actuación alguna. La conducta típica es la militancia activa. Las aportaciones concretas a la organización no forman parte de la tipicidad, aunque sí son la manifestación, la prueba, de que esa pertenencia no se detenía en una afiliación pasiva».

Y en la misma sentencia 977/2012, de 30 de octubre, al fijar el objeto del proceso, centrado la aplicación del tipo penal de los artículos 515.2.º y 516.2.º del C. Penal, se especifica lo siguiente:

«Los hechos punibles, el objeto procesal, la conducta enjuiciada es la militancia activa en la organización terrorista SEGI. El delito consiste en la pertenencia activa, militante, en la organización SEGI. La simple pertenencia no es delictiva; sí, la adscripción activa. Eso no significa que la tipicidad se desdoble en dos segmentos: a) la pertenencia a la organización; b) la realización de actos específicos y relevantes como perteneciente a tal organización. El adjetivo «activa» no introduce la necesidad de hechos puntuales, sino que califica la esencia del delito. Éste no consiste en la pertenencia más una actividad, sino en una modalidad de pertenencia que es la «militante» «integración». La acusación quedó suficientemente definida –otra cosa es que pudiera ser deseable una mayor riqueza descriptiva– achacando a cada procesado esa pertenencia activa a un grupo localizado geográficamente y temporalmente de SEGI. Las acusaciones tendrán que probar tanto la pertenencia o adscripción, como el carácter activo de esa integración. Para esto debían aportar pruebas tendentes a acreditar que cada uno ha sido protagonista de hechos relevantes que demuestran que la adscripción era militante y no un mero «estar». Pero eso ya no constituye el núcleo del hecho punible, sino la forma de probar una de las características que ha de adornar la pertenencia para ser delictiva. Que esas actuaciones consten en el escrito de acusación puede ser muy conveniente, pero no es imprescindible. Sí que lo es que se trate de hechos que hayan sido objeto de debate en el acto del juicio oral. Cuando las acusaciones atribuyen a los acusados esa pertenencia activa (lo que expresan también con la afirmación de su implicación en actos de lucha callejera); y al desarrollarse la prueba en el acto del juicio oral aparecen elementos fácticos aportados por la acusación que vienen a dar contenido a esa condición (militancia y no mera afiliación), no se genera merma de las posibilidades de defensa».

En la línea también de precisar qué se entiende por miembros integrantes en una organización satélite de ETA, se afirma en la sentencia 608/2013, que a su vez se remite a la sentencia 985/2009, de 13 de octubre, lo siguiente:

«En principio, obtenida la calificación como ‘terrorista’ de la organización de referencia, lo acertado sería precisamente esa atribución automática de ‘integrante’ en la misma para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias que acabamos de ver, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que fuere su cometido personal concreto, de una organización con un único designio terrorista merecería, evidentemente, la denominación de ‘integrante’ y la sanción penal correspondiente por ello».

Sin embargo, «no debemos olvidar –continúa razonando la referida sentencia 985/2009– que, al igual que han hecho sentencias que componen la doctrina jurisprudencial precedente en esta materia, las propias esencias de la naturaleza terrorista de las organizaciones que aquí examinamos, en tanto que vinculadas a la cabeza directora (ETA) en un régimen de sometimiento prácticamente absoluto, lo que por otra parte no puede servir para excluir la responsabilidad de quienes voluntariamente aceptan actuar en ese régimen, deben matizar ese concepto de «integrante», a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico de la norma aplicada, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar como en el presente caso ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por otras razones suficientemente acreditadas, la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista así como la participación en la obediente ejecución

y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del «movimiento» terrorista (*vid.* artículo 2 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo)».

Con el objetivo de esclarecer y pulir el concepto de miembro activo, se afirma en la STS 608/2013 que los «integrantes» (a los que deben ser asimilados el término «miembros activos») de una de estas bandas, organizaciones o grupos, serían, ante todo, las personas que intervienen activamente en la realización de tales acciones (que constituyen el objetivo principal de la asociación, así como el motivo de su ilicitud), esto es, delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada (de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública).

En estos supuestos –matiza la sentencia 608/2013– la intervención activa no equivale, naturalmente, tan sólo a la autoría de dichos 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. Así serán integrantes –miembros activos– los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Puede no obstante haber personas que aunque no intervengan en la realización de acciones delictivas, forman parte de la dirección, en sentido amplio, de la banda, ocupándose de dirigir las actividades de mantenimiento de la estructura organizativa básica a la asociación: labores de planificación y de coordinación en cualquier ámbito de la actividad de la banda. Tales personas podrán ser consideradas también integrantes de la asociación terrorista (como lo serían en cualquier otra asociación ilícita).

Y por último, concluyendo ya las referencias jurisprudenciales que han venido configurando el concepto de miembros integrantes de estas organizaciones satélites de ETA, se subraya y advierte en la sentencia 230/2013, de 27 de febrero, que si bien la «militancia activa» de los acusados en la referida organización son las locuciones de que se vale la jurisprudencia para sintetizar los requisitos del tipo penal a la hora de aplicar los artículos 515.2.º y 516.2.º del C. Penal, lo cierto es que el sintagma «militancia activa» tiene un significado referencial más bien indeterminado y con un componente no poco valorativo, de modo que connota bastante más que denota o describe. Ello quiere decir que a la hora de plasmar el «activismo» de los acusados en la organización se precisa acudir a hechos empíricos que describan esa «actividad». Y ésta es precisamente la función que lingüísticamente desempeñan los actos concretos de «kale borroka», que no pueden por tanto considerarse hechos periféricos y ajenos al núcleo del tipo, sino que son los datos empíricos que se comprenden dentro del sintagma «militancia activa», y más en concreto del término «activo».

4. Los criterios jurisprudenciales que se han venido glosando permiten colegir dos modalidades de acciones principales a la hora de configurar el concepto de miembro activo de una organización terrorista satélite de ETA. La primera lo constituirían los comportamientos de violencia o lucha callejera ejecutados en un contexto de fines u objetivos terroristas, comportamientos que no sólo aparecen configurados por los actos directos, sino también por aquellos otros que intervienen en su preparación o contribuyen a encubrirlos. Y en segundo lugar, habría que subsumir dentro del concepto de miembro activo las conductas consistentes en ejercer actos de dirección o de responsabilidad de los distintos grupos que, a diferentes escalas territoriales y competenciales, forman parte de una organización como SEGI. Fuera de este perímetro conductual nos introducimos ya en espacios mucho más indefinidos, ambiguos y equívocos en los que fácilmente invadimos el marco propio de la figura del mero afiliado o del simple simpatizante de esas organizaciones terroristas vicarias de ETA.

Por lo demás, tal como se precisó en su momento, no parece procesalmente correcto ni adecuado, cuando se trata de describir los hechos delictivos integrantes del «*factum*» de las sentencias, incluir el término «responsable», «mando intermedio», «miembro activo» y otros similares, dada su naturaleza sustancialmente connotativa y valorativa. Son expresiones que ponen en evidencia realmente las carencias denotativas o descriptivas de las resultancias fácticas de las resoluciones judiciales. Sin embargo, la presencia de ese vicio procesal se aprecia con excesiva asiduidad en algunas de las sentencias que resuelven los casos relativos a las conductas de las organizaciones terroristas satélites de ETA.

(...) La entrada en vigor el pasado 1 de julio de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, suscita la cuestión de su posible aplicación a los acusados que resulten condenados en la presente causa, en lo referente al punto concreto del nuevo artículo 579 bis.4. Al tratarse de una norma que pudiera favorecer a los acusados, las defensas de los condenados han informado en la vista oral del recurso sobre la procedencia de la aplicación del referido precepto para el supuesto de que se ratificara la condena. A tales alegaciones y a la procedencia de la operatividad del nuevo precepto no se opuso en su informe el Ministerio Fiscal.

El nuevo artículo 579 bis.4 dice así: «Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

Estamos ante un subtipo atenuado que el legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad.

El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción («medio empleado») y al desvalor del resultado («resultado producido»). Es patente que el marco penal de la atenuación delictiva es muy amplio, pues se puede reducir la pena en dos grados, lo que significa que puede descender en este caso desde los seis años de prisión hasta un año y medio.

Pues bien, en el caso de esta recurrente no se ha apreciado una especial gravedad en lo que atañe a los medios utilizados en las actividades propias del grupo que coordinaba en Vitoria. Pues no se ha constatado en la sentencia, como ya se dijo en su momento, que Leocadia haya intervenido en actos de violencia callejera (*kale borroka*), ni tampoco que en la función que desempeñaba en el grupo hubiera impartido directrices relativas a acciones violentas, recogiendo en los hechos que se describen actos relativos a la colocación de carteles o a su distribución para que otros los repartieran. Sin que, por lo demás, conste que se tratara de carteles que incitaran a la violencia.

Así las cosas, no figuran en las actuaciones actos concretos que permitan hablar de un relevante desvalor de la acción. Y otro tanto debe decirse del desvalor del resultado.

En efecto, al no especificarse en la sentencia que la acusada realizara actos de violencia callejera ni que impartiera directrices en tal sentido, no puede inferirse que esta persona y el grupo que coordinaba hayan infundido en la población donde actuaban un miedo colectivo o situaciones de terror o de inseguridad que menoscabaran gravemente los bienes jurídicos que tutela la norma penal: el orden constitucional o la paz pública.

Por consiguiente, si bien debe afirmarse, tal como se anticipó, que la acusada era una militante activa de SEGI en Vitoria, a tenor de la función coordinadora que desempeñaba en la zona, lo cierto es que la conducta que se le atribuye en virtud de la prueba practicada y los resultados derivados de la misma deben ser calificados de escasa gravedad. En virtud de lo cual, el grado de injusto del caso concreto nos lleva a aplicar el artículo 579 bis.4 del C. Penal (redacción de 30 de marzo de 2015), reduciéndose la pena impuesta en la instancia en dos grados, con la individualización punitiva que se determinará en la segunda sentencia.

(STS 716/2015, de 19 de noviembre)

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (año 2015)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

En el año 2015, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha celebrado diversas reuniones, de conformidad con lo previsto en el art. 264 LOPJ, fruto de las cuales, ha adoptado los siguientes acuerdos:

20 DE ENERO DE 2015

«Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de la regla penológica establecida en el artículo 382 del CP.»

4 DE MARZO DE 2015

En interpretación del acuerdo del pleno de 9 de febrero de 2005 (1), contra la decisión en apelación que revoca el auto del instructor transformando las diligencias previas en procedimiento abreviado y ordena el sobreseimiento libre, cabe casación.

(1) «Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

1. Se trate de un auto de sobreseimiento libre.
2. Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.
3. El Auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación.»

27 DE MAYO DE 2015

La necesidad o no de hacer una previa reclamación /subsanción de errores en relación al objeto del veredicto, cuando el Magistrado Presidente no abre tal trámite por estimar correctas las respuestas del Jurado (art. 846 bis.c, apartado a).

El Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, si alberga alguna duda sobre la concurrencia de motivos para devolver el acta del veredicto, debe proceder a la apertura del trámite de audiencia, tomando seguidamente la decisión adecuada sobre la procedencia o no de devolución.

Si no se abre de dicho trámite, no es exigible a las partes la reclamación de subsanción o protesta como requisitos previos para la interposición del recurso de apelación, cuando éste se base en defectos del veredicto o en el procedimiento de deliberación y votación.

3 DE JUNIO DE 2015

Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio.

No pueden operar como corroboración de los medios de prueba, ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECRIM, ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECRIM.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias, para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

(Este acuerdo sustituye el que sobre la materia se había adoptado en 28 de noviembre de 2006).

8 DE JULIO DE 2015

Sobre competencia para los Recursos contra Resoluciones sobre clasificación penitenciaria que impliquen cambio de destino.

La competencia para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas relativas a la clasificación de los penados que implican cambio de destino, corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria del territorio en que radica el centro penitenciario que realizó la propuesta.

CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal

UAH

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología

UNIR

CIRCULAR 1/2015, DE 19 DE JUNIO DE 2015, SOBRE PAUTAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LOS DELITOS LEVES TRAS LA REFORMA PENAL OPE- RADA POR LA LO 1/2015

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.–2. Características generales del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves.–3. Ámbito objetivo del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves. 3.1 Interpretación del artículo 13.3 y 4 CP en su nueva redacción. 3.2 Degradación sobrevenida de ciertos delitos menos graves. 3.3 El problema de los delitos con pena compuesta.–4. Renuncia al ejercicio de la acción penal por razones de oportunidad. 4.1 Regulación procesal básica. 4.2 Régimen especial del principio de oportunidad en los delitos leves semipúblicos y privados.–5. Participación del Fiscal en el enjuiciamiento de delitos leves semipúblicos.–6. Instrucciones. 6.1. Sobre asistencia a juicio en delitos leves semipúblicos. 6.2 Sobre ejercicio del principio de oportunidad en delitos leves públicos. 6.2.1 *Elementos motivadores de la solicitud de archivo*. 6.2.2 *Instrucciones específicas*. 6.2.3 *Eficacia temporal del principio de oportunidad*.–7. Otras consideraciones sobre los delitos leves. 7.1 Reincidencia. 7.2 Determinación de la pena. 7.3 Prescripción de la pena.–8. Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Uno de los rasgos más característicos de la reforma penal –y procesal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), ha sido la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las «Faltas y sus penas», trataba en cuatro títulos separados de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público.

La supresión formal del Libro de las faltas no ha supuesto la desaparición de la totalidad de las infracciones penales leves en él descritas: una parte, más bien exigua, ha quedado definitivamente despenalizada y entregada a otras formas de reacción jurídica –sancionadora–administrativa o civil–, mientras que el resto subsiste bajo la forma de delitos leves, de modo que el Código, aunque reducido a dos Libros, establece una división tripartita de las infracciones penales, que ahora se denominan delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP).

Los delitos leves conservan en su mayoría la configuración típica que era característica de la correspondiente falta y su forma de enjuiciamiento tampoco experimenta un cambio radical, pues el nuevo procedimiento para el juicio sobre delitos leves que se desarrolla en el Libro VI LECrim reproduce las características definitorias del juicio de faltas, particularmente su concentración de actos, simplificación de formas y oralidad. No obstante, la introducción en el mismo del novedoso principio de oportunidad reglada y el esfuerzo suplementario que representa para el intérprete dilucidar de entre los tipos penales del Libro II cuáles constituyen genuinos delitos leves, exige de la Fiscalía General del Estado la formulación de unas pautas claras que garanticen la uniforme interpretación de la Ley por los miembros del Ministerio Fiscal.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS LEVES

La Disposición final segunda, apartado ocho, de la LO 1/2015, modifica varios preceptos del Libro VI LECrim, incluyendo su rúbrica, que pasa a ser «Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves».

La reforma afecta a los artículos 962.1, 963, 964, 965.1, 966, 967.1, 969.2, 973.2 y 976.3 LECrim, sin alterar el diseño general del anterior juicio de faltas, pues mantiene los requisitos de competencia objetiva y territorial, legitimación y postulación, sus características de oralidad y concentración, así como las tres modalidades de tramitación que regían para el enjuiciamiento de las faltas desde la entrada en vigor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado: el enjuiciamiento en el servicio de guardia mediante convocatoria policial cursada por medio de la agenda programada de citaciones (arts. 962 y 963 LECrim), el enjuiciamiento en el servicio de guardia por convocatoria judicial (art. 964 LECrim) y el enjuiciamiento fuera del servicio de guardia mediante señalamiento judicial en el plazo teórico de siete días desde la recepción del atestado o denuncia de parte (art. 965 LECrim).

La innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento –y sólo en él– del principio procesal de

oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número tipos penales de naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas.

En palabras del Preámbulo de la LO 1/2015 (I):

«La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

El legislador realiza así, aunque de forma severamente condicionada en cuanto a presupuestos y procedimiento, uno de los postulados mayores, auspiciados tanto en el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011 (art. 58) como en el borrador de Código Procesal Penal de 2012 (arts. 90 y 91).

3. ÁMBITO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS LEVES

3.1 Interpretación del artículo 13.3 y 4 CP en su nueva redacción

No sería práctico pasar directamente a la enunciación de criterios de actuación para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves sin haber esclarecido previamente cuáles son los concretos tipos penales que integran tal categoría.

La nueva regulación plantea en ese sentido algunas dificultades interpretativas, pues a diferencia de lo que ocurría con las faltas en la anterior versión del CP, que las concentraba en su último Libro, constitutivo de un catálogo cerrado, los delitos leves se dispersan y entretoran a lo largo del Libro II, integrando en ocasiones subtipos atenuados de delitos menos graves de semejante factura típica, lo que exige a la postre un esfuerzo suplementario de deslinde que pasa por un análisis metódico y cuidadoso de la pena o penas nominalmente asignadas a cada figura penal.

La herramienta hermenéutica básica para discernir los delitos leves de los menos graves la suministra el artículo 13, en sus apartados 3 y 4. Dice el apartado 3 que «son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve» y el 4, en su segundo inciso, que «cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve».

La norma se refiere a la pena nominalmente asignada al delito, la determinada por la ley, que es antecedente y presupuesto de la pena judicialmente determinable tras la práctica de las operaciones jurídicas de individualización reguladas en el Capítulo II del Título III del Libro I CP (en función del grado de desarrollo del *iter criminis*, grado de participación del sujeto, concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc.).

En el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el artículo 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el artículo 33.3 CP a su modalidad menos grave.

Cabe destacar, por la especial eficacia delimitativa que adquieren en la clasificación de los tipos penales, que el tramo penal leve alcanza hasta (inclusive) un año en las penas de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas [artículo 33.4, a) y b) CP], tres meses en la multa [artículo 33.4, g) CP], y la localización permanente [artículo 33.4, h) CP], y treinta días en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad [artículo 33.4, i) CP].

La frontera entre el delito grave y menos grave se delimita en sentido inverso, en función del techo o límite máximo de cuantía o tiempo de la pena asignada a la correspondiente figura típica, conforme dispone el primer inciso del artículo 13.4 CP: «cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave».

Está claro, por lo tanto, que si el delito tiene asignada una sola pena, será leve si el tracto de ésta discurre por completo en el tramo leve. Así sucede, por ejemplo, en las lesiones leves dolosas (art. 147.2 CP, multa de 1 a 3 meses), maltrato de obra fuera del ámbito doméstico (art. 147.3 CP, multa de 1 a 2 meses), amenazas leves fuera del ámbito doméstico (art. 171.7, 1 CP, multa de 1 a 3 meses), coacciones leves fuera del ámbito doméstico (art. 172.3, 1 CP, multa de 1 a 3 meses), hurto por valor no superior a 400 euros (art. 234.2 CP, multa de 1 a 3 meses), entre otros.

3.2 Degradación sobrevinida de ciertos delitos menos graves

También se tiene por leve, como ya se ha explicado, el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el artículo 33.3 CP. En este caso se encuentran, sorprendentemente, varios delitos cuya penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de multa que parte de una duración de tres meses, han mutado su naturaleza como consecuencia de la proyección incondicional que adquiere el nuevo artículo 33.4, g) CP en su calidad de precepto de la Parte General; dicho artículo dice:

«Son penas leves: (...) g) La multa hasta tres meses».

Complementariamente, el artículo 33.3, j) CP, dice:

«Son penas menos graves: (...) j) La multa de más de tres meses».

Es el caso del delito de sustracción de cosa propia, que tiene prevista una pena de multa de 3 a 12 meses si el valor de la cosa excede de 400 euros (art. 236.1 CP) y de 1 a 3 meses si el valor no excede de 400 euros (art. 236.2 CP). Conforme a los parámetros suministrados por el artículo 13.4 CP son leves tanto el tipo básico como el atenuado, perdiendo por completo virtualidad diferenciadora de la naturaleza del delito el límite cuantitativo de los 400 euros del valor del objeto sustraído.

En la misma situación se encuentran los siguientes delitos patrimoniales:

1) La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), sancionado con pena de multa de 3 a 6 meses.

2) La alteración de términos y lindes, que cuando la utilidad reportada o pretendida excede la cantidad de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 18 meses (art. 246.1 CP), y cuando no la excede, con multa de 1 a 3 meses (art. 246.2 CP).

3) La distracción de aguas, que cuando reporta una utilidad de más de 400 euros se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 247.1 CP) y cuando no la excede con multa de 1 a 3 meses (art. 247.2 CP).

4) La apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los casos específicamente previstos en el artículo 253 CP que cuando excede la cuantía de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 254.1 CP) y cuando no la excede, con multa de 1 a 2 meses (art. 254.2 CP).

5) La defraudación de energía, fluidos, y telecomunicaciones, que cuando excede de 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 255.1 CP) y cuando no lo excede con multa de 1 a 3 meses (art. 255.2 CP).

6) El uso inconsciente de un terminal de telecomunicaciones ajeno, que cuando ocasiona un perjuicio a su titular superior a 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 256.1 CP), y cuando el perjuicio no excede dicha cuantía, con multa de 1 a 3 meses (art. 256.2 CP).

7) Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP), que se castigan con pena de multa de 3 a 9 meses.

El mismo fenómeno se produce en otras categorías delictivas:

1) Delitos contra la libertad de las personas: el artículo 163.4 CP sanciona al particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad con multa de 3 a 6 meses.

2) Delitos contra el patrimonio histórico: el artículo 324 CP sanciona los daños de valor superior a 400 euros causados por imprudencia grave en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga, o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, con pena de multa de 3 a 18 meses.

3) Falsedad documental: el artículo 397 CP castiga al facultativo que librare certificado falso con pena de multa de 3 a 12 meses, el artículo 399 CP castiga al particular que falsificare o, en su caso, traficare o hiciere uso a sabiendas de una certificación falsa, con multa de 3 a 6 meses y el artículo 400 CP castiga con las penas previstas en los artículos anteriores la fabricación y tenencia de útiles o medios idóneos para cometer dichas falsedades.

4) Delitos contra la Administración Pública: el artículo 406 CP castiga al particular que, con conocimiento de su ilegalidad, acepte propuesta, nombramiento o toma de posesión de un cargo público con pena de multa de 3 a 8 meses.

5) Delitos contra la Administración de Justicia: el artículo 456.1.3.º CP sanciona la imputación falsa de un delito leve con pena de multa de 3 a 6 meses, el artículo 465.2 CP sanciona al particular que destruyere, ocultare o inutilizare documentos o actuaciones procesales también con pena de multa de 3 a 6 meses y el artículo 470.3 CP sanciona a ciertos familiares de un condenado, preso o detenido que le proporcionen la evasión con multa de 3 a 6 meses.

Hay razones para sospechar que la voluntad del legislador no era degradar estos delitos menos graves, pues nada se dice al respecto en el Preámbulo y las penas nominalmente asignadas a cada tipo no sufren mutación con el cambio legislativo, pero lo cierto es que una vez promulgada y publicada la Ley, ésta adquiere vida propia y es su voluntad inmanente (*voluntas legis*) y no la intencionalidad de su autor (*voluntas legislatoris*) la que conforma el nuevo ordenamiento jurídico y vincula con sus mandatos objetivos al intérprete y aplicador. La voluntad de la Ley se extrae con claridad meridiana del sentido literal de las palabras empleadas por la norma y de una interpre-

tación conjunta y sistemática de los artículos 13.4, inciso segundo, 33.3, j) y 4, g), en relación con cada uno de los tipos penales citados.

Esta degradación también se observa en dos figuras delictivas sujetas a singularidades procesales: la omisión del deber de socorro del artículo 195.1 y 2 CP, castigada con multa de 3 a 12 meses, y las injurias graves hechas sin publicidad del artículo 209 CP, castigadas con multa de 3 a 7 meses. El primero sigue atribuido al conocimiento del Tribunal del Jurado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2, c) LO 5/1995, de 22 de mayo, y ha de sujetarse en consecuencia al correspondiente procedimiento especial, que no contempla la posibilidad de renunciar a la acción por motivos de oportunidad; el segundo no ha mudado con la reforma legislativa su naturaleza de delito privado sujeto a querrela del particular (art. 215.1 CP), pero sí el procedimiento a seguir, que pasa a ser el previsto en el Libro VI LECrim, por acceder en su nueva calidad de delito leve a la esfera competencial del Juez de Instrucción [artículos 14.1 y 5, d) CP], sin perjuicio de la aplicación de las especialidades del Título IV del Libro IV de la LECrim (Consulta n.º 2/1994, de 28 de noviembre, sobre procedimiento idóneo para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia).

3.3 El problema de los delitos con pena compuesta

Los delitos que tienen asignadas varias penas pueden suscitar serias dudas de catalogación. Elementales razones de seguridad jurídica militan a favor de considerar que el delito ha de tener predeterminada su naturaleza de acuerdo con el conjunto de reacciones penales que tenga previstas en la Ley, basándose en la reacción penal más grave.

El artículo 13.4 CP considera leve al delito que tenga asignada pena que por su extensión pueda considerarse como leve y como menos grave. Se trata de una norma limitativa del artículo 13.2 CP («son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave») que merece ser interpretada en sentido estricto, pues resulta poco natural desvincular la naturaleza del delito de la gravedad objetiva de la pena máxima que la Ley le asigna. El efecto inmediato de esta previsión normativa es que la sanción aplicable al delito puede rebasar la gravedad de éste –pena menos grave a un delito leve–.

En caso de pluralidad de penas, la desvinculación del delito de su tope máximo debe tener un carácter subsidiario frente a la regla general del artículo 13.2 CP, pues la calificación en sentido descendente de la gravedad de un delito en los términos de la reforma penal de 2015 es sólo factible cuando la extensión leve y menos grave concurren en una misma pena, no en penas diferentes. El artículo 13.2 CP habrá de prevalecer si el presupuesto del artículo 13.4, inciso segundo CP no se cumple en el seno de todas y cada una de las penas asignadas por la Ley al delito.

En consecuencia, sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignadas incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el artículo 33.4 CP; por el contrario, si alguna o algunas de ellas tienen prevista una extensión comprendida íntegramente en los tramos menos graves del artículo 33.3 CP, prevalecerá el artículo 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave.

El criterio del tope penal es el que subyace en el artículo 131.2 CP, que en sede de prescripción del delito establece que «cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción».

Se trata de una regla que por su claridad y certeza es susceptible de ser trasladada al momento de definir magnitudes como la competencia judicial y el procedimiento adecuado, que también exigen una adecuada predeterminación.

En definitiva, en caso de coexistir penas leves y menos graves en un mismo tipo penal el delito será considerado menos grave, solución que parece evidente cuando las penas son de obligatoria imposición [v. gr., en el delito de nombramientos ilegales (arts. 405 CP, que prevé penas de multa de 3 a 8 meses y pena de suspensión de empleo o cargo público de 1 a 3 años), desobediencia cometida por autoridad o funcionario público (art. 410.1 CP, que prevé penas de multa de 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 6 meses a 2 años), o el falso testimonio (art. 458.1 CP, que se castiga con penas de multa de 3 a 6 meses y prisión de 6 meses a 2 años)].

Cuando la correspondiente figura penal dispone las penas como alternativas la solución no debe ser distinta: la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la que se solicite o imponga.

Lo que en ningún caso sería admisible es que la naturaleza del delito se hiciese depender de la pena elegida. Las inconsecuencias a las que conduciría tal opción se revelan de forma descarnada en el delito de hurto de uso o utilización no autorizada de vehículo de motor ajeno del artículo 244.1 CP, si el valor del vehículo es superior a 400 euros: se trata de un delito que prevé pena de multa de 2 a 12 meses (leve/menos grave) o, alternativamente, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días (menos grave). De seguir el criterio de tomar en consideración la pena solicitada para calificar al delito de leve o menos grave, la inclinación que muestre la acusación por la multa o los trabajos condicionaría el foro de competencia judicial [artículo 14.1 y 5, d) LECrim] y el procedimiento adecuado (Libro VI LECrim), situación de todo punto inaceptable pues contravendría el principio de seguridad jurídica y el derecho del justiciable a conocer de antemano el juez competente (derecho de rango fundamental amparado en el artículo 24.2 CE). Con la paradoja añadida de que siendo alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no se puede imponer sin consentimiento del reo (art. 49 CP), sería éste quien dirimiría definitivamente la naturaleza del delito mediante el simple expediente de rehusar el consentimiento para que le sea aplicada la pena de trabajos.

La Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, fijó en su apartado 2, A) «Límites punitivos: competencia objetiva por razón de la materia para el enjuiciamiento de juicios rápidos», criterios semejantes para discernir los delitos susceptibles de encaje en el entonces nuevo procedimiento para enjuiciamiento rápido, al establecer que se ha de estar a la pena en abstracto, esto es, a la señalada por la Ley al delito de que se trate, con independencia de la que se solicite por la acusación, y que en los delitos castigados con varias penas, conjuntas o alternativas, basta con que una de ellas sobrepase los límites del procedimiento para que no sea posible su incoación.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, debemos descartar del elenco de delitos leves y consecuentemente de su procedimiento especial los siguientes tipos que disponen alternativamente penas leves y menos graves:

- 1) La interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos, sancionada en el artículo 197 bis, 2 CP con pena de multa de 3 a 12 meses, o de prisión de 3 meses a 2 años.
- 2) Facilitación de medios para la comisión de delitos de revelación de secretos, acceso ilícito a sistemas de información, e interceptación de transmisiones no

públicas de datos informáticos, sancionada en el artículo 197 ter CP con pena de multa de 3 a 18 meses o prisión de 6 meses a 2 años.

3) Facilitación de medios para la comisión de un delito de daños informáticos, sancionada en el artículo 264 ter CP con pena de multa de 3 a 18 meses o prisión de 6 meses a 2 años.

4) Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en su modalidad de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional de los artículos 270.4 y 274.3 CP, que tienen asignada una pena de prisión de 6 meses a 2 años, si bien cuando el beneficio obtenido o esperado sea de escasa entidad y atendiendo a las características del culpable, admiten la aplicación de la pena de multa de 1 a 6 meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días. En este caso se trata de subtipos privilegiados que combinan de forma alternativa penas de dispar naturaleza.

5) El auxilio a la inmigración ilegal y el auxilio lucrativo a mantenerse ilegalmente en territorio español, sancionados en el artículo 318 bis, 1 y 2 CP con pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

6) La difusión de mensajes o consignas que inciten a alterar el orden público, sancionado en el artículo 559 CP con multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

7) Provocar mediante falsedad o simulación de situación de peligro o siniestro la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, sancionado en el artículo 561 CP con multa de 3 a 18 meses o prisión de 3 meses y 1 día a 1 año.

A fortiori, el enjuiciamiento de estos delitos por el propio Juez de Instrucción desembocaría en abstenciones o recusaciones en masa, teniendo en cuenta que se trata de delitos que ordinariamente exigirían una mínima instrucción.

4. LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR RAZONES DE OPORTUNIDAD

4.1 Regulación procesal básica

La LO 1/2015 atribuye al Fiscal la potestad de instar la terminación anticipada del procedimiento por razones de estricta oportunidad. La técnica legislativa empleada no resulta, sin embargo, adecuada a la trascendencia de la reforma, pues la potestad del Fiscal aparece meramente aludida al regular los actos del Juez de Instrucción subsiguientes al acuerdo de incoación del procedimiento en el trámite de enjuiciamiento inmediato.

En efecto, el artículo 962.1 LECrim dispone que si la Policía toma conocimiento de hechos constitutivos de delito de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias cuyo enjuiciamiento corresponda al Juez de Instrucción de guardia o a otro Juez de Instrucción del mismo partido judicial, procederá a elaborar el correspondiente atestado y a citar ante el juzgado de guardia a los ofendidos o perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos.

Recibido el atestado en el juzgado de guardia el Juez debe resolver sobre la incoación del juicio y a continuación (art. 963.1.1.ª LECrim):

«Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho».

En tal caso, el Juez comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados por la Policía en los términos del artículo 963.1 LECrim.

Si el Fiscal no insta la terminación anticipada del procedimiento, el Juez «acordará la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputare innecesaria su presencia» (art. 963.1.2.ª LECrim).

La sucesión de actos que la norma parece establecer es la siguiente: elaboración del atestado por la Policía, en el curso del cual la propia Policía deberá practicar el ofrecimiento de acciones y las informaciones al denunciante y al ofendido y perjudicado exigidas en los artículos 109, 110 y 967 LECrim; acuerdo judicial de incoación del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves, previa comprobación de su relevancia penal; a continuación traslado al Fiscal para que se pronuncie sobre archivo por motivos de oportunidad o celebración del juicio.

El archivo por razones de oportunidad no se circunscribe a la modalidad procedimental de enjuiciamiento rápido o inmediato, sino que se prevé con los mismos requisitos en el enjuiciamiento rápido por citación del Juez de guardia (art. 964.2 LECrim) y en el enjuiciamiento ordinario fuera del servicio de guardia (art. 965.1.1.ª LECrim).

En definitiva, la primera decisión que adopta el Juez de Instrucción es la de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve, decisión que implica un juicio positivo de relevancia penal de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su propia competencia para enjuiciarlos.

La siguiente decisión, relativa al sobreseimiento de la causa o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral, es una decisión que presupone la previa evacuación de informe por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, la principal novedad que la LO 1/2015 ha introducido en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves del Libro VI LECrim en comparación con el anterior juicio de faltas es la posibilidad de que el mismo entre en crisis anticipada en el mismo momento de su nacimiento si el Fiscal, como órgano público de la acusación, hace uso de su potestad de solicitar el archivo a la vista de la escasa trascendencia de los hechos.

La reforma ha optado, en consecuencia, por un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y puro, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata.

4.2 Régimen especial del principio de oportunidad en los delitos leves semipúblicos y privados

Se diría que la reforma procesal operada en la LO 1/2015 ha decidido otorgar idéntico tratamiento a los delitos leves públicos y semipúblicos, pues la primera concreción normativa de las condiciones de ejercicio del principio de oportunidad se efectúa en el artículo 963.1.1.ª LECrim, donde se regula el enjuiciamiento inmediato en el servicio de guardia, que comprende varios delitos semipúblicos (lesiones, malos tratos, coacciones, amenazas e injurias, por remisión al artículo 962.1 LECrim). Da la impresión, por lo tanto, de que el Fiscal debe informar sobre la oportunidad de perse-

guir los delitos leves tanto si son públicos como semipúblicos, pues inicialmente no se establece distinción alguna.

Esta apariencia se diluye cuando se examinan las reglas aplicables al enjuiciamiento de los delitos leves del artículo 969.2 LECrim, pues en este precepto se establece que, mediando instrucción del Fiscal General del Estado, «los fiscales podrán dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado».

En los delitos semipúblicos, por lo tanto, el Fiscal no emitirá informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad en los casos en los que conforme a los criterios de la presente Circular, esté dispensado de acudir a juicio oral.

En lo que se refiere al delito leve de injurias graves producidas sin publicidad del artículo 209 CP, como ya hemos señalado en el apartado 3.2, aunque degradado a leve, sigue siendo un delito privado cuya persecución demanda querrela del ofendido o su representante legal (art. 215.1 CP), de modo que el Ministerio Fiscal carece de toda legitimación para ejercitar la acción penal (art. 105.1 LECrim, Consulta n.º 7/1997, de 15 de julio, sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias) y consecuentemente, de toda capacidad para renunciarla. Se tramitará por el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, pero sin posibilidad del ejercicio del principio de oportunidad, pues sólo el ofendido está en condiciones de disponer de la acción penal.

Conviene recordar, no obstante, que el delito de injurias leves en el ámbito doméstico del artículo 173.4 CP es un caso distinto, pues conserva su naturaleza semipública por el carácter de norma especial que tiene dicho precepto y en virtud asimismo de la salvedad expresa efectuada en el artículo 208.2 CP.

5. PARTICIPACIÓN DEL FISCAL EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS LEVES SEMIPÚBLICOS

La LO 1/2015 no resulta especialmente innovadora en lo que se refiere al tratamiento penal y procesal de los delitos leves de naturaleza semipública, pues salvando el cambio nominativo de falta a delito, mantiene en lo sustancial el elenco de figuras penales leves sujetas a la condición de procedibilidad, la eficacia extintiva del perdón y la posibilidad de que el Fiscal se abstenga de acudir al acto de juicio oral, de modo que gran parte de los criterios de actuación del Fiscal en relación con las faltas semipúblicas asentados en anteriores documentos de la Fiscalía General del Estado merecen ser conservados.

Es exigible la condición de procedibilidad de la denuncia previa en las figuras de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), lesiones graves –entendidas por tales las lesiones de los artículos 149 y 150 CP– por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP), las amenazas y coacciones leves producidas fuera del ámbito doméstico (arts. 171.7, 1 y 172.3, 1 CP, respectivamente), las injurias leves en el ámbito doméstico (art. 173.4 CP) y los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP).

La LO 1/2015 ha incorporado asimismo al régimen de denuncia previa figuras penales como las lesiones dolosas leves –entendiendo por tales las que no precisan tratamiento médico o quirúrgico para su curación– del artículo 147.2 CP, y el maltrato de obra fuera del ámbito doméstico del artículo 147.3 CP, que eran de naturaleza pública en su anterior configuración como faltas (art. 617 CP, derogado).

El artículo 130.1.5.º CP, siguiendo el criterio del derogado artículo 639.3 CP, establece que la responsabilidad criminal se extingue por el perdón del ofendido en los delitos perseguibles previa denuncia del mismo, perdón que se ha de otorgar de manera expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido antes de dictarla.

La denuncia previa como condición de procedibilidad y el perdón del ofendido son instituciones que privatizan el ejercicio de la acción penal y asocian la oportunidad de su ejercicio a la voluntad del ofendido. De ahí que la ley haya decidido excluir el informe del Fiscal sobre la oportunidad del ejercicio de la acción penal.

En efecto, conforme establece el artículo 969.2 LECrim

«El fiscal asistirá a los juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado».

La LO 1/2015 revalida en este precepto la habilitación legal que la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, confirió en su día al Fiscal General del Estado para concretar por medio de instrucciones los supuestos en los que, en atención al interés público concernido, los Fiscales pueden dejar de asistir al juicio cuando se trata de infracciones leves (entonces faltas) cuya persecución exija denuncia del ofendido o perjudicado, habilitación que fue desarrollada en primer lugar mediante la Instrucción n.º 6/1992, de 22 de septiembre, y posteriormente complementada por medio de la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Las directrices de actuación reflejadas en estos documentos, consolidadas por una larga práctica, merecen ser mantenidas en lo esencial, con la debida actualización.

Es significativa la valoración inicial que la Fiscalía General del Estado hizo de esta novedosa posibilidad en la Instrucción n.º 6/1992:

«La Reforma actual puede valorarse como una manifestación del principio de oportunidad en la promoción de la acción de la Justicia, al que se aludía al principio de esta Instrucción, en cuanto constituye una excepción a la actuación conforme al principio de legalidad que exigen el artículo 105 de la LECr y los correspondientes preceptos del Estatuto Orgánico».

La Instrucción 3/2006, de 3 de julio, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor, apunta, con luminosa concisión:

«Dado que la naturaleza semipública de las faltas tipificadas en el artículo 621 CP, limita de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas, puesto que su actuación está condicionada tanto por la previa denuncia del agraviado, como por la ausencia de perdón (art. 639 CP), el cometido determinante de la presencia institucional en estos procesos parece dirigido más a la protección de los derechos fundamentales en supuestos de posible indefensión (art. 773 LECrim y 3.10 EOMF), que al ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente al responsable del hecho, ya que la introducción del requisito de procedibilidad implica una cierta relativización del interés público en la persecución de estos hechos».

6. INSTRUCCIONES

La renovada habilitación legal conferida a la Fiscalía General del Estado en el artículo 969.2 LECrim para delimitar la intervención del Fiscal en el enjuiciamiento de determinados delitos leves, así como las nuevas facultades conferidas al mismo para instar el archivo por razones de oportunidad, exigen un esfuerzo suplementario de concreción de las pautas de actuación que a partir de ahora van a regir la intervención del Ministerio Público, en la medida en que trascienden a la propia institución.

Estas pautas de actuación, bajo forma de instrucción, se formulan en el presente apartado distinguiendo, por las razones indicadas más arriba, el tratamiento procesal de los delitos leves semipúblicos y públicos.

6.1 Sobre asistencia a juicio en delitos leves semipúblicos

La intervención del Fiscal en el enjuiciamiento de los delitos leves semipúblicos se ajustará a la siguiente casuística:

A. Homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP): el Fiscal deberá asistir al juicio si el resultado mortal se produce con motivo de la circulación de vehículos de motor o ciclomotores por la vía pública o con motivo de la prestación de un servicio público o privado de transporte colectivo de personas (ferrocarril, metro, líneas aéreas, etc.).

Igualmente asistirá al juicio cuando el resultado mortal se produzca en el ámbito laboral como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos, seguridad e higiene en el trabajo.

Idéntico tratamiento se dará a las muertes imprudentes producidas en el ámbito sanitario como consecuencia de la actuación desplegada por cualquiera de los profesionales que intervienen en el mismo, o en el contexto de cualquier otra actividad profesional por infracción de la *lex artis*.

B. Lesiones cualificadas causadas por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP: el Fiscal asistirá al juicio oral en los mismos casos señalados en el apartado anterior cuando el resultado lesivo sea alguno de los previstos en el artículo 149 CP. Por el contrario, no asistirá si se trata de lesiones ocasionadas por imprudencia menos grave encuadradas en el artículo 150 CP, pues parece oportuno reservar la intervención del Fiscal a los resultados lesivos de mayor gravedad.

C. Lesiones dolosas del 147.2 CP: el Fiscal asistirá siempre al juicio oral.

D. Maltrato de obra del artículo 147.3 CP: el Fiscal no asistirá al juicio salvo cuando la víctima sea una persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad.

E. Amenazas y coacciones leves fuera del ámbito doméstico de los artículos 171.7, 1 y 172.3, 1 CP: el Fiscal no asistirá a juicio.

F. Injurias leves en el ámbito doméstico del artículo 173.4 CP: el Fiscal no asistirá a juicio.

G. Daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros del artículo 267 CP: el Fiscal no asistirá a juicio.

H. Cláusula de cierre: en todos aquellos casos en que el Fiscal haya denunciado en nombre de una persona menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 LECrim, deberá, obviamente, intervenir en el juicio oral en defensa de los intereses de estas personas, cualquiera que sea el delito, pues la misma necesidad de tutela del desvalido

que ha justificado la decisión del Fiscal de denunciar para poner en marcha el procedimiento exige que luego intervenga de forma activa en el enjuiciamiento del hecho.

6.2 Sobre ejercicio del principio de oportunidad en delitos leves públicos

En el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves públicos las potestades del Fiscal asociadas al ejercicio del principio de oportunidad son más concluyentes, pues en estos casos no se limita a dirimir su asistencia a un acto de juicio oral que puede ser válidamente promovido por el particular denunciante, sino que le permiten instar del órgano judicial la crisis anticipada del procedimiento y su archivo.

6.2.1 ELEMENTOS MOTIVADORES DE LA SOLICITUD DE ARCHIVO

Los criterios de oportunidad que debe utilizar el Ministerio Fiscal para decidir sobre la renuncia a la acción penal se concretan de forma bastante esquemática en el artículo 963.1.1.ª LECrim, que establece dos de concurrencia cumulativa:

1.º La escasa gravedad del delito. El modelo de oportunidad por el que opta la reforma procesal se ciñe claramente a los denominados «delitos bagatela», en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho.

La Ley resulta sumamente restrictiva, pues los delitos leves constituyen por su propia naturaleza la porción de infracciones penales menos relevantes de las comprendidas en la Parte Especial del Código, por lo que exigir del Fiscal que discrimine dentro de la categoría las conductas de menos trascendencia reduce el juego del principio de oportunidad a mínimos. El tenor literal de la norma no puede ser más expresivo cuando exige que se trate de delitos «de muy escasa gravedad», intensificando con el superlativo el carácter excepcional que nuestro ordenamiento concede a la renuncia del *ius puniendi*.

Una vía hermenéutica que puede resultar útil para discernir las infracciones susceptibles de archivo anticipado es la de estudiar los tipos penales desde el punto de vista utilitario o finalista, considerando que si el delito legitima socialmente su existencia en la medida en que constituye un instrumento eficaz para la tutela de bienes jurídicos valiosos, la renuncia al ejercicio de la acción para exigir su castigo puede quedar justificada cuando se sienta una menor necesidad de tutela por las circunstancias concurrentes en el caso. Podemos asentar, en base a ello, dos parámetros complementarios: de un lado, el valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma, y de otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados.

Desde el primer punto de vista, habrán los Sres. Fiscales de ser más exigentes, y por lo tanto menos proclives a solicitar el archivo de la causa, cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad.

Desde el segundo punto de vista, la necesidad de protección es más intensa cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por

haber alcanzado la culminación del *iter criminis*, especialmente si del hecho punible se ha derivado un daño o perjuicio indemnizable que no ha sido debidamente compensado en el momento en que se evacúa el trámite de informe.

También deberán ser valoradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil –por estar comprendido entre los 18 y 21 años–, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

La consulta de las anotaciones de condenas precedentes recaídas en juicio de faltas o por delito leve resulta en todo caso necesaria para una emisión fundada del informe. El Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, contempla en su artículo 2.3, entre otros, el Registro Central de Penados, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes y el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, fuentes de información de inapreciable valor para un adecuado ejercicio de nuestras funciones.

Un ejercicio razonado de las facultades inherentes al principio de oportunidad no es posible sin la previa consulta de los antecedentes, a fin de determinar la existencia de factores que desaconsejen el informe de sobreseimiento, pues como señala la Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, «la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales».

También puede ser un medio adecuado de indagación la solicitud a los Juzgados Decanos de la localidad de la hoja de anotaciones de procedimientos del autor.

2.º Ausencia de interés público en la persecución del hecho. En gran medida el interés público en el ejercicio de la acción penal es un concepto directamente relacionado con la antijuricidad material de la conducta, por lo que este criterio se solapa parcialmente con el anterior. No obstante, existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al aquilatar la necesidad de la pena: la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza –hurtos flagrantes en determinados espacios públicos de la ciudad, p.e.–, o, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada, en concordancia con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de nuestro propio ordenamiento jurídico desde la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD).

El tenor legal refrenda este criterio en la medida en que el inciso final de la letra b) del artículo 963.1.1.º LECrim concluye disponiendo que

«En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado».

Este inciso, en la medida en que asocia el interés público a la realización de las legítimas expectativas de reparación penal y civil de la víctima, exige del Fiscal una actitud cautelosa a la hora de seleccionar los casos en que optará por renunciar al ejercicio de la acción penal. La cautela no puede ser menor tratándose de delitos leves que afecten a la integridad física y moral o a la libertad de las personas, pues se trata de bienes que en una razonable ponderación axiológica no pueden ser pospuestos a los de índole patrimonial.

La denuncia de la víctima y la pendencia de un daño indemnizable no compensado, sin ser impedimentos absolutos para el ejercicio del principio de oportunidad, pues la Ley no establece prohibiciones explícitas, constituyen elementos que en principio han de disuadir de su ejercicio, pues la configuración que la reforma penal da a la oportunidad reglada como excepción al principio de oficialidad de la acción penal *ex* artículo 105.1 LECrim, trata de conjurar el riesgo de que el archivo anticipado del procedimiento redunde en menoscabo de legítimas expectativas de tutela que puedan albergar los particulares afectados.

Tampoco hemos de perder de vista, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que el EVD ha reconocido a la víctima un extenso derecho de participación activa en el proceso penal (art. 3.1 EVD), que una crisis anticipada del procedimiento desencadenada por la acusación pública podría frustrar. Resulta esencial por ello que el Ministerio Fiscal antes de evacuar su informe disponga de los elementos de juicio necesarios para evaluar la opinión de la víctima, los cuales deben extraerse del propio atestado, pues el procedimiento para delitos leves no tiene prevista fase de instrucción judicial.

La valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, lógicamente, en aquellos casos en que ésta resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público.

En la indagación de la posición de la víctima frente al proceso, denuncia y ofrecimiento de acciones constituyen momentos de especial significación. La denuncia es un medio de transmisión de la *notitia criminis* que en el ámbito de procedimiento para el juicio sobre delitos leves es suficiente para constituir en parte acusadora al ofendido o perjudicado, sin mayores exigencias de postulación.

Cuestión distinta es la denuncia tácita. La voluntad de vindicar el delito sufrido no puede inferirse, sin más, de la protocolaria manifestación de «quedar enterado» al recibir el ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 LECrim, aunque en otro contexto se le haya podido reconocer valor para cumplimentar la condición de procedibilidad.

En sentido inverso, constituye expresión suficiente de desinterés procesal la manifestación del deseo de no volver a ser citado, de que se archive la causa, o el hecho concluyente de desatender sin causa justificada los llamamientos de la Policía o del juzgado.

Comoquiera que el trámite del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves sitúa el informe de oportunidad del Fiscal en el momento inmediato posterior a la incoación del procedimiento, lo normal es que si éste se origina en un atestado policial, sea en el mismo donde conste documentado el ofrecimiento de acciones a los ofendidos y perjudicados por el delito, y la respuesta dada por los interesados, conforme a lo previsto en el artículo 962.1, inciso último LECrim, por lo que habrá de exigirse que al traslado de las actuaciones se acompañe copia del atestado con el fin de comprobar tales extremos.

Si, por el contrario, el procedimiento se incoa en virtud de denuncia directa de la víctima, debemos asumir que existe una voluntad declarada de ejercitar la acción penal que habrá de ser tenida en cuenta.

Si la víctima retira la denuncia en un momento posterior, o pone de manifiesto su deseo de que el procedimiento se archive, antes del traslado al Fiscal a efectos de informe de oportunidad, se estará a la última voluntad expresada.

Una vez evacuado informe favorable a la prosecución del procedimiento y al señalamiento de juicio oral, deberán evitarse nuevos traslados al Fiscal por el mero hecho de que la víctima rectifique su anterior criterio, salvo casos excepcionales.

En caso de pluralidad de víctimas por el mismo hecho punible, se valorará la postura adoptada en relación con el procedimiento por todas y cada una de ellas, debiendo estimarse necesaria la prosecución de la causa si una o varias se pronuncian con suficiente claridad a favor de acogerse a la tutela que les puede ofrecer el orden jurisdiccional penal.

6.2.2 INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS

Como se ha expuesto, la antijuricidad material de las conductas incriminadas guarda relación directa con el bien jurídico protegido, por lo que es posible discriminar las pautas de actuación del Fiscal por categorías de delitos.

A. Violencia de menor intensidad en el núcleo de convivencia familiar (excluida la violencia de género)

Los delitos leves susceptibles de integrar esta categoría, en concreto, las amenazas leves cuando no se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos (art. 171.7, 2) y las coacciones leves (art. 172.3, 2 CP) que recaigan sobre alguna de las personas del artículo 173.2 CP [excluidos los actos homogéneos constitutivos de violencia de género y cometidos sobre quien sea o haya sido esposa del autor del hecho, sobre mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, que constituyen siempre delito menos grave (*ex* artículos 171.4 y 5 y 172.2 CP)], así como las vejaciones injustas del artículo 173.4 CP, serán perseguidos en todo caso, debiendo el Fiscal interesar la prosecución de la causa y el señalamiento de juicio oral en virtud del interés prevalente de proteger la paz doméstica así como la libertad y la integridad moral de los miembros más débiles del núcleo de convivencia familiar, bienes de irrenunciable tutela pública.

Sólo en casos excepcionales, los Fiscales podrán informar favorablemente el archivo por motivos de oportunidad si se trata de hechos de muy escasa trascendencia, la víctima ha solicitado expresamente el archivo y no existe indicio alguno de que su voluntad pueda haber sido coaccionada o influenciada por el autor del delito o personas de su entorno.

B. Delitos leves de naturaleza patrimonial

Nos referimos al hurto (art. 234.2 CP), sustracción de cosa propia (art. 236 CP), alteración de términos y lindes (art. 246 CP), distracción de aguas (art. 247 CP), estafa (art. 249.2 CP), administración desleal (art. 252.2 CP), apropiación indebida (art. 253.2 CP), apropiación indebida impropia, de cosa perdida o recibida por error (art. 254 CP), defraudación de fluidos, energía y telecomunicaciones (art. 255 CP), uso no autorizado de terminal de telecomunicaciones (art. 256 CP) y daños dolosos (art. 263.1, pfo. segundo CP). En todos estos supuestos, siguiendo los parámetros del artículo 963.1.1.ª, inciso final LECrim, a los que se ha aludido más arriba, el Fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal e informar a favor del sobreseimiento y archivo de la causa si la víctima no ha denunciado los hechos, después de denunciados ha puesto de manifiesto su deseo de retirar la denuncia, o de cualquier otra forma

ha hecho saber en sede policial o judicial que no tiene interés en la incoación o prosecución del procedimiento –p.e., solicitando no ser citado a juicio–. Si por el contrario, la víctima denuncia directamente los hechos en la Policía o en el Juzgado, o en el curso de la tramitación del atestado policial o incoado el procedimiento manifiesta una voluntad explícita de denuncia, el Fiscal informará a favor de la prosecución del procedimiento y la celebración del juicio oral, especialmente si existen indemnizaciones pendientes de satisfacer, salvo casos excepcionales.

Se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio en los delitos previstos en los artículos 236 CP (sustracción de cosa propia), 246 CP (alteración de términos y lindes), 247 CP (distracción de aguas), 254 CP (apropiación indebida impropia), 255 CP (defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones) y 256 CP (uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno) cuando el objeto, cantidad o utilidad ilícitamente obtenida hubiera alcanzado un valor superior a los 400 euros, en atención a la mayor gravedad intrínseca de estas conductas y al hecho de que hasta la reforma de 2015 estos supuestos constituían delito menos grave y se sancionaban con la misma pena de multa.

Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del artículo 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal.

A fin de evitar efectos criminógenos, en supuestos de reiteración en los delitos leves patrimoniales no procederá dar eficacia a la reparación del daño para postular el archivo.

C. Delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales

La reforma de 2015 sigue incriminando, con algunas variantes, una parte de las conductas comprendidas en los Títulos III y IV del Libro III CP, como mantenerse en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional, oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público contra la voluntad de su titular (art. 203.2 CP), el maltrato animal en espectáculos no autorizados (art. 337.4 CP), el abandono de un animal poniendo en peligro su vida o integridad (art. 337 bis CP), expender o distribuir moneda falsa de valor aparente no superior a 400 euros por quien la recibió de buena fe, una vez le conste su falsedad (art. 386.3 CP), distribuir o utilizar sellos de correos y efectos timbrados de valor aparente no superior a los 400 euros por quien los recibió de buena fe, una vez le conste su falsedad (art. 389.2 CP), y el uso público e indebido de uniforme, traje e insignia que le confieran carácter oficial, por quien no está autorizado (art. 402 bis CP). En todos estos casos los Fiscales analizarán las circunstancias concretas que hayan rodeado la comisión del delito para decidir si la tutela del interés público exige el enjuiciamiento de los hechos o, por el contrario, admite la renuncia al ejercicio de la acción penal sin desdoro de dicho interés. Deberán en todo caso ser consideradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil –por estar comprendido entre los 18 y 21 años–, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

D. Delitos leves que tenían la consideración de menos graves antes de la reforma de 2015

Aquellas figuras penales que han experimentado una degradación automática por el cambio de las normas de la Parte General a las que se hace referencia en el apartado 3.2 de esta Circular y que se refieren a bienes jurídicos de especial significación, como la

libertad personal (art. 163.4 CP), el patrimonio histórico (art. 324 CP), la fe pública inherente al giro de determinados documentos (art. 397, 399 y 400 CP), la Administración Pública (art. 406 CP) y la Administración de Justicia (arts. 456.1.3.º, 465.2 y 470.3 CP) deben ser objeto de un tratamiento restrictivo en lo que se refiere a su posible archivo anticipado. En la medida en que el interés público que se ve afectado por estas conductas es de especial relevancia, es razonable excluir el ejercicio del principio de oportunidad salvo que concurran circunstancias excepcionales que atenuen en el caso concreto la necesidad de respuesta penal.

6.2.3 EFICACIA TEMPORAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El novedoso principio de oportunidad plantea problemas de vigencia temporal derivados de su carácter híbrido procesal-sustantivo. Formalmente, el principio se sustancia en un trámite procedimental sucesivo en el tiempo a la resolución judicial de incoación del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, regulado en el artículo 963.1.1.ª LECrim, y concordantemente, en los artículos 964.2, a) y 965.1.1.ª LECrim, que el Fiscal evacua mediante la emisión de un informe en el que se pronuncia sobre la necesidad de proseguir el procedimiento o, alternativamente, sobre la conveniencia de proceder a su sobreseimiento y archivo en atención a la menor intensidad del interés público involucrado.

En el plano procesal impera el principio *tempus regit actum* que obliga a acomodar los actos a la norma jurídica vigente en el momento en que se producen, salvo disposición contraria de la ley. La eficacia temporal del procedimiento en el que se inserta este trámite aparece regulada en la Disposición adicional segunda de la propia Ley, que bajo rúbrica Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves dice literalmente:

«La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves».

El precepto, rectamente interpretado, significa que el texto reformado del Libro VI de la LECrim –que ahora regula el denominado «procedimiento para el juicio sobre delitos leves»– regirá para los delitos que se cometan a partir del día 1 de julio de 2015 (ex Disposición final octava, entrada en vigor), en tanto que los hechos punibles constitutivos de falta que se cometan hasta el día 30 de junio de 2015 (incluido) se enjuiciarán conforme al tenor que tenían las disposiciones del Libro VI LECrim antes de ser modificadas por la LO 1/2015.

Se excepciona de este modo la aplicación del principio *tempus regit actum*, y se asegura la ultravigencia del trámite del juicio de faltas. En consecuencia, es la fecha del hecho, no la del juicio, la que determina la ley procesal aplicable, sin que se haya previsto la conversión del trámite a la nueva regulación para los asuntos que se hallen en curso en el momento de entrar en vigor el cambio legislativo.

Esta intelección queda confirmada en el apartado primero de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015, donde bajo la rúbrica Juicios de faltas en tramitación se establece que

«La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal».

El juicio de faltas y el procedimiento sobre enjuiciamiento de delitos leves constituyen modelos sustancialmente coincidentes en aspectos de competencia judicial, postulación procesal y tramitación. La diferencia cualitativa más relevante es precisamente la introducción del principio de oportunidad reglada como forma de conclusión anticipada del procedimiento para delitos leves, lo que es desconocido en el juicio de faltas.

Una lectura somera de las disposiciones citadas –adicional segunda y transitoria cuarta– conduce a la conclusión de que los juicios de faltas incoados bajo la vigencia de la anterior regulación deben proseguir su tramitación hasta su enjuiciamiento y sentencia –si no se interpone un motivo distinto de archivo en la medida en que las disposiciones antedichas no han previsto que el principio de oportunidad introducido *ex novo* para los delitos leves en la LO 1/2015 sea retroactivamente aplicable a las faltas.

El problema es que estas disposiciones, aisladamente consideradas, no proporcionan los criterios adecuados para dirimir satisfactoriamente una cuestión de este calado, que presenta una complejidad mayor de lo que aparenta.

La Fiscalía General del Estado con motivo de reformas legales anteriores que mudaron las condiciones de procedibilidad de ciertas infracciones, transformándolas de públicas en semipúblicas, respaldó la idea, compartida por la mejor doctrina, de que ciertas instituciones procesales presentan una vertiente material que afecta a elementos del delito, como la punibilidad, que justifica su aplicación retroactiva.

Como telón de fondo, se vislumbra la perspectiva, igualmente respaldada por la mejor doctrina procesalista, de que institutos procesales como la exigencia de denuncia previa y el perdón del ofendido constituyen manifestaciones singulares del principio de oportunidad, lo que confirma su parentesco directo con la facultad discrecional de instar el archivo que la LO 1/2015 ha decidido conceder al órgano de la acusación pública.

La Circular n.º 2/1990, sobre aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, por ejemplo, reconoce incidentalmente la naturaleza de oportunidad que subyace en estos institutos procesales (*vid.* IX «Las cuestiones procesales», B):

«Tampoco puede dejarse de tener en cuenta, aunque el argumento sólo sea de refuerzo, el espíritu de la Recomendación del Consejo de Europa R (87), del Comité de Ministros de 17 de noviembre de 1987, que pide a los Estados miembros que adopten... la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado. Si en la Reforma de la L. O. 3/1989 se ha acogido expresamente esa Recomendación en orden a su primer extremo (facultad de renunciar a la iniciación del proceso, que queda sometido en gran número de supuestos, especialmente en el área de las faltas, al régimen de denuncia previa), es razonable pensar que el legislador también pretendió cumplir la segunda parte de la Recomendación, creyendo innecesaria la mención expresa en cada caso concreto de los efectos del perdón, por deducirse ya de las reglas generales del Código».

De manera todavía más explícita, la Instrucción n.º 6/1992, de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal:

«Es preciso recordar que la transformación de diversas faltas en infracciones de naturaleza semipública –por la Ley Orgánica 3/1989– ya condicionó de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas. El establecimiento de una condición objetiva de procedibilidad era ya expresión de una cierta renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* si el perjudicado por la infracción no inicia el proceso penal.

Consecuentemente, la intervención del Fiscal quedó subordinada a la denuncia del ofendido o perjudicado, salvo que la persona agraviada sea de todo punto desvalida, supuesto en que el Fiscal tiene la facultad de denunciar, de conformidad con el artículo 602 del Código Penal, facultad que, evidentemente, mantiene su plena vigencia».

La Circular n.º 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, al tratar en su apartado VI de las modificaciones en materia de perseguibilidad introducidas por el vigente CP, supera definitivamente toda reticencia que la Fiscalía General del Estado hubiera podido albergar anteriormente frente a la aplicación retroactiva de un novedoso régimen procesal de denuncia previa, poniendo ahora el acento en sus implicaciones sustantivas:

«En el nuevo Código Penal algunas infracciones consideradas clásicamente como públicas se han convertido en semipúblicas, al exigir su persecución el requisito de la denuncia previa del ofendido (...)

Ese nuevo requisito de perseguibilidad, ¿ha de jugar respecto de hechos cometidos o procesos incoados antes de su vigencia? La respuesta a este interrogante ha de partir de que estamos ante una cuestión que, aunque es predominantemente procesal (lo que permite determinar, en su caso, la aplicación del principio *tempus regit actum*), repercute también en uno de los elementos del delito: la punibilidad».

El archivo anticipado de la causa regulado en los artículos 963.1.1.ª LECrim y concordantes reformados, constituye manifestación directa del mismo principio de oportunidad inmanente al régimen de denuncia previa y perdón del ofendido, por lo que no hay razón para negar la posibilidad de su aplicación a las faltas que a la fecha de entrada en vigor de la LO 1/2015 todavía no hayan sido enjuiciadas.

El órgano de la acusación pública renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en los supuestos taxativamente determinados en la ley, lo que constituye una forma de descriminalización de la conducta por vía acusatoria que trasciende las formas del procedimiento para enlazar con la teoría de la pena y los principios de la política criminal (*minima non curat praetor*).

La eficacia retroactiva de la condición de procedibilidad constituye precisamente el fundamento de la enervación de la acción penal prevista en el apartado segundo de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015 en los juicios de faltas incoados antes de su entrada en vigor. Dispone la norma transitoria que:

«La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal».

Por otra parte, la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, relativa a la «legislación aplicable», dice en su apartado primero que:

«Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

Comoquiera que el precepto se refiere a la aplicación de esta Ley (LO 1/2015) en lo que resulte más favorable al reo, cabe entender comprendido en el mandato del legisla-

dor los preceptos introducidos en su Disposición final segunda de sentido material favorable, como son los relativos al archivo del procedimiento por razones de oportunidad.

Debemos considerar asimismo el rango normativo de las disposiciones de la LO 1/2015 en conflicto: tanto la Disposición adicional segunda como la Disposición transitoria cuarta tienen rango de ley ordinaria, conforme a lo establecido en la Disposición final séptima LO 1/2015. Ello significa que dichas disposiciones pueden afectar al trámite que se ha de seguir para el enjuiciamiento de los delitos leves, es decir, a los aspectos procedimentales de la cuestión, pero no pueden establecer límites ni restricciones al claro mandato de retroactividad favorable al reo que contiene el artículo 2.2 CP, con rango de Ley Orgánica, o a la previsión equivalente incorporada a la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, que tiene igualmente rango de Ley Orgánica.

En definitiva, las faltas públicas cometidas antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, que no hayan quedado despenalizadas ni sometidas sobrevenidamente al régimen de denuncia previa, y que estén pendientes de enjuiciamiento, podrán ser archivadas por motivos de oportunidad, por lo que, a partir del 1 de julio de 2015, recibido traslado del Juzgado de Instrucción, el Fiscal habrá de evacuar el informe previsto en el artículo 963.1.1.^a LECrim y concordantes, debiendo ajustar su contenido a las instrucciones definidas en el apartado 6 de este documento.

No se podrán beneficiar, sin embargo, del archivo por motivos de oportunidad las faltas que a la entrada en vigor de la LO 1/2015 hubieran sido ya enjuiciadas en primera instancia, pues el sobreseimiento de la causa constituye una forma anormal de terminación del procedimiento alternativa al enjuiciamiento, que pierde en consecuencia su virtualidad si éste ya se ha producido.

En cuanto a las faltas públicas que en virtud de la presente reforma penal han quedado sometidas al régimen de denuncia previa (este caso se limita a los delitos leves de lesiones y malos tratos del artículo 147.2 y 3 CP, antes previstos en el artículo 617 CP), la acción penal para su persecución ha de estimarse decaída por imperativo de la ley, con arreglo a lo previsto en la Disposición transitoria cuarta, apartado segundo, de la LO 1/2015, que de manera inequívoca establece que el procedimiento continuará a los solos efectos de enjuiciar la acción civil.

En efecto, el párrafo segundo de dicho apartado dispone que «si continuara la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Se trata de una disposición que reproduce los términos de la Disposición transitoria segunda de la LO 3/1989, de 21 de junio, y que por su inequívoco tenor cercena toda posibilidad de instar la condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente el mismo, pues de producirse la renuncia el procedimiento se debe archivar.

Procede recordar lo que la Circular 2/1990, de 1 de diciembre, dijo en la interpretación de su precedente legislativo: «estando sometido el Ministerio Fiscal al principio de legalidad, siendo la L. O. 3/1989 una Ley postconstitucional y no estando declarada la contradicción de la Disposición Transitoria Segunda de aquélla con la Constitución, obligado es acatarla y todos los Fiscales seguirán el criterio sentado en dicha Disposición, de equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar su persecución en vía punitiva, aunque continúe el proceso iniciado hasta obtener sentencia, cuyo fallo se limite a resolver sobre las responsabilidades civiles y las costas, como dispone el párrafo 2 de aquélla».

7. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS LEVES

La reforma penal 1/2015 incide igualmente en determinados aspectos sustantivos de las infracciones leves, de los que procede hacer una somera mención.

7.1 Reincidencia

Los antecedentes penales correspondientes a delitos leves no se computarán a efectos de la aplicación de la agravante genérica de reincidencia del artículo 22.8.^a CP.

En efecto, la LO 1/2015 amplía el enunciado del párrafo segundo de dicho precepto para señalar que «a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Ello no significa que la existencia de una o varias anotaciones por delito leve en la hoja histórico penal de la persona contra la que se siga un nuevo procedimiento penal sea una variable jurídicamente irrelevante. El historial de condenas por delito leve habrá de tomarse en consideración, como elemento subjetivo adverso, al valorar la oportunidad de instar el sobreseimiento de la causa abierta por un nuevo delito leve (art. 963.1.1.^a CP y concordantes), al individualizar la pena que debe aplicarse al sujeto por la comisión de otro delito, o como elemento indicativo de la necesidad de ejecutar la pena al informar sobre su suspensión condicional (art. 80.1, 2 CP).

El delito leve, sin embargo, sí puede integrar ciertos subtipos agravados previstos en delitos contra el patrimonio como el hurto (art. 235.1.7.^o CP), la estafa (art. 250.1.8.^o CP), la administración desleal y la apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP por remisión al artículo 250.1.8.^o CP) pues estos preceptos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y menos graves, y sólo excluyen los antecedentes cancelados o susceptibles de cancelación.

7.2 Determinación de la pena

El artículo 66.2 CP, en la redacción que le ha otorgado la LO 1/2015, establece que «en los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

La exclusión de la aplicación del artículo 66 CP a las faltas ya se preveía en el derogado artículo 638 CP, como parte de un enunciado más amplio: «en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código».

Suprimido el artículo 638 CP en la reforma 1/2015, la singularidad del régimen jurídico de aplicación de penas de los delitos leves se reduce a este punto. Desaparece, por lo tanto, la obligación de respetar el límite mínimo nominalmente asignado, que se hace permeable en sentido descendente en las formas imperfectas de ejecución y participación (arts. 62 y 63 CP) y en los supuestos de eximente incompleta (art. 68 CP), conforme a las reglas de dosimetría penal establecidas en el artículo 70.1.2.^a CP [v. gr. tentativa inacabada de hurto de un bien de valor no superior a 400 euros, artículo 234.2 CP, la pena de 1 a 3 meses de multa se rebajaría obligatoriamente en un grado (multa de 15 a 29 días), o facultativamente en dos (multa de 8 a 14 días)].

7.3 Prescripción de la pena

El artículo 133.1 CP determina los plazos de prescripción de las penas en función de la duración concreta impuesta en sentencia firme. Los apartados 6 y 7 prevén el plazo de cinco años para las penas menos graves y de un año para las penas leves.

Al tratar del ámbito objetivo del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves ya hicimos referencia a que un delito leve, conforme a los parámetros del artículo 13.4, inciso segundo CP, puede ser sancionado con una pena menos grave –v. gr. el delito de homicidio causado por imprudencia menos grave previsto en el artículo 142.2 CP, puede ser castigado en sentencia con pena de 8 meses de multa; el delito es leve, porque la pena que tiene nominalmente asignada abarca de 3 a 18 meses de multa, y 3 meses entra en el marco de la pena leve, pero la pena concretamente impuesta se inserta en el tramo de la multa como pena menos grave del artículo 33.3, j) CP–.

El hecho de que el delito tenga atribuida naturaleza leve con arreglo a la norma del artículo 13.4 CP en nada altera la naturaleza menos grave de la pena concretamente impuesta si la extensión determinada en sentencia se adentra en el tramo o cuantía del artículo 33.3 CP, por lo que, en estos supuestos, habremos de entender que el plazo de prescripción es el de cinco años. Por el contrario, si la pena impuesta queda en el tramo leve, su plazo de prescripción será de 1 año.

8. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en el texto de esta Circular, cabe sintetizar las siguientes conclusiones en relación con el ejercicio de la acción penal para la persecución de delitos leves:

1.^a Es delito leve el castigado con pena que ostente rango leve en toda su extensión o en una parte de ella (arts. 13.3 y 4, inciso segundo y 33.4 CP).

2.^a El delito que tenga asignadas dos o más penas de imposición conjunta o alternativa sólo es leve si todas cumplen la condición anterior.

3.^a En los delitos leves públicos patrimoniales y en los que por afectar a bienes jurídicos personales tienen una o varias víctimas individualizadas, se seguirán las siguientes pautas generales:

–El archivo por razones de oportunidad sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria. La mera afirmación de «quedar enterado» del ofrecimiento de acciones no será impedimento para solicitar el archivo. – Cuando la víctima manifieste en el atestado policial o en el juzgado su deseo de no ser citada a juicio o su voluntad de que el procedimiento no siga adelante, se interesará el archivo por motivos de oportunidad, salvo que subsista un interés público necesitado de tutela conforme a los criterios apuntados en esta Circular. – No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo casos excepcionales. – No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por delitos leves de detención ilegal (art. 163.4 CP), contra el patrimonio histórico (art. 324 CP), de falsedad documental (arts. 397, 399 y 400 CP), contra la Administración Pública (art. 406 CP) y contra la Administración de Justicia (arts. 456.1.3.º, 465.2 y 470.3 CP), salvo casos

excepcionales. Tampoco en los delitos leves patrimoniales previstos en los artículos 236, 246, 247, 254, 255 y 256 CP cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni en el delito de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del artículo 245.2 CP.

4.^a En los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, los Sres. Fiscales, a efectos de decidir sobre el ejercicio de las facultades derivadas del principio de oportunidad, ponderarán los criterios establecidos en la presente Circular, atendiendo especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado.

5.^a Los Sres. Fiscales tendrán a la vista la hoja histórico penal del denunciado antes de emitir el informe de oportunidad.

6.^a Los Sres. Fiscales asistirán al enjuiciamiento de los siguientes delitos leves semipúblicos:

–Homicidio por imprudencia menos grave del artículo 142.2 CP producido por la circulación de vehículos de motor o ciclomotores, prestación de servicios públicos o privados de transporte colectivo de personas, o en el ámbito laboral, sanitario o profesional. – Lesiones por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP en relación con el artículo 149 CP en los casos señalados en el punto anterior. – Lesiones dolosas del artículo 147.2 CP. – Maltrato de obra del artículo 147.3 CP cuando la víctima sea persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad. – En cualesquiera otros delitos, siempre que haya sido el propio Fiscal quien haya interpuesto la correspondiente denuncia en nombre de una persona menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 LECrim.

7.^a Los Sres. Fiscales se abstendrán de intervenir en el enjuiciamiento de los siguientes delitos leves semipúblicos:

–Lesiones por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP en relación con el artículo 150 CP. – Maltrato de obra del artículo 147.3 CP, cuando la víctima no sea persona vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. – Amenazas y coacciones leves de los artículos 171.7, 1 y 172.3, 1 CP. – Injurias leves en el ámbito doméstico del artículo 173.4 CP. – Daños por imprudencia grave del artículo 267 CP.

8.^a El delito leve de injurias graves hechas sin publicidad del artículo 209 CP es un delito privado. La disposición de la acción penal corresponde en exclusiva al ofendido.

9.^a El principio de oportunidad es retroactivamente aplicable a las faltas que no hayan sido enjuiciadas antes del día 1 de julio de 2015.

10.^a Los juicios de faltas por hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 que hayan quedado despenalizados proseguirán su tramitación en los términos de la Disposición transitoria cuarta LO 1/2015 a los solos efectos de dirimir la acción civil, salvo que el perjudicado renuncie expresamente a ser indemnizado, se reserve las acciones civiles o no exista perjuicio indemnizable, en cuyo caso procederá el archivo del procedimiento.

11.^a Los juicios de faltas por hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 constitutivos de falta de lesiones leves y malos tratos (art. 617.1 y 2 CP) se someterán al régimen transitorio aludido en la conclusión anterior.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre los delitos leves, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 2/2015, SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Concepto de pornografía infantil. 2.1 Ideas generales. 2.2 Valoración jurídico penal de las imágenes de simples desnudos de menores. 2.3 Pornografía virtual. 2.4. Pornografía técnica. 2.5 Pseudo pornografía infantil.–3. La edad de los menores representados en el material pornográfico.–4. Material con fines médicos, científicos o similares.–5. Análisis de los tipos. 5.1 Utilización de menores para fines pornográficos. 5.2 Difusión de pornografía infantil. 5.3 Posesión de pornografía infantil. 5.4 Acceso a sabiendas a pornografía infantil. 5.5 Asistencia a espectáculos pornográficos. 5.6 Tratamiento de la posesión/difusión de pornografía infantil. 5.7 Supuestos de ausencia de antijuridicidad material.–6. Subtipos agravados de pornografía infantil. 6.1 Introducción. 6.2 Cuestiones comunes. 6.3 Análisis de los diferentes subtipos agravados. 6.3.1 *Utilización de menores de 16 años.* 6.3.1.1 *Ideas generales.* 6.3.1.2 *Aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos de difusión de pornografía.* 6.3.2 *Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos.* 6.3.2.1 *Concepto legal.* 6.3.2.2 *Hechos incluíbles.* 6.3.2.3 *Aplicabilidad del subtipo del carácter particularmente degradante o vejatorio a los supuestos de difusión.* 6.3.3 *Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual.* 6.3.3.1 *Ideas generales.* 6.3.3.2 *Hechos subsumibles.* 6.3.3.3 *Aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión.* 6.3.3.4 *Compatibilidad del subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes.* 6.3.4 *Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima.* 6.3.5 *Material pornográfico de notoria importancia.* 6.3.6 *Pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades.* 6.3.7 *Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor.* 6.3.7.1 *Ideas generales.* 6.3.7.2 *Hechos subsumibles.* 6.3.8 *Concurrencia de la agravante de reincidencia.* 6.3.9 *Subtipo hiperagravado.*–7. La pena de inhabilitación.–8. Otras medidas a instar por el Ministerio Fiscal.–9. Vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado.–10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La sucesiva agravación de la respuesta sancionadora y el progresivo ensanchamiento del radio de la tipicidad penal en los delitos de pornografía infantil, cuyos hitos han sido las reformas operadas en el CP por cuatro Leyes Orgánicas (las LO 11/1999, de 30 de abril, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo), hace imprescindible fijar pautas hermenéuticas para tratar de alcanzar una respuesta uniforme y respetuosa con los principios de igualdad ante la Ley, seguridad jurídica, proporcionalidad y culpabilidad, preservando la unidad de actuación.

Esta evolución ha venido impuesta en gran parte por los compromisos internacionales y supranacionales asumidos por nuestro país.

La necesaria búsqueda de reacciones frente a la explotación sexual infantil se hizo ya evidente en el articulado de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 y en su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000.

La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, fue un ambicioso instrumento para hacer frente a estos delitos.

Otros hitos lo fueron el Convenio sobre Cibercrimen de 23 de noviembre de 2001 (Convenio de Budapest) y la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote).

La más reciente Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil ha condicionado y directamente inspirado la profunda reforma que experimentan los tipos de pornografía infantil tras la LO 1/2015, de 30 de marzo.

La reforma trae consigo un evidente adelantamiento de las barreras de protección penal, generando importantes problemas exegéticos. Lo novedoso de sus postulados exige un pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado.

La nueva redacción del artículo 189 repetidamente equipara la pornografía infantil a la pornografía «en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Aún asumiendo tal equiparación, con carácter general y por razones de sencillez expositiva, nos referiremos a la pornografía infantil, teniendo además en cuenta que, como han puesto de manifiesto los criminólogos que han estudiado este fenómeno delictivo, no existe tráfico de pornografía de adultos discapacitados.

2. CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

2.1 Ideas generales

La determinación del significado a atribuir al concepto de material pornográfico infantil presenta dificultades, variando según las distintas legislaciones.

El Consejo de Europa perfiló la definición de la pornografía infantil en 1989 como «cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual» [Recomendación (91) 11].

Tanto el Convenio de Budapest (art. 9.2) como el Convenio de Lanzarote (art. 20.2) amplían el concepto de pornografía infantil. La Directiva 2011/93/UE sigue la línea iniciada por el Convenio de Budapest, por la Decisión Marco de 2004 y por el Convenio de Lanzarote y acuña un concepto expansivo, desbordando el que implícitamente regía en nuestro Derecho Penal. En efecto, aunque antes de la reforma operada por LO 1/2015, no existía un concepto legal de material pornográfico infantil, el Código Penal incorporaba una exigencia normativa que proporcionaba ciertos asideros seguros a la hora de discernir este concepto: en todo caso, el material debía referirse a un menor real, existente. Tras la reforma tal nexo se desvirtúa.

A la hora de interpretar el concepto de material pornográfico infantil deben manejarse los informes explicativos de los Convenios de Budapest y de Lanzarote, para los que las conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos reales o simulados: a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos b) bestialismo c) masturbación d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño. No es relevante si la conducta representada es real o simulada.

En todo caso, el material pornográfico escrito (novelas, relatos, etc.) no puede incluirse en el radio típico.

La pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio. En este sentido, el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 declara que «con la nueva definición... quedaría fuera del concepto de material pornográfico infantil el material de audio, que hasta ahora –no sin debate– se consideraba incluido». No obstante, las pistas de audio podrían ser de interés a la hora de deslindar la naturaleza pornográfica o no del material de video.

El concepto que hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 mantenía nuestro CP no incluía la pornografía virtual ni la técnica. Con las nuevas previsiones se incluyen estas modalidades como se analizará *infra*.

Como expresara el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 «cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual y técnica en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto». Con la asunción de este concepto ampliado podemos considerar que se protege en estos casos como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que la circulación de estas modalidades pornográficas puede poner en peligro. Desde luego el material virtual y técnico no protegería ni la indemnidad sexual ni la propia imagen de un menor concreto.

2.2 Valoración jurídico penal de las imágenes de simples desnudos de menores

La STS n.º 271/2012, de 26 de marzo siguiendo al Consejo de Europa, ha definido la pornografía infantil como cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual.

En todo caso, es necesario que el material visual se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos sexuales.

Siguiendo una línea restrictiva, la STS n.º 376/2006, de 8 de marzo, excluyó del concepto de material pornográfico el mero desnudo. Para las SSTS n.º 803/2010, de 30 de septiembre, y 264/2012, de 3 de abril, por «elaboración de cualquier clase de material pornográfico» podemos entender tanto fotografías como vídeos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos». La STS n.º 1342/2003, de 20 de octubre, considera que la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse. Sigue esta estela la STS n.º 105/2009, de 30 de enero.

Por el contrario, el desnudo con connotaciones sexuales sí puede integrarlo: así, para el ATS n.º 521/2013, de 21 de febrero «las fotos realizadas por el acusado a la menor pueden considerarse como pornográficas ya que muestran la zona púbica de la niña, su imagen desnuda y del busto en actitud sugerente».

Los Sres. Fiscales mantendrán el carácter pornográfico de las imágenes de niños desnudos cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo (posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales). Para deslindar el desnudo relevante penalmente del irrelevante habrá de analizarse si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor.

Estos principios deben mantenerse tras la reforma operada por LO 1/2015, que dentro del concepto legal que acuña se refiere a: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

A tales efectos habrán de entender los Sres. Fiscales que los «fines principalmente sexuales» que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde.

Distinto será el caso de quien elabora el material. En este supuesto, el *animus* del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Piénsese en el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a una niña para que se desnude a fin de elaborar una película o un reportaje fotográfico.

2.3 Pornografía virtual

La denominada pornografía virtual es aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se hace eco de que la expansión típica se ha justificado por razones prácticas: muy pronto –ya es difícil– será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador.

El artículo 5 de la Directiva 2011/93/UE imponía la tipificación de la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual.

El nuevo artículo 189.1.d, tras la reforma 1/2015 da cumplimiento al mandato del artículo 5 de la Directiva de 2011 y tipifica las conductas relativas a los materiales virtuales. Se entiende como tal en el nuevo precepto, asumiendo literalmente la definición de la Directiva, las imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (art. 189.1.d).

A fin de evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil, debe interpretarse restrictivamente el concepto «imágenes realistas». Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua «realista» significa que «trata de ajustarse a la realidad». Por tanto, «imágenes realistas» serán imágenes cercanas a la realidad, a la que tratan de imitar. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales pero lo parecen. Podrían abarcar imágenes alteradas de personas existentes e incluso las imágenes generadas mediante ordenadores.

Por tanto, solo serán «imágenes realistas» potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquellas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán los Sres. Fiscales entender incluidos dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente «imágenes realistas», en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

2.4 Pornografía técnica

Puede definirse como aquel material que se integra por imágenes en las que aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual.

La Directiva 2011/93/UE en su artículo 2 letra c) inciso iii conceptúa como pornografía infantil todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales.

El apartado séptimo del artículo 5 de la Directiva deja a la discreción de los Estados miembros decidir si procede sancionar penalmente las conductas en relación con este tipo de pornografía infantil «cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las Imágenes».

Tras la reforma 1/2015 se asume la definición contenida en el artículo 2, letra c), inciso iii, fusionándola con la disposición contenida en el art 5.7 de la Directiva 2011/93/UE de manera que se entiende por pornografía técnica todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes (art. 189.1.c).

Los Sres. Fiscales interpretarán esta disposición en el sentido de que tendrá trascendencia penal el material pornográfico que presente a una persona como menor, atendido su aspecto externo y el contexto en el que se le coloca (vestimenta, etc), incluyendo el texto escrito o el audio que lo acompañe.

Será pues penalmente relevante el material que presente a personas como menores en un contexto sexual. Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores –bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente aniñados y convenientemente maquillados –simulación analógica o real– o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.).

Si las investigaciones pueden determinar la minoría de edad de la persona representada en la fecha en que se produjo el material, la calificación habrá de referirse al material pornográfico infantil común.

La comprobación a posteriori de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta.

Si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la «presenta» como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil.

Debe tenerse en cuenta que la Policía dispone de bases de datos de menores víctimas de pornografía infantil identificados. En este contexto, los Sres. Fiscales habrán de procurar en estos casos la determinación de la edad real de la persona representada, por lo que deberán –si no se ha hecho de oficio interesar a la Policía que investigue este extremo. Sólo tras agotar las posibilidades razonables de determinación de edad sería operativo el tipo de pornografía técnica.

La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que existan dudas sobre si sobrepasan o no los dieciocho años.

La clave estará, pues, en determinar si los protagonistas del material pueden ser menores y se les presenta como menores. Si pueden ser menores y se les presenta como menores, el material será subsumible en el concepto de pornografía infantil, salvo que se acredite que eran adultos. Si pueden no ser menores y no se les presenta como menores, habrá de optarse por la no incriminación.

Tratando de ejemplificar este punto, para mayor claridad, la posesión o difusión de material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada de la que no está claro si es mayor o menor sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos aniñados, vestido, peinado, etc.) no deberá perseguirse penalmente. Por lo demás, es fácil intuir los problemas, desde el punto de vista de la culpabilidad, que presentaría la persecución de este tipo de conductas.

2.5 Pseudo pornografía infantil

Hasta la reforma operada por LO 1/2015 el apartado séptimo del artículo 189 CP castigaba con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Como refiere el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 «este singular material pornográfico afecta a la imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento –ni siquiera indirecto– con matiz sexual sobre el menor».

En la llamada pseudo pornografía infantil (también denominada *morphing*) no se utiliza realmente al menor o incapaz sino que se abusa de su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos.

Tras la reforma operada por 1/2015 se suprime formalmente el tipo de pseudo pornografía infantil. Sin embargo, ello no supone la sobrevenida atipicidad de estas conductas, pues eventualmente podrán castigarse como pornografía infantil virtual o técnica. Si se tipifican estas subespecies de pornografía, que no representan a menores reales, con más razón cabrá poder reaccionar contra la pseudo pornografía infantil, en la que se abusa de la imagen de un menor real. Ya el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se pronunciaba en el sentido de que entender que «su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente».

En todo caso, para poder considerar penalmente trascendente este tipo de material, será necesario, como en el caso de la pornografía virtual, que sea realista, que trate de aproximarse a la realidad, quedando excluidos del concepto de pornografía infantil los materiales que por su tosquedad revelen su condición de montaje.

3. LA EDAD DE LOS MENORES REPRESENTADOS EN EL MATERIAL PORNOGRÁFICO

Los tipos de pornografía infantil anteriores a la reforma de 2015 protegen a menores de dieciocho años. Este límite de edad se fijó en el Convenio de Budapest, aunque se permitía hacer reservas para rebajar la edad hasta los dieciséis años. En el

Convenio de Lanzarote la edad se fija en menores de dieciocho años sin posibilidad de hacer reservas, al igual que en la Directiva 2011/93/UE.

Lógicamente, con la ampliación del concepto de pornografía infantil, la exigencia de que los representados tengan menos de dieciocho años queda fuertemente desdibujada tanto en relación con la pornografía virtual como en cuanto a la pornografía técnica. En estos dos supuestos lo definitivo será que las imágenes representen a personas como menores.

4. MATERIAL CON FINES MÉDICOS, CIENTÍFICOS O SIMILARES

El considerando 17 de la Directiva 2011/93/UE establece que «en el contexto de la pornografía infantil, el término «de forma ilícita» permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares. También posibilita las actividades autorizadas por la legislación nacional, como la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades con miras a llevar a cabo actuaciones penales o prevenir, detectar o investigar delitos. Por otra parte, no excluye las excepciones jurídicas o principios pertinentes similares que eximen de responsabilidad en determinadas circunstancias, como ocurre con las actividades realizadas mediante las líneas directas de teléfono o de Internet para denunciar tales casos».

Aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del sistema de eximentes y de los principios generales de Derecho Penal, tal excepción será igualmente operativa. Deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

5. ANÁLISIS DE LOS TIPOS

5.1 Utilización de menores para fines pornográficos

La letra a) del apartado primero del artículo 189 CP castiga al que «captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas».

La reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 mantiene la misma redacción, sustituyendo únicamente la mención a los incapaces por la de «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

La descripción típica dibuja, con profusión de verbos, unas conductas que, a diferencia de las descritas en la letra b) del mismo precepto, operan sobre la indemnidad sexual de menores concretos. Cabe mantener en síntesis que siempre que exista una conducta típica que tenga directa repercusión sobre un menor concreto (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de subsumirse conforme a la letra a) del artículo 189 CP. En adelante, y a efectos de simplificación expositiva, se aludirá a las distintas modalidades comprendidas en el artículo 189.1 a) con el verbo «utilizar».

En la modalidad de utilización de menores en espectáculos, ha de entenderse que el menor debe intervenir en el mismo. No será subsumible en este tipo el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran ser las de vendedor de entradas, camarero etc. La tipicidad requiere que el menor tenga un papel en el espectáculo sexual. Es ilustrativa la definición que aporta la letra e) del artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE conforme a la que por espectáculo pornográfico debe entenderse «la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales».

En lo que se refiere a qué deba entenderse por espectáculo, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que será irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes. No obstante, habrá de considerarse extra muros del tipo como el propio Preámbulo de la Directiva establece «la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas».

El espectáculo «privado» habrá de interpretarse como de acceso restringido a un número limitado de personas. Cuando el desarrollo de los hechos en el ámbito privado suponga tan solo la exhibición para el propio sujeto activo del delito, no se colmarán las exigencias del concepto «espectáculo».

En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, debe plantearse cómo calificar la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico, distribuye posteriormente el material elaborado. La conducta habrá de calificarse exclusivamente conforme al artículo 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento. En este sentido se pronuncia la STS n.º 947/2009, de 2 de octubre.

En cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados (SSTS n.º 264/2012, de 3 de abril, 803/2010, de 30 de septiembre, y 947/2009, de 2 de octubre). En el mismo sentido se pronunció la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

Sujeto pasivo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 25 CP.

Es un delito esencialmente doloso, si bien el conocimiento de la minoría de edad de la persona utilizada puede serlo en la modalidad de dolo eventual.

Caben las formas imperfectas de ejecución y de participación (STS n.º 947/2009, de 2 de octubre).

La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito (STS n.º 947/2009, de 2 de octubre).

5.2 Difusión de pornografía infantil

En la letra b) del artículo 189.1 se castiga al que «produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados

menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido».

La LO 1/2015, además de sustituir la referencia a los incapaces por «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», refiere el objeto material del delito no al material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores sino a pornografía infantil.

El cambio, más allá de lo meramente terminológico, es muy profundo, pues a continuación se incorpora, *ex novo*, el concepto legal de pornografía infantil, abarcando la representación visual de menores reales, de personas que parezcan ser menores y las imágenes realistas de menores.

Por tanto, tras la reforma de 2015 será delito difundir material pornográfico virtual o técnico.

La diferencia esencial de los tipos del artículo 189.1 b) frente a los de la letra a) radica en que «hay que entender se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro» (STS n.º 795/2009, de 28 de mayo).

Como establece la Consulta 3/2006 «dentro del 189.1 a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando, etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1 b)... el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a)».

La distribución es un concepto amplio, que puede abarcar distintas acciones dirigidas a poner a disposición de terceros material pornográfico.

La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P puede ser constitutiva de difusión. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. También la Consulta 3/2006 declara que estos supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros.

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha matizado, llegando a soluciones en las que no se aplica el tipo de distribución por el mero hecho de utilizarse un programa P2P. El TS profundiza y tiene en cuenta el cúmulo de circunstancias concurrentes para apreciar o no el dolo de difundir, teniendo muy presente el principio de proporcionalidad, que puede sufrir un grave quebranto si se opera con automatismos.

En este punto pueden consultarse resoluciones como la STS n.º 105/2009, de 30 de enero o la n.º 236/2009, de 30 de enero, en la que se declara que «... que el problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores... debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros (por ejemplo acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse la búsqueda aleatoria de la policía judicial)...».

Esta nueva posición ha sido sancionada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, celebrado el 27 de octubre de 2009, en donde se

acordó que una vez establecido el tipo objetivo del artículo 189.1.b) del Código penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descarga los archivos. La Jurisprudencia ha consolidado la doctrina de la Consulta 3/2006 que, en relación con el artículo 189. 1 b) estableció que se ha de apreciar un único delito aun cuando los archivos pornográficos distribuidos sean múltiples y/o afecten a una pluralidad de menores (SSTS n.º 782/2007, de 3 de octubre; 785/2008, de 25 de noviembre, y 829/2008, de 5 de diciembre).

5.3 Posesión de pornografía infantil

La tipificación de la posesión se produce tras la reforma operada por LO 15/2003. Pese a la polémica que tal novedad provocó y pese a lo discutida que fue en su trámite parlamentario, tanto la Decisión Marco 2004/68/JAI, la Directiva de 2011 y los Convenios de Budapest y Lanzarote optaron claramente por promover la punición de la posesión de pornografía infantil.

El artículo 189.2 CP, en su redacción anterior a la reforma 1/2015, tipificaba la conducta del que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.

Tras la reforma se castiga en el artículo 189.5 CP al que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La reforma –siguiendo con ello lo dispuesto en la Directiva en el artículo 5.2– tipifica junto con la posesión la mera adquisición para uso propio de la pornografía infantil.

También en este tipo de posesión el concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma 1/2015 supondrá una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito adquirir o poseer material pornográfico virtual o técnico.

El tipo penal de posesión requiere, como establece la STS n.º 105/2009, de 30 de enero la concurrencia de los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía... junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines... c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Los subtipos agravados del artículo 189.2 no se aplicarían a estas conductas (STS n.º 795/2009, de 28 de mayo).

No obstante, la concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión.

A fin de calibrar la gravedad de la concreta conducta y motivar la pena específica a imponer, no solo debe valorarse el número de imágenes intervenidas, la edad de los menores o el tipo de acto sexual, sino también el mayor o menor tiempo durante el que se ha poseído el material, el mayor o menor grado de organización del material o cómo fue adquirido el mismo.

5.4 Acceso a sabiendas a pornografía infantil

Con el tipo de posesión anterior a la reforma 1/2015 no cabía incriminar conductas de simple visionado de la pornografía. La posesión implica una tenencia prolongada temporalmente, que con carácter general y operando en Internet, implicará la correspondiente descarga del material. En este sentido se pronunciaron las SSTS n.º 373/2011, de 13 de mayo, y 105/2009, de 30 de enero.

La tendencia expansiva hacia la criminalización de cualquier comportamiento relacionado con la pornografía infantil ha llevado a defender la tipificación del visionado. Esta es la línea seguida por el artículo 20.1. f) del Convenio de Lanzarote. También la Declaración del III Congreso Mundial de Río, en su punto II.-4 aboga por la tipificación del mero acceso a la pornografía infantil. La Directiva 2011/93/UE, siguiendo la misma orientación dispone en su artículo 5 apartado tercero que el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

La reforma 1/2015 amplía las conductas típicas para abarcar estos supuestos, castigando en el párrafo segundo del apartado quinto del artículo 189 con la misma pena prevista para la posesión a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por este delito, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles. La necesidad de que el acceso lo sea «a sabiendas» impone la exigencia de un dolo directo.

A tales efectos es esclarecedor el Preámbulo de la Directiva 2011/93/UE, que declara que debe tipificarse como infracción penal «el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil», exigiendo que «para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago».

En el mismo sentido, el artículo 20 párrafo primero letra f) del Convenio de Lanzarote limita la relevancia penal a las conductas de acceso a páginas web que se realizan «a sabiendas». La Exposición de Motivos del Convenio de Lanzarote también afirmaba que el carácter intencional del acceso puede demostrarse, por ejemplo, sobre la base de la frecuencia con la que el sujeto consulta en la red dicho material o si lo hace a través del recurso a los servicios de pago. De esta manera se minimizaría el riesgo de una a todas luces indeseable criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes.

El verbo típico que utiliza la Directiva 2011/92/EU en su versión inglesa para describir esta conducta es el de *knowingly obtaining access* (art. 5.3), que más que equivalente a acceder lo sería a obtener o lograr acceder a espacios en los que se encuentra alojado el material pornográfico. Con carácter general la aplicación del tipo deberá referirse a conductas de acceso a espacios restringidos de la red, donde se encuentran alojados materiales pornográficos de menores. Ello no obstante, será subsumible en el tipo el visionado consciente y voluntario de pornografía infantil sea cual sea el espacio en red de que se trate, cuando estos extremos puedan acreditarse cumplidamente.

5.5 Asistencia a espectáculos pornográficos

En la redacción anterior a la LO 1/2015 la asistencia a espectáculos de esta índole no estaba tipificada, aun cuando ello resultara contradictorio con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil.

El Convenio de Lanzarote dispone en su art 21.1.c) que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos en los que participen niños.

Tras la reforma 1/2015 expresamente se tipifica la asistencia: conforme al apartado cuarto del artículo 189 el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

A efectos de concretar la pena imponible, deberá tenerse especialmente presente si los menores que participan en el espectáculo han alcanzado o no los dieciséis años. En este sentido, la Directiva 2011/93/UE promueve el castigo de la asistencia a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores proponiendo «penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad». Pese a que el artículo 189 CP no distingue expresamente, a la hora de calibrar conforme al artículo 66.1.6.^a CP la mayor o menor gravedad de los hechos deberá valorarse especialmente la edad de los menores participantes en el espectáculo.

5.6 Tratamiento de la posesión/difusión de pornografía infantil

En los supuestos en los que al imputado se le ha intervenido material del que solo se ha acreditado posesión y material respecto del que se ha acreditado la difusión operaría el principio de absorción previsto en el artículo 8.3 CP y solamente se castigaría la difusión. En este sentido se pronuncia la STS n.º 1377/2011, de 19 de diciembre, en la que se afirma que la posesión guarda una relación de subsidiariedad de las conductas descritas en el apartado 1-b.

En cuanto a qué trascendencia pudiera tener el hecho de que parte del material en estos casos fuese degradante o representara violencia contra los menores, deberán los Sres. Fiscales distinguir si se han acreditado actos de difusión (o de posesión para la difusión) respecto de este material cualificado o si solo se ha acreditado su posesión.

Si solamente se han acreditado actos de posesión, este material cualificado no puede fundamentar la aplicación de subtipos agravados ni puede generar una exasperación punitiva a la hora de concretar la pena del delito de difusión de pornografía infantil, teniendo en cuenta que la pena privativa de libertad asignada al delito de posesión no puede superar el año de prisión y que la pena privativa de libertad asignada al delito de difusión va de un año a cinco años de prisión.

Si, por el contrario, respecto de ese material degradante o violento se han acreditado actos de difusión podrá, en su caso, apreciarse el correspondiente subtipo agravado (*vid. infra* los epígrafes sobre subtipos agravados 6.3.2 y 6.3.3), y si no se entiende procedente tal apreciación, podrá tenerse en cuenta a la hora de concretar la pena dentro del límite mínimo (un año) y el límite máximo (cinco años) prevista para el delito de difusión de pornografía infantil.

5.7 Supuestos de ausencia de antijuridicidad material

La Directiva 2011/93/UE en el apartado 8 del art 5 deja a la discreción de los Estados miembros decidir si es punible la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil virtual cuando ha sido producida y está en posesión del productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico que represente a menores o a personas que parezcan menores y que el acto no implique riesgo de difusión del material.

El Proyecto de 2103 disponía en el apartado sexto del artículo 189 que la producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trata del material pornográfico al que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.

Este apartado no llegó a incorporarse al texto definitivamente aprobado. No obstante, los Sres. Fiscales ponderarán en estos supuestos la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuando esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. De nuevo aquí, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, no produciéndose lesión al bien jurídico protegido. La propia Decisión Marco 2004/68/JAI (art. 3.2 b) preveía la posibilidad de excluir la respuesta penal en supuestos en los que el protagonista de la imagen producida o poseída sea un menor que hubiera alcanzado la edad de consentimiento sexual, que hubiera consentido y que la imagen se destinara a exclusivo uso privado.

Piénsese en una relación entre un adulto y una menor de 17 años sin ningún tipo de engaño o abuso, en condiciones tales en que la intranscendencia penal de la conducta subyacente no dejara dudas. Si en el curso de la relación se lleva a cabo una grabación en las condiciones antedichas, formalmente se cometería el delito del artículo 189.1 a), aunque parece claro, materialmente no concurriría el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta.

Las acciones que solo formalmente contradicen la norma no pueden ser consideradas antijurídicas. La contradicción con la norma es meramente formal cuando no se ofende el bien jurídico protegido.

6. SUBTIPOS AGRAVADOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

6.1 Introducción

La previsión de subtipos agravados en los delitos relacionados con la pornografía infantil ha sido promovida desde numerosas instancias internacionales.

Nuestro Código Penal asume la incorporación de subtipos agravados y así, el apartado segundo del artículo 189 recoge ocho supuestos.

Debe repararse en que la penalidad prevista para los subtipos genera una consecuencia inmediata: a diferencia de lo que ocurre con los tipos básicos de pornografía infantil, la apreciación de un subtipo agravado supone el ineludible ingreso en prisión del condenado, pues queda automáticamente fuera de la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución de la pena.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de 2012 critica el mantenimiento de la «aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (letra a) como a la difusión de material pornográfico (letra b). Debe aquí recordarse que tal previsión ha dado lugar a graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que deberían zanjarse vía legislativa, estableciendo claramente qué subtipos son aplicables tanto a la utilización de menores como a la difusión de material y qué subtipos son solo aplicables a la utilización de menores... Entendemos, por tanto, que la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos. Piénsese además, que con la incorporación al concepto de material pornográfico infantil de la pornografía virtual que se realiza en el Anteproyecto la cuestión puede adquirir niveles de confusión aún más intensos que los que ya en la actualidad se han generado».

Pese a la atinada observación del Consejo Fiscal, el Legislador continúa sin determinar expresamente qué subtipos agravados se aplican a uno y otro tipo básico. La duda surge en relación con la aplicabilidad de los subtipos a las conductas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b). Por ello, se exponen a continuación una serie de criterios hermenéuticos para garantizar la unidad de actuación en un punto en el que las repercusiones del seguimiento de una u otra interpretación son extremas.

6.2 Cuestiones comunes

Por expresa referencia legal a los actos previstos en el artículo 189.1 CP queda claro que en ningún caso deben aplicarse los subtipos a las conductas de mera posesión de material pornográfico (art. 189.5).

Aunque no se prevé un tratamiento específico para los supuestos en los que concurra más de un subtipo, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer dentro de esa horquilla amplia de cinco a nueve años. En este sentido se pronuncia la STS n.º 588/2010, de 22 de junio.

Está fuera de dudas que la aplicación de los tipos básicos del artículo 189.1 CP exige que el sujeto activo capte con el dolo los elementos que integran el tipo objetivo, entre los que se incluye, claro es, la minoría de edad de quien es utilizado para la elaboración del material pornográfico. No es necesario dolo directo, siendo suficiente que concurra dolo eventual, pudiendo entenderse colmadas las exigencias del tipo subjetivo con la concurrencia del denominado dolo de indiferencia (STS n.º 342/2013, de 17 de abril).

Pero una cosa es dar por acreditado que el acusado conocía que operaba sobre material pornográfico infantil y otra distinta es dar por acreditado que operaba sobre material pornográfico cualificado. Para acreditar este extremo agravatorio es necesario un nivel de exigencia mayor. Así, el ATS n.º 1697/2013, de 26 de septiembre declara que «por el nombre de los archivos que obran en poder del acusado, se infiere que este introdujo parámetros de búsqueda relacionados con actuaciones sexuales con menores, pero ello no es suficiente para fundamentar que conociera el contenido exacto de cada uno de los videos y que pudiera saber que uno de ellos tenía un contenido particularmente degradante, por lo que, precisamente aplicando el principio *in dubio pro reo*, la Sala resolvió conforme a la tutela de los derechos de acusado».

En este mismo sentido –mayores niveles de exigencia para apreciar los subtipos– se pronuncian las SSTS n.º 674/2010, de 5 de julio, y 1299/2011, de 17 de noviembre.

6.3 Análisis de los diferentes subtipos agravados

6.3.1 UTILIZACIÓN DE MENORES DE 16 AÑOS

6.3.1.1 Ideas generales

El art 189.2 a) castiga a los que realicen los actos previstos en el apartado primero del mismo precepto (que se refiere a la utilización de menores y a la difusión de material) cuando se utilice a menores de dieciséis años.

Para aplicar el subtipo será necesario la utilización de menores reales, por su propia configuración, por lo que, no podrá integrarse por pornografía virtual o técnica.

El subtipo persigue fortalecer la protección penal para los menores de 16 años de edad, partiendo de que tal edad es la que –en principio– se fija en nuestro ordenamiento para tener capacidad de consentimiento sexual, tras la reforma operada por LO 1/2015.

El dolo del sujeto activo debe abarcar la minoría de 16 años del menor, al menos en su modalidad eventual.

6.3.1.2 Aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos de difusión de pornografía

En relación con la aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos del artículo 189.1.b) CP (difusión de pornografía) la Fiscalía del TS la ha fundado en tanto se agrava la pena a quienes realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo, siendo así que el número 1 incluye los apartados a) (utilización directa de menores) y b) (difusión de pornografía), por lo que abarcaría ambos, conforme al principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. También alega que las dos letras del número 1 del artículo 189 CP contienen conductas a las que el legislador señala la misma penalidad, lo que acredita que se consideran de equivalente gravedad, y ello pese a que las conductas del apartado a) protegen la indemnidad sexual de menores concretos y las del apartado b) defienden la indemnidad sexual de los menores en general como tipo de peligro.

Sin embargo, existe una jurisprudencia muy asentada contraria a la aplicación de este subtipo a las conductas de difusión tipificadas en el artículo 189.1 b). En este sentido cabe citar las SSTS n.º 1110/2009, de 16 de noviembre, 1055/2009, de 3 de noviembre, 674/2010, de 5 de julio, y 1299/2011, de 17 de noviembre.

Pese a excluir la aplicación al caso de este subtipo agravado a un supuesto de difusión, la STS n.º 1055/2009, de 3 de noviembre, tiene en cuenta que el material intervenido se refiere a menores de 13 años a efectos de imponer mayor pena en el proceso de individualización. También en este sentido se pronuncia la STS n.º 873/2009, de 23 de julio.

La reforma operada por LO 1/2015 zanja definitivamente la cuestión, debiendo entenderse que solamente cabe aplicar el subtipo agravado previsto en el art 189.2 a) a quienes operan sobre menores de dieciséis años, pero no a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, pues otra interpretación, además de contrariar el sentido del verbo utilizar, supondría una quiebra del principio de proporcionalidad, al generar una exasperación punitiva de gran intensidad frente a prácticamente todas las conductas de difusión.

6.3.2 CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO DE LOS HECHOS

6.3.2.1 *Concepto legal*

La letra b del artículo 189.2 CP exaspera la sanción cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Este subtipo tampoco podría integrarse con pornografía virtual o técnica, pues al referir lo degradante o vejatorio a «los hechos» entendemos exige afectación de menores reales.

La STS n.º 1299/2011, de 17 de noviembre analiza los requerimientos que el principio acusatorio impone para la aplicación de este subtipo: es necesario que el escrito de acusación especifique los datos concretos que lo integran, es decir, los datos fácticos que hacen que revista un carácter particularmente degradante o vejatorio, o como dice el TS los «hechos específicos insertables en el subtipo agravado». Ello se conecta con la exigencia, para la aplicación de este subtipo, de una explicación justificativa específica. En este sentido, se pronuncia la STS n.º 130/2010, de 17 de febrero, declarando que en relación con tal explicación «la Sala no puede sustituir al órgano de enjuiciar sin lesionar la posibilidad de defensa del recurrente quien se vería imposibilitado de discutir la aplicación del derecho ante una instancia superior». En este mismo sentido el ATS n.º 1299/2011, de 29 de septiembre, exige «... motivación expresa y detallada por parte del órgano enjuiciador».

Los Sres. Fiscales deberán, pues, describir cumplidamente en la conclusión primera del escrito de acusación qué circunstancias justifican la calificación de los actos como particularmente vejatorios y degradantes.

6.3.2.2 *Hechos incluíbles*

Se utilizan conceptos indeterminados que dificultan la tarea exegética. No obstante existen ciertos supuestos en los que la aplicación de este subtipo no debería generar dudas (sodomismo, zoofilia, coprofilia, prácticas sexuales con bebés y otros hechos análogos especialmente vejatorios para con los niños).

Se discute si la penetración debe automáticamente dar lugar a la apreciación de este subtipo. Rechazan tal automatismo las SSTS n.º 588/2010, de 22 de junio, y n.º 184/2012, de 9 de marzo.

Son varias las resoluciones que exigen para aplicar la agravación «una especialidad superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores» (SSTS n.º 1299/2011, de 17 de noviembre, n.º 130/2010, de 17 de febrero, y ATS n.º 1299/2011, de 29 de septiembre).

En un supuesto de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, la STS n.º 803/2010, de 30 de septiembre, introduce criterios para interpretar este subtipo, resaltando su similitud con la agravación contenida en el artículo 180.1.1 para las agresiones sexuales: «el trato degradante o vejatorio equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreñar o envilecer a alguien afectado a su dignidad humana, siempre y cuando ese especial salvajismo o brutalidad refleje un grado tan llevado a perversión del sujeto que justifique la exasperación de la pena tan notable como la que establece el subtipo agravado del artículo 189.3». Esta misma resolución admite la aplicación del subtipo ante un supuesto de coprofilia.

La zoofilia claramente integraría el subtipo. En este sentido se pronuncia la STS n.º 340/2010, de 16 de abril.

La STS n.º 12/2015, de 20 de enero, considera también particularmente degradante, a los efectos de la aplicación de la agravación prácticas como la urolagnia,

undinismo o «lluvia dorada», al obrar entre los soportes difundidos videos de adultos orinando en el rostro de los niños.

6.3.2.3 *Aplicabilidad del subtipo del carácter particularmente degradante o vejatorio a los supuestos de difusión*

El subtipo es evidentemente aplicable a los supuestos en los que la conducta base se integra por la utilización de menores. Sin embargo, la aplicabilidad de este subtipo a los supuestos de difusión de material (art. 189.1 b) genera dudas.

La STS n.º 340/2010, de 16 de abril, es terminante en la exclusión de la aplicación del subtipo agravado a quienes no han participado en la elaboración del material, declarando que «aunque el material pudiera considerarse merecedor de la especial agravación... ya que, pese a la escasa argumentación, los hechos probados refieren situaciones de bestialismo, tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado que, autor de la modalidad típica del artículo 189.1, b), no ha participado en la elaboración del material pornográfico».

Por contra, la STS n.º 674/2010, de 5 de julio, abre el portillo a la posible aplicación de este subtipo a supuestos en los que la acción se limita a la difusión. Así, esta resolución declara que «no resulta fácil excluir la aplicación del tipo agravado a aquellos casos en los que el usuario que no ha participado en el proceso de creación o producción de esos archivos... opta conscientemente por su distribución... pese a conocer el carácter singularmente degradante y vejatorio de su contenido. Esa mayor intensidad de la ofensa al bien jurídico, producida por una acción en la que no ha de faltar el dolo directo o eventual, justificaría la aplicación del tipo agravado, sin que exista argumento gramatical –como acontece en el apartado a) del mismo precepto, que emplea el vocablo utilicen a niños– o contextual que lo impida. Conviene reparar, además, en que el bien jurídico protegido en supuestos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, tiene mucha más relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores... y, en fin, a su dignidad constitucionalmente protegida... Y desde la perspectiva de la protección del bien jurídico, parece evidente que quien, conociendo el contenido de esos archivos, pese a su carácter particularmente vejatorio los difunde, intensifica la ofensa a esos bienes tutelados. Los efectos lesivos que para esos bienes jurídicos tiene la incorporación indiscriminada a la red de tales imágenes, resultan prácticamente irreparables. De ahí la procedencia de mayor pena».

El ATS n.º 1299/2011, de 29 de septiembre, y la STS n.º 12/2015, de 20 de enero, admiten igualmente la aplicación de este subtipo en supuestos de difusión del material degradante.

La STS n.º 674/2010, de 5 de julio, aún admitiendo la posibilidad de aplicar el subtipo a los meros difusores, exige no obstante la concurrencia de un dolo específico: «no se puede agravar la conducta de quien difunde archivos particularmente vejatorios –por así permitirlo la tecnología del programa de intercambio utilizado– si no consta acreditado el conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos. De ahí la importancia de que, tanto en la investigación inicial como en la resolución de instancia, se precise si los archivos alojados en alguno de los discos empleados por el imputado fueron efectivamente abiertos, acto del que queda reflejo en el sistema y que puede ser objeto de descripción en el correspondiente informe pericial».

En esta misma línea de exigir un dolo cualificado puede citarse el ATS n.º 1697/2013, de 26 de septiembre.

En el análisis de la concurrencia de este dolo específico la STS n.º 1299/2011, de 17 de noviembre analiza un supuesto en el que de entre casi tres mil videos pornográficos solo uno puede considerarse especialmente vejatorio, sopesando tal dato para concluir con que no puede afirmarse con que el dolo lo abarcara.

Conforme a lo expuesto, los Sres. Fiscales defenderán la aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión siempre que se acredite el dolo específico en relación con los concretos materiales degradantes difundidos y en tanto no se consolide otro criterio jurisprudencial opuesto.

6.3.3 REPRESENTACIÓN DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL

6.3.3.1 *Ideas generales*

La letra c) del artículo 189.2 agrava la pena cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

Este subtipo tampoco podría aplicarse al material virtual o técnico, pues en ellos no habría propiamente víctimas.

6.3.3.2 *Hechos subsumibles*

Las SSTs n.º 674/2009, de 20 de mayo, 795/2009, de 28 de mayo, y 340/2010, de 16 abril, al igual que acecía con el subtipo de carácter particularmente degradante o vejatorio, exigen para aplicar la agravación una especialidad, superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores.

Para el TS se contemplan de forma alternativa «dos formas de violencia: una, equivalente a la fuerza material o maltrato de obra; y otra... con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole (sadismo... etc.)» (SSTS n.º 588/2010, de 22 de junio, 1098/2010, de 13 de diciembre, y 12/2015, de 20 de enero).

Para la STS n.º 588/2010, de 22 de junio, la violencia física «ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada...».

Se entiende por violencia sexual acciones o situaciones de forzamiento equiparables a una violación o agresión sexual o casos de niños que aparecen atados de pies y manos, supuestos de especial sometimiento e inmovilización que excedan de la «simple» relación sexual con un menor –incluso de menores de 13 años (STS n.º 1377/2011, de 19 de diciembre).

Con la redacción anterior se defendió por un sector doctrinal que este subtipo solo se debía aplicar respecto de niños, no respecto de todos los menores de edad.

Tras la reforma operada por LO 1/2015, la referencia a los niños ha sido sustituida por la de menores, por lo que claramente abarcará a todos los menores de edad.

6.3.3.3 *Aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión*

El subtipo se refiere no a la utilización de niños sino al material pornográfico, lo que apuntaría a la aplicabilidad tanto a conductas de utilización de menores como de distribución.

La STS n.º 588/2010, de 22 de junio, de forma un tanto confusa parece decantarse por reservar el subtipo a los tipos de utilización de menores.

En la duda deberán los Sres. Fiscales decantarse por aplicar este subtipo respecto a conductas de mera difusión, siempre trasladando las garantías y requisitos que se exigen para calificar los hechos como particularmente degradantes o vejatorios y apli-

carlo a los que difunden material, pues se aprecia *eadem ratio*. Habrá, en definitiva, de exigirse un dolo específico, debiendo estar acreditado el conocimiento del autor del contenido agravado de ese concreto material y su ánimo de difundirlo.

La STS n.º 184/2012, de 9 de marzo, claramente admite que al delito de la distribución de pornografía infantil, previsto en el artículo 189.1.b), pueda aplicársele el subtipo de representación de menores víctimas de violencia física o sexual. En el mismo sentido se pronuncia la STS n.º 12/2015, de 20 de enero.

Desde luego, si se entendiera no aplicable el subtipo a la mera difusión, habría de ser tenida en cuenta en estos casos para la graduación de la pena conforme al artículo 66 CP la naturaleza especialmente abyecta de este material.

6.3.3.4 *Compatibilidad del subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes*

Unas mismas circunstancias no pueden dar lugar a la aplicación simultánea de este subtipo y del subtipo relativo a hechos particularmente degradantes o vejatorios. En este sentido se pronuncia la STS n.º 184/2012, de 9 de marzo.

Cabrá defender no obstante la compatibilidad cuando uno y otro subtipo se apliquen en razón a distintas sevicias (v.gr. además de someter al menor a prácticas de bestialismo, antes o después se le somete a prácticas sadomasoquistas). Desde luego, cabe aplicar ambos subtipos cuando el material difundido comprende archivos con escenas degradantes y archivos con escenas violentas (en este sentido, STS n.º 12/2015, de 20 de enero).

6.3.4 PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA O SALUD DE LA VÍCTIMA

La reforma operada por LO 1/2015 incorpora un subtipo de nuevo cuño en la letra d: cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

Su incorporación deriva directamente de la Directiva 2011/93/UE que prevé la inclusión como tal en su art. 9 f) que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente. En este sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013.

El subtipo de mera actividad se castigará con independencia del delito de resultado doloso o culposo que hubiera provocado.

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual, pues se requiere una víctima real.

6.3.5 MATERIAL PORNOGRÁFICO DE NOTORIA IMPORTANCIA

El subtipo agravado de la letra e) intensifica la sanción penal cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.

El Legislador asume las sugerencias del informe del Consejo Fiscal y sustituye el anterior subtipo cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 propuso la supresión o la reformulación de este subtipo: creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material)... Si se optara por este nuevo subtipo de notoria importancia, debiera introducirse alguna pauta restric-

tiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado *collecting behaviour*; acumulando gran cantidad de material.

El subtipo se refiere al material pornográfico, por lo que parece claro que podrá aplicarse al tipo de difusión.

Se orillan pues las dificultades inherentes a valorar económicamente el material pornográfico. No será ya necesaria la tasación del valor del material.

En todo caso, el mayor reproche derivaría de la constatación de que se han realizado actos de difusión respecto del material pornográfico de notoria importancia. Por contra, no será el subtipo aplicable ni a los simples poseedores ni a quienes habiendo acumulado material de notoria importancia no han difundido «en notoria importancia». Por tanto, la exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino solo para los que difunden masivamente material.

Este subtipo sí podría integrarse con material virtual o técnico, siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para la difusión.

6.3.6 PERTENENCIA DEL CULPABLE A UNA ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN DEDICADA A LA REALIZACIÓN DE TALES ACTIVIDADES

El artículo 189.2 f) incorpora un subtipo del siguiente tenor: cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Este subtipo será también aplicable a organizaciones o asociaciones dedicadas a la producción de pornografía virtual o técnica.

Ha sido apreciado en un supuesto en el que el delito es cometido a través de redes informáticas (STS n.º 1444/2004, de 10 de diciembre). Esta resolución aplica el subtipo en un supuesto de pluralidad de usuarios que, coincidentes en un «lugar de encuentro» virtual en Internet, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado...».

El TS concluye con que concurre el subtipo de organización «toda vez que no sólo el recurrente actuó en colaboración con los otros integrantes del «grupo» de proveedores y consumidores del material pornográfico prohibido, con una específica atribución de funciones, cual la confección y aporte de «álbumes» de fotografías por él elaborados a un «depósito» centralizado en una específica página «web», sino que, además, con ello posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta... ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas de la infracción que es, en definitiva, la razón de ser esencial y el fundamento de la previsión legal agravatoria de la conducta».

En sentido contrario se pronuncia la STS n.º 913/2006, de 20 de septiembre, en la que se desestima la concurrencia del subtipo de organización al no considerar a las llamadas «comunidades de Microsoft» verdaderas organizaciones o asociaciones de delinquentes de pornografía infantil.

No es admisible una interpretación que aplicara el subtipo al mero intercambio *peer to peer* de archivos, pues sería claramente extensiva y contraria al principio de proporcionalidad. En este sentido cabe citar la STS n.º 107/2010, de 16 de febrero, que rechaza aplicar el subtipo declarando que «sobre esta cuestión tampoco aparece dato alguno que vincule al recurrente con tales organizaciones, a no ser, como acertadamente señala el Tribunal *a quo* que se tenga por tal las redes de intercambios masivos de archivos en Internet que, precisamente, constituyen el vehículo para la comisión de las acciones típicas del artículo 189.1.b) CP».

No merecería este juicio crítico la aplicación del subtipo en supuestos de comunidades virtuales en las que realmente existe un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incrementa el potencial lesivo de la conducta. En este sentido se pronuncia el ATS n.º 25/2011, de 10 de febrero: «... el recurrente además de proporcionar material de pornografía infantil a terceros pertenecía a un foro, ocupando una posición jerárquica descrita como «nobles del reino» que le permitía tener acceso a zonas específicas de la red a las que no podían acceder otros usuarios. El hecho de que el acusado alcanzara una posición relevante en dicho foro se debió al número de imágenes que aportó, tanto tomadas por él mismo como procedentes de otras descargadas por él previamente realizadas de Internet. Se estima correcta pues, la subsunción de esta conducta en el artículo 189.3 e) del Código Penal bajo la referencia a la integración del recurrente en una organización, incluso de carácter transitorio, que se dedica a este tipo de actividad...».

Este supuesto también puede ser aplicado tanto al tipo de utilización como al de difusión, pues el precepto no distingue.

Debe tenerse presente que el subtipo agravado entrará en concurso de leyes en relación con los tipos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales o, en su caso, con el delito de asociación ilícita del artículo 515.1.º

Con independencia de cualquier otro planteamiento, dicho concurso de leyes entre los artículos 189.2.f) y 570 bis y 570 ter CP habrá de resolverse conforme al criterio de alternatividad, toda vez que el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 570 quáter opta por tal solución, al establecer que en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.

El Legislador ha decidido que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave, con el objeto de evitar sanciones atenuadas derivadas de la eventual existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Aunque el expresado concurso de leyes entre los artículos 189.2.f) y 570 bis y 570 ter CP se produce porque la pertenencia a una organización o grupo está tipificada en ambas disposiciones, sin embargo, hay que tener en cuenta que el primero de estos artículos castiga conjuntamente dos conductas: la relativa a la pornografía infantil y la de pertenecer a una organización incluso de carácter transitorio (incluyendo en el tipo el desvalor de ambas); mientras que los tipos de organización o grupo únicamente tipifican esta última conducta.

En su virtud, para resolver el expresado concurso de normas, determinando qué disposición tiene señalada sanción de mayor gravedad, habrán de compararse por un lado las penas imponibles conforme al artículo 189.2 CP (cinco a nueve años de prisión) y por otro lado con las que resulten de aplicar el tipo del artículo 570 bis, o en su caso, del artículo 570 ter CP, y el delito de pornografía infantil (tipo básico o subtipo agravado, si concurre otra circunstancia cualificante distinta de la de pertenecer a una organización (pues su apreciación duplicada supondría la vulneración del principio *non bis in idem*).

A efectos del cálculo de la pena imponible al concurso de delitos entre el delito de pornografía infantil y el delito de organización o grupo criminal debe tenerse presente que, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, el concurso puede ser real o ideal.

El subtipo del artículo 189.2.f) CP admite su aplicación a estructuras transitorias. Tal modalidad no podría incardinarse en el concepto de organización y asociación, pero sí podría subsumirse en el concepto de grupo criminal, toda vez que se corresponde con una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo. De nuevo en estos casos habrá de aplicarse el principio de

alternatividad, calificando los hechos bien como delito de pornografía infantil en su modalidad agravada, bien como delito de pornografía infantil en su modalidad no cualificada en concurso ideal con un delito de integración en grupo criminal.

6.3.7 HECHOS COMETIDOS POR ASCENDIENTE, TUTOR, CURADOR, GUARDADOR, MAESTRO O ENCARGADO DEL MENOR

6.3.7.1 Ideas generales

También se construye un subtipo agravado cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad (art. 189.2 g).

La mayor antijuridicidad y culpabilidad de la conducta es evidente, toda vez que quien así actúa quebranta la posición de garante y los deberes específicos que el ordenamiento jurídico le atribuye respecto del menor.

La nueva configuración del subtipo incorporada por la LO 1/2015, inspirada a su vez por la Directiva, le dota de unos contornos más amplios, pudiendo entenderse aplicable a profesores, educadores o asimilados que, aunque no estén encargados del menor, hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

El subtipo agravado de la letra g) tampoco podría aplicarse a la pornografía virtual o técnica.

6.3.7.2 Hechos subsumibles

El ATS n.º 1839/2010, de 14 de octubre, considera aplicable este subtipo «porque en los hechos probados se indica que se elaboró material pornográfico con una menor con la que convivía y ejercía autoridad paterna (como se indica en los hechos el recurrente la estima como su hija, considerándola como hija adoptiva y cuidándola como tal aunque no haya formalizado la adopción y la niña le ha considerado su padre)».

Debe también entenderse aplicable este subtipo a las personas que ejercen de «canguros», cuanto cometen los hechos con los menores cuyo cuidado les ha sido encomendado.

El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión, pues en ambos casos antijuridicidad y culpabilidad presentan una especial intensidad.

6.3.8 CONCURRENCIA DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

La letra h) incorpora un nuevo subtipo agravado: cuando concorra la agravante de reincidencia.

El Legislador trata de dar cumplimiento a la Directiva 2011/93/UE pese a que lo único que la misma exigía era que se agravara la responsabilidad en el supuesto de que el autor de la infracción hubiera sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza. Esto se cumple con la previsión de la agravante genérica de reincidencia.

Constatada la concurrencia de reincidencia, habrá de apreciarse este subtipo agravado. En ningún caso cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

Debe tenerse presente que el artículo 190 CP equipara en estos supuestos la condena de un Juez o Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

6.3.9 SUBTIPO HIPERAGRAVADO

La Directiva 2011/93/UE prevé agravar la responsabilidad cuando se emplee coacción, fuerza o amenazas con un menor, imponiendo una pena que permita alcanzar los ocho años de prisión (art. 4.3).

El apartado tercero del artículo 189 tras la reforma operada por LO 1/2015 dispone que si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado primero (utilización de menores con fines pornográficos) se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

El subtipo hiperagravado puede, pues operar sobre la pena prevista en el apartado primero (prisión de uno a cinco años) y sobre la pena prevista en el apartado segundo (prisión de cinco a nueve años). En este último caso la pena pues pivotaría entre los nueve años y un día y los trece años y seis meses.

Debe en primer lugar delimitarse el subtipo agravado, que castiga la aparición de la violencia física (o sexual) en el material pornográfico, del subtipo hiperagravado, que castiga la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. Por tanto, si se utiliza violencia para elaborar el material y la violencia aparece reflejada en el mismo, debiera en principio apreciarse un delito del artículo 189.1 a) con la concurrencia del subtipo agravado del artículo 189.2 c) y con la concurrencia del subtipo hiperagravado del artículo 189.3.

En el supuesto en que se emplee violencia o intimidación para conseguir elaborar el material pornográfico pero no se utilice para consumar el acto sexual podrá aplicarse el subtipo hiperagravado sin que se planteen problemas concursales. Piénsese en supuestos en que se utilice intimidación sobre un menor para lograr elaborar una filmación centrada en sus genitales pero sin obligarle a llevar a cabo ningún acto sexual.

Si la violencia o intimidación se emplean para consumar el acto sexual reflejado en el material pornográfico la aplicación del subtipo hiperagravado planteará problemas concursales.

Hasta la reforma 1/2015 se venía entendiendo que los actos sexuales perpetrados para elaborar el material pornográfico debían castigarse autónomamente, en régimen de concurso de delitos con el tipo de utilización de menores para fines pornográficos.

En este sentido, la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil considera que «en relación con el tipo previsto en el artículo 189.1 a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real». El Tribunal Supremo asume la exégesis de la aplicación simultánea de tipos: «no forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual» (STS n.º 947/2009, de 2 de octubre). También en esta línea cabe citar la STS n.º 795/2009, de 28 de mayo.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 deberán los Sres. Fiscales entender que no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y además apreciar simultáneamente el correspondiente tipo de agresión sexual, cuando la violencia o intimidación se

hubieran utilizado para hacer ejecutar al menor el acto sexual grabado, fotografiado o filmado. De proceder a tal aplicación simultánea se incurriría en un claro *bis in idem*.

Por ello, los Sres. Fiscales, hasta tanto no se consolide una línea jurisprudencial opuesta, optarán en estos casos por aplicar las normas que para resolver el concurso de leyes se contemplan en el artículo 8 CP, de modo que bien aplicarán el tipo del artículo 189.1 a) con la agravación contemplada en el artículo 189.3, bien aplicarán el tipo del artículo 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos que generaron la elaboración del material. Serán las concretas circunstancias en cada caso concurrentes las que orienten a la hora de seleccionar el principio aplicable para resolver el concurso de leyes. En principio, no habría relación de especialidad, subsidiariedad o absorción, por lo que salvo que tales circunstancias aconsejen otra solución habrá de optarse por el principio de alternatividad.

Todo ello sin perjuicio de que la prolongación temporal de la actuación violenta, y con ella, de la privación de libertad sobre el menor, podrá generar eventualmente la apreciación de otras modalidades concursales.

7. LA PENA DE INHABILITACIÓN

Conforme a la nueva previsión del apartado tercero del artículo 192 CP, en sus conclusiones los Sres. Fiscales habrán de interesar además de las penas principales correspondientes, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado.

8. OTRAS MEDIDAS A INSTAR POR EL MINISTERIO FISCAL

Tras la reforma operada por LO 1/2015, se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste con carácter cautelar la retirada o bloqueo del acceso a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil (apartado octavo del artículo 189 CP). En este punto la reforma también sigue la línea marcada por la Directiva 2011/92/UE en su artículo 25.

Esta previsión se conecta tanto con la norma básica del 13 LECrim como con el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que prevé la retirada de aquellos datos que atenten contra los principios que se relacionan en el propio artículo entre los cuales se encuentran el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia.

Como quiera que en los primeros momentos podrá no ser conocido si cabe la retirada o únicamente el bloqueo, los Sres. Fiscales, cuando sea necesario, instarán la medida cautelar de retirada y, alternativamente la medida cautelar de bloqueo de tales páginas o aplicaciones.

De no haberse acordado esta medida con carácter cautelar, los Sres. Fiscales interesarán que se adopte en sentencia.

Por otro lado, conforme a las previsiones del Convenio de Lanzarote, se añade el artículo 129 bis para la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN.

En virtud de este precepto el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial respecto de condenados por delito grave contra la libertad o indemnidad sexual, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. el artículo 129 bis abre la previsión legal, ante la negativa del sujeto a cumplir la orden judicial, del uso de medios coactivos para su ejecución forzosa.

Cuando en el tipo de utilización de menores o de difusión de pornografía infantil concurra algún subtipo agravado se superaría el umbral del delito grave, por lo que los Sres. Fiscales, ponderando las circunstancias concurrentes, si se considera que concurre un peligro relevante de reiteración delictiva podrán interesar la toma de muestras, realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, en el curso de la investigación, sin esperar a la condena, en el momento de la detención o de la imputación por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ya sean delitos graves o menos graves, los Sres. Fiscales, procuren que los perfiles de ADN de estos imputados sean incorporados a la base de datos prevista en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (art. 3.1 a).

9. VIGENCIA DE ANTERIORES PRONUNCIAMIENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se recuerda la expresa vigencia de la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil y la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, en relación con el epígrafe III.2 sobre tratamiento de los delitos de pornografía infantil cometidos por menores.

10. CONCLUSIONES

1. Concepto de pornografía infantil.

1.1 La pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio.

1.2 El material pornográfico escrito no puede estimarse incluido en el radio típico.

1.3 El puro y simple desnudo no puede integrarse en el tipo.

1.4 Pornografía técnica: el material al que se refiere el artículo 189.1 c) habrá de entenderse integrado por representaciones visuales de personas presentadas como menores de edad. Los Sres. Fiscales previamente a aplicar esta disposición legal habrán de agotar las posibilidades de determinar la edad real de la persona represen-

tada, por lo que deberán –si no se ha hecho de oficio interesar a la Policía que investigue este extremo.

La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que pueda existir duda sobre si sobrepasan o no los dieciocho años.

1.5 Pornografía virtual: el material al que se refiere el artículo 189.1 d) habrá de integrarse por «imágenes realistas» de modo que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán entenderse incluidos dibujos animados, manga o similares, pues no serían propiamente «imágenes realistas», en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

1.6 Pseudo pornografía infantil: tras la reforma operada por LO 1/2015 se suprime formalmente el tipo de pseudo pornografía infantil. Sin embargo, ello no supone la sobrevenida atipicidad de estas conductas, pues eventualmente podrán castigarse como pornografía infantil virtual o técnica.

1.7 Materiales excluidos: aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del sistema de eximentes y de los principios generales de Derecho Penal, deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

2. Utilización de menores para fines pornográficos.

2.1 En la modalidad de utilización de menores en espectáculos, ha de entenderse que el menor debe intervenir en el mismo. No será subsumible en este tipo el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran ser las de vendedor de entradas, camarero etc.

2.2 En lo que se refiere a qué deba entenderse por espectáculo, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que habrá de ser irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes.

2.3 En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico distribuye posteriormente el material elaborado habrá de tipificarse exclusivamente conforme al artículo 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento.

2.4 En relación con el tipo del artículo 189.1 a), si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados.

2.5 Sujeto pasivo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 25 CP.

2.6 La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito.

3. Difusión de pornografía infantil.

La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P será subsumible en el artículo 189.1 b) cuando pueda acreditarse el dolo de difusión.

4. Posesión de pornografía infantil.

4.1 El concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma operada por LO 1/2015 supone una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito poseer material pornográfico virtual o técnico.

4.2 Los subtipos agravados del artículo 189.2 no se aplicarían a estas conductas.

4.3 La concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión.

5. Acceso a sabiendas a pornografía infantil.

Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por meros accesos, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que esta nueva modalidad entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles.

6. Supuestos en los que no concurre antijuridicidad material.

6.1 Ante supuestos en los que la pornografía infantil virtual ha sido producida y está en posesión del productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico que represente a menores o a personas que parezcan menores y que el acto no implique riesgo de difusión del material, los Sres. Fiscales ponderarán la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuanto esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

6.2 Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido.

7. Subtipos agravados de pornografía infantil.

7.1 Aunque no se prevé un tratamiento específico para los supuestos en los que concurra más de un subtipo, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer dentro de los límites mínimo y máximo (cinco a nueve años).

7.2 Mientras que para la aplicación de los tipos básicos del artículo 189.1 del CP no es necesario dolo directo, siendo suficiente que concurra dolo eventual y pudiendo entenderse colmadas las exigencias del tipo subjetivo con la concurrencia del denominado dolo de indiferencia, para la aplicación de los subtipos agravados es necesario un nivel de exigencia mayor.

7.3 Utilización de menores de 16 años.

7.3.1 Para aplicar el subtipo será necesario la utilización de menores reales, no pudiendo integrarse por pornografía virtual o técnica.

7.3.2 Tras la reforma operada por LO 1/2015, al ampliarse la aplicación del subtipo agravado a la utilización de menores de dieciséis años, queda claro que solamente cabe aplicar este subtipo agravado a quienes operan sobre menores de dieciséis años, y nunca a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, sin haber actuado sobre los mismos.

7.4 Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos.

7.4.1 Este subtipo no puede integrarse con pornografía virtual o técnica, pues al referir lo degradante o vejatorio a «los hechos» exige afectación de menores reales.

7.4.2 Los Sres. Fiscales deberán describir cumplidamente en la conclusión primera del escrito de acusación, qué circunstancias justifican la calificación de los actos como particularmente vejatorios y degradantes.

7.4.3 Los Sres. Fiscales defenderán la aplicabilidad de este subtipo no solo a los supuestos de utilización (art. 189.1 a), sino también a los supuestos de difusión (art. 189.1 b). Para ello será necesario acreditar que el autor tenía pleno conocimiento respecto del contenido de tales archivos y que los mismos se difundieron o se poseían para difundirlos.

7.5 Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual.

7.5.1 Este subtipo no podría aplicarse a materiales virtuales o técnicos, pues en ellos no habría propiamente víctimas.

7.5.2 Los Sres. Fiscales promoverán la aplicación de este subtipo respecto a conductas de mera difusión siempre que esté acreditado un dolo específico, consistente en el pleno conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos.

7.5.3 No cabe apreciar simultáneamente el subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes, salvo que uno y otro subtipo se apliquen en razón a distintas sevicias.

7.6 Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima.

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual.

7.7 Material pornográfico de notoria importancia.

7.7.1 El subtipo se refiere al material pornográfico, por lo que podrá aplicarse al tipo de difusión.

7.7.2 No será necesaria la tasación del valor económico del material.

7.7.3 La exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino que ha de reservarse para los que difunden masivamente material.

7.7.4 Este subtipo podrá integrarse con material virtual o técnico, siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para la difusión.

7.8 Pertenencia del culpable a una organización o asociación.

7.8.1 Este subtipo puede también ser aplicado a organizaciones dedicadas a la producción de pornografía virtual o técnica.

7.8.2 No es admisible una interpretación que aplicara el subtipo al mero intercambio de archivos, pues sería claramente extensiva y contraria al principio de proporcionalidad.

7.8.3 Procederá la aplicación del subtipo en supuestos de comunidades virtuales en las que realmente existe un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incremente el potencial lesivo de la conducta.

7.8.4 Este supuesto puede ser aplicado tanto al tipo de utilización como al de difusión.

7.9 Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor.

7.9.1 Puede entenderse aplicable a profesores, educadores o asimilados, aunque no estén encargados del menor, cuando hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

7.9.2 El subtipo agravado de la letra g) no podrá aplicarse a la pornografía virtual o técnica.

7.9.3 El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión.

7.10 Concurrencia de la agravante de reincidencia

No cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

8. Subtipo hiperagravado

8.1 El subtipo agravado del artículo 189.2 c) castiga el reflejo de la violencia física o sexual en el material pornográfico, mientras que el subtipo hiperagravado del artículo 189.3 castigaría la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. Por tanto, si se utiliza violencia para elaborar el material y en el material tiene reflejo la misma, debiera apreciarse un delito del artículo 189.1 a) con la concurrencia del subtipo agravado del artículo 189.2 c) y con la concurrencia del subtipo hiperagravado del artículo 189.3.

8.2 Cuando la violencia o intimidación se hubieran empleado para realizar el acto sexual grabado, filmado o fotografiado no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y simultáneamente apreciar el correspondiente tipo de agresión.

8.3 En tales casos deberá operarse con las normas del concurso de leyes conforme al artículo 8 CP, por lo que bien se aplicará el tipo del artículo 189.1 a) con la agravación contemplada en el artículo 189.3, bien se optará por aplicar el tipo del artículo 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos que generaron la elaboración del material, operando en principio conforme al criterio de la alternatividad.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación de los delitos de pornografía infantil, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 3/2015, DE 22 DE JUNIO DE 2015, SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Análisis de las Disposiciones Transitorias. 2.1 Principio de irretroactividad de las leyes penales. 2.2 Determinación de la ley más favorable. 2.3 Sentencias firmes no revisables.–3. Procedimiento. 3.1 Hechos pendientes de enjuiciamiento. 3.2 Hechos sentenciados pendientes de recurso. 3.3 Sentencias firmes pendientes de ejecución. 3.4 Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. 3.4.1 *Suspensión*

3.4.2 *Expulsión sustitutiva*.—4. Efectos de la derogación del Libro III del Código Penal. 4.1 Modificación del régimen de perseguibilidad de algunas conductas. 4.2 Cambio de penalidad. 4.2.1 *Cambio de penas alternativas a penas únicas*. 4.2.2 *Nueva penalidad alternativa*. 4.3 Condenas no revisables por faltas. 4.4 Las condenas por las faltas de robo o hurto de uso de vehículos de motor o ciclomotor ajenos. 4.5 Las condenas por las faltas contra la propiedad intelectual o industrial. 4.6 Las condenas por faltas de imprudencia. 4.7 Los anteriores delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas. 4.7.1 *El delito de hurto*. 4.7.2 *El delito de robo o hurto de uso de vehículo de motor ajeno*. 4.7.3 *El delito de lesiones*. 4.7.4 *El delito de receptación habitual de faltas contra la propiedad*. 4.7.5 *Delitos contra la administración de justicia*. 4.8 Conductas despenalizadas.—5. Supuestos excluidos del proceso de revisión. 5.1 Condenas no revisables por delitos. 5.2 Condenas por delito de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y por el delito de apropiación por error del transmitente.—6. Consideración particular de determinados delitos a los efectos de abrir el proceso de revisión de las sentencias. 6.1 Delito de daños en bienes militares. 6.2 Delito de administración desleal. 6.3 Delito contra los derechos de los trabajadores. 6.4 Delito de inmigración ilegal. 6.5 Delito de daños sobre el patrimonio histórico. 6.6 Delito de malversación. 6.7 Delitos de resistencia o desobediencia grave y atentado. 6.8 Delitos contra el orden público. 6.9 Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. 6.9.1 *Corrupción de menores*. 6.9.2 *Represión penal del cliente solicitante de relaciones sexuales con menores de edad*.—7. Inicio del procedimiento de revisión.—8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del Código Penal de 1995 operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, conlleva modificaciones en los tipos penales y en las penas aplicables a los mismos que exigen en aplicación del principio de unidad de actuación, rector de la función del Ministerio Fiscal, establecer unas pautas interpretativas sobre las disposiciones transitorias reguladas en esta Ley. Es de advertir que la nueva regulación prevé un periodo de *vacatio legis* de tan solo tres meses, teniendo prevista su entrada en vigor, de conformidad con lo establecido en la disposición final octava, el día 1 de julio de 2015.

Dejando la disposición transitoria cuarta aparte para su tratamiento individualizado, el resto de las disposiciones transitorias de la LO 1/2015 son una reproducción de las ya contenidas en anteriores leyes de reforma del Código Penal, que a su vez, figuran en la propia la LO 10/1995, por lo que la Fiscalía General del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre gran parte de las cuestiones derivadas de la necesidad de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable. En este sentido, es imprescindible tener especialmente en cuenta el contenido de las Circulares 1/1996, 2/1996, 1/2000, 1/2004 y 3/2010, sirviendo la presente como recordatorio de la doctrina en ellas establecida para su aplicación concreta a la nueva reforma.

2. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

2.1 Principio de irretroactividad de las leyes penales

La primera de las disposiciones transitorias establece en su apartado primero que los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Desarrolla esta disposición tanto el principio de irretroactividad de las leyes penales consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 CE, como su anverso, esto es, la aplicación de las nuevas normas penales a hechos anteriores a su entrada en vigor, para el sólo caso de que las mismas favorezcan al reo. La aplicación retroactiva de la nueva norma, si es más favorable al reo, debe afectar a los hechos cometidos con anterioridad al día 1 de julio de 2015 que se encuentren pendientes de enjuiciamiento, y a aquellos que ya han sido sentenciados si dicha declaración no ha adquirido firmeza o si, aún firme, se encuentran pendientes o en trámite de ejecución. Quedan excluidos por tanto, los procedimientos por hechos que, a fecha 1 de julio de 2015, ya han sido enjuiciados y ejecutados en su totalidad, sin perjuicio, establece la disposición transitoria segunda respecto de las sentencias, de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a esta Ley.

En una valoración general, puede decirse que la reforma no es más beneficiosa que la regulación anterior, por lo que no son demasiados los supuestos en que procede la aplicación retroactiva. En cualquier caso, y en tanto pueda resultar más favorable para el reo, la nueva normativa sólo podrá hacerse efectiva a partir del 1 de julio de 2015, fecha de su entrada en vigor, y nunca durante el período de *vacatio legis*.

Es conveniente recordar que los problemas que puedan suscitarse en relación al momento en que deben entenderse cometidos los delitos continuados, permanentes, habituales y de tracto sucesivo, habrán de ser resueltos conforme a los criterios establecidos en la Circular 2/1996, de 22 de mayo.

2.2 Determinación de la ley más favorable

Al igual que las correspondientes disposiciones transitorias de las Leyes Orgánicas de reforma del Código Penal 15/2003 y 5/2010, el apartado segundo de la disposición transitoria primera mantiene la obligación de que los términos de comparación entre ambas regulaciones tengan en cuenta la totalidad de las mismas, de manera que la determinación de la ley más favorable se realice a la vista de una y otra normativa en su integridad. Así se dispone que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley, y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad. El apartado tercero establece que en todo caso, será oído el reo.

Ello no obsta para que, como se indicaba en las Circulares 1/2004 y 3/2010, la condena por varios delitos en una misma sentencia, permita hacer un tratamiento autónomo de cada uno de ellos siempre que estén en relación de concurso real, de

manera que pueda mantenerse en su integridad el pronunciamiento respecto de alguno de ellos, y sin embargo, se modifique respecto de otros en que sea más favorable la nueva regulación. Por el contrario, en los supuestos de delito continuado y de concurso ideal de delitos, y siguiendo el criterio de las Circulares 1/1996 y 3/2010, habrá de hacerse una comparación global, sin que sea posible castigar alguna de las conductas que lo integran conforme a la anterior regulación y la otra conforme a la nueva normativa, salvo que alguno de los delitos o faltas hubiera sido despenalizado.

En estos casos, y en el ámbito del concurso ideal, si se hubiera impuesto una pena única, se cotejará la pena impuesta con la que correspondería imponer a la infracción subsistente conforme a la nueva regulación a los efectos de valorar la legislación más beneficiosa, mientras que si las diversas infracciones hubieran sido penadas separadamente, una vez dejada sin efecto la pena de la infracción despenalizada, se hará la comparación con la que subsiste.

Resulta sin embargo novedosa la referencia a efectos comparativos no sólo de las penas que corresponderían al hecho enjuiciado, sino también, en su caso, a la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

El legislador amplía así los elementos a tener en cuenta, de modo que, aunque la pena fijada en el nuevo tipo penal objeto de comparación sea por sí sola más favorable que la penalidad anterior, si además contiene la posibilidad de imponer una medida de seguridad, esta deberá también valorarse para determinar la ley más favorable.

Aunque la nueva ley modifica el Título IV del Libro I CP en el que se regulan las medidas de seguridad, sí introduce en el Libro II tres nuevos supuestos en los que junto a la pena correspondiente podrá imponerse la medida de libertad vigilada. Se trata del artículo 140 bis en relación con los delitos de homicidio, asesinato e inducción o cooperación al suicidio, del artículo 156 ter respecto a los delitos de lesiones cometidos sobre las personas a que se refiere el artículo 173.2, e igualmente en este artículo 173.2 relativo al delito de violencia habitual.

De la comparación de las penas previstas en todos estos tipos penales se evidencia que las establecidas antes de la reforma no son en general más favorables en la nueva regulación, por lo que no entrará en juego la necesidad de valorar la posible imposición de una medida de seguridad.

Sin embargo, hay alguna excepción como es el supuesto del artículo 152.1.1.º (delito de imprudencia grave con resultado de lesiones del anterior art. 147.1 CP) para el que se establecía sólo pena de prisión. Para este caso, la nueva regulación prevé alternativamente penas de prisión o multa. En principio, la pena de multa sería más favorable que la pena privativa de libertad impuesta, pero a la hora de revisar la sentencia, habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de aplicar conforme al nuevo artículo 156 ter, además de la pena de multa, la medida de seguridad de libertad vigilada. En todo caso, la labor comparativa exige que se haga una previsión de las concretas medidas de libertad vigilada que, al amparo del artículo 106.1, procedería imponer al penado para que en el trámite de audiencia pueda ponderar adecuadamente la regulación que entiende que le es más favorable. Sin perjuicio de oír al reo, los Sres. Fiscales habrán de partir de que la comparación prisión frente a multa con libertad vigilada hace a ésta última más favorable, al no ser privativas de libertad ni la pena ni la medida.

2.3 Sentencias firmes no revisables

La Disposición transitoria segunda establece las sentencias susceptibles de revisión, a saber: las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectiva-

mente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, debiendo entender incluidas aquellas sentencias firmes, cuyo cumplimiento se encuentra pendiente de ejecución, con las limitaciones que dispone la propia norma, la cual establece las penas que no se consideran más favorables, excluyendo del proceso de revisión los siguientes supuestos:

1.º En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.

Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia.

La regla que preside el proceso de revisión es la consideración taxativa de la disposición más favorable, excluyendo de la labor comparativa el ejercicio del arbitrio judicial. En aplicación de esta norma, tal y como se indica en la Circular 1/1996, si la pena impuesta en la sentencia susceptible de revisión podría imponerse también con arreglo al nuevo Código Penal, será inviable la revisión sin duda alguna y sin que tenga relevancia alguna el dato de que con arreglo al nuevo Código Penal se hubiera podido imponer una duración de pena inferior haciendo uso de la discrecionalidad. En el mismo sentido, la Circular 1/2004 especifica que cuando la pena privativa de libertad se encuentre incluida en el periodo de duración previsto para pena de la misma naturaleza en la regulación actual, no procede revisión alguna, con independencia de que en abstracto se hayan modificado los límites mínimo y máximo correspondiente al tipo penal de que se trate.

Interpretando la exclusión del «arbitrio judicial» en la tarea de revisión, el Tribunal Supremo establece la necesidad de distinguir dos momentos (SSTS n.º 538/2012, de 25 de junio y 290/2013 de 16 de abril):

«a) En primer lugar hay que comparar ambas legislaciones: la derogada conforme a la que se efectuó el enjuiciamiento y la vigente. En ese primer momento se orilla por imperativo legal el arbitrio judicial: solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando en ningún caso podría amparar la pena impuesta y siempre, determinaría una penalidad inferior. Eso es lo que quiere decirse cuando se habla de la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Y añade, el legislador con mayor o menor acierto y con el deseo de reducir el número de sentencias firmes que han de ser revisadas ha incluido esta regla comentada que simplifica la operación de comparación al expulsar de los términos de ponderación el aleatorio factor «arbitrio judicial». Así como en el enjuiciamiento de hechos anteriores con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, no rige limitación alguna; la revisión de sentencias firmes solo se abre si en este primer escalón se concluye que la legislación nueva no permita de ninguna forma la pena impuesta (salvo la excepción ya apuntada de adición de una penalidad alternativa). (...)

b) Una vez sobrepasado ese escalón y proclamado el carácter más benigno de la reforma se aplica ésta sin condicionante alguno. En esta segunda fase no se excluye el arbitrio judicial. No es posible excluirlo porque es inherente a la función individualizadora. (...) Las alusiones a la exclusión del arbitrio judicial y la taxatividad operan en el momento de la comparación. Si la comparación efectuada con esas limitaciones conduce a considerar más favorable la nueva legislación se rompe la firmeza de la sentencia y el Tribunal recupera en toda su plenitud sus facultades de subsunción e individualización penológica ajustadas al nuevo marco penal. Esa es la interpretación pacífica asumida también por la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2010, de 23 de diciembre».

Como excepción a esta regla general de no revisibilidad, la disposición transitoria segunda se refiere a la posibilidad de que la reforma establezca para el mismo hecho una pena alternativa no privativa de libertad. En estos casos, deberá iniciarse el proceso de revisión, lo que no implica que sea obligatorio sustituir la pena inicialmente impuesta por la nueva pena de multa no prevista como alternativa en su momento, sino que dicha decisión únicamente debe adoptarse cuando tras el examen de la causa así se estime oportuno (Circular 1/2004). En el mismo sentido la Circular 1/1996, como criterio para determinar la procedencia de imponer o no esa pena alternativa no privativa de libertad, ya estableció la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias concretas, razonando que otro entendimiento no tendría sentido: sería tanto como decir que para las revisiones solamente deberá tenerse en cuenta la pena alternativa menos grave, lo que carece de lógica.

Ejemplo de delitos en que se puede plantear esta cuestión, esto es, que se pase de una pena única de prisión a una pena alternativa de prisión o multa, son los de resistencia y desobediencia grave previstos en el artículo 556 CP. Es cierto que también se establece esta alternativa para los delitos de inmigración ilegal previstos en el apartado primero del artículo 318 bis CP, pero en éstos, el límite superior de la nueva pena de prisión es inferior al mínimo de la anterior pena privativa de libertad, por lo que siempre habrá que revisar la sentencia.

Distinto es que tanto en la norma anterior como en la reformada se contemple la posibilidad de pena alternativa, supuesto, dice la Circular 1/1996, en que no entrará en juego esta previsión, en la medida en que ya el juzgador tuvo la posibilidad, al dictar sentencia, de optar por la pena no privativa de libertad y, sin embargo, la descartó.

Tampoco será de aplicación esta excepción a los supuestos contemplados en los artículos 315 y 323 CP, referidos a los delitos contra los derechos de los trabajadores y a los delitos de daños contra el patrimonio histórico respectivamente, en los que en lugar de una pena conjunta de prisión y multa, el legislador de 2015 ha establecido una pena alternativa de prisión o multa.

2.º No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Deberán tenerse en cuenta a estos efectos, no sólo los casos de suspensión de las penas privativas de libertad establecidos en el Código Penal, como son los contemplados en el artículo 4.4 CP respecto a la petición de indulto y en los artículos 80 a 87 en relación a las formas sustitutivas de la ejecución de dichas penas, sino también aquellos en que la suspensión es acordada por el Tribunal Constitucional al conocer del recurso de amparo (art. 56 LOTC).

—Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Esta excepción reproduce las contenidas en las anteriores LO 5/2010 y 15/2003, resultando superflua a la luz de la nueva configuración que de la libertad condicional se realiza en los artículos 90 a 92 CP, que aparece regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena.

—Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa.

3.º No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previa-

mente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a esta Ley.

Por tanto, como presupuesto de la revisión, será necesario que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena o en vías de su cumplimiento efectivo. No será obligada la revisión cuando el reo se haya sustraído a la acción de la justicia hasta que no sea habido, a no ser que la condena se refiera a un hecho despenalizado en la nueva regulación, en cuyo caso se procederá a la revisión y al archivo de la ejecutoria salvo que estén pendientes de cumplimiento los aspectos civiles, toda vez que los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil deberán ser ejecutados en todo caso sin que queden afectados por la despenalización.

En este aspecto, el principio «*pro reo*» cede ante el de la protección a las víctimas, pues, como ya señaló la STS n.º 221/1997 de 20 de febrero, la retroactividad sólo es predicable de las leyes penales que favorezcan al reo, [...] pero no las que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* de naturaleza incuestionablemente civil, y, por ende, sujetas al principio de irretroactividad proclamado en el artículo 3 del Código Civil. (En el mismo sentido STS n.º 172/1998, de 14 de febrero y 106/1997, de 31 de enero).

4.º En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley.

Finalmente debe tenerse presente que las condenas por hechos que hayan sido convertidos en delitos leves en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia. Por eso en algunas ocasiones no bastará con el examen de la hoja histórico penal, sino que será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior. Cuando en el curso de un procedimiento en tramitación los Sres.

Fiscales en el trance de analizar la hoja histórico penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda no serlo tras la reforma 1/2015, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente es o no computable la condena a efectos de antecedentes penales.

También estas sentencias no revisables generarán no obstante efectos a los fines de evaluar si concurren los presupuestos para la suspensión de la ejecución de la pena. Las condenas anteriores ya ejecutadas pero referidas a hechos que ya no son constitutivos de delito menos grave sino leve, no impedirán la posible concesión de los beneficios referidos. Por tanto si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo a la nueva legislación pasan de delitos menos graves a leves se deberá entender cumplido el requisito de ser delincuente primario (en el mismo sentido Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circulares 2/1996 y 1/2004). De nuevo, cuando los Sres. Fiscales deban pronunciarse sobre la procedencia de conceder o no la suspensión y cuando al analizar la hoja histórico penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda no serlo tras la reforma 1/2015, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente debe o no entenderse computable.

3. PROCEDIMIENTO

En cuanto resulte más favorable, la nueva regulación será de aplicación, como se ha expuesto, a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor y que todavía no han

sido objeto de enjuiciamiento, a los hechos ya enjuiciados en los que no ha recaído sentencia firme, y a los hechos ya enjuiciados en los que el pronunciamiento condenatorio sea firme y no haya sido totalmente ejecutado.

3.1 Hechos pendientes de enjuiciamiento

En los procedimientos por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015, ya se hallen pendientes de calificación o pendientes de enjuiciamiento, operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma.

La comparación debe efectuarse para cada caso concreto con la aplicación global de cada una de las regulaciones, sin que rijan las limitaciones que la disposición transitoria segunda establece para los supuestos de revisión de las sentencias. En la labor de comparación, como establece la Circular 1/2004, deberá partirse del tipo básico aplicable al autor del hecho. Si la previsión de pena es idéntica habrá de analizarse la pena prevista para el grado de ejecución, la intensidad de la participación y la concurrencia o no de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, así como la existencia o inexistencia de tipos privilegiados que posibiliten la imposición de penas inferiores. Si ambas legislaciones establecen una pena idéntica en los dos supuestos y unas análogas posibilidades de reducción se podrá considerar más favorable aquella legislación que posibilite una ejecución más benigna en relación con las normas sobre suspensión, sustitución o libertad condicional. En este punto conviene reseñar las importantes modificaciones introducidas por la LO 1/2015, a saber:

- a) En materia de suspensión de la pena, el nuevo artículo 84.1 CP introduce la posibilidad de condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo de mediación, al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.
- b) En relación a la sustitución de la pena a extranjeros por expulsión, frente a la posibilidad de sustitución establecida en la anterior redacción del art. 89 respecto a cualquier pena privativa de libertad no superior a seis años, la nueva norma reduce su aplicación a las penas de prisión superiores a un año y no superiores a cinco. Por el contrario, la posibilidad de sustituir la pena por expulsión se amplía al eliminarse el requisito de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España.
- c) La nueva regulación ha suprimido la sustitución ordinaria, como forma sustitutiva de ejecución de las penas privativas de libertad, al haber derogado el art. 88.
- d) Por último, en materia de libertad condicional, al regularse como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, debe valorarse que, al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo de libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de la condena.

Siguiendo igualmente las pautas establecidas en la Circular 1/2004, «si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente, pues no ha de olvidarse que se hace un ejercicio teórico sobre qué pena se impondrá con cada texto. Los Sres. Fiscales formularán, pues, conclusiones alternativas cuando la decisión sobre la norma más favorable no se presente con nitidez y esté subordinada al uso que finalmente se haga del arbitrio judicial. En efecto, debe tenerse en cuenta que no existiendo un concreto

punto de referencia al no haberse impuesto aún pena alguna para hacer el contraste entre las dos legislaciones, en muchos de los casos la opción por uno u otro Código Penal dependerá en definitiva del arbitrio judicial a la hora de individualizar definitivamente la pena.

En los procedimientos ya calificados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, la adaptación en su caso a la nueva legalidad habrá de hacerse bien con carácter previo, al inicio de las sesiones, bien en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, modificando, si procede, la pena solicitada en función de dicho extremo.

En causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide –es más, será lo deseable, por razones de economía procesal y para evitar molestias innecesarias a los testigos– solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación sin necesidad de esperar al acto del juicio oral, sin perjuicio de solicitar la oportuna comunicación al órgano administrativo competente si los hechos pudieran merecer sanción administrativa (vid. Circular 2/1983 y Circular 2/1996)».

En cuanto al trámite de audiencia al reo establecido en la disposición transitoria primera sobre la legislación que entienden más favorable, debe efectuarse en el acto del juicio oral.

Por último, ha de entenderse que el órgano de enjuiciamiento podrá aplicar de oficio un texto penal distinto del invocado por el Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales o definitivas, sin que ello suponga infracción del principio acusatorio, siempre y cuando queden salvaguardados los términos fácticos de la acusación y el principio de retroactividad de la ley más favorable.

3.2 Hechos sentenciados pendientes de recurso

La disposición transitoria tercera, reproducción de la disposición transitoria novena de la LO 1/1995, y de las correspondientes a las reformas operadas por LO 1/2004 y 5/2010, establece lo siguiente:

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas:

- a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.
- b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos del nuevo Código.
- c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

Debe advertirse, como así se hizo en la Circular 2/1996, que aunque no se prevé específicamente, la audiencia del Fiscal y la defensa es necesaria, pudiendo efectuarse en el trámite de la vista o, si no la hubiere, abriendo a tal efecto y antes de la resolución del recurso, un traslado para alegaciones de las partes.

3.3 Sentencias firmes pendientes de ejecución

Tratándose de la revisión de las sentencias firmes, el legislador ha omitido cualquier referencia al procedimiento a seguir, debiendo entenderse que siendo un incidente de ejecución de sentencia, es preceptivo el traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre la procedencia de la revisión y, en su caso, los términos de la misma, la audiencia al reo para que se pronuncie sobre la propuesta, y la conclusión del incidente mediante resolución motivada.

Sólo el requisito de la audiencia del reo ha sido previsto por el legislador en la disposición transitoria primera. Dicho requisito resulta imperativo –en todo caso– siempre que vaya a realizarse la revisión de la sentencia, aunque el órgano judicial que deba resolver el incidente considere evidente que la nueva regulación no le es más favorable. La audiencia al reo deberá realizarse con asistencia de letrado con el fin de que pueda ilustrar al interesado sobre las ventajas que proporciona una u otra solución, y aunque su opinión no es vinculante, si resulta especialmente relevante cuando legalmente no puede definirse con claridad qué legislación es más favorable.

Respecto a la competencia para el conocimiento del incidente de revisión, el párrafo primero del apartado primero de la disposición transitoria segunda establece: 1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, podrá asignar la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales. De no ser así, la revisión corresponderá al Juez o Tribunal que dictó la sentencia en la primera instancia, al margen de que la misma haya sido revocada o casada por la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo.

En cuanto al régimen de recursos que cabe interponer frente a las resoluciones que resuelvan el incidente de revisión, y puesto que tampoco las disposiciones transitorias abordan esta cuestión, deberá seguirse el criterio recogido en la Circular 1/1996, considerando que los autos de revisión deben gozar del mismo régimen de recursos que la sentencia revisada, limitándose la impugnación a la corrección o no de los aspectos revisados.

3.4 Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad

3.4.1 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

En lo que concierne a la suspensión de la ejecución, las reglas generales sobre derecho transitorio se contienen, principalmente, en la Circular 1/2004, de 22 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, cuyo apartado II.8 trató del entonces «nuevo régimen de la suspensión de condena para los toxicómanos» que supuso la instauración de un nuevo régimen más beneficioso que el anterior.

Los criterios sobre derecho transitorio son los que siguen:

1) Para las causas aún no enjuiciadas en las que eventualmente pueda plantearse, cabrá aplicar la nueva legislación aunque desde el punto de vista de la pena a imponer no sea más beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

2) Si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución (Circulares 1/1996 y 1/2004).

3) Las sentencias firmes, cuando hubiese sido impuesta pena que impidiera la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión.

Debe partirse de que la suspensión es una facultad discrecional del Juez que requiere una resolución que motive que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», previa valoración de los elementos que fija el nuevo artículo 80 del Código Penal. Conforme a la doctrina del TC (STC n.º 202/2004, de 15 de noviembre de 2004) las exigencias de motivación suficiente y adecuada ponderación de las circunstancias individuales del penado son requisitos necesarios «dado que esta institución afecta al valor libertad personal en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE». La privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre otras muchas, SSTEDH de 12 de diciembre de 1991, Toht contra Austria; de 23 de septiembre de 2004, Kotsaridis contra Grecia).

En los casos en los que se plantee la revisión, será necesaria la audiencia de las partes no sólo por exigencia de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, sino también por la exigencia que deriva de la prohibición constitucional de indefensión que afecta directamente al derecho a la libertad (*vid.* STC n.º 248/2004 de 20 de diciembre).

Debe concretarse inicialmente en qué aspectos puede considerarse que el beneficio resulta ampliado. Tales son: 1) En el momento de la concesión, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros (nuevo artículo 80.2.1.º). 2) En el momento de la revocación, no basta con que el sujeto cometa un nuevo delito (como en la redacción del anterior artículo 84 n.º 1), sino que la infracción cometida durante el período de suspensión tiene que poner de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida (nuevo artículo 86.1.a). 3) Respecto al concepto de «abandono del tratamiento», en el caso de suspensión otorgada por dependencia a sustancias, no se entienden por tal «las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabitación» (art. 80.5.3 *in fine*).

En estos casos, si la nueva legislación es más beneficiosa en cuanto a la posibilidad de concesión del beneficio o en cuanto a la no revocación del mismo, procederá abrir el incidente de ejecución.

3.4.2 EXPULSIÓN SUSTITUTIVA

El artículo 89 CP en su redacción anterior a la reforma preveía la sustitución de la las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión para extranjeros no residentes legalmente en España.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 se modifica el artículo 89 CP, limitando la expulsión sustitutiva a las penas de prisión de más de un año y suprimiendo el presupuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España. Es por ello que surge la necesidad de valorar si procede revisar las sentencias en que se haya

acordado la expulsión en sustitución de penas privativas de libertad distintas de la de prisión, o de penas de prisión que no alcancen el límite de un año, o de las penas de prisión superiores a cinco años.

En todos estos casos, siempre que la expulsión todavía no se hubiera materializado, deberá abrirse el proceso de revisión, siendo especialmente relevante la opinión que en el trámite de audiencia manifieste el penado. No obstante, son criterios a tener en cuenta los siguientes:

a) En los supuestos en los que se hubiere acordado la expulsión en sustitución de penas de prisión de más de un año y hasta de cinco, habrá de entenderse que no procede la revisión, al tratarse de una consecuencia que podía haberse acordado tanto con la antigua como con la nueva legislación.

b) Si se hubiera acordado la expulsión en sustitución de penas de prisión de más de cinco años, habrá de entenderse que no procede la aplicación retroactiva del nuevo texto del artículo 89 CP (que no permite la sustitución total de penas de prisión de más de cinco años), por ser más favorable la legislación derogada. En efecto, la aplicación de la nueva legislación implicaría la necesidad de comenzar con la ejecución de la pena de prisión sin perjuicio de la sustitución de una parte de la pena por la expulsión.

c) En los supuestos en los que se hubiera acordado la expulsión en sustitución de penas de prisión de menos de un año o de penas privativas de libertad distintas de las de prisión la cuestión reviste mayor complejidad, debiendo tenerse especialmente en cuenta el resultado de la audiencia al reo.

El cumplimiento de la pena de prisión mediante su efectiva ejecución, en cuanto pena privativa de libertad, es en principio más grave que la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional. Sin embargo, dejar sin efecto la expulsión acordada para penados a penas inferiores a un año, no implica que en todo caso deba procederse al cumplimiento efectivo de la pena de prisión, pues, si concurren los requisitos establecidos en los artículos 80 y siguientes, la pena inicialmente sustituida por la expulsión podrá ser objeto de suspensión.

Por ello, si ponderadas las circunstancias concurrentes se estimara que no procede la suspensión de la pena, supuesto por ejemplo del penado que no es delincuente primario (art. 80.2.1.ª), los Srs. Fiscales, como regla general, y sin perjuicio de valorar el resultado de la audiencia, habrán de informar en contra de la revisión de la sentencia, debiendo mantenerse la ejecución de la expulsión acordada. En caso contrario, la valoración de la norma más favorable exigirá que se haga una previsión de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas a las que, conforme a los artículos 83 y 84, debe quedar condicionada la suspensión de la pena para que, con estos datos, el penado pueda considerar si entiende más favorable la sustitución acordada o el régimen de suspensión de la pena de prisión impuesta.

d) Si se tratara de una pena privativa de libertad de otra naturaleza, en principio los Sres. Fiscales optarán por la ejecución en territorio español de la pena impuesta salvo que el penado solicite que se mantenga el pronunciamiento sobre la expulsión.

e) Podrá también debatirse la procedencia de la revisión cuando se trate de condenas a penas de prisión de entre uno y cinco años impuestas a extranjeros residentes legalmente en España, cuando éstos lo soliciten por considerar más beneficiosa la expulsión sustitutiva que la permanencia en España y el sometimiento a la pena impuesta, toda vez que con el nuevo régimen cabe tal posibilidad, inviable antes de la reforma operada por LO 1/2015.

Ha de tenerse presente, no obstante, el principio general de que han de aplicarse las normas completas de una u otra legislación, por lo que deberá previamente evaluarse la pena principal que, conforme a la nueva normativa, correspondería imponer

al delito que motivó la expulsión sustitutiva. Con carácter previo, habrá de analizarse, lógicamente, si procede o no la revisión de la pena impuesta como principal y su impacto sobre la posibilidad de acordar la expulsión sustitutiva.

4. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DEL LIBRO III DEL CÓDIGO PENAL

La mayor parte de las conductas tipificadas como faltas en el derogado Libro III del Código Penal mantienen su relevancia penal, pasando con la reforma operada por LO 1/2015 a ser consideradas delitos leves y a regularse dentro del articulado del Libro II junto con los delitos graves y menos graves, de los que se diferencian por su menor entidad cuantitativa o cualitativa, y consiguientemente, por la pena imponible.

El traslado del contenido de las anteriores faltas a los nuevos delitos leves plantea cuestiones que es necesario tener en cuenta, tanto respecto al régimen de perseguibilidad de los delitos leves, como respecto al cambio de penalidad de estas infracciones o al régimen de revisión de las condenas por faltas o por delitos configurados sobre la existencia de conductas constitutivas de faltas.

4.1 Modificación del régimen de perseguibilidad de algunas conductas

Parte de los delitos leves se configuran como delitos semipúblicos, en tanto su persecución requiere la denuncia previa de la persona agraviada, de su representante legal o, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 LECrim, del Ministerio Fiscal, si la persona agraviada fuera menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

Varias de las faltas que ahora tienen la consideración de delitos leves ya exigían denuncia previa para su persecución: es el caso de las amenazas o de las coacciones actualmente reguladas en los artículos 171.7,1 y 172.3,1 CP y, antes de la reforma, en el artículo 620 CP.

Sin embargo, las antiguas faltas de lesiones y de maltrato previstas en el artículo 617 CP, eran infracciones públicas, en tanto que los delitos leves que contemplan ahora dichas conductas, artículos 147.2 y 3 CP introducen como requisito de perseguibilidad la denuncia previa.

La incidencia de este requisito en procesos iniciados antes de su vigencia ha sido prevista en la disposición transitoria cuarta, que por su especial trascendencia es objeto de tratamiento independiente. Nos limitamos a recordar aquí que la ausencia de este requisito de perseguibilidad por hechos que han dado lugar a una sentencia condenatoria, no permite abrir un proceso de revisión de la sentencia. En efecto, tal y como establece la Circular 2/1996, de 22 de mayo, a partir de la vigencia de la reforma y aunque el hecho se hubiese cometido antes de su entrada en vigor, se exigirá la correspondiente denuncia del perjudicado en los casos legalmente previstos. Sin embargo, la exigencia del mismo no tendrá incidencia alguna en los hechos ya sentenciados, en la medida en que el proceso se inició y concluyó con arreglo a las disposiciones procesales vigentes durante su sustanciación.

Los efectos para las causas en tramitación de la mutación de faltas perseguibles de oficio en delitos semipúblicos se analizarán in extenso en la Circular dedicada a los nuevos delitos leves.

4.2 Cambio de penalidad

4.2.1 CAMBIO DE PENAS ALTERNATIVAS A PENAS ÚNICAS

El criterio de punición con penas alternativas que en gran medida regía el castigo de las conductas tipificadas como faltas no ha sido trasladado a los equivalentes delitos leves, en los que el legislador ha optado mayoritariamente por establecer una pena única de multa.

Son muchas las conductas que en su anterior regulación como falta eran castigadas con la pena alternativa de localización permanente o multa, y que, como delito leve, sólo se sancionan con pena de multa. Ello ocurre en los siguientes supuestos:

- Falta de lesiones o maltrato: artículo 617 derogado, nuevo artículo 147. 2 y 3.
- Falta de hurto: artículo 623.1 derogado, nuevo artículo 234.2.
- Falta de sustracción de cosa propia: artículo 623.2 derogado, nuevo artículo 236.2.
- Falta de estafa: artículo 623.4 derogado, nuevo artículo 249 párrafo segundo.
- Falta de apropiación indebida: artículo 623.4 derogado, nuevo artículo 253.2.
- Falta de defraudación de electricidad: art. 623.4 derogado, nuevo artículo 255.2.
- Falta de daños: artículo 625 derogado, nuevo artículo 263.1 párrafo segundo.
- Falta de expendición de moneda falsa: artículo 629 derogado, nuevo art. 386.3.
- Falta de expendición de sellos o efectos timbrados falsos: art. 629 derogado, nuevo artículo 389 párrafo segundo.
- Falta de permanencia incontestada en domicilio social: artículo 635 derogado, nuevo artículo 203.2.
- Falta de uso público de uniforme: artículo 637 inciso primero, derogado, nuevo artículo 402 bis.

A la hora de valorar la ley más favorable, si el juzgador hubiera optado por imponer en la sentencia pena de multa, no procederá su revisión pues esta pena podría también ser impuesta en la nueva consideración de la conducta como delito leve. En cambio, si se hubiera impuesto pena de localización permanente, deberá abrirse el proceso de revisión, partiendo de que, en principio, esta pena, al ser pena privativa de libertad, es más gravosa que la pena de multa. No obstante, el penado podría considerar lo contrario, por lo que, como en otros supuestos, será indispensable el resultado del preceptivo trámite de audiencia.

4.2.2 NUEVA PENALIDAD ALTERNATIVA

La conducta contemplada en la derogada falta del artículo 620.2 *in fine*, de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas contra las personas referidas en el artículo 173.2, castigada con la pena alternativa de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad, aparece ahora recogida en los nuevos artículos 171.7, segundo párrafo, 172.3, segundo párrafo, y 173.4, que mantienen las mencionadas penas alternativas pero incluyendo además, también como pena alternativa, la pena de multa. Ante la posibilidad de imponer esta nueva pena, la sentencia deberá ser objeto de revisión, a cuyo efecto deben hacerse dos importantes precisiones. La primera, de carácter general común para todos los casos de inclusión de una nueva penalidad alternativa, en que deberá hacerse una valoración sobre la procedencia de su imposición evitando automatismos, pues la posibilidad de imponer pena de multa no implica que necesariamente haya de optarse por la misma. La segunda, específica para esta conducta, pues la aplicación de la pena de multa está limitada por la condición exigida en el artículo 84.2 según el cual sólo podrá optarse por la imposición de la pena

de multa en los casos en que «conste acreditado que entre ellos –autor del hecho y ofendido– no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común».

4.3 Condenas no revisables por faltas

No procederá la revisión de las condenas por las siguientes faltas, en tanto tienen ahora la consideración de delitos leves y establecen una penalidad igual o superior a la prevista antes de la reforma operada por LO 1/2015:

- Falta de amenazas: artículo 620 derogado, nuevo artículo 171.7, primer inciso.
- Falta de coacciones: artículo 620 derogado, nuevo artículo 172.3, primer inciso.
- Falta de alteración de lindes: artículo 624.1 derogado, nuevo artículo 246.2.
- Falta de distracción de aguas: artículo 624.2 derogado, nuevo artículo 247.2.
- Falta de abandono de animales: artículo 631.2 derogado, nuevo artículo 337 bis.
- Falta de respeto a la autoridad: artículo 634 derogado, nuevo artículo 556.2.

4.4 Las condenas por las faltas de robo o hurto de uso de vehículos de motor o ciclomotor ajenos

El derogado artículo 623.3 CP castigaba con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, a los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.

A diferencia del criterio mantenido respecto de los otros delitos contra el patrimonio, el legislador de 2015 no ha establecido expresamente en el delito de robo o hurto de uso (art. 244.1) el límite delimitador de 400 euros para distinguir las conductas menos graves de las leves. Así las cosas, cuando la sustracción se realice con fuerza, con independencia del valor del vehículo a motor o del ciclomotor, se prevé una pena alternativa única de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta y uno a noventa días o multa de siete a doce meses, por lo que, atendida esta penalidad, las condenas anteriores por falta de robo de uso no serán en principio revisables, a salvo el supuesto en el que el penado al que se le hubiera impuesto localización permanente, pena privativa de libertad, muestre su preferencia por la nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad o por la de multa, penas ambas no privativas de libertad.

Por el contrario, en los supuestos de hurto de uso, este límite de 400 euros existe por referencia al delito de hurto, pues el artículo 244.1 establece que en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. La cuestión estriba en que en la regulación del hurto, el artículo 234.2 establece una pena de multa de uno a tres meses, si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, por lo que con la nueva regulación, la pena máxima para el hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor cuyo valor no exceda de esa cuantía, no podrá llegar al mes de multa, pena en cualquier caso inferior a la prevista en la falta del artículo 623.3, por los que las condenas por estas conductas siempre serán objeto de revisión.

4.5 Las condenas por las faltas contra la propiedad intelectual o industrial

El artículo 623.5 CP castigaba como falta, con pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, a los que realizaran los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2 cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente. Se establecía por tanto la cuantía de 400 euros para distinguir los delitos de las faltas contra la propiedad intelectual o industrial.

Derogadas las faltas, la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual o industrial describe unas conductas de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, a las que señala una pena base de seis meses a dos años de prisión, para a continuación, introducir unos tipos atenuados (arts. 270.4, párrafo segundo, y 274.3, párrafo segundo), atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271 (o del artículo 276).

Se prescinde así en la reforma del límite cuantitativo diferenciador de 400 euros, lo que no obsta para que, en la descripción de estos nuevos tipos atenuados, deban considerarse integradas las conductas antes tipificadas como faltas. Por ello, y dado que para los mismos se prevé la imposición, con carácter facultativo, de una pena alternativa de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, las condenas por las faltas contra la propiedad intelectual e industrial no serán objeto de revisión, a salvo el supuesto en el que habiéndose impuesto pena de localización permanente (privativa de libertad) el penado prefiera la imposición de una pena no privativa de libertad.

4.6 Las condenas por faltas de imprudencia

Los tres primeros apartados del artículo 621 CP castigaban con pena de multa a los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el artículo 147.2, a los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona y a los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, estableciendo en los siguientes apartados la posibilidad de imponer las penas de privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas, dependiendo del modo comisivo.

El Legislador, en el Preámbulo de la LO 1/2015 estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado primero del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal).

Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual.

tual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

De esta manera la nueva graduación de la imprudencia comprende la imprudencia grave, la imprudencia menos grave y la imprudencia leve, quedando ésta última extra muros del derecho penal.

La Circular 10/2011, establece que precisamente en orden a la distinción entre la imprudencia grave y leve, hay que manejar los conceptos básicos delimitadores, como la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes ya recogidos en la Instrucción 3/2006.

La muerte y las lesiones ocasionadas por imprudencia leve tipificadas en el artículo 621.2 y 3 CP han de estimarse despenalizadas y procederá en consecuencia la revisión de todas las sentencias condenatorias que hayan aplicado tales preceptos. En este punto hay que partir de la base de que una vez se ha calificado de leve en un pronunciamiento judicial la imprudencia desencadenante del resultado, dicho pronunciamiento resulta inamovible por el efecto de la cosa juzgada material inherente a la firmeza de la sentencia.

Por lo expuesto y para los supuestos mencionados, en las sentencias condenatorias por estas faltas ya se ha realizado una labor valorativa sobre la intensidad de la infracción del deber de cuidado y por tanto de la omisión de la diligencia debida, valoración que supuso su tipificación como imprudencia leve, hoy despenalizada, por lo que dichas resoluciones deberán ser objeto de revisión, sin perjuicio de que continúe su tramitación a efectos de responsabilidad civil.

Aunque constituyen un caso distinto, es preciso mencionar también la situación en la que quedan las lesiones de menor entidad causadas por imprudencia grave del artículo 621.1 CP. La LO 1/2015 ha incorporado su supuesto de hecho al artículo 152.1.1.º CP, que castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses a quien por imprudencia grave causa las lesiones del artículo 147.1 CP, que en su actual redacción abarca todas las que requieren tratamiento médico o intervención quirúrgica para su curación, sin distinción alguna entre ellas, lo que incluye las consecuencias lesivas de menor gravedad a las que se refería el derogado artículo 147.2 CP. Huelga decir que tratándose de una modificación legislativa peyorativa queda excluida la revisión de las sentencias.

4.7 Los anteriores delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas

4.7.1 EL DELITO DE HURTO

El nuevo artículo 234, junto al delito menos grave de hurto básico, que castiga con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros, incorpora un delito leve, castigado con pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235.

El artículo 235 describe una serie de subtipos agravados por razón de la naturaleza o cuantía de lo sustraído, por las características del autor, por la utilización de menores de dieciséis años, por la reiteración o por la situación económica en que deja a la víctima, que determinan la imposición de una pena de prisión de uno a tres años.

El anterior artículo 234, párrafo segundo, CP castigaba con la pena de prisión de seis a dieciocho meses al que en el plazo de un año cometiera tres faltas de hurto siempre que el montante acumulado de las infracciones fuera superior a 400 euros.

A los efectos de revisar las sentencias condenatorias por este tipo derogado, se pueden plantear dos situaciones distintas. A saber:

–Si en al menos una de las sustracciones inferiores a 400 euros concurre alguna de las circunstancias cualificadoras previstas en el nuevo artículo 235, no procederá la revisión de la sentencia porque cualquiera que hubiera sido la pena impuesta conforme al derogado artículo 234, párrafo segundo, estaría integrada, o incluso sería inferior, a la prevista en el artículo 235.

–Si no concurre ninguna de las circunstancias cualificadoras del artículo 235, deberá revisarse la sentencia al efecto de valorar, oído el reo, si es más favorable mantener la pena de prisión impuesta por un solo delito del derogado artículo 234, párrafo 2.º, o sustituirla por la imposición de tantas penas de multa como delitos leves (antes faltas) hubieran integrado el delito objeto de la condena. Aunque en principio resulta más gravosa una pena privativa de libertad que varias penas de multa, la manifestación que a tal efecto realice el penado resulta en estos casos especialmente relevante.

No obstante, si de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria se desprende la concurrencia de los requisitos de la continuidad delictiva, y que por tanto las tres o más sustracciones que configuraron el delito del artículo 234 párrafo 2.º, también integran un delito continuado, en tanto que la pena impuesta podría igualmente imponerse en la nueva regulación con la calificación de delito continuado, no procederá revisar la sentencia.

4.7.2 EL DELITO DE ROBO O HURTO DE USO DE VEHÍCULO DE MOTOR AJENO

El derogado artículo 244.1 castigaba como hurto de uso al que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo de motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, previendo una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. En un segundo inciso de este artículo, se castigaba con la misma pena al que en el plazo de un año cometiera cuatro faltas de robo o hurto de uso siempre que el montante acumulado de las infracciones fuera superior a 400 euros. El artículo 244.2, no modificado en la reforma, establece que si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas la pena se aplicará en su mitad superior.

El nuevo artículo 244.1 castiga la misma conducta en idénticos términos, con la salvedad de que ha suprimido de su dicción la referencia a los 400 euros, si bien, dado que en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo, y que el delito de hurto en cuantía inferior a 400 euros, tiene asignada una pena de multa de uno a tres meses, el hurto de uso en cuantía inferior a 400 euros, solo podrá castigarse con pena inferior a un mes de multa.

Lógicamente, y en consonancia con la supresión de las faltas, se ha dejado sin efecto el párrafo segundo del apartado primero del artículo 244, por lo que, al igual que con la figura del hurto construido por suma de faltas, debemos plantearnos si la condena por este tipo penal derogado debe dar lugar a la revisión de la sentencia, dándose como en aquél, dos situaciones distintas:

–Si al menos una de las sustracciones constitutivas de falta que integraban el artículo 244.1 párrafo segundo se hubiera realizado con fuerza, no procederá la revisión de la sentencia porque cualquiera que hubiera sido la pena impuesta conforme al derogado tipo penal, estaría integrada, o incluso sería inferior, a la prevista en el artículo 244.2.

–Si ninguna de las sustracciones hubiera sido realizada con fuerza, siempre deberá abrirse el procedimiento de revisión de la sentencia. En el caso en que en ella se hubiera impuesto la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, deberá valorarse, oído el reo, si es más favorable mantener esta pena impuesta por el delito del derogado artículo 244.1, párrafo 2.º, o sustituirla por la imposición de tantas penas de multa inferiores a un mes, como sustracciones hubieran integrado el delito objeto de la condena. Si se hubiera impuesto una pena de multa, solo deberá revisarse la sentencia si por su extensión, no pudiera imponerse ahora la misma pena por la suma de las multas de cada una de las infracciones.

En cuanto a la consideración de que todas las conductas integradas en el precepto derogado pudieran constituir un único delito continuado, damos por reproducidas las conclusiones expuestas para el delito de hurto.

4.7.3 EL DELITO DE LESIONES

La anterior regulación del delito de lesiones, junto con el tipo básico del artículo 147.1 castigado con la pena de seis meses a tres años, establecía en un segundo párrafo la misma penalidad para el que en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código. Para ambos supuestos, si el hecho se consideraba de menor gravedad, se disponía en el artículo 147.2 una penalidad alternativa de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

Tras la reforma 1/2015, el tipo básico de lesiones previsto en el artículo 147.1 se castiga con pena alternativa de tres meses a tres años de prisión o multa de seis a doce meses, el delito leve de lesiones se castiga con pena de multa de uno a tres meses y el delito leve de maltrato se castiga con pena de multa de uno a dos meses, habiéndose suprimido el tipo de lesiones construido por la comisión de cuatro faltas.

Nuevamente la condena por el derogado artículo 147.1, párrafo 2.º, puede dar lugar a distintas supuestas a la hora de valorar la ley más favorable:

–Si la pena impuesta hubiera sido de multa, por aplicación del artículo 147.2, habrá que comprobar si la extensión de la misma podría imponerse igualmente por la suma de las multas correspondientes a cada uno de los cuatro delitos leves de lesiones, por lo que, solo procederá la revisión de la sentencia, si la pena inicialmente impuesta excediera de esta suma.

–Si la pena impuesta hubiera sido de prisión, en principio deberá revisarse la sentencia, dado que una pena privativa de libertad es más gravosa, si bien será relevante la manifestación que a tal efecto realice el penado, que puede verse condicionada por otros factores, como puede ser su consideración como reo habitual (art. 94) en relación al régimen de suspensión de la ejecución de la pena.

4.7.4 DELITO DE RECEPCIÓN HABITUAL DE FALTAS CONTRA LA PROPIEDAD

El delito previsto en el anterior artículo 299 CP de receptación habitual de faltas contra la propiedad, castigado con pena de prisión de seis meses a un año, en conso-

nancia con la supresión de éstas, ha sido también derogado, regulándose ahora todas las conductas de receptación en el artículo 298 CP.

Las anteriores faltas contra el patrimonio merecen con la nueva regulación la consideración de delitos leves, castigados con pena de multa de uno a tres meses. Por su parte, el artículo 298.3 CP establece que en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de 12 a 24 meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

Conforme a esta premisa, las condenas por el derogado artículo 299 deberán ser siempre objeto de revisión, sustituyendo la pena de prisión impuesta, por la pena de multa del delito leve encubierto en su mitad inferior, esto es, con pena de multa de uno a dos meses.

4.7.5 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el delito de prevaricación judicial previsto en el artículo 446 y en el delito de acusación y denuncia falsas previsto en el artículo 456 se establece un sistema de graduación de penas dependiendo de la gravedad del hecho al que vienen referidas, quedando la pena menor reservada para los supuestos en que la prevaricación consiste en dictar una sentencia injusta en juicio de faltas o para cuando la acusación o denuncia falsa lo es de una conducta constitutiva de falta. Con la supresión de las conductas tipificadas como faltas, la mención que ambos artículos hacían a las mismas, ha sido sustituida por la de delitos leves, manteniendo la misma penalidad.

Para las conductas antes constitutivas de faltas y que ahora tienen la consideración de delitos leves, en tanto se mantiene la misma pena, no procederá la revisión de la sentencia y por la misma razón, tampoco afectará a los supuestos de prevaricación o de acusación o denuncias falsas que todavía no han sido enjuiciados.

La cuestión se plantea en relación a las conductas totalmente despenalizadas, como son las faltas contempladas en los derogados artículos 618.1 y 2, 619, 622, 626, 630, 631.1, 632.1, 633, 636 y 637, inciso segundo, CP. La respuesta no puede ser la misma para estos dos delitos.

En el caso del delito de prevaricación, el hecho de que la falta por la que el juez ha condenado quede despenalizada, no implica que su conducta no pueda ser enjuiciada o que la sentencia condenatoria por prevaricación deba revisarse.

En efecto, todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos de este delito permanecen intactos en tanto que la resolución manifiestamente injusta ya ha sido dictada.

Distinto es el supuesto del delito de denuncia falsa, pues el elemento normativo de que la imputación sea de un delito leve forma parte del tipo, no existiendo por tanto el delito si la imputación ha sido realizada sobre un hecho atípico. En estos casos los Srs. Fiscales deberán abstenerse de formular acusación o en su caso, deberán retirar la misma si el hecho no ha sido enjuiciado, procediendo a solicitar la revocación de la sentencia condenatoria no firme y el archivo de la ejecutoria cuando sí lo sea.

4.8 Conductas despenalizadas

Deberán ser objeto de revisión todas las condenas por faltas que han sido despenalizadas, como son las contempladas en los derogados artículos 618.1 y 2, 619,

622, 626, 630, 631.1, 632.1, 633, 634, cuando el sujeto pasivo es agente de la autoridad, 636 y 637, inciso segundo, CP.

En todos estos supuestos deberá dejarse sin efecto la condena impuesta, o el resto de la condena que quede por cumplir, y acordar el archivo de la causa, sin perjuicio de ejecutar, si lo hubiera, el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil.

5. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN

5.1 Condenas no revisables por delitos

En tanto la pena prevista en la nueva regulación es igual o superior que la contemplada en la anterior, en ningún caso serán objeto de revisión las condenas por los delitos de homicidio doloso (art. 138), asesinato (art. 139 y 140), detención ilegal (arts. 166 y 167), violencia habitual (art. 173.2), trata de seres humanos (art. 177 bis), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197), injurias (arts. 209 y 210), tipo básico de hurto (art. 234, párrafo primero), hurto cualificado (art. 235), sustracción de cosa propia (art. 236), robo con fuerza (art. 240 y 241), robo con violencia (art. 242), alteración de lindes (art. 246), distracción de aguas (art. 247), estafa (arts. 249 y 250), apropiación indebida (anterior artículo 252, nuevo artículo 253), defraudación de energía eléctrica, etc. (art. 255), uso no consentido de terminal de telecomunicación (art. 256), tipos de insolvencia punible (arts. 257 a 261 bis), tipo básico de daños (art. 263), tipo básico de daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270, 271, 274 y 276), receptación (art. 298), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (anterior art. 325, nuevo art. 325.2; anterior art. 326, nuevo art. 327; anterior art. 328, nuevos arts. 326 y 326 bis), delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 332, 334, 335 y 337) delitos de riesgo catastrófico (arts. 345 y 346), incendios forestales (art. 353), delitos contra la salud pública (art. 361; anterior art. 361 bis, nuevo art. 362 quinquies; anterior 362, nuevo art. 362 y 362 bis), falsedad de moneda y efectos timbrados (arts. 386, 387 y 389.2 y 400), intrusismo (art. 403), prevaricación administrativa (arts. 404 y 405), violación de secretos (art. 418), cohecho (arts. 419, 420, 423, 424, 427), tráfico de influencias (arts. 428 a 430), fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 y 438), negociaciones prohibidas (arts. 439 a 442), corrupción en transacciones comerciales internacionales (anterior art. 445, nuevo art. 286 ter), prevaricación judicial (art. 446), delitos contra la Corona (art. 485), delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 510 a 512), depósito de armas (arts. 566 y 567), delito de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter), contra el derecho de gentes (art. 605), genocidio (art. 607) y los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis).

5.2 Condenas por delito de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y por el delito de apropiación por error del transmitente

En la regulación en vigor hasta el día 1 de julio de 2015, y dentro de la sección dedicada a los delitos de apropiación indebida, figuraban, junto al tipo básico previsto en el artículo 252, dos tipos específicos que castigaban a los que con ánimo de lucro se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253) y a quien habiendo

recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución (art. 254). Ambos tipos requerían que la cuantía excediera de 400 euros (para diferenciarlos de la correlativa falta del art. 623.4), siendo castigados con pena de multa de tres a seis meses. Además el artículo 253 preveía un subtipo agravado castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

La LO 1/2015 simplifica el tratamiento de los delitos de apropiación indebida, pues además del tipo básico ahora regulado en el artículo 253.1 (con el correlativo delito leve para cuantías no superiores a 400 euros), solo se contempla un nuevo artículo 254, cuyo apartado primero establece: quien fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años, introduciendo el apartado segundo como delito leve el supuesto de que la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros.

El nuevo tipo, de carácter residual, exige apropiarse de cosa mueble ajena no habiéndola recibido por título que produzca obligación de entregarla o devolverla. No existe un quebrantamiento de la confianza del dueño de la cosa mueble característico del tipo básico del artículo 253, ni tampoco se sustraen contra de la voluntad del mismo. Deslindados así los elementos del artículo 254, cabe entender que en el mismo se integran las conductas de los anteriores artículos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y de apropiación por error del transmitente, por lo que, a tenor de las penas reseñadas, las condenas por tales tipos atenuados no será objeto de revisión.

6. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE DETERMINADOS DELITOS A LOS EFECTOS DE ABRIR EL PROCESO DE REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS

6.1 Delito de daños en bienes militares

El tipo previsto en el artículo 265, antes y después de la reforma, castiga con pena de prisión de dos a cuatro años al que causare daños en bienes, medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si el daño causado excede de una determinada cuantía.

Con la regulación anterior, y como la LO 15/2003 olvidó sustituir la referencia de pesetas a euros, se mantenía anacrónicamente la mención de 50.000 pesetas, habiéndose interpretado pro reo que el límite debía tener como referencia la cifra de 400 euros.

En su nueva redacción, el artículo 265 exige que el valor de los daños exceda de 1.000 euros, por lo que deberán revisarse las condenas por daños causados en bienes militares cuya cuantía exceda de 400 y no supere los 1.000 euros. Ello no implica que esta conducta haya quedado impune, pues faltando un requisito de este tipo especial, deberá sancionarse conforme al tipo básico de los daños previsto en el artículo 263.1 con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

6.2 Delito de administración desleal

La reforma suprime el artículo 295 CP que, dentro del Capítulo XIII del Título XIII del Libro II dedicado a los delitos societarios, regulaba la administración desleal sancionándola con la pena alternativa de prisión de 6 meses a cuatro años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

En sustitución de este precepto, el nuevo artículo 252, dentro del mismo Título, pero en el Capítulo VI dedicado a las defraudaciones, establece un tipo básico de administración desleal castigado con la pena única de seis meses a tres años de prisión, por remisión a la prevista en el artículo 249, o con la pena conjunta de uno a seis años de prisión y multa, en el caso en que concurrieran las circunstancias del artículo 250. Además, introduce un nuevo tipo, que como delito leve, castiga con pena de multa de uno a tres meses los supuestos en que el perjuicio patrimonial no exceda de 400 euros.

La nueva regulación exige proceder a la revisión de las sentencias dictadas al amparo del derogado artículo 295, pudiendo plantearse distintas situaciones en función de la cuantía del perjuicio patrimonial causado y de la pena impuesta. A saber:

—Cuando en el texto de la sentencia que se revisa figure que el perjuicio patrimonial causado no excede de 400 euros, deberá procederse a la revisión toda vez que conforme al anterior artículo 295 cualquier cuantía defraudada permitía la incardinación de los hechos como delito. En estos casos, si se hubiera impuesto pena de prisión, deberá revisarse la pena para imponer la pena de multa de uno a tres meses establecida en el nuevo artículo 252.2. Si la pena impuesta hubiera sido la de multa proporcional, también procederá la revisión de la sentencia sustituyendo dicha pena de multa proporcional por la multa de uno a tres meses. Ello es así porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.3.k, la multa proporcional (para las personas físicas) es siempre una pena menos grave, mientras que la multa de hasta tres meses (art. 33.4.g) es una pena leve, con lo que se pasaría de una condena por un delito menos grave, a una condena por un delito leve, con las consecuencias más beneficiosas para el penado en orden a la cancelación de antecedentes penales y a la imposibilidad de aplicar la circunstancia agravante de reincidencia.

—Cuando en el texto de la sentencia que se revisa figure que el perjuicio patrimonial causado es superior a 400 euros, y se hubiera impuesto pena de multa, no procederá la revisión de la sentencia en el entendimiento de que ésta es más favorable para el penado que la pena de prisión establecida en el nuevo tipo. Si se hubiera impuesto una pena de prisión no superior a tres años, tampoco procederá la revisión de la sentencia, pues con la nueva regulación dicha pena también podría haber sido impuesta. Ahora bien, si la condena hubiera sido a pena de prisión superior a tres años, deberá comprobarse si concurre alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 250. Si así fuese, la pena de entre tres y cuatro años de prisión también podría imponerse conforme a la nueva regulación y la sentencia no será revisable. Si no concurriera ninguna de estas circunstancias, procederá la revisión de la sentencia al objeto de reducir la pena de prisión impuesta y ajustarla a la nueva penalidad establecida por remisión al artículo 249.

6.3 Delito contra los derechos de los trabajadores

El nuevo artículo 315 CP dispone en su apartado primero que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que,

mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

El apartado segundo establece que si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

Conforme al apartado tercero, quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

En el apartado primero se establece una pena alternativa de prisión o multa que sustituye la anterior pena conjunta de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, por lo que siempre habrá que revisar la sentencia para suprimir una de las dos penas, la de prisión, cuyo límite máximo se reduce de tres a dos años, o la de multa, cuya extensión se mantiene.

A la hora de optar por una u otra posibilidad, los Sres. Fiscales deberán valorar todas las circunstancias tenidas en cuenta en la determinación de la pena tales como la gravedad de los hechos, circunstancias personales de su autor o tiempo de pena que ya haya sido cumplido. Si se opta por el mantenimiento de la pena privativa de libertad, deberá en su caso reducirse a los límites actuales.

Procederá optar por la imposición de la pena de multa en aquellos casos que la menor entidad justifique una respuesta penal menos intensa.

En el apartado segundo, el artículo modificado castigaba con las penas superiores en grado las mismas conductas si se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación, por lo que la pena conjunta resultante era de tres años y un día a cuatro años y seis meses de prisión y multa de doce a dieciocho meses. La actual regulación, solo si tales conductas se llevaren a cabo con coacciones, establece una penalidad, también alternativa, de prisión de un año y nueve meses a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. En el proceso de revisión de estas conductas, será preciso valorar, además de lo señalado, la intensidad de la fuerza, violencia o intimidación ejercida en la conducta penada, a fin de resolver si se mantiene o no la pena de prisión, aunque siempre reduciéndola en su extensión dados los límites de la nueva pena. En cualquier caso debemos entender que el cambio de denominación no implica despenalización de las conductas llevadas a cabo con fuerza, violencia o intimidación, pues no dejan de ser manifestaciones de conductas coactivas.

En el apartado tercero, las dos regulaciones se remiten a las penas, antes conjuntas y ahora alternativas previstas en el artículo 315.2, por lo que igualmente será necesario abrir el proceso de revisión de la sentencia en los términos ya mencionados.

6.4 Delito de inmigración ilegal

El artículo 318 bis ha sido ampliamente revisado en sus penas para ajustarlas, según señala el apartado XXV del Preámbulo de la LO 1/2015 «a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante».

El apartado primero del artículo 318 bis establece que el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere

la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

(...) Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

Conforme al apartado segundo, el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Frente a la pena única de prisión de cuatro a ocho años establecida con la anterior regulación, la inclusión de penas alternativas de multa y la importante reducción de la extensión de la pena de prisión hace imprescindible la revisión de las condenas por estas conductas.

El tercer apartado del nuevo artículo 318 bis establece que los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. 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.

Por ello deberán ser revisadas las penas impuestas por el subtipo cualificado de pertenencia a una organización dedicada a tales actividades, que se reduce de la pena de ocho años y un día a doce años, a la de cuatro a ocho años de prisión.

En todos estos supuestos, en el proceso de revisión deberá tenerse en cuenta la gravedad del hecho, las circunstancias en que el mismo se ha cometido, las características y condiciones de su autor y particularmente el tiempo que el reo lleva privado de libertad por los hechos objeto de la condena dado que no es inimaginable que al tiempo de procederse a la revisión, la pena de prisión pueda estar cumplida conforme a la nueva regulación.

No serán revisables las penas impuestas por estos tipos penales a las personas jurídicas, que se mantienen inalterables.

6.5 Delito de daños sobre el patrimonio histórico

Las penas conjuntas de prisión y multa que establecía el artículo 323 pasan en la nueva regulación a ser penas alternativas manteniendo cada una de ellas la misma extensión. Dispone el artículo 323.1 CP que será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.

La modificación evidencia la clara voluntad del legislador de rebajar la respuesta penal sancionadora, y con ello la necesidad de abrir el proceso de revisión en el cual, tal y se ponía de relieve en la Circular 3/2010, pueden plantearse diversos supuestos que requieren a su vez distintas soluciones: en aquellos casos en que una de las dos penas impuestas conjuntamente haya sido ejecutada en su integridad al momento de la revisión, y la otra se encuentra en ejecución o pendiente de ejecutar habrá de solicitarse que ésta última quede sin efecto, dando por cumplida la pena impuesta por el delito. La misma solución habrá de darse a aquellos supuestos en que una de las penas impuestas hubiere prescrito, por transcurso del plazo legalmente establecido, y la otra estuviere en ejecución o pendiente de ser ejecutada. Cuando ambas penas están pen-

dientes de ejecución deberá revisarse la sentencia optando por una de las dos alternativas y dejando la otra sin efecto.

En estos casos los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que cualquiera que sea la pena por la que se opte, la revisión pasará tan solo por dejar sin efecto una de las penas, manteniendo por tanto la otra pena de prisión o de multa, tal y como se impuso en la sentencia que se revisa, esto es, manteniendo su duración y cuantía. Siguiendo la citada Circular, para los supuestos en que ambas penas se hayan ejecutado parcialmente, la opción, efectuada en trámite de revisión, entre una y otra, deberá acompañarse de la oportuna compensación de la parte que haya sido satisfecha o cumplida de la pena que va a quedar sin efecto.

Para llevar a cabo esta compensación, habrá que acudir a las normas establecidas en el artículo 53.1 de tal modo que cada día de prisión equivaldrá a dos cuotas de multa. Así, si se opta por la pena de multa habrá de computarse como parte del pago los días en que el penado estuvo privado de libertad por esa causa, y si se opta por la pena de prisión se tendrán en cuenta los pagos parciales de la multa ya satisfechos para reducir correlativamente la pena de prisión pendiente de cumplimiento.

6.6 Delito de malversación

La reforma operada por LO 1/2015 simplifica la regulación del delito de malversación, reduciendo las conductas que antes se contenían en tres tipos penales de sustracción de caudales o efectos públicos (art. 432), destino a usos ajenos a la función pública (art. 433) o aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de las administraciones (art. 434), a un único artículo, el artículo 432, que remite a la descripción de los tipos de la administración desleal y de la apropiación indebida.

Conforme al nuevo apartado primero del artículo 432 la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, habrá que ponderar en cada caso concreto, si la regulación actual va a suponer una pena más beneficiosa para el reo puesto que, necesariamente, habrá de elevarse la pena de multa, y cambiar la pena de suspensión por inhabilitación especial con un mínimo, antes no previsto, de un año. En todos estos supuestos, resulta especialmente relevante la manifestación que haga el penado en el preceptivo trámite de audiencia.

En esta nueva configuración del delito de malversación, debemos resaltar la introducción en el artículo 434 de un subtipo privilegiado del siguiente tenor: si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

En aplicación de este precepto, y en tanto que la pena inferior en un grado se establece como imperativa, si en la sentencia impuesta por cualquiera de los delitos de malversación figurara que el penado ha realizado la íntegra devolución de la cantidad malversada y no se hubiera hecho uso de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada reduciendo la pena en grado, deberá a estos efectos, revisarse la condena impuesta.

6.7 Delitos de resistencia o desobediencia grave y atentado

El nuevo artículo 556 CP castiga la resistencia y la desobediencia grave a la autoridad y a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, pero además de extender su ámbito al personal de seguridad privada en determinadas condiciones, modifica las penas a imponer. De una parte, reduce el mínimo de la pena de prisión de seis a tres meses, y de otra, introduce como alternativa a esta pena, la pena de multa. Es un supuesto claro en que deberá abrirse el procedimiento de revisión de la sentencia por aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda 1 de la LO 1/2015, aunque efectuado el mismo, y ponderando todas las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia que se revisa, puede ser mantenida si procede la pena de prisión inicialmente impuesta, pues, como se expuso, en estos casos la revisión no supone necesariamente tener que optar por la nueva pena de multa introducida como alternativa.

La revisión será obligada, al igual que en el delito de atentado, en todos aquellos supuestos en que en la sentencia se hubiera impuesto la pena inferior en grado pues, aún sin tener en cuenta la nueva pena alternativa de multa, esta pena siempre será superior que la que correspondería imponer con la nueva penalidad.

6.8 Delitos contra el orden público

La nueva regulación del Capítulo III del Título XXII del Libro II ha modificado ampliamente la descripción de los delitos de desórdenes públicos, pese a lo cual, la condena por el tipo básico del artículo 557.1 CP debe entenderse comprendida en el actual tipo básico del artículo 557, no procediendo la revisión de la misma al conservar la misma penalidad de seis meses a tres años. Tampoco será objeto de revisión la condena por el subtipo agravado comprendido en el anterior artículo 557.2 CP, pues esta conducta (castigada con la pena superior en grado a la anterior), aunque con una redacción simplificada, aparece ahora integrada dentro de las circunstancias agravatorias contempladas en el artículo 557 bis 3.^a (cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa o con ocasión de alguna de ellas), estando comprendida la pena que hubiera podido imponerse dentro del arco penológico (de 1 a 6 años) de este nuevo artículo.

Distinto es el supuesto comprendido en el anterior artículo 559 CP que castigaba con la pena de dos a seis años, la perturbación grave del orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, tipo que ha sido derogado. Ahora bien, la especialidad de este tipo venía determinada exclusivamente por su elemento intencional que desplazaba la aplicación del delito previsto en el artículo 557. A falta de éste elemento subjetivo intencional perseguido por el sujeto activo, la grave perturbación o alteración del orden público o de la paz pública, subsiste. La conducta sigue siendo antijurídica por más que su tipificación deba reconducirse hacia el nuevo delito básico previsto en el artículo 557 o hacia el cualificado por las circunstancias concurrentes del artículo 557 bis. Por ello, la revisión de la sentencia condenatoria por el derogado delito del artículo 559, deberá efectuarse teniendo en cuenta esta nueva tipificación y las penas previstas en estos preceptos. Solo en el caso de que la pena impuesta no pudiera igualmente ser aplicada conforme a la nueva regulación, deberá procederse a modificar la sentencia.

6.9 Delitos contra la libertad e indemnidad sexual

6.9.1 CORRUPCIÓN DE MENORES

El nuevo artículo 183 bis CP castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años al que con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.

Este precepto vendría a sustituir al anterior artículo 189.4 que castigaba con la pena de prisión de seis meses a un año al que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste.

No obstante, en el nuevo régimen la corrupción de menores no protegería a menores de más de dieciséis años. Por ello, las condenas por delito de corrupción de menores cuando la víctima al tiempo de los hechos tuviera más de dieciséis años deberán ser revisadas.

6.9.2 REPRESIÓN PENAL DEL CLIENTE SOLICITANTE DE RELACIONES SEXUALES CON MENORES DE EDAD

El apartado cuarto del artículo 188 CP tras la reforma castiga con una pena de uno a cuatro años de prisión al que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

En el sistema anterior a la reforma de 2015 se castigaba en el apartado primero del artículo 187 con las penas de uno a cinco años y multa a quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz. Si la víctima es menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

El subtipo agravado de prevalimiento de la condición de autoridad y asimilados era también, antes de la reforma, aplicable al cliente y suponía la aplicación de la pena en su mitad superior e inhabilitación absoluta. Tras la reforma esta agravación específica no es aplicable al cliente, lo que podría generar igualmente la necesidad de revisión.

Las condenas impuestas a clientes de menores de más de dieciséis años, cuando se hubieran impuesto más de cuatro años de prisión, serán revisables.

7. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

El apartado primero de la Disposición Transitoria segunda establece que los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes.

Parece pues que la reforma –como ocurriera con reformas anteriores– residencia en los Jueces y Tribunales la iniciativa para abrir el incidente de revisión. Los Sres. Fiscales despacharán las causas cuando el Juez de lo Penal o las Secciones de las Audiencias Provinciales les den traslado de las mismas para la emisión del preceptivo informe, correspondiendo la decisión al Juez o Tribunal, que la adoptará por medio de auto.

Pero en todo caso, debe partirse de que la revisión puede iniciarse no solo de oficio sino también a instancia del penado o del Ministerio Fiscal.

A estos efectos, no puede perderse de vista que el Fiscal tiene asignada constitucionalmente la función de custodio de la legalidad. Por ello los Sres. Fiscales en ningún caso podrán ampararse en la Disposición Transitoria transcrita para adoptar una postura pasiva o inhibirse de su obligación de promover la necesaria adaptación de las penas al nuevo marco del Código. Por ello, en los casos en los que detecten causas que siendo revisables no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador. Como establecía la Circular 1/1996, habrán de adoptar los señores Fiscales las medidas que en cada caso se estimen oportunas para, en relación con los diferentes órganos jurisdiccionales, proceder a detectar aquellas ejecutorias precisadas de revisión.

8. CONCLUSIONES

1. La presente Circular no modifica las previsiones de las Circulares 1/1996 de 23 de febrero, 2/1996, de 22 de mayo, 1/2000, de 18 de diciembre, 1/2004, de 22 de diciembre, y 3/2010, de 22 de junio, que contienen los principios fundamentales en materia de régimen transitorio.

2.1 El régimen transitorio está presidido por el principio de irretroactividad de las leyes penales en tanto no sean más favorables para el reo.

2.2 A los efectos de determinar la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las resultantes de la reforma operada por la LO 1/2015.

2.3 Como presupuesto de la revisión de la sentencia, será necesario que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena o en vía de su cumplimiento efectivo. Cuando la pena impuesta sea susceptible de imponerse con la nueva regulación, no procederá la revisión de la sentencia, salvo que en esta también se prevea la posibilidad de imponer una pena alternativa.

3. El trámite de audiencia del reo es requisito necesario y deviene esencial en los supuestos en que pueda ser discutible la determinación de la ley más favorable.

3.1 En los hechos pendientes de enjuiciamiento, deberá tenerse en cuenta no solo el tipo básico impuesto al autor del hecho, sino también el grado de ejecución y participación, la concurrencia de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, la existencia de tipos privilegiados, así como las normas referentes a la ejecución, suspensión o sustitución de la pena.

En estos procedimientos operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma.

Si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable, los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente.

3.2 Frente a las sentencias que no han adquirido firmeza, la solicitud de revisión para aplicar retroactivamente la nueva regulación por estimar que resulta más favorable, deberá hacerse a través del recurso de apelación o de casación dependiendo del procedimiento y del Juez o Tribunal que las haya dictado.

3.3 A las resoluciones que resuelvan el incidente de revisión de las sentencias firmes, les es aplicable el mismo régimen de recursos que a la sentencia revisada, limitándose la impugnación a la corrección o no de los aspectos revisados.

3.4.1 El régimen de suspensión de la ejecución de la pena permite aplicarlo a penados no primarios cuyos antecedentes penales, por su naturaleza y circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. La comisión de un nuevo delito durante el período de suspensión no implica automáticamente la revocación de este beneficio salvo que revele que la expectativa en que se fundó su concesión ya no puede ser mantenida. No se entiende que existe abandono del tratamiento de deshabitación si las recaídas no evidencian un abandono definitivo del mismo.

Para las causas aún no enjuiciadas, cabe aplicar la nueva legislación aunque desde el punto de vista de la pena a imponer no sea más beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

Si se revisa una sentencia, la nueva pena lo permite y la anterior no, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución.

Las sentencias firmes, cuando hubiese sido impuesta pena que impedía la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión.

3.4.2 La modificación de los supuestos de sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional exige la revisión de las sentencias en que se haya acordado la expulsión en penas privativas de libertad distintas de la prisión, en penas de prisión inferiores a un año, y en penas de prisión que excedan del límite de cinco años establecido en el artículo 89.

4. La derogación del Libro III del Código Penal, no implica que hayan perdido relevancia penal todas las conductas anteriormente tipificadas como faltas.

4.1 Las sentencias firmes condenatorias por faltas perseguibles de oficio no serán objeto de revisión aunque falte el requisito de perseguibilidad exigido en su nueva configuración como delito leve.

4.2.1 Las condenas a pena de localización permanente por conductas constitutivas de falta que tras la reforma pasan a ser delitos leves para los que solo está prevista la pena de multa, exigirán abrir el proceso de revisión de la sentencia.

4.2.2 Procede la revisión de las condenas por injurias del derogado artículo 620.2 *in fine*.

4.3 No serán objeto de revisión las conductas penadas como falta que en su configuración como delitos leves tengan señalada una pena igual o superior.

4.4 Atendida la nueva regulación del artículo 244, no serán objeto de revisión las condenas por falta de robo de uso de vehículos de motor ajenos, pero sí las condenas por falta de hurto de uso de vehículos de motor ajeno.

4.5 Las condenas por faltas contra la propiedad intelectual e industrial no serán objeto de revisión, a salvo el supuesto en el que habiéndose impuesto pena de localización permanente (privativa de libertad) el penado prefiera la imposición de una pena no privativa de libertad.

4.6 De todas las conductas recogidas en el derogado artículo 621, serán revisables las condenas por las faltas de imprudencia leve con resultado muerte o lesiones en tanto éstas conductas han quedado despenalizadas.

4.7 Los delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas han sido derogados.

4.7.1 No procederá revisar la sentencia condenatoria dictada al amparo del derogado delito de hurto del artículo 234, párrafo segundo, si en alguna de las conductas que lo integraban concurriera alguna de las circunstancias establecidas en el nuevo artículo 235 o si los hechos declarados probados en la sentencia permiten la calificación por delito continuado de hurto. En caso contrario deberá abrirse el procedimiento de revisión de la sentencia siendo especialmente relevante la manifestación que a tal efecto realice el penado.

4.7.2 No procederá revisar la sentencia condenatoria conforme al derogado delito de robo o hurto de uso del artículo 244.1, inciso segundo, si alguna de las conductas que lo integraban hubieran sido realizadas con fuerza. Si todas ellas tuvieran la consideración independiente de hurto de uso, deberá abrirse el proceso de revisión valorando no solo la naturaleza de la pena impuesta sino también, para el caso en que se tratara de pena de multa, la extensión de la misma.

4.7.3 Si la pena impuesta por el derogado artículo 147.1, párrafo 2.º, hubiera sido de multa, solo procederá la revisión de la sentencia si por su extensión excediera de la resultante de sumar las varias penas de multa correspondientes a cada uno de las conductas tipificadas como delitos leves. Procederá en todo caso la revisión de la sentencia si la pena impuesta hubiera sido la de prisión.

4.7.4 Las condenas por el derogado artículo 299 CP (receptación habitual de faltas) deberán ser siempre objeto de revisión sustituyéndose la pena de prisión impuesta por la de multa.

4.7.5 No serán revisables las condenas por delito de prevaricación consistente en dictar sentencia injusta contra el reo en proceso por falta (art. 446.2.º), aunque se refiera a faltas que hayan sido despenalizadas. En los supuestos de delito de denuncia falsa (art. 456) si la imputación lo fue a una conducta constitutiva de falta que ha quedado despenalizada, falta un elemento del delito y debe entenderse que tal imputación es ahora imputación al recaer sobre un hecho atípico.

4.8 Deberán ser objeto de revisión todas las condenas por faltas cuyas conductas, antes previstas en los artículos 618.1 y 2, 619, 622, 630, 631.1, 633, 634 –cuando el sujeto pasivo sea agente de la autoridad–, 636 y 637 inciso segundo, al haber sido despenalizadas.

5.1 En tanto la pena prevista en la nueva regulación es igual o superior a la contemplada en la anterior, no serán objeto de revisión la mayor parte de las sentencias condenatorias por delito.

5.2 No procederá la revisión de las sentencias dictadas al amparo de los artículos 253 y 254 pues estas conductas están integradas en el contenido del nuevo artículo 254.1 CP.

6.1 Los daños en bienes militares en cuantía inferior 1.000 euros quedan excluidos del tipo del artículo 265, sancionándose tras la reforma conforme al tipo básico de daños del artículo 263.1.

6.2 Las condenas por el delito de administración desleal del derogado artículo 295, serán objeto o no de revisión de la sentencia en función de la cuantía del perjuicio y de la pena impuesta.

6.3 Las condenas por el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el artículo 315 serán siempre objeto de revisión pues de la penalidad conjunta de prisión y multa se ha pasado a la pena alternativa de prisión o multa.

6.4 Las condenas por el delito de inmigración ilegal previsto en el artículo 318 bis, deberán ser revisadas al pasarse de una pena única de prisión, a una pena alternativa de prisión o multa, y además reducirse la extensión de la pena de prisión.

6.5 Las condenas por el delito de daños sobre el patrimonio histórico previsto en el artículo 323 CP, también deberán ser revisadas al pasarse de una pena única de prisión, a una pena alternativa de prisión o multa.

6.6 En relación a las condenas por delito de malversación de los artículos 432, 433 y 434, solo será objeto de revisión la condena por la conducta prevista en el artículo 432.3. No obstante, en cualquiera de las sentencias condenatorias, deberá siempre tenerse en cuenta el nuevo tipo privilegiado del artículo 434.

6.7 Deberá abrirse en todo caso el proceso de revisión de sentencias por las condenas impuestas por delitos de resistencia o desobediencia grave.

6.8 La conducta contenida en el anterior artículo 559 deberá entenderse integrada tras la reforma en los tipos de desórdenes públicos de los nuevos artículos 557 o 557 bis y en relación con la penalidad en ellos establecida habrá de ser realizada la labor de determinación de la ley más favorable.

6.9 Las condenas por delito de corrupción de menores cuando la víctima al tiempo de los hechos tuviera más de dieciséis años deberán ser revisadas.

Las condenas impuestas a clientes de menores de más de dieciséis años (art. 187.1 CP), cuando se hubieran impuesto más de cuatro años de prisión, serán revisables.

7. Los Sres. Fiscales en los casos en los que detecten causas en que procediendo la revisión de la sentencia no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación del régimen transitorio derivado de la reforma operada por LO 1/2015, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 4/2015, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NUEVA REGLA PENOLÓGICA PREVISTA PARA EL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS

SUMARIO: 1. Antecedentes.-2. Concepto de concurso medial.-3. Casuística.-4. El nuevo sistema de determinación de la pena en los concursos mediales.-5. Filosofía de la reforma.-6. Interpretación de la nueva regla de determinación de la pena en el concurso medial.-7. Operaciones para concretar la pena en el concurso medial.-8. La necesidad de motivar la pena interesada.-9. Cuestiones de Derecho Transitorio.-10. Cláusula de vigencia.-11. Conclusiones

1. ANTECEDENTES

La equiparación del concurso medial al concurso ideal procede de la Escuela Clásica italiana, para la que el propósito perseguido por el autor del delito era la clave para delimitar la unidad o pluralidad de delitos, de forma que, concurriendo unidad de fin y pluralidad de derechos lesionados, el delito medio pasaba a valorarse como agravante.

El concepto del concurso de infracciones –si bien tiene elementos comunes– no tiene tratamiento unitario en el derecho comparado y, concretamente, la categoría de concurso medial no aparece en los Códigos Penales alemán (*Strafgesetzbuch*, § 52 a § 55), italiano (*del concorso di reati, articoli 71 y ss*), en el portugués (*concurso de crimes e crime continuado y punição do concurso de crimes e do crime continuado, artigos 30, 77 y 78*), ni en el francés (*des peines applicables en cas de concours d'infractions*, articles 132-2 a 132-7).

En el ámbito de los países iberoamericanos es relativamente frecuente encontrar el concurso medial en sus códigos, pero también hay países que prescinden de esta construcción (así, por ejemplo, México o Brasil).

Nuestros Códigos Penales (salvo en el CP de 1822, en el que no se regulaba expresamente la cuestión) siempre partieron de la asimilación de los concursos ideal y medial a efectos de su tratamiento punitivo y de la determinación de la pena. Igualmente siempre se siguió (con distintas variantes) la regla de aplicar la pena del delito más grave en su grado máximo, aplicando el sistema de absorción con agravación, con el límite derivado de penar separadamente ambos delitos. Este esquema general se repite en el artículo 77 del Código Penal de 1848, artículo 77 del Código Penal de 1850, artículo 90 del Código Penal de 1870 (en su redacción dada por Ley de 3 de enero de 1908), artículo 75 del Código Penal de 1932, artículo 71 del Código Penal de 1944 y artículo 71 del texto refundido de 1973. El artículo 164 del Código Penal de 1928 siguió, como en otros aspectos, un régimen singular.

El tratamiento penológico unitario con el concurso ideal se fundamenta en la ficción de que existe una unidad de acción basada en la unidad de pensamiento y voluntad (SSTS n.º 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril, y 590/2004, 6 de mayo).

Es cierto, no obstante, que la Jurisprudencia expresó, en ocasiones, reservas acerca del acierto del tratamiento legal y punitivo de esta clase de situaciones concursales, como también lo hizo un sector de la doctrina científica, partiendo de su mayor semejanza con el concurso real que con el ideal. La STS de 15 de marzo de 1988 consideró que «propriadamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal.» En este sentido, el TS ha considerado alguna vez el concurso medial como una «rara figura en nuestras leyes», pero de aplicación inexcusable, incluso de oficio (SSTS n.º 2/1998, de 29 de julio, y 1837/2001, de 19 de octubre).

En el CP de 1995, antes de la reforma de 2015 el concurso medial tenía igualmente un tratamiento penológico equiparado al concurso ideal, estableciendo el artículo 77.2 CP que en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En el apartado tercero se disponía que cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

El sistema incorporado al artículo 77 CP anterior a la reforma seguía también el de absorción con agravación, es decir, se imponía sólo la pena del delito más grave, aunque el marco penal se fijaba en su mitad superior. Por ende, se diferenciaba tanto del sistema de absorción, que comporta la aplicación directa de una sola penalidad, como del de exasperación, en el que se parte de un marco penal superior al del delito más grave. No obstante, se disponía la punición separada de las infracciones, es decir, la acumulación material, cuando de esta forma resultara una penalidad inferior. El precepto no determinaba si la comparación debía hacerse en abstracto o en concreto, pero la jurisprudencia tradicionalmente se decantó, no sin fluctuaciones, por la comparación en concreto (SSTS n.º 745/2005, de 16 de junio, y 513/2006, de 5 de mayo),

debiendo el Tribunal «precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los artículos 61 y ss.» y «determinando el máximo imponible penando separadamente», criterio que ya mantenía la Consulta 6/1978, de 29 de septiembre, sobre la determinación de la gravedad de las penas a los efectos del párrafo 2 del artículo 71 del Código Penal.

La justificación era clara: se entendía que cuando se cometen varios delitos con esa relación medial, la reacción penal ha de ser más intensa que si se hubiera cometido un solo delito pero menos intensa que si se hubieran cometido varios sin relación entre sí, supuesto en el que se sigue el sistema de acumulación jurídica de los artículos 75 y 76 CP. Se consideraba procedente refundir las individualidades delictivas concurrentes por aparecer como meras fases de un solo proceso delictivo.

En palabras de la STS n.º 123/2003, de 3 de febrero, «parece que el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción». Para la STS n.º 504/2003, de 2 de abril, «el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción».

2. CONCEPTO DE CONCURSO MEDIAL

Las novedades de la reforma operada por LO 1/2015 se ciñen a los efectos penológicos de cada modalidad concursal, no afectando al concepto de uno y otro concurso.

El CP se limita a distinguir dos supuestos: cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal), y cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro (concurso medial).

Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante un concurso medial. Debe partirse de que en el concurso medial no hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente.

La dificultad para determinar la existencia del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido aquilatando los supuestos.

Sin perjuicio de una futura Circular que aborde en profundidad las numerosas incógnitas aún no resueltas pacíficamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, a modo de recordatorio, deben tenerse en cuenta las siguientes pautas sobre el concurso medial:

La voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación entre los delitos sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre

en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes (SSTS n.º 336/2014, de 11 de abril, 504/2003, de 2 de abril).

La STS n.º 1632/2002, de 9 de octubre, con cita de otras, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos» aunque «tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea».

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental (STS n.º 504/2003, de 2 de abril).

En todo caso el requisito de que el primer delito sea un medio necesario para cometer otro no significa que deba ser absolutamente imprescindible para la comisión del segundo.

A efectos de prescripción, debe recordarse que cuando conjuntamente se enjuician varios delitos se aplica a todos el plazo del más grave (STS n.º 1016/2005, de 12 de septiembre, con cita de otras) lo que en numerosas sentencias se ha declarado, en concreto, respecto del concurso medial (SSTS n.º 627/2009, de 14 de mayo, y 1006/2013, de 7 de enero).

3. CASUÍSTICA

En cuanto a la casuística, pueden citarse como supuestos más frecuentes los siguientes:

En los robos y detenciones ilegales «cuando la privación de libertad deambulatoria de la víctima se ejecuta en el seno de un delito de robo con violencia o intimidación la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP) o de delitos, real (art. 73) o medial (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (SSTS n.º 1372/2011, de 21 de diciembre; 1424/2005, de 5 de diciembre). Si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento; en caso contrario estaremos en un concurso de delitos (SSTS n.º 479/2003, de 31 de marzo; 12/2005, de 20 de enero; 383/2010, de 5 de mayo, y 1323/2009, de 30 de diciembre).

Las posibilidades en los robos y detenciones ilegales son, básicamente, tres:

1) Se descarta el concurso de delitos en los supuestos de mínima duración temporal, en los que el compromiso de la libertad queda ceñido al tiempo y la ocasión del despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. De esta manera, el robo absorbe (art. 8.3 CP) al posible delito de detención ilegal ya que *per se* afecta, aun cuando sea de

modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado (SSTS n.º 501/2004, de 14 de abril, y 430/2009, de 29 de abril).

2) Habrá concurso medial de delitos cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la ejecución de éste, si la privación de libertad por sí misma en su ejecución y circunstancias (inmovilización, encierro, ataduras, etc.) tiene una relevancia tal que rompe la estricta relación de funcionalidad, afectando de manera autónoma al bien jurídico tutelado por el delito de detención ilegal, que, por ello, resultaría desprotegido con la sola aplicación del delito contra la propiedad (*vid.* en esta línea, STS n.º 178/2007, de 7 de marzo, entre muchas).

3) El concurso sería real cuando la privación de libertad tenga lugar después de cometido el robo o se prolongue de manera gratuita, desde el punto de vista de la necesidad de asegurar el fin perseguido por este, para el que, por ello, en el exceso o la prolongación, ya no sería medio (STS n.º 273/2003, de 28 de febrero, también entre muchas otras).

Por contra, se descarta el concurso medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo fuese el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, se excluye el concurso medial entre el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento (STS n.º 504/2003, de 2 de abril).

El TS ha considerado la relación entre el delito de cohecho y la comisión del delito para el cual se cohecha como de concurso real y no medial (STS n.º 504/2003, de 2 de abril, con prevaricación).

Tampoco se aprecia el concurso medial entre homicidio y tenencia ilícita de armas pues «la autonomía de las dos infracciones resulta palmaria» (STS n.º 1458/2004, de 10 de diciembre).

El robo de armas a un policía y la tenencia ilícita de armas tampoco entraría en concurso medial pues no existe «una conexión de necesidad de carácter objetivo» (STS n.º 460/2006, de 26 de abril). Para esta resolución «la figura del concurso medial no resulta fácilmente aplicable a supuestos en los que el pretendido delito fin sea de los llamados de carácter permanente o de efectos permanentes, que algún sector doctrinal han caracterizado como causantes de un estado de consumación permanente, pues en estos casos, aun cuando el inicio del delito pudiera ponerse hipotéticamente en relación de medio a fin con otra infracción, lo cierto es que al mantenerse la consumación por un tiempo relevante esa primera infracción deja de tener la consideración de necesaria».

Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real (STS n.º 590/2004, de 6 de mayo).

En cuanto a las agresiones sexuales y detenciones ilegales «cuando la privación de libertad de la víctima no está completamente desvinculada del ilícito acto (de agresión sexual), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito (de agresión sexual) –aunque no pierda su relación con la actividad atentatoria a la libertad sexual–, la privación de libertad de la víctima alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto perseguido. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el artículo 77 CP» (SSTS n.º 48/2012, de 1 de febrero, 1024/2011, de 11 de octubre, 1250/2009, de 10 de febrero).

La STS n.º 1302/2011, de 29 de noviembre, considera que el allanamiento previo a la violación está en relación instrumental y aprecia concurso medial entre ambos.

El delito de falsedad en documento mercantil, artículos 392 y 390 a diferencia de la falsedad en documento privado, constituye un delito autónomo respecto a la estafa correlativa, en concurso medial (SSTS n.º 1016/2010, de 24 de noviembre, 1538/2005, de 27 de diciembre, 1409/2002, de 6 de septiembre, 441/2006, de 5 de abril).

La falsificación del pasaporte y tarjeta de identidad en correspondencia con la tarjeta de crédito también falsificada son medio para cometer la estafa, que no puede absorber tales delitos a diferencia de lo que ocurre con las falsedades en documento privado (SSTS n.º 979/2005, de 18 de julio, 1111/2006, de 15 de noviembre, y 305/2011, de 12 de abril).

La STS n.º 17/2005, de 3 de febrero, califica también de instrumental la relación entre las falsificaciones de actas de inspección que un inspector de Hacienda realiza para cometer defraudación a la Hacienda Pública y estafa.

El robo de la droga y el delito contra la salud pública «son del todo independientes y perfectamente diferenciadas entre sí (...) es discutible la configuración, en este caso, de un concurso de delitos, pero que, de llevarse a cabo, sin duda estaríamos ante un concurso medial, o instrumental, del artículo 77 del Código Penal (STS n.º 1941/2002, de 22 de noviembre).

El robo con violencia y las lesiones causadas durante su ejecución entran en concurso real y no medial (STS n.º 201/2009, de 28 de febrero).

Conforme a la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración la realización de conductas favorecedoras de la inmigración clandestina por parte del funcionario público puede consistir tanto en conductas desarrolladas en la propia frontera no oponiéndose al pase del inmigrante, como cuando este colabora en la tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada o residencia en España de extranjeros no residentes en territorio nacional. En estos casos, además de realizar la conducta típica de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis apartado 1.º, 2.º, 3.º (en su caso continuado, en relación con el artículo 74 CP), se produciría un concurso medial del artículo 77.1 CP con un delito de cohecho previsto y penado en el artículo 423.1 CP, y, en su caso con el delito de falsedad del artículo 390 CP.

No debe considerarse aplicable el régimen del concurso medial a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros entre los que sólo surge el efecto procesal de la conexidad previsto en el artículo 17 LECrim.

4. EL NUEVO SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS CONCURSOS MEDIALES

La LO 1/2015 modifica el artículo 77.3 y establece la nueva penalidad del concurso medial.

Se establece literalmente que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

La redacción finalmente aprobada coincide con la del Anteproyecto de 2012, con la única salvedad de que en éste no se contenía el límite de que la pena impuesta no puede exceder del límite de duración previsto en el artículo 76 CP.

5. FILOSOFÍA DE LA REFORMA

El Preámbulo de la LO 1/2015 nada aclara en relación con la reforma de las reglas de determinación de la pena en los supuestos de concurso medial.

El Anteproyecto de 2012 sí establecía en su Exposición de Motivos una explicación: «se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de (...) concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad (...) se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos».

El Consejo Fiscal, en su informe al Anteproyecto, consideró que «... carece de justificación la idéntica respuesta penal que en la actualidad se otorga al concurso ideal y al medial... El concurso medial en realidad constituye una modalidad de concurso real. Por ello, se estima razonable diferenciar la respuesta penal de ambas figuras».

El Legislador pretende romper con el sistema precedente y deja sin efecto la asimilación del concurso medial al ideal a efectos penológicos. La filosofía que parece subyacer es la de dar al concurso medial un tratamiento más severo que el establecido para el concurso ideal pero no tan riguroso como el del concurso real.

Es claro, pues, que habrá de superarse la costumbre arraigada en la praxis y justificada por la identidad de tratamiento penológico, de denominar indistintamente concurso ideal tanto a los supuestos en los que un solo hecho constituya dos o más infracciones como a los supuestos en los que una infracción sea medio necesario para cometer otra. En la conclusión segunda del escrito de calificación, los Sres. Fiscales deberán determinar con toda precisión si el concurso es ideal y consiguientemente, se aplica la regla establecida en el artículo 77.2 CP o si por el contrario es medial y entra en juego la regla prevista en el artículo 77.3 CP.

6. INTERPRETACIÓN DE LA NUEVA REGLA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO MEDIAL

El Legislador de 2015 opta por diseñar un sistema para determinar la pena aplicable al concurso medial que pivota en torno a una pena híbrida que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la prevista para el delito más grave, umbral que habrá de ser excedido en la concreción final) y un máximo (la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado, límite que no podrá ser sobrepasado). Una vez establecido el mínimo y el máximo, este marco cuantitativo constituirá una nueva pena, a la que habrán de aplicarse los criterios del

artículo 66, como mecanismo final de individualización a fin de abarcar el desvalor total del complejo concursal.

Debe ahora determinarse –es este, sin duda, el *punctus pruriens* de toda la regulación– a qué se refiere el nuevo artículo 77.3 CP cuando establece que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave.

Es cierto que cabría entender que con «una pena superior» se alude a la pena superior en grado, esto es, a una elevación por encima del marco legal de la pena correspondiente a la infracción más grave, combinando así el criterio de absorción de las penas en la correspondiente a la infracción más grave, con el de exasperación, que impone la subida de grado, operando en todo caso, el límite que pueda representar, conforme al criterio de acumulación, la suma de las penas individuales por separado.

Esta interpretación se compadece con la *voluntas legislatoris* de intensificar la respuesta penal del concurso medial por su proximidad con el concurso real.

Sin embargo, conforme a una interpretación sistemática, cuando el Legislador quiere tal efecto, utiliza una referencia totalmente consolidada: la pena superior en grado (*vid.* artículos 66.4, 66.5, 74, 164, 177 bis, 281, 302, 327, 345, 370, 371, entre otros). En este sentido el artículo 70 CP expresamente y con carácter general dispone cómo operar para determinar la pena superior e inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito. Cuando el Código Penal faculta u obliga a aplicar una pena partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, indefectiblemente utiliza la expresión «pena superior en grado».

Por contra, el artículo 77.3 no remite a la pena superior en grado, sino a «una pena superior a la que habría correspondido». No parece que conforme al principio *odiosa sunt restringenda* quepa optar por esa exégesis contra reo. Las dudas que esta oscura referencia plantea habrán de resolverse decantándose por entender que la pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, pero dentro del mismo marco penal.

El informe del CGPJ al Anteproyecto de 2012 expresamente advirtió de que «si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones».

En el mismo sentido, el informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de 2012, advirtió que «el concurso ideal podría resultar sancionado con una pena superior, pues para aplicar la regla del apartado 3 bastaría con elevar un mínimo la pena concreta aplicable, en ese caso, para la infracción más grave», considerando que «si el objetivo del Anteproyecto en este punto fuese, como parece también deducirse del apartado IV de la exposición de motivos, “evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad”, el apartado 3 del artículo 77 debería prever la imposición de la pena “superior en grado” a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no simplemente “una pena superior”».

El hecho de que, pese a la doble advertencia, no se siguieran tales recomendaciones refuerza la tesis de que –más allá de la inicial voluntad del Prelegislador– no se ha querido establecer tal regla penológica. Si lo que se pretendía era establecer un tratamiento más severo para los casos de pluralidad delictiva debía haber seguido las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado.

7. OPERACIONES PARA CONCRETAR LA PENA EN EL CONCURSO MEDIAL

La primera operación es la de seleccionar la infracción más grave, que será aquella que lleve aparejada una pena más grave, conforme al artículo 33 CP. En el caso de que todas las penas sean de igual gravedad, cabe optar por cualquiera de ellas. Para determinar cuál de los delitos es «la infracción más grave», habrá de tenerse en cuenta el grado de ejecución y la participación (arts. 62 y 63 CP), en cuanto constituyen –según cualificada doctrina– formas de tipicidad autónomas que el Código Penal incorpora a su Parte General por razones sistemáticas, así como las eximentes incompletas (art. 68 CP), y el error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), en cuanto constituyen institutos con eficacia limitadora del marco penal aplicable al delito.

Dentro de este marco, la tarea de concreción de la pena se completará mediante la aplicación de todas las reglas del artículo 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común. En todo este trabajo de individualización de la pena se atenderá exclusivamente a las circunstancias concurrentes en el delito más grave, sin entrar a valorar, de momento, las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañaron a la comisión del otro delito en concurso.

La pena resultante para la infracción más grave, en su concreta expresión, es la que va a delimitar el umbral de esa pena única que el precepto analizado destina a abarcar el completo desvalor de los delitos concurrentes.

Definido el umbral de la sanción aplicable al conjunto de las infracciones, el techo o límite superior vendrá dado por la adición de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente, tras haberse apreciado en cada uno de ellos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables.

Determinados ya techo y suelo, el siguiente paso previsto en la norma es la individualización final de la pena «dentro de estos límites» y «conforme a los criterios expresados en el artículo 66» según su tenor literal. El mandato de operar dentro de los límites les confiere un carácter infranqueable, lo que permite afinar el sentido que ha de otorgarse al segundo inciso, que no alude a las «reglas» del artículo 66, sino a sus criterios o fórmulas de moderación equitativa. En esta segunda fase, se ponderarán de modo conjunto las circunstancias concurrentes en ambos delitos para delimitar la pena que habrá de abarcar el desvalor de ambas conductas, aunque sin posibilidad de traspasar, sea por elevación, sea por degradación, los límites definidos por la previa aplicación de las reglas de los artículos 61 a 72 CP a las infracciones en concurso.

La concreta pena final imponible al concurso medial habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a cada uno de los delitos concurrentes. Este incremento punitivo habrá de definirse, respetando el principio de proporcionalidad, valorando la entidad y las circunstancias concurrentes en ambos delitos de modo que se abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero sin sujeción a las reglas del artículo 66 CP, cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes.

Habrán pues de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del artículo 66.1.6.^a (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habrá de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal.

Siempre habrá de operarse con tres límites: 1) la pena final habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave; 2) la pena final no podrá superar la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, y 3) la pena final no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo 76.

Cuando las penas imponibles por los delitos que integren el concurso medial sean penas heterogéneas (un delito sancionado con prisión y el otro con multa) el tope mínimo se cifrará en la pena concreta que correspondería al delito sancionado con prisión y el tope máximo se integraría por las penas concretas que corresponderían al delito sancionado con prisión y al delito sancionado con multa.

Un ejemplo puede ilustrar las operaciones a realizar: si se trata de una acusación por robo con intimidación (art. 242 CP, pena de dos a cinco años) en el que concurre la atenuante de reparación del daño, en concurso medial con una detención ilegal (art. 163 CP, pena de cuatro a seis años), en la que concurre la agravante de reincidencia, ambos delitos consumados y en concepto de autor, las operaciones a realizar serían las siguientes:

Determinación de la pena imponible al delito más grave: sería el de detención ilegal en el que concurre reincidencia: se impondría la mitad superior, y por tanto, la pena de cinco años y un día, por ejemplo.

Determinación de la pena imponible al delito menos grave: robo con intimidación concurriendo una atenuante: se impondría, por ejemplo (partiendo de que en el caso concreto no concurre ningún factor que justifique una mayor punición) el mínimo de la mitad inferior: pena de dos años de prisión.

Determinación del tope máximo imponible: suma de las penas concretas imponibles a los delitos concurrentes: siete años y un día de prisión.

Por tanto, dentro de la horquilla que va desde los cinco años y un día (umbral que ha de ser excedido) a los siete años y un día de prisión (límite que no podrá ser sobrepasado), habrá de concretarse la pena finalmente individualizada. Dentro de este marco abstracto y para llevar a cabo la individualización final habrían de aplicarse los criterios del artículo 66.1.6.º CP, teniendo en cuenta la gravedad de ambos hechos y las circunstancias del autor y, consecuentemente, podría aplicarse, por ejemplo, la pena de cinco años y seis meses de prisión.

Pese a lo que parece ser la *voluntas legislatoris*, es lo cierto que con este nuevo sistema en ocasiones los hechos pueden ser sancionados con una pena inferior a la que correspondería conforme a la regla penológica prevista para el concurso ideal. Los Sres. Fiscales, como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita, tenderán a concretar la pena final en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro.

En realidad, el nuevo sistema vendría a otorgar mayores márgenes de discrecionalidad al Juzgador a la hora de concretar la pena imponible en supuestos de concurso medial, pero siempre con dos límites: la pena resultante nunca puede ser igual o inferior a la pena concreta imponible por el delito más grave (lo que viene impuesto por la naturaleza de las cosas pues en otro caso, el concurso medial podría pensarse con pena inferior a la que correspondería si sólo se hubiera cometido un delito) y nunca puede ser superior a la que se impondría castigando los hechos por separado (lo que igualmente viene impuesto por el propio reconocimiento del concurso medial como supuesto singular y privilegiado respecto del concurso real).

Tratando de sintetizar, el nuevo tratamiento del concurso medial tras la reforma operada por LO 1/2015 sigue el modelo de absorción con agravación, aunque la agravación imperativa podría ser, teóricamente, mínima.

Los Sres. Fiscales en todo caso se atenderán a la interpretación propuesta, como más beneficiosa para el reo en tanto no se consolide una línea jurisprudencial opuesta.

8. LA NECESIDAD DE MOTIVAR LA PENA INTERESADA

El deber de motivar las sentencias se concreta «en la necesidad de razonar la cuantía concreta de la sanción o sanciones que se imponen» (STS n.º 850/2003, de 11 de junio). El derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura (STS n.º 455/2002, de 13 de marzo). La fijación de la pena debe ser considerada como uno de los elementos más relevantes y como tal, debe estar soportada por la oportuna motivación –motivación reforzada–. Hoy puede afirmarse que el proceso penal más que un medio de control social, debe ser considerado como esquema racional para justificar la pena, y por ello el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (STS n.º 171/2009, de 24 de febrero).

El TS exige que el juzgador justifique la opción elegida entre las dos previstas en el artículo 77 CP anterior a la reforma, es decir, la punición conjunta o separada, debiendo efectuar las operaciones pertinentes por ambos procedimientos, porque de no hacerlo, esa omisión es motivo de casación. En otro caso se apreciaba omisión del deber de motivar un aspecto nuclear de la decisión, cual es la pena impuesta, omisión aún más grave cuando ésta sea privativa de libertad (*vid.* SSTS n.º 171/2009, de 24 de febrero, 878/2009, de 7 de septiembre, y 580/2010, de 16 de junio).

Esta pauta seguirá siendo aplicable *mutatis mutandis* al nuevo sistema. Aunque ya no hay propiamente una opción entre la pena del delito más grave en su mitad superior y las penas de los delitos por separado, toda vez que el arbitrio judicial es mayor, la necesidad de motivar la pena impuesta se incrementa.

Deberán también los Sres. Fiscales, por vía de informe, explicar y justificar el quantum de pena propuesto. Como quiera que el escrito de acusación por su propia estructura no es apto para proporcionar tales explicaciones, habrán de contenerse en el extracto, para que a través del informe oral pueda exponerse al órgano sentenciador el fundamento de la pena elegida (arts. 734 y 788.3 LECrim).

No está de más recordar aquí las consideraciones que en relación con el extracto y el visado se contenían en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal: «el visado, además de su función básica como mecanismo para salvaguardar la unidad de actuación del Ministerio Público, ha de servir de control de calidad para garantizar al Fiscal que acude a juicio un extracto suficiente, claro y coherente con el escrito de calificación. Por tanto, el Fiscal encargado del visado de las calificaciones habrá de comprobar que los extractos cumplen tales requisitos». Los Sres. Fiscales encargados del visado habrán de comprobar especialmente que en el extracto se explique y justifique la pena impuesta al amparo del artículo 77.3 CP.

9. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

El nuevo régimen transitorio del concurso medial en muchos casos no va a imponer por sí la revisión de causas resueltas por sentencia firme, pues la pena que se hubiera impuesto ordinariamente sería imponible con la nueva regulación. No obstante, no cabe acuñar reglas generales y habrán de hacerse los cálculos para cada supuesto concreto.

En las causas en tramitación habrá de analizarse en cada caso sí, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, es más beneficioso el nuevo régimen.

En todo caso, debe partirse de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, por lo que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma. Ello implica el que para aplicar el artículo 77 redactado conforme a la LO 1/2015, deberá igualmente aplicarse la pena correspondiente a los nuevos tipos penales. En definitiva, lo que no procederá es aplicar el nuevo artículo 77 CP manteniendo la calificación y las penas sin tener en cuenta las novedades introducidas por la LO 1/2015.

10. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de Circulares anteriores.

11. CONCLUSIONES

1.º En relación con el concurso medial, las novedades de la reforma operada por LO 1/2015 se ciñen a sus efectos penológicos, no quedando afectado su concepto. Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante esta modalidad de concurso.

2.º En la conclusión segunda del escrito de calificación los Sres. Fiscales deberán determinar con toda precisión si el concurso es ideal y consiguientemente se aplica la regla establecida en el artículo 77.2 CP o si por el contrario es medial y entra en juego la regla prevista en el artículo 77.3 CP.

3.º El artículo 77.3 CP no remite a la pena superior en grado, sino a «una pena superior a la que habría correspondido». Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso.

4.º La reforma operada por LO 1/2015 sanciona el concurso medial con una pena híbrida o pena síntesis que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la pena concreta que se impondría al delito más grave) y un máximo (la suma de las penas concretas que se impondrían a los delitos para el caso de que se castigaran por separado). Para individualizar dentro de los límites de esta pena síntesis la concreta pena imponible habrán de aplicarse los criterios del artículo 66.1.6.ª CP (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho). Esta individualización final debe

estar orientada hacia la traducción penológica del desvalor total del complejo delictivo. La pena final habrá de ser siempre superior en al menos un día a la concretamente imponible al delito más grave.

5.º En la operación de individualización final no se han de aplicar las reglas del artículo 66 CP, cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis.

6.º Nunca podrá imponerse una pena igual o inferior a la pena mínima imponible al delito más grave.

7.º Deberán los Sres. Fiscales, por vía de informe, explicar y justificar la pena interesada y las operaciones efectuadas para su cálculo. Como quiera que el escrito de acusación por su propia estructura no es apto para proporcionar tal explicación, la misma habrá de contenerse en el extracto, para a través del informe oral exponer al órgano sentenciador el fundamento de la opción elegida (arts. 734 y 788.3 LECrim).

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regla establecida para el concurso medial, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 7 /2015, SOBRE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Ámbito subjetivo de la expulsión sustitutiva.–3. Ámbito objetivo. 3.1 Penas de prisión de hasta un año de duración. 3.2 Penas de prisión de un año y un día de duración hasta cinco años. 3.3 Penas de prisión de duración superior a cinco años, o penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años.–4. Excepciones a la aparente imperatividad de la medida. 4.1 Excepción relativa o de orden político-criminal. 4.2 Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada.–5. Restricciones derivadas del estatuto jurídico que ampara a ciertos extranjeros. 5.1 Ciudadanos de la UE y asimilados. 5.1.1 *Régimen general*. 5.1.2 *Régimen especial para ciudadanos de la UE residentes durante más de diez años*. 5.1.3 *Improcedencia de aplicar la expulsión sustitutiva completa a ciudadanos de la Unión Europea*. 5.2 Otros extranjeros sometidos a régimen especial. 5.2.1 *Apátridas*. 5.2.2 *Asilados y protegidos internacionalmente*. 5.2.3 *Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse*.–6. Tiempo y forma de la resolución judicial.–7. Definición del plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español.–8. Reversibilidad de la decisión de expulsión.–9. Aseguramiento cautelar de la ejecución.–10. Imposibilidad de ejecución.–11. Quebrantamiento de la prohibición de regreso.–12. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión.–13. Cláusula de vigencia.–14. Conclusiones.

(...)

14. CONCLUSIONES

1.^a Las penas de prisión de duración igual o inferior a un año no son susceptibles de sustitución por expulsión. Procederá, en consecuencia, su ejecución penitenciaria o su suspensión condicional si concurren los requisitos de los artículos 80 y ss. CP.

2.^a Si una sentencia impone al mismo ciudadano extranjero dos o más penas de prisión y ninguna de ellas individualmente considerada excede la duración de un año, no procederá su expulsión aunque la suma de las penas rebase dicho límite.

3.^a Si a un ciudadano extranjero se le imponen en la misma sentencia dos o más penas de prisión de las que sólo una o algunas superan el umbral de un año de duración, se podrá solicitar, si concurren los restantes requisitos para la aplicación de la medida, la sustitución de todas ellas por expulsión. Igual solución cabe dar cuando la pena o penas de prisión de duración superior a un año van acompañadas de otras penas de distinta naturaleza, esto es, la concurrencia de dichas penas no impedirá la aplicación de la medida de expulsión.

4.^a En los supuestos del artículo 89.1 CP –penas de prisión de más de un año y hasta cinco– los Sres. Fiscales solicitarán la sustitución completa de la pena por expulsión del territorio nacional. Excepcionalmente instarán la sustitución parcial cuando a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos que han motivado la condena se aprecie una necesidad efectiva de afirmar el ordenamiento jurídico mediante su cumplimiento en Centro Penitenciario, a cuyo fin se tomarán en consideración los criterios orientativos fijados en el apartado 4.1 de la presente Circular. En ningún caso se emitirá dictamen favorable a la suspensión condicional en los términos del artículo 80 y ss. CP.

5.^a En los supuestos del artículo 89.2 CP, los Sres. Fiscales interesarán el cumplimiento total o parcial de la condena en atención a las circunstancias concretas del caso y a la necesidad de realizar los fines de prevención general en los términos indicados en el apartado 4.1 de esta Circular.

6.^a En todo caso, iniciada la ejecución de la pena de prisión, el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y la obtención de la libertad condicional traerán consigo la expulsión del extranjero en sustitución del resto de la pena. Como consecuencia de ello, los Fiscales interesarán del juez o tribunal que determine en sentencia o en auto motivado posterior que la expulsión se producirá cuando acceda el penado al tercer grado de clasificación penitenciaria o a la libertad condicional y concretarán en sus escritos de calificación el plazo de prohibición de regreso a España que se le habrá de imponer a contar desde que la expulsión se haga efectiva.

7.^a La expulsión sustitutiva no se aplicará, en ninguna de sus modalidades, si resulta desproporcionada.

8.^a Para valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen. En cualquier caso el arraigo familiar exige para poder excluir la aplicación del artículo 89 una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos –matrimoniales o no–, siempre que residan en España, u otros familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica.

9.^a Cuando la expulsión del extranjero haya sido desechada por resultar desproporcionada, no habrá impedimento para que pueda serle aplicada alguna de las modalidades de suspensión condicional previstas en los artículos 80 y ss. CP si reúne los requisitos necesarios para beneficiarse de ellas.

10.^a La sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano de la UE y asimilados por expulsión del territorio español sólo será posible si concurren graves razones de orden público o seguridad pública; si lleva más de diez años residiendo en España será preciso, además, que se encuentre incluido en alguno de los supuestos tasados en el artículo 89.4, 3 CP. La sustitución será siempre parcial.

11.^a Los apátridas e indocumentados no están excluidos del régimen del artículo 89 del CP. No obstante, en ambos casos habrán de tenerse en cuenta las enormes dificultades que la medida de expulsión entraña. En el caso de los apátridas, deberá ofrecérseles un plazo de 30 días prorrogables para que se pueda gestionar su admisión legal en otro país.

12.^a Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

13.^a En todo escrito de calificación provisional en el que se dirija la acusación contra un ciudadano extranjero, los Sres. Fiscales expondrán su postura en lo que atañe a la aplicación del artículo 89 CP. Ello implica:

13.1 Que en la conclusión primera se indicará la filiación del extranjero y su situación administrativa en España. Si se considera que el extranjero mantiene vínculos efectivos y actuales de carácter familiar, laboral o social en España se especificarán de manera sucinta pero suficiente.

13.2 Que en la conclusión quinta deducirán pretensión de sustitución de la pena de prisión por expulsión si resulta procedente en los términos de la Ley, indicando si la sustitución afecta a toda la pena, o a una parte, y concretando la porción cuyo cumplimiento se interesa. Se habrá de solicitar asimismo que se le imponga la prohibición de regresar a territorio español en los términos del artículo 89.5 CP, incluso en los casos en que se haya pedido por razones de prevención general el cumplimiento total de la pena, ante la eventualidad de que se le expulse al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional.

Si se estima que no procede la sustitución por desproporción de la medida, se indicará expresamente.

13.3 Que mediante otrosí se instará el ingreso o permanencia del acusado en prisión en garantía del cumplimiento de la medida, su internamiento en un CIE, o, excepcionalmente, el otorgamiento de un plazo de cumplimiento voluntario de la medida.

14.^a Si materializada la expulsión, el extranjero aparece de nuevo en territorio español, con carácter general se informará desfavorablemente la reducción de pena prevista en el artículo 89.7 CP. Excepcionalmente se informará a favor de la reducción de la pena si se constata que el penado ha respetado en su mayor parte el tiempo de prohibición de regreso y que el regreso no obedece a móviles espurios.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre la expulsión sustitutiva de la pena, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 8/2015, SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMETIDOS A TRAVÉS DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Problemática de la calificación jurídica de la actividad de las páginas de enlace con anterioridad a la LO 1/2015. Los conceptos de comunicación pública y de ánimo de lucro. 2.1 Contenido y alcance del concepto de comunicación pública. 2.2 Contenido y alcance del concepto de ánimo de lucro.–3. Novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en los delitos contra la propiedad intelectual. 3.1 Nueva redacción del artículo 270.1 del Código Penal. 3.1.1 *Redefinición y ampliación de las conductas típicas.* 3.1.2 *Modificación del elemento subjetivo.* 3.1.3 *Ampliación de los derechos objeto de protección.* 3.2 La tipificación expresa de la vulneración de los derechos de la Propiedad Intelectual a través de los servicios de la sociedad de la información. 3.2.1 *Formas de explotación ilícita a través de los servicios de la sociedad de la información.* 3.2.2 *Análisis del artículo 270.2 del Código Penal.* A) *Responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.* B) *La atipicidad de la conducta de los motores de búsqueda.* C) *Responsabilidad penal y aportación de los contenidos por los usuarios de internet.* 3.3 Conductas de exportación, almacenamiento e importación 3.4 Conductas relacionadas con las medidas de protección tecnológica de las obras o prestaciones. 3.4.1 *Instrumentos concebidos o adaptados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de las obras o prestaciones.* 3.4.2 *Medidas tecnológicas: actos de modificación, de eliminación, de elusión y de facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección.* 3.5 Medidas cautelares. Medidas de retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo de acceso. 3.6 Penalidad de los delitos contra la propiedad intelectual. 3.7 Los subtipos agravados.–4. Responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual.–5. Cláusula de vigencia.–6. Conclusiones.

(...)

6. CONCLUSIONES

1.^a La reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual operada por LO 1/2015 obedece a la necesidad de ofrecer respuestas legales ante las nuevas formas de vulneración de estos derechos vinculadas al desarrollo de las TICs solucionando con ello los problemas jurídicos que han ido surgiendo, en los últimos años, en la persecución penal de este tipo de conductas.

Las modificaciones introducidas en esta materia en el Código Penal incorporan a su articulado los más recientes criterios de interpretación fijados tanto por la Jurispru-

dencia de nuestros Tribunales como por la de los Tribunales Europeos en la resolución de diversas cuestiones que han dificultado la aplicación de los tipos penales vigentes hasta el 1 de julio de 2015.

En consecuencia, esta Circular responde al doble propósito de establecer pautas para la interpretación y aplicación de los nuevos tipos penales incorporados en la reforma y, al tiempo, ofrecer soluciones y criterios de actuación respecto a algunas cuestiones jurídicas que se plantean en los procesos incoados antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

2.^a Hasta la reforma que se analiza, la persecución penal de muchas de las acciones vulneradoras vinculadas al uso de las TICs se ha visto dificultada por dos motivos distintos. De un lado, por el entendimiento de que la actividad desarrollada por las webs de enlace no era incardinable en ninguna de las conductas típicas relacionadas en el derogado artículo 270 CP, y en particular en el concepto de comunicación pública, y de otro por considerar que únicamente era apreciable la concurrencia de ánimo de lucro en los supuestos en que las descargas irregulares de obras protegidas generaran una obligación de contraprestación directa.

3.^a El concepto comunicación pública es un elemento normativo del artículo 270 CP que ha de ser interpretado a la luz del artículo 20.1 LPI y del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE sobre armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

Dicho concepto ha sido recientemente interpretado por la STJUE de 13 de febrero de 2014 que entiende como tal todo acto de comunicación –o puesta a disposición– a un público nuevo distinto del autorizado por el titular del derecho para acceder a su obra, indicando expresamente dicha resolución que la conducta consistente en facilitar links o enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas a un público no autorizado para ello, constituye un acto de comunicación pública.

En consecuencia, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio en la interpretación del elemento normativo comunicación pública en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015.

4.^a En la interpretación del requisito del ánimo de lucro los Sres. Fiscales habrán de tomar en consideración la doctrina sentada al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor dicho elemento intencional ha de entenderse como ánimo de lucro comercial, quedando al margen de la persecución penal aquellos comportamientos que pretenden la obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial.

Para la concurrencia de este elemento, el beneficio derivado de la actividad ilícita puede obtenerse bien directamente –a través de contraprestaciones económicas por cada acto de descarga o acceso irregular a obras protegidas– o bien indirectamente –mediante ganancias obtenidas por publicidad, por la comercialización de los datos de los usuarios u otros medios–. La interpretación que la Circular 1/2006 hace del lucro comercial alcanza, por tanto, a los supuestos en que el beneficio económico aparece como el resultado de la actividad ilícita analizada en su conjunto, con independencia de que los accesos irregulares a contenidos no sean remunerados. En consecuencia los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio para la determinación de la concurrencia del ánimo de lucro en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015.

5.^a La LO 1/2015 ha modificado la redacción del tipo básico del artículo 270 CP –que se enumera como artículo 270.1–, incorporando al mismo novedades significativas que se concretan en la redefinición y ampliación de las conductas típicas, la modificación del elemento subjetivo y la ampliación de los derechos objeto de protección.

6.^a El nuevo artículo 270.1 CP abandona el sistema de *numerus clausus* en la concreción de las conductas típicas al añadir a las tradicionales de reproducir, distribuir, plagiar y comunicar públicamente, la expresión cualquier otro modo de explotación económica. Con ello se pretende abarcar toda forma de aprovechamiento irregular de derechos que pueda surgir en función del estado de la técnica en cada momento, evitando una definición excesivamente cerrada de los comportamientos típicos que haga inviable el reproche penal ante mecanismos o formas de actuación –impensables actualmente– que resulten, en el futuro, mercedores de ello.

La cualificación de la actividad con el adverbio económicamente sirve de pauta para la interpretación no solo de la explotación, como género, sino también de las acciones de reproducción, distribución, plagio o comunicación pública como especie y habrá de ser interpretada en el sentido de que únicamente serán típicas las acciones de esta naturaleza dirigidas a la obtención de un rendimiento económico, ganancia o ingreso.

7.^a Los tipos delictivos derivados de la reforma operada por LO 1/2015 sustituyen el requisito del ánimo de lucro, utilizado en la regulación anterior, por el de obtener un beneficio económico directo e indirecto, circunstancia que se produce tanto en el artículo 270.1 CP como en los artículos 270.2, 270.4 y 270.5, apartado d). Tal modificación tiene como objetivo solventar las discrepancias acerca de la inclusión en el tipo penal de aquellas conductas en las que los beneficios económicos se obtengan por vía indirecta (publicidad, comercialización de datos...) en línea con lo indicado en la conclusión cuarta y en el cuerpo de esta Circular.

Esta redefinición del elemento subjetivo y la utilización del adverbio económicamente para delimitar el alcance de las conductas típicas, llevan a concluir que el mero acceso irregular a un contenido protegido, sin otra finalidad que el ahorro del precio que pudiera exigirse por el disfrute de la obra o prestación, queda extramuros del derecho penal.

8.^a El artículo 270.1 CP hace expresamente extensiva la protección penal a las prestaciones junto a la que ya otorgaba el derogado artículo 270 a las obras literarias, artísticas o científicas o a su transformación, interpretación o ejecución artística.

Habrà de entenderse por prestaciones los derechos afines o conexos contemplados en el libro II LPI y concretamente las interpretaciones artísticas –artículos 105 a 113–, las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales –artículos 114 a 125–, las transmisiones o emisiones realizadas por las entidades de radiodifusión –artículos 126 y 127– y las meras fotografías –artículo 128–.

9.^a El artículo 270.2 CP sanciona específicamente las actividades de vulneración de derechos de propiedad intelectual desarrolladas por los prestadores de servicio de la sociedad de la información mediante la facilitación del acceso/localización irregular de contenidos protegidos en Internet. Tal actividad solo será típica cuando, además de realizarse con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero –elementos comunes con la conducta del artículo 270.1–, se lleve a efecto de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento puramente técnico. El precepto abarca cualquier modo en que pueda materializarse la comunicación pública de contenidos, si bien se refiere expresamente al más generalizado de ellos, las páginas de enlace, al indicar... en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados a las obras y contenidos.

10.^a La exigencia de una actuación activa y no neutral ni meramente técnica del prestador de servicios implica el conocimiento efectivo de que las obras o prestaciones que aloja o a las que redirecciona se están ofreciendo irregularmente sin la autorización de los legítimos titulares de derechos.

El conocimiento efectivo, elemento exigido en los artículos 14 a 17 LSSICE que regulan la responsabilidad penal, civil y administrativa de los prestadores de servicios, ha sido interpretado por una consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que dicho conocimiento puede adquirirse tanto con la notificación de una resolución dictada al efecto por órgano competente para ello como a través de una comunicación expresa del afectado o, incluso, por la mera constancia de la ilicitud cuando sea evidente por sí misma. En atención a ello, la apreciación de la concurrencia de este elemento por los Sres.

Fiscales habrá de hacerse, en cada supuesto concreto, de acuerdo con criterios ordinarios de valoración del material probatorio.

11.^a La actividad que desarrollan los motores de búsqueda, consistente en rastrear automáticamente la red para indexar, sin previa selección de los mismos, todos los contenidos disponibles con el objetivo de ofrecerlos debidamente ordenados y sistematizados a los internautas constituye, en principio, un claro ejemplo de actuación meramente técnica y neutral, por lo que, aun cuando eventualmente pudieran facilitar el acceso a contenidos irregulares, tal conducta resultaría atípica al no concurrir los elementos exigidos por el tipo penal.

No obstante, cuando por cualquiera de los medios indicados en la conclusión anterior el responsable del motor de búsqueda tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que redirecciona, vendría obligado, conforme al artículo 17.1b) LSSICE, a suprimir o inutilizar el enlace a dichos contenidos irregulares para exonerarse de una posible responsabilidad civil administrativa o incluso penal –si concurren el resto de los requisitos del tipo delictivo– derivada de esa conducta.

12.^a La actividad que desarrollan los prestadores de servicios de la sociedad de la información será perseguible penalmente cuando concurren los presupuestos legales para ello, aunque los enlaces que ofrezcan al público hayan sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios (art. 270.2, inciso último), ya que tal circunstancia no varía la naturaleza de actividad de intermediación realizada por el responsable de la página al facilitar el acceso irregular a contenidos con la finalidad de beneficiarse económicamente en perjuicio de tercero.

Ello no obstante, habrá de analizarse la eventual responsabilidad criminal en que pueden incurrir estos *uploaders* e incluso la de quienes con ellos colaboran, grabando la obra en la sala de cine u obteniéndola irregularmente por cualquier otro medio. Cuando unos y otros actúan concertadamente con el prestador de servicios, y en consecuencia obtienen una contraprestación económica por su actividad o una participación en los beneficios derivados de la ilícita explotación de esas obras y prestaciones, ha de entenderse que participan activamente en la actuación criminal por lo que se harán acreedores de sanción si concurren el resto de los requisitos que exige el tipo penal. Por el contrario, la mera subida de contenidos protegidos efectuada por el *uploader* con la única finalidad de hacer posible su disfrute por otros internautas resultará atípica –salvo que la obtención de los mismos constituya por sí sola un delito– toda vez que la acción del *uploader* no vendrá presidida por el elemento subjetivo que exige el tipo penal.

13.^a En los apartados a) y b) del nuevo artículo 270.5 se sancionan las conductas de exportación, almacenamiento e importación, anteriormente tipificadas en el artículo 270.2. La actual regulación acota expresamente la trascendencia penal de estos comportamientos al incorporar como requisito del tipo el elemento finalístico de que las obras exportadas, importadas y/o almacenadas estén destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente. Esta modificación, que supone una mejora técnica, no varía la interpretación que de estas conductas se hizo en la Circular 1/2006.

14.^a El nuevo artículo 270.6 castiga determinadas conductas relativas a la fabricación o puesta en circulación de cualquier medio apto para la supresión o neutralización de medidas tecnológicas de protección. Se introducen dos novedades:

En primer término, se sustituye la exigencia –contemplada en el antiguo artículo 270.3– de que el dispositivo o componente esté específicamente destinado a la inutilización o neutralización del sistema protector por la de que el mismo esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con esa finalidad, lo que facilitará, sin duda, la aplicación de esta figura.

De otro lado, se delimita el alcance de la aplicación del tipo penal en los supuestos de posesión de estos medios o instrumentos, exigiendo que la misma tenga finalidad comercial.

15.^a En los nuevos tipos penales previstos en los apartados c) y d) del artículo 270.5 se sancionan determinados actos de eliminación, modificación, elusión y facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, hasta ahora únicamente contemplados en la legislación civil (art 160.1).

El apartado c) del artículo 270.5 tipifica como delito autónomo lo que no es sino una forma de colaboración en un posterior ilícito de vulneración de los derechos de propiedad intelectual sancionable por los párrafos 1.º y 2.º del mismo art 270 CP.

Ello explica que en esta figura no se exija la concurrencia del ánimo de obtener un beneficio económico, bastando con que el dolo abarque el conocimiento de que esa acción va a servir para la ejecución de actividades de vulneración, más o menos concretadas, de derechos protegidos.

La eliminación de las medidas tecnológicas de protección de películas, libros o videojuegos para que otros –generalmente los administradores de páginas web de enlace o de alojamiento– exploten económicamente esas mismas obras encajará plenamente en este tipo penal.

16.^a El apartado d) del artículo 270.5 sanciona a quien, de forma genérica, pone a disposición de terceros un método, herramienta o instrumento que les permita acceder a obras y prestaciones protegidas y explotarlas ilícitamente o bien, personalmente, hace ineficaces las medidas tecnológicas establecidas para, de esta forma, hacer factible el acceso a las mismas por parte de otras personas. El autor de esta conducta se desvincula de las ulteriores actividades vulneradoras y por ello el tipo penal exige, para su tipicidad que se actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. La conducta de quienes, a cambio de un precio, *hackean* videoconsolas para la instalación de juegos piratas o los tutoriales remunerados sobre esta materia, que con frecuencia se ofrecen en Internet, constituyen buenos ejemplos de este tipo de actuaciones.

17.^a En el nuevo artículo 270.3 CP se regulan las medidas que pueden adoptarse en el curso del proceso para proteger los intereses y derechos de las víctimas y evitar que se perpetúen en el tiempo los efectos del delito.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar y también como definitivas al dictarse sentencia.

Aun cuando el Legislador se refiere expresamente a las medidas de retirada de obras o prestaciones, de interrupción del servicio de prestación que difunde exclusiva o preponderantemente esos contenidos y de bloqueo de acceso a los mismos, el precepto habilita al Juez para acordar, con esa finalidad, y con carácter cautelar, cualquier otra que considere oportuna, en clara referencia a las medidas cautelares relacionadas en el artículo 141 LPI, y a las que se remite el artículo 143 del mismo texto legal cuando contempla la posibilidad de adopción de medidas cautelares en causas criminales.

18.^a Las medidas cautelares se encuentran sometidas al régimen general de adopción de medidas provisionales que, por propia naturaleza, son facultativas y únicamente deben acordarse cuando resulten justificadas para proteger los intereses de los perjudicados y evitar se prolonguen en el tiempo los efectos del delito.

Sin perjuicio de ello, las especiales características de estos delitos y la potencialidad que ofrecen las TICs para la difusión de contenidos, hacen de plena actualidad las indicaciones realizadas al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor los Sres. y Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia en la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.

19.^a Las medidas de interrupción de la prestación del servicio y de bloqueo de acceso al mismo, participan de una misma naturaleza. La diferencia radica en que la interrupción del servicio supone la clausura de la página infractora que se encuentre en nuestro país y el bloqueo procederá cuando la página infractora se encuentre ubicada fuera de España. En este último caso serán los prestadores nacionales de servicios de internet los que colaborarán para impedir que desde nuestro país pueda accederse a esa página localizada más allá de nuestras fronteras.

Las notas de excepcionalidad, reiteración de conductas y proporcionalidad, eficiencia y eficacia que exige el precepto para la adopción de la medida de bloqueo fácilmente concurrirán en la generalidad de los supuestos en que se estime necesario acudir a esta solución. Así, en cuanto a la reiteración, no ha de olvidarse que la persistencia en la actividad ilícita es una de las características de este tipo de delitos y, en cuanto a las restantes, es evidente que en los supuestos en que la página infractora radique fuera de nuestras fronteras, el bloqueo será la única medida posible para evitar que en nuestro país se sigan produciendo los efectos del delito.

20.^a Los beneficios del artículo 270.4 únicamente serán aplicables a las conductas sancionadas en el artículo 270.1 y en los distintos apartados del artículo 270.5. El Legislador ha excluido su aplicación en los supuestos del artículo 270.2, lo que es plenamente coherente con el efecto multiplicador que ofrecen las TIC, s y, en consecuencia, con el mayor potencial lesivo para los derechos protegidos cuando la vulneración se produce a través de los servicios de la sociedad de la información.

21.^a En los procedimientos por hechos ilícitos de esta naturaleza, los Sres. Fiscales deberán solicitar, como consecuencia accesoria, el comiso de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos utilizados para su ejecución de conformidad con el artículo 127 CP. En ocasiones esta medida coincidirá con las de retirada de contenidos o interrupción del servicio a que se refiere la conclusión 17.^a

Ha de recordarse asimismo que los delitos contra la propiedad intelectual están incluidos entre los que pueden dar lugar al decomiso ampliado, al decomiso sin sentencia y al decomiso de bienes de terceros (arts. 127 bis a 127 octies en su actual redacción) y también que es posible la destrucción anticipada de estos efectos en las circunstancias y condiciones previstas en el artículo 367 ter 3.º LECrim.

22.^a El artículo 272 CP deriva la determinación de la responsabilidad civil por estos delitos a los preceptos de la LPI sobre cese de la actividad ilícita (art. 139) e indemnización de daños y perjuicios (art. 140).

A fin de asegurar la satisfacción de las responsabilidades civiles, los Sres. Fiscales instarán la adopción de las medidas cautelares necesarias para ello, tanto las previstas en los artículos 139 y 141 LPI como las genéricas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Revista de libros

DELLA CASA, Franco/GIOSTRA, Glauco: *Ordinamento penitenziario. Commentato*. 5.^a ed., a cura di Franco Della Casa. Wolters Kluwer CEDAM. Padova, 2015, 1423 páginas

En 1997, veinte años después de la aprobación de la ley penitenciaria italiana por la ley de 26 julio de 1975 n. 354, los profesores Vittorio Grevi, ordinario de Procedura Penale en la Facultad de Giurisprudenza de la Universidad de Pavía, Glauco Giostra, ordinario de procedura penale en la Facultad de Giurisprudenza de la Universidad La Sapienza de Roma y Franco Della Casa ordinario de procedura penale en la Facultad de Giurisprudenza de la Universidad de Génova, publicaron su primera edición del *Ordinamento penitenziario commentato*, con la pretensión de ofrecer un estudio integral de la ejecución penitenciaria con el formato de unos comentarios legislativos.

Desde entonces dicha obra ha sido puntualmente actualizada para recoger las novedades legislativas más relevantes en sendas ediciones de 1999, 2006, 2011 y finalmente en 2015, si bien en estas dos últimas sin contar con la colaboración del profesor Vittorio Grevi, cuyo lamentable e inesperado fallecimiento se produjo en 2010.

De esta manera la obra ha ido creciendo siguiendo el desarrollo y evolución de la propia legislación penitenciaria italiana recogiendo sus sucesivas reformas, dirigidas unas veces a fomentar el tratamiento reeducativo al facilitar la aplicación de las figuras legales previstas para dicho cometido, como la ley de 10 de octubre de 1986 que amplió el acceso a todas las figuras penitenciarias, así como otras veces, especialmente a partir de los años noventa, en sentido inverso, es decir, precisamente para restringir su alcance en el ámbito de la criminalidad organizada a través del criticado artículo 41 bis *ord. penit.* por el retroceso que supone en la defensa de las garantías individuales.

No se puede considerar esta obra de unos comentarios legislativos al uso, ya que en ellos a través de un detallado repaso de la normativa penitenciaria artículo por artículo, se realiza una exhaustiva reflexión sobre las posiciones más relevantes de la doctrina y jurisprudencia italiana, que siempre nos ha deleitado con sólidos y rigurosos argumentos, ya que el propósito sobrada-

mente alcanzado es no limitarse a realizar una interpretación académica del texto legal, sino construir un sistema donde todas las figuras legales tengan su acomodo y coherencia especialmente en una legislación tan afectada por injustificados, y a veces, caprichosos cambios legislativos.

De esta manera cada artículo comentado va acompañado de un extenso estudio sistematizado con referencias doctrinales y citas jurisprudenciales tanto de la Corte de Casación, como de la Corte Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que unido a la utilización de una cuidada redacción y de un uso didáctico de la escritura, consigue destacar los conceptos esenciales más significativos para facilitar la lectura y la comprensión de la legislación penitenciaria.

La obra se divide en dos partes, precedidas del texto de la Constitución italiana de 1947 y de la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa aprobado en Roma en 1950. En la primera parte se recogen las normas del ordenamiento penitenciario italiano y de ejecución de las medidas privativas y restrictivas de libertad divididas en dos títulos formados por el tratamiento penitenciario y la organización penitenciaria; en el primero de ellos se destacan las normas generales relativas a los derechos de los internos, las prestaciones, el régimen y el tratamiento, y en el segundo las disposiciones relativas a la organización interna de los institutos penitenciarios, el magistrado de vigilancia y sus procedimientos y las instituciones externas. En la segunda parte se recoge una selección pormenorizada de normativa complementaria formada por diversas leyes que han reformado el propio *ordinamento penitenziario*, el código penal o el código de procedimiento penal. Finalmente se completa la obra por un apéndice donde se recogen una selección de normas nacionales estrechamente vinculadas a la legislación penitenciaria como las relativas a la policía penitenciaria o la figura del Garante de derechos de las personas detenidas o privadas de libertad, así como de otras de carácter internacional como las reglas penitenciarias europeas, entre otras.

El sistema penitenciario italiano ha vivido en los últimos años complejas situaciones tanto en lo referente a las reformas legislativas como a la situación real de las prisiones, y todo ello en el *Ordinamento penitenziario commentato* de los Profesores Franco Della Casa y Glauco Giostra es objeto de reflexión crítica y de una toma de postura siempre garantista y de defensa de los derechos fundamentales. En relación a las reformas normativas la legislación antimafia ha corrido igual suerte que la legislación española en relación a terrorismo y delincuencia organizada, creando un cumplimiento estrictamente punitivo y desprovisto de cualquier aliciente para la reinserción social. Por su parte, en relación a la situación real de las prisiones, después de años de un crecimiento desbordado de la masificación, pese al recurso de contravertidos indultos utilizados dirigidos a descongestionar los centros penitenciarios, se llegó a una indigna y humillante situación carcelaria, a decir de los autores de la obra, que culminó con la sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de 8 de Enero de 2013 que condenó a Italia por vulneración del

artículo 3 del Convenio por entender como trato inhumano y degradante la estancia de siete presos en un espacio inferior a tres metros cuadrados.

No por esperada fue menos duramente recibida la sentencia de Estrasburgo, al reconocer la alarmante masificación y la situación de los establecimientos carcelarios italianos, por eso cuando los autores de la obra defienden el absoluto respeto a los derechos fundamentales de los internos y el uso de las alternativas legales para dar cumplimiento al mandato constitucional, están materializando el sentir de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que apuestan por una ejecución penitenciaria garantista.

Son muchos los temas comunes que nos acompañan a la ejecución penitenciaria italiana y española, como es el caso del ya mencionado endurecimiento en el cumplimiento penitenciario de los internos terroristas y del entorno de la delincuencia organizada, la expulsión de extranjeros como respuesta a la inmigración ilegal, las preocupaciones por la asistencia sanitaria, especialmente a drogodependientes, pero también hay figuras en las que la legislación penitenciaria italiana puede ser un modelo a seguir por la legislación española como es el recurso de la semilibertad para mujeres presas, impidiendo con ello la estancia de niños que acompañan a sus madres en prisión.

En una obra de estas características, que además de extensa, recoge de una manera detallada y minuciosa numerosas y recientes opiniones doctrinales y jurisprudenciales, junto a los autores aparecen un elenco de colaboradores que participan en la revisión, anotación y búsqueda bibliográficas, obteniendo con ello como resultado un magnífico material de consulta y estudio que todo estudioso de la ejecución penitenciaria debería tener en cuenta.

En definitiva, esta obra es de sumo interés para los investigadores españoles porque la legislación penitenciaria italiana ha sufrido una evolución similar a la española, por eso la interpretación pormenorizada del texto legal unida a la valoración crítica de los pronunciamientos judiciales, especialmente de la Corte Constitucional, hacen de ella un instrumento indispensable del estudio de figuras que han causado tanta controversia en nuestro sistema penitenciario como la restricción de los beneficios penitenciarios, el alcance de las medidas alternativas a la prisión, la relevancia penitenciaria de la peligrosidad, o la lamentablemente recién incorporada prisión permanente revisable.

VICENTA CERVELLÓ DONDERIS

Catedrática acreditada de Derecho Penal
Universidad de Valencia

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: «Prisión perpetua y de larga duración. Régimen jurídico de la prisión permanente revisable». Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, 321 páginas

I

La profesora Vicenta Cervelló, catedrática acreditada de Derecho penal en la Universidad de Valencia y destacada penitenciaria, acaba de publicar un necesario, contundente y excelente libro dedicado a la figura de la prisión perpetua revisable, introducida en nuestra legislación punitiva por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Su actualidad y rigor expositivo convierten a la presente obra en algo imprescindible para entender el giro sancionador que ha experimentado nuestro sistema de penas y lo excepcional de dicha sanción en el panorama comparado, en contra de lo que equivocadamente se piensa. Monografía pues de referencia desde este momento, bien escrita y clarificadora, merece ser tenida en cuenta como una de las aportaciones más valiosas recientemente dadas a la luz en nuestro campo. No es la primera ocasión en que la profesora Cervelló despunta en la materia penológica y penitenciaria. De hecho, su conocido manual acerca del Derecho Penitenciario, en su 3.^a ed. en 2012 (Tirant lo Blanch. Valencia), es un buen referente.

Consta el texto de dos partes perfectamente diferenciadas, descritas en el título: la que se refiere al contexto de las penas de larga duración (págs. 17 y sigs.) y la que atañe propiamente a la prisión perpetua o permanente revisable (págs. 173 y sigs.). Ambas componen un conjunto de diez capítulos escritos con brevedad y concluyentes en la información que proporcionan y resultados obtenidos. Desembocan las dos en las severas y contundentes dudas más que razonables, con argumentos, que tal prisión suscitan en la autora, líneas pensadas desde el equilibrio y el sentido común, cuyo soporte es su amplio bagaje científico.

Metodológicamente, parte la profesora Cervelló de una serie de preguntas didácticas que se hace en relación al trascendente asunto que trata y que van desde la motivación del legislador al introducir tal pena, su posible recorrido constitucional, los confusos criterios de excarcelación y revisión, en su caso, y la ejecución penitenciaria de la misma (pág. 12). Tales interrogantes tendrán cumplida e inteligente respuesta, como es lógico, al final de la obra (págs. 305 y 306), después de haber contemplado en su integridad los interrogantes planteados y llegar a la solución procedente. Y todo ello con un estudio previo y detallado de los antecedentes, Derecho comparado y, en fin, de los múltiples problemas que tal nueva sanción, la prisión permanente revisable, presenta. Solo conociéndola bien, como demuestra la autora, se puede afrontar su comprensión, lúcida exposición y su crítica.

II

La monografía se inicia con la actual dialéctica entre resocialización e incapacitación, como señala la profesora de Valencia, marcando los extremos

de la polémica presente (págs. 23 y sigs.). Con cita de la mejor doctrina, especialmente clásica, Vicenta Cervelló detecta un retroceso represivo claro en las recientes modificaciones legislativas y por ello procede, a lo largo de su escrito, al análisis metódico de sus postulados y objetivos. Y el inicio no podía ser otro, metodológicamente, que el detenerse, con la máxima solvencia, en nuestros antecedentes codificados (págs. 44 y sigs.) hasta llegar a la vigente Constitución. La mención de perpetuidad en las condenas históricas no fue más que una concesión a la retórica en el siglo XIX, nominalmente erradicada en el primer texto penal del nuevo siglo, el de Primo de Rivera, cita legal que, además no se correspondía con la efectividad real de tal castigo intemporal. Nunca más volvió a caer el legislador en la tentación de recoger en el articulado de los diferentes Códigos penales que se sucedieron la infructuosa mención de la prisión permanente o de por vida. Los tres textos siguientes, adscritos a las respectivas dictaduras españolas, el citado, de 1928, y los franquistas de 1944 y 1973, no contemplaban tal sanción aunque sí, como es obvio, la pena de muerte.

Si excelente es el anterior recorrido por nuestro devenir legislativo el mismo calificativo me merece el que efectúa Vicenta Cervelló por el Derecho comparado (págs. 59 y sigs.). Cuatro ordenamientos merecen su atención: Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos. Esclarecedor en donde los haya, su estudio viene a demostrar cómo nunca se lleva en todas sus consecuencias el encierro de por vida señalado en las leyes, con la excepción rigurosa de cuanto sucede en la última nación citada donde la delincuencia, estadísticamente, no sufre variación apreciable en menos con la presencia de la pena de muerte o la cadena perpetua. Todos los países citados contemplan mecanismos de reducción del castigo que estamos tratando, algo reclamado incluso constitucionalmente por sus respectivos Tribunales supremos de garantías (Alemania e Italia) cuando han tenido que pronunciarse al respecto, que no llegan a declarar tajantemente la inconstitucionalidad de tal pena siempre que se pueda compatibilizar con la reinserción del penado. Adelanto que esta puede ser la postura de nuestro máximo órgano jurisdiccional cuando tenga que resolver en tal sentido. Después de este estudio, la profesora Cervelló se adentra en la normativa internacional con la misma solvencia. Su información es completa y aleccionadora.

Después de tratar del encaje de la pena perpetua revisable en el conjunto convencional de los principios penales al uso (págs. 109 y sigs.), al choque entre reinserción social y perpetuidad dedica atinadas reflexiones la profesora de Valencia (págs. 130 y sigs.). Es así objeto de atención el artículo 25.2 CE. Yo lo escribí y, a través, del Ministro de Justicia de entonces, Landelino Lavilla, se hizo llegar a los parlamentarios redactores de la Norma de 1978. Igual hice con el trascendental artículo 15, que suprimía la pena de muerte. Conozco bien sus orígenes y su sentido. Tanto aquél precepto, como sus concordantes 1 y 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de un año posterior, también debidos a mi pluma, partían de la ideología punitiva de la prevención especial y, en consecuencia, de la factible recuperación para la sociedad de los delincuentes. Su literalidad es terminante y en un momento saturado de atentados criminales y

convulsión carcelaria, cual fue el de la transición a la democracia, el mantenerlo y defenderlo fue un logro que no puede desvirtuarse hoy. Por eso las «razones» del actual legislador para introducir la pena carcelaria perpetua, perfectamente descritas y no seguidas por Vicenta Cervelló (págs. 173 y sigs.) no pueden ser convincentes. Nuestra ley penal ya contenía una dureza evidente y, en mi opinión, suficiente en cuanto a extensión temporal de las sanciones criminales: 40 años en los supuestos de concurso real, los más graves; a ello ha de añadirse la erradicación, desde el CP vigente, de la redención de penas por el trabajo. Ello y el cumplimiento severo, en régimen cerrado o departamento especial, aplicable a los reos con peligrosidad criminal, como dice la norma penitenciaria, se me antojan bastantes para definir una ejecución necesaria pero adecuada a la proporcionalidad punitiva.

III

A la dureza de la prisión perpetua revisable, cuya duración en años mínimos de cumplimiento se reflejan en el cuadro recogido por la autora en su excelente libro (pág. 193), se suma la indefinición penitenciaria. La profesora Cervelló trae a colación en su obra los problemas que se derivan de la misma, desde un punto de vista técnico, acorde con la legislación premial en vigor, que nadie ha derogado. Además de cuanto se indica referido al tercer grado, a los permisos de salida o a la libertad condicional, todo magníficamente expuesto (págs. 195 y sigs.), hay que atender al sentido histórico de permanente dedicación de Instituciones Penitenciarias a los internos. Prisiones parte de la base, desde los arsenales de Marina, cuando nuestro Derecho penitenciario era militar, pasando por toda la posterior evolución hasta llegar a la época reciente, de actuar equilibradamente en cuanto al merecimiento del castigo interno y a las recompensas a los reclusos. La esperanza de una liberación, anterior a la estricta duración de la pena señalada en la sentencia, ha marcado nuestro penitenciarismo desde siempre. Ignorarlo es desconocer la esencia del mismo y adentrarse en un territorio peligroso para la estabilidad de nuestros centros.

Precisamente, por este rigor nuevo, Viventa Cervello, elabora una serie de soluciones legales que pueden acortar el prolongado tiempo de estancia en prisión, es decir afronta la parte de revisión que tiene la institución ahora creada (págs. 291 y sigs.). Especialmente nos recuerda los medios de excarcelación, excepcionales en verdad y, por lo tanto, no aplicables a todos los penados, vías que son concordantes con los reglamentarios beneficios penitenciarios: el derecho de gracia particular y los motivos humanitarios que pueden suspender la pena o adelantar la concesión del tercer grado o la libertad condicional.

La sensata prudencia y la firme convicción marcan las respuestas a los interrogantes planteados por la profesora de Valencia en las primeras páginas de su obra y que he mencionado en esta reseña. Nada está muy claro en

este tema de la prisión perpetua revisable ni presenta fácil solución, fundamentalmente todo lo referido a la ejecución de la misma, a su levantamiento o a sus motivos, puramente simbólicos (pág. 305). Con razón, nada satisface a la autora que nos ha ofrecido un libro impecable sobre la materia en discusión, escasa y minoritariamente defendida por la doctrina española, sí recientemente por Jaén Vallejo/Perrino («La reforma penal de 2015». Dykinson. Madrid, 2015, págs. 32 y sigs.), sin apoyo histórico ni justificativo real.

Una completa bibliografía cierra el presente libro que se erige, en mi criterio, en uno de los superiores de los dedicados a este tema entre nuestra más reciente doctrina científica.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

TOMÁS-VALIENTE, Quico/PARDO, Paco: «La justicia y sus puñetas». Plaza Janés. Barcelona, 2015, 382 páginas

Los autores, esencialmente periodistas de Tribunales y abogado, además, el segundo de los citados, acaban de dar a la luz su segundo libro, referido, más o menos, a lo que podríamos denominar acontecimientos, sucesos y desatinos judiciales, objeto estos últimos, precisamente, del texto publicado en esta misma casa editorial en el año 2001. De hecho, siguiendo el primer modelo, el actual escrito se subtitula «Nueva antología del disparate judicial». Y así ahora, en once capítulos, se desglosan situaciones personales de nuestros juzgadores y actuaciones jurisdiccionales en ocasiones incomprensibles de nuestros tribunales, muchas de las mismas corregidas por las instancias superiores, pero que indican el inicial desacierto, por uno u otro motivo, de los jueces o magistrados ponentes o responsables de las resoluciones. El nombre del libro responde, se nos dice, no solo al bordado blanco que al final de las mangas de la negra toga acompaña al cargo, sino que alude a lo puñeteras que resultan, muchas de las veces, las decisiones tomadas en el ámbito judicial (págs. 13 y 14) que fundamentalmente desconciertan a la opinión pública en general.

El repaso que se efectúa por diversos asuntos es significativo de los errores de juicio cometidos o de las actitudes adversas al sentido común observadas con sagacidad por los escritores. Es verdad que la monografía se detiene, siempre en un tono amable, en algunos de los fallos humanos del sistema, en la apreciación, en el fondo siempre particular, de determinados titulares encargados de administrar justicia, y que las incontables sentencias ajustadas formalmente a Derecho y a la verdad material no se recopilan. Pero el actual libro es el que es y lo que no cabe duda es que las ocurrencias que se transcriben han sido ciertas y merecedoras de ajustada crítica. De igual manera la valoración que se hace por Tomás-Valiente y Pardo de todo lo que rodea nuestra Administración de Justicia, como no podía ser de otra manera, no contiene un juicio negativo global de la misma. Solo determinados acontecimientos se sitúan en el ojo del huracán de los atentos investigadores que ahora nos los dan a conocer sin encono y más bien como anécdota, desgraciada desde luego, pero en modo alguno significativamente inmersa en el deterioro del prestigio de nuestra justicia, cosa no pretendida por los autores y que, además, les conduciría al fracaso.

II

Los apartados del presente texto abarcan muy variadas cuestiones, que en su conjunto no puedo referir, optando por la selección, primando en unas la actitud de rechazo a concretas manifestaciones judiciales, en otros el análisis del comportamiento de determinados jueces, en unos terceros el repaso del funcionamiento de determinadas instituciones, así como, en fin, ciertos aspectos de juicios muy conocidos o de personajes protagonistas de los mismos.

Todo está escrito con envidiable soltura, de manera inteligible para el gran público, que es para quién va destinado esencialmente el libro, amén de ser útil para entretenimiento de los profesionales, sin perjuicio de errores de concepto en algunas de sus páginas, como cuando se sorprenden los autores en la no apreciación por la Sala de la agravante de alevosía en una violación (pág. 18), incompatible con este hecho criminal desde una interpretación centenaria al no tratarse, en puridad, de un delito «contra las personas» (es decir, homicidio y sus formas y lesiones), como reza el precepto, sino contra la «libertad sexual». En el mismo sentido yerran cuando en un caso de hurto de uso de una lancha motora, que no es vehículo de motor a efectos penales, aprueban la absolución del reo al pretender darse solo un paseo (pág. 106), pues al tratarse de una cosa mueble como las demás es indiferente la utilización posterior y el tiempo de disposición. Tampoco es correcta la fecha, que repiten, de la solemne apertura de Tribunales, que fijan en junio (págs. 172, 173 y 175), cuando es evidente que tal solemne acto tiene lugar siempre en septiembre, equivocación a todas luces menor.

Inexacto es asimismo el atribuir la inspiración del vigente Código penal, de 1995, al escandinavo (pág. 207) pues, por lo que alcanzo a recordar -y en la Comisión de reforma estuve- poco utilizamos ese texto y más bien nos inclinamos por los habituales (alemán e italiano), incluyendo el francés y las directivas del Consejo de Europa para lo referente, entre otros, a los delitos societarios y de corrupción; asimismo, impreciso es incluir entre los delitos competencia del tribunal del jurado el infanticidio (pág. 382), desaparecido hace tiempo de nuestra ley penal.

Por el contrario, aciertan plenamente y con rotundidad cuando rechazan enérgicamente la teoría de la conspiración en los atentados del 11-M o critican la actuación de determinada jueza, ahora inhabilitada por otra causa (pág. 179).

Hablando de los delitos contra la libertad sexual, los autores relacionan una serie de casos que, según su criterio, vienen a demostrar un pensamiento machista y retrógrado en variadas sentencias, siempre corregidas por el Tribunal Supremo. Supuestos que son claras agresiones sexuales, se han minimizado con argumentos tales como ser la víctima chica «de vida fácil» y promiscua (págs. 34 y sigs.) o la costumbre en una familia de nudistas donde el abuelo realiza indiscriminados tocamientos a los niños (págs. 51 y sigs.). Tampoco comprenden Tomás-Valiente y Pardo la impunidad, por falta de pruebas, que se detecta en los supuestos de yacimientos con mujeres empleando el autor la denominada «droga del amor» que anula la voluntad de las víctimas (págs. 57 y sigs.). Por cierto, el personaje mencionado en estas líneas acaba de ser condenado, julio de 2015, a largos años de cárcel. Desde un punto de vista técnico es de reseñar la sentencia del Tribunal Supremo que ante la frase de una persona, dirigida a un niño que no hacía más que molestar, de que le iba «a dar por culo», mientras le llevaba a su domicilio, determinante para la Sala de instancia de tentativa de agresión sexual, condenó finalmente por detención y amenazas, poniendo un ejemplo meridiano y pedagógico: conducir a una persona a un lugar apartado y decirle

que va la va a matar no es tentativa de homicidio, sino que integra aquél hecho delictivo contra la seguridad y la libertad (pág. 33).

De igual manera los autores significan otras sentencias disparatadas como las que condenan a un hombre por delito sexual, por encontrarse esperma en el ano de un menor, cuando estaba vasectomizado hace años (págs. 78 y sigs.); la que niega los malos tratos de género pues la mujer no daba el tipo de maltratada al vestir a la moda con complementos variados (págs. 85 y sigs.), pues como dicen los cronistas de tribunales «si bien vestida la ves, maltratada no es», en fin, la que decide la custodia compartida de un perro en el caso de separación conyugal (págs. 120 y sigs.).

Los «jueces estrella y estrellados» configuran un extenso lugar en el libro de Tomás-Valiente y Pardo. No podía de ser de otra manera pues su trascendencia merecía este apartado. Todos los que han saltado a la opinión pública en los últimos años están relacionados. Entre los más conocidos, Garzón ocupa el lugar preeminente (págs. 139 y sigs.). Biográfica y judicialmente está bien estudiado, así como su encumbramiento y caída irreversible. Con posterioridad vuelven los autores a tratar de él al hacer un paralelismo, muy discutible, con Belloch (págs. 203 y sigs.) donde el ego y la ambición de uno y otro chocan irremediamente. También es de destacar el apartado de la pugna jurídica que efectúan respecto al juez Castro y al fiscal anticorrupción Horrach en el asunto del procesamiento de la Infanta Da. Cristina (págs. 182 y sigs.), correctamente tratado y reconociendo que el magistrado ha saltado a la fama al final de su carrera, por la entidad del caso y su persistencia instructora, pero no se ha servido de ella (pág. 189). El duelo recogido en estas páginas ha tenido, de momento, un ganador, el juez Castro, al decir de los autores del presente libro (pág. 205).

III

Los procesos y condenas a los denominados famosos también tienen su lugar en el libro de Quico Tomás-Valiente y Paco Pardo (págs. 253 y sigs.). Estas páginas, que comienzan con el lejano sumario por delito fiscal contra Lola Flores y se alargan hasta la más reciente actualidad, con los casos de Farruquito, la Pantoja u Ortega Cano, se dedican fundamentalmente al gran público. Aunque el seguimiento es pertinente, un aroma de prensa rosa impregna determinados pasajes, lo que lógicamente no sucede en otros apartados. En todo caso, el tratamiento de estos casos revela, de hecho, una gran profesionalidad de los autores pues tratan los asuntos desde una óptica legal, sin perjuicio de otras consideraciones. Después de esta compilación de sucesos protagonizados por los personajes del corazón, el texto vuelve a temas más jurídicos.

El hilo conductor retomado se centra en muy diversa temática, tal como la referente a los desahucios (págs. 289 y sigs.), a los errores detectados, anterior o posteriormente, de tribunales y jurados en crímenes muy conoci-

dos (págs. 315 y sigs.), como por ejemplo, entre otros, los casos Mari Luz Cortes o Costa Polvoranca, o al tribunal del jurado (págs. 337 y sigs.), donde no se escatiman críticas por sus resoluciones, en ocasiones, no ajustadas a Derecho, por la existencia de graves equivocaciones en la apreciación de la prueba o de la culpabilidad del sujeto y ello, en ocasiones, por la existencia de juicios paralelos de la opinión pública o los medios, el entorno amenazador o los propios prejuicios de los componentes del tribunal popular (pág. 338) de los que son muy difícil librarse.

Sin bibliografía final, que ciertamente no sé si es necesaria en escritos de este tipo, aunque nunca sería superflua, el libro de Tomás-Valiente y Pardo acaba con dos páginas (las 381 y 382) que constituyen un glosario judicial popular, pues es muy elemental, referido a la sucinta explicación de nuestros tribunales y organismos dedicados a la Administración de Justicia, así como al sucinto contenido de algunos de los recursos que, contra las sentencias, pueden interponerse, datos que juzgo innecesarios pues están en el acervo general de la ciudadanía. Esta minucia no obsta, claro está, a lo muy aceptable de la monografía que sazona, con respeto y sentido del humor y buenos relatos, situaciones reales y no muy difundidas de nuestra justicia y de sus protagonistas.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

MATA Y MARTÍN, Ricardo: «Fundamentos del Sistema Penitenciario». Tecnos. Madrid, 2016, 298 páginas

I

El profesor Mata, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid acaba de publicar un muy valioso libro de Derecho penitenciario. Ya es sabido que no muchos colegas se dedican a esta rama del ordenamiento jurídicopenal. Con los dedos de la mano caben los meritorios compañeros que a ello hoy se dedican. Desde la obra del catedrático de Sevilla, Borja Mapelli Caffarena, hasta el momento actual, en que el panorama parece cambiar algo, los penalistas prefieren dedicar su tiempo y sus estudiosos a la dogmática. Tan solo unos cuantos textos conforman así el panorama de la disciplina que vendrá a estudiar la pena privativa de libertad.

Entre las últimas monografías se encuentra, y en primerísimo lugar, la presente. Ricardo Mata, procedente del estricto campo penal, se está convirtiendo en un penitenciario de pro. Su cabal dedicación a esta materia tan abandonada secularmente por nuestra ciencia encuentra su reflejo en este excelente libro que sistematiza las instituciones penitenciarias, partiendo de su pasado, y desembocando en toda su problemática actual. A lo largo de sus medidos capítulos lo que se nos presenta, ni más ni menos, de una manera generalista, como el autor indica (pág. 14), es la situación de los sistemas penitenciarios, señalando su previsible futuro. Y para ello el estudio que acomete el profesor de Valladolid es un compendio de conocimientos, sustento de cuanto se expone y se concluye. No propugna el aislamiento social de los internos Mata y Martín; por ello, orienta definitivamente su importante escrito hacia la interrelación sociedad/prisión como método eficaz de reinserción, pensamiento digno de encomio, en la línea de nuestra Ley General Penitenciaria, perfectamente expuesta por el autor a lo largo de la segunda parte de su obra. Los siete capítulos del libro componen, efectivamente, el análisis de un sistema; es decir, el conjunto de materias interrelacionadas que regulan el Derecho penitenciario. Sistema es todo, historia, régimen y tratamiento y de ello trata la presente monografía. Cuando yo hablé en mi lejana tesis doctoral de «Régimen penitenciario de España» sabía bien lo que escribía. Solo había éste y de ahí el título, no incluyendo la palabra sistema, al no existir prácticamente un tratamiento.

II

A tenor del contenido del texto del profesor Mata, podríamos separar su investigación en cuatro grandes apartados. Es el primero el referente a la ciencia penitenciaria y a la teoría de la pena. El segundo se refiere al propio

Derecho penitenciario y a su evolución en nuestro país; el tercero, a la exégesis de determinados aspectos de la legislación vigente, siendo el cuarto el que atañe a asuntos presentes en la realidad carcelaria que dificultan o distorsionan la mención teórica. La lectura de este resumen que acabo de efectuar tendría por sí mismo que suscitar el soberano interés que suscita el libro del autor. Cuando la profundización en su estudio se lleve a cabo, se concluirá en la bondad de la presente aportación científica.

La evolución de la ciencia penitenciaria abre el libro de Mata y Martín (págs. 18 y sigs.) y lo hace con una óptica moderna, seleccionando los acontecimientos y los autores, sin hacer una simple mención recopilatoria de los mismos. El interés de los avances procurados por los mismos es lo determinante. No están todos los sucesos ni los escritores especializados, pero sí los imprescindibles. La integración en el sistema penal de esta ciencia (págs. 54 y 55) es el resultado final de esta primera investigación del profesor de Valladolid. La teoría de la pena es lo que sigue (págs. 61 y sigs.). El repaso es completo. Todas las apreciaciones doctrinales al respecto, al menos las más relevantes, se recogen en este apartado II de la monografía. La prevención especial se alza como la orientación esencial, por constitucional, de las sanciones penales y, en especial, de la privativa de libertad. Las reglas de determinación de las penas también se traen a colación, así como las distintas fases generales de la individualización, donde no puede dejar de mencionarse la específica figura, en nuestro Derecho, del juez de vigilancia penitenciaria (págs. 86 y sigs.).

Los dos siguientes capítulos se centran en el Derecho penitenciario, en su concepto, naturaleza (págs. 105 y sigs.) e historia (págs. 117 y sigs.) hasta desembocar en la Reglas europeas (págs. 167 y sigs.). Es una de las partes más logradas, entre tantas, de la obra de Ricardo Mata. En cuanto al discutido tema de su autonomía, después del pertinente recorrido doctrinal y de recoger la primigenia opinión de Novelli y la reciente postura de Téllez, se decanta el autor, con razón, por dicha característica. En cuanto a lo que denomina «las grandes líneas de avance de los sistemas penitenciarios» (págs. 117 y sigs.), o sea su la historia, tratada en extenso apartado, pienso que la investigación es rigurosa y que atiende a los próceres penitenciarios, especialmente a Lastres en lo que respecta a España. La metodología es clásica, siguiendo a los más destacados autores. Desde la cárcel de custodia a los sistemas norteamericanos todo se contempla, tanto la referencia bibliográfica adecuada cuanto la superior cita de autores extranjeros que han marcado un hito en este campo, mostrándome especialmente de acuerdo en la valoración que se lleva a cabo de la ingente labor del coronel Montesinos, cuando mandó las prisiones valencianas, precursor del sistema penitenciario progresivo de cumplimiento de condenas (págs. 149 y sigs.). He mencionar, en cambio, que echo en falta, hablando de España, de las aportaciones de Cadalso y Salillas, ambos en su doble función de penitenciarios, en tanto funcionarios del ramo, y penitenciaristas, como estudiosos de la materia. El mismo régimen progresivo, plasmado en los Decretos de 1901 y 1913, debidos al primero, no hubiera tenido carta de naturaleza en nuestro país y, respecto al maestro de

Angües, su ideación del sistema tutelar individualizador es claro antecedente del vigente hacia el que se orienta legalmente el tratamiento. Sus trabajos no tuvieron ni tendrán igual en nuestra práctica y en nuestro Derecho. Por otro lado, del mismo modo, desde el respeto y cariño que profeso al profesor Mata, no se puede abordar toda esta problemática sin tener en cuenta la ingente obra de mi discípulo el profesor Sanz Delgado, insuperable donde las haya. Nada obstaculiza lo anterior al reconocimiento que efectúo, en líneas generales, a la gran labor desarrollada en el presente capítulo.

III

El marco constitucional y legal de la legislación penitenciaria se trata a continuación en la completa obra del profesor Mata y se hace, como en un principio programático, partiendo de dos Constituciones y otras tantos ordenamientos: el alemán y el nacional (págs. 175 y sigs.). Efectivamente, la Ley de 1976 y la nuestra de 1979, se ponen en relación con las respectivas Normas supremas y se analizan sus concordancias, concluyéndose en la necesaria y estrecha vinculación de aquéllas con ésta. La preocupación por la salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos está patente en lo escrito. Se reconoce claramente su salvaguarda en los textos penitenciarios, incluso de señalan sus posibles y razonables limitaciones, pero surge la preocupación en el autor en determinados supuestos de «posible lesión» (págs. 186 y sigs.) de los mismos, situaciones extremas como los cacheos o los registros tendentes a la interceptación de sustancias prohibidas. La evaluación de Consejo de Europa como garante de tales derechos en prisión cierra el actual capítulo V.

Mas el apartado que viene a continuación es complemento imprescindible del mismo. El estudio de los principios generales del sistema penitenciario (págs. 199 y sigs.) se elabora partiendo también de las normas jurídicas, de la aplicación jurisprudencial y del sentir doctrinal. Lo primero es cuanto de fundamental tiene este Derecho recogido en sus disposiciones; lo segundo, es su lógico desarrollo. Una serie de postulados esenciales se traen por Mata y Martín a su libro, sistematizando los mismos. El orden se impone. El primer lugar, el principio de legalidad; después, el relativo a los fines de las penas de prisión, que no es otro que el de reinserción social; luego el del control judicial de la ejecución; en cuarto término, lo relativo a los límites de la misma y, por fin, la individualización científica. Todo ello configura la humanidad y modernidad de un Derecho penitenciario. Puede haber más elementos, sin duda, pero lo tratado es su base, de tal forma que sin ellos nada podría decirse en relación a su eficacia legal.

El libro del catedrático de Valladolid se cierra con un último capítulo, el VII, orientado a significar los aspectos más acuciantes, dignos de crítica y dificultosos en la práctica penitenciaria europea (págs. 223 y sigs.). Apartado original y aleccionador por cuanto estudia la extensa problemática de los inconvenientes detectados en el sistema, a los que no siempre se puede dar

respuesta adecuada con una legislación por muy avanza que se nos presente. Cuando la dura realidad se impone, la solución en ocasiones no únicamente depende del imponente marco teórico.

Lo que hace Mata ahora es detenerse en los obstáculos advertidos. La superpoblación de los centros, las deficiencias que puede observarse en la asistencia sanitaria en muchos de sus aspectos o las situaciones derivadas del internamiento y cumplimiento de extranjeros está todo ello verdaderamente bien contado y reflejan un panorama en el que hay que detenerse. Al igual acontece con lo derivado de la privatización de las prisiones (págs. 251 y sigs.) al que Mata dedica unas ponderadas líneas rechazando después tal sistema y es que los establecimientos en manos de particulares a nada bueno conduce, es una usurpación de la precisa función estatal, consagrada en nuestra legislación, y una fuente de enriquecimiento particular en una materia que tiene que estar forzosamente regulada por la Administración que, además, generosamente, no escatima medios al respecto. La referencia a la ejecución penitenciaria de los miembros de las organizaciones criminales, siempre rigurosa, y las experiencias recientes acerca de la intervención de la sociedad en los centros, con postreros ejemplos de cuanto acontece en determinados módulos o programas en los mismos, cierran la obra (págs. 260 y sigs. y 282 y sigs.). En vez recoger la bibliografía al final del texto, el profesor Mata acompaña cada capítulo con un listado de la utilizada para elaborarlo, método ciertamente igual de útil para el estudioso.

El libro de Ricardo Mata es un gran texto de Derecho penitenciario, muy completo y sencillo de leer, con buenas ideas, plagado de sabiduría y elaborado desde la necesaria síntesis de conocimientos, monografía imprescindible para el especialista que se coloca en lugar de preferencia de cuantas se están dedicando en los últimos tiempos a esta materia tan antaño abandonada por nuestra ciencia penal.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

Revista de Revistas

FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel: «La experimentación del sistema del coronel Montesinos, precursor del régimen abierto actual», en *Letras Jurídicas*, núm. 10, 2015, 40 páginas

I

La Universidad de Guadalajara (México) ha publicado en su importante revista dedicada al Derecho el presente trabajo del Dr. Fernández Bermejo, profesor de la UDIMA y funcionario perteneciente al Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, en verdad interesante y digno de la mayor atención por el protagonista histórico de nuestro penitenciarismo a quien está dedicado, y por dar una versión acabada de la imprescindible aportación del ilustre y humanitario militar.

Daniel Fernández Bermejo es discípulo de mi querido discípulo el profesor Enrique Sanz Delgado, y con ello debería estar dicho todo en cuanto se refiere a la bondad intrínseca de su trabajo pues la vocación y la inspiración científica a este último se la debe. Su tesis doctoral alcalaína fue, en este sentido, ejemplar. Premiada después reiteradamente, fue publicada en 2014, por el Ministerio de Interior, bajo el título «Individualización científica y tratamiento en prisión», convirtiéndose de inmediato en una de las mejores muestras recientes de producción literaria penitenciaria española. Publicista destacado a partir de ese momento, nuestro panorama doctrinal se ha enriquecido con sus escritos de manera indiscutible y el que ahora recensiono es una posterior y valiosa muestra. Pero todo se lo debe a Enrique Sanz, que de mí tomo la dedicación a sus pupilos y la enorme pasión penitenciaria que atesora. Sin el buen hacer y la dedicación de su maestro, puede que todo el impulso vocacional de nuestro autor hubiera quedado en agua de borrajas. Que afortunadamente no haya sido así, a su interés y esfuerzo personal se lo

debe y, desde luego, a las enseñanzas generosas y magistrales de Sanz Delgado. Por eso el reconocimiento a la magna obra de este último no se le escapa (pág. 3).

II

El presente artículo de Fernández Bermejo es una amplia puesta al día de los conocimientos respecto al prócer que fue director de las prisiones de Valencia. Manejando la bibliografía dedicada a Montesinos a lo largo del tiempo y profundizando en ella, ha logrado el profesor de la UDIMA un bello producto. Seis apartados y unas conclusiones finales componen el trabajo. El mismo se encuentra dividido, en mi criterio aunque así no se especifica, en dos grandes partes: la que se refiere a la labor de Manuel Montesinos, los tres primeros capítulos (págs. 2 y sigs.) y la destinada a la aproximación al actual sistema abierto de cumplimiento de las penas privativas de libertad, el resto (págs. 12 y sigs.). El carácter claramente histórico se conjuga pues con la situación actual en la meritoria investigación del autor.

La modestia y la entrega a sus reclusos fueron las características del mando valenciano de Montesinos. Las torres del Cuarte, en las puestas de la capital del Turia y, luego, el presidio de san Agustín, conocieron de su labor en pro de los internos. Desde su primer destino en el primero de los centros citados, como comandante-pagador del mismo, hasta su nombramiento, ya coronel, como máximo responsable del denominado presidio correccional. Luego alcanza el cargo de Visitador General de los Presidios del Reino. Fernández Bermejo se fija en su extraordinaria tarea. La invención y puesta en marcha del sistema progresivo de cumplimiento de las penas se resalta como merece (págs. 6 y sigs.), otorgándole la primacía sobre otras fórmulas experimentales y también afortunadas cuales la de Maconochie y Obermayer. Las tres etapas del mismo, hierros, trabajo y libertad intermedia, se resaltan de manera asaz conveniente. Lo valioso de su actuación se comprende mejor si se piensa que esta práctica en la ejecución no tenía respaldo alguno en las leyes penales, que no contemplaban la posibilidad de la excarcelación anticipada como no fuera por la vía del indulto. De hecho, cuando se promulga el Código penal de 1848, pese a las advertencias de Montesinos al respecto, el gran Pacheco, su principal impulsor, se muestra indiferente (pág. 11), no considerando las reflexiones de eximio reformador. Será el Código de 1928 (art. 171) quien venga a establecer, tanto tiempo después, el sistema progresivo dividido en periodos.

La mejor aportación del autor es la relevancia que otorga a Montesinos como precursor del régimen abierto partiendo, precisamente, del último periodo de su creado sistema (págs. 9 y sigs.). Le ha sido fácil deducir la fundamentación al profesor de la UDIMA. A partir del ensayo valenciano se ponen las bases de lo que pronto va a constituir el último grado del régimen progresivo fijado con breve posterioridad en las normas penitenciarias nacionales (Ceuta, 1889 y Decreto de 1901). Del mismo modo, la redacción de los

Reglamentos de 1844, que vienen a desarrollar la Ordenanza del 1834, cuentan con la participación de Montesinos, instrumentos fundamentales para conducir nuestro brillante devenir carcelario.

El estudio de Daniel Fernández Bermejo se centra después, en lo que he denominado segunda parte de su trabajo, en la actualidad del régimen abierto. Analiza sus características y principios esenciales, la normativa de referencia, su evidentes pros originales y sus contras más recientes, en especial las procuradas por la LO 7/2003 y la reciente LO 1/2015 (págs. 31 y sigs.) y las limitaciones que tal pueden suponer. Las modalidades de vida del régimen abierto (págs. 21 y sigs.) y los medios telemáticos «como instrumentos que facilitan la integración social» (págs. 25 y sigs.) se contemplan con claridad y párrafos certeros. Todo bajo la óptica de la bondad de una modalidad de cumplimiento factible y necesaria en nuestro sistema penitenciario, tanto como imprescindible siguen siendo para nuestro acervo doctrinal trabajos como el presente, plenamente documentados, como lo atestiguan las 94 notas a pie de página con múltiple bibliografía, y magníficamente resueltos, pues no era sencillo en una breve investigación enlazar, con singular fortuna y buen hacer, el pasado con el presente.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel: «Un siglo de estudios de Derecho penitenciario comparado en España (ss. XIX-XX)», en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 12 (2015), páginas 679-725

I

La profesora Ramos Vázquez, titular de Historia del Derecho en la Universidad de Jaén, ha publicado en la prestigiosa revista referenciada un excelente artículo de Derecho penitenciario español que no me resisto a reseñar. Destacada científica, de hecho algunas de sus obras, como su libro «La reforma penitenciaria en la historia contemporánea española» (Universidad de Jaén/Dykinson. Madrid, 2013) o su anterior trabajo para el Anuario de Historia del Derecho, «La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho» (2012, págs. 471 y sigs.) alcanzan una excelencia difícil de superar en su campo. Su modestia hace que, precisamente, no se autocite en la bibliografía final (págs. 722 y sigs.), aunque sí lo hace parcialmente, como de pasada, en la nota 1 (pág. 681), cuando, sin lugar a dudas, sus aportaciones son necesaria referencia para los estudiosos.

Siempre me pareció digna de la suprema consideración que un historiador de nuestra ciencia se ocupe del devenir de nuestro ordenamiento carcelario. No todos lo hacen y de ahí mi interés por la obra de Isabel Ramos desde que leí sus primeras investigaciones. Cuando fui miembro del jurado del premio Victoria Kent, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, no dudé en votar el libro que en aquel momento, en plica anónima, editado un año después bajo el título «Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles» (Madrid, 2008), presentó para el prestigioso galardón obteniendo, en decisión unánime, el mismo.

Hay diversas formas de hacer historia penitenciaria. La correcta es adentrarse en los antecedentes, bien sean legislativos o intelectuales, que marcaron el signo del inmediato futuro. De ambas hay magníficas muestras en nuestra ciencia. Mi discípulo, el profesora de Alcalá, Enrique Sanz Delgado, enseña en sus libros la manera más adecuada de hacerlo atendiendo a ambas categorías de fuentes. También lo ha efectuado con extremada corrección la autora en sus anteriores e importantes obras citadas. Ahora se ha detenido en los precedentes doctrinales del Derecho penitenciario español, partiendo de los orígenes del conocimiento que tuvimos de cuanto se hacía y ya se practicaba en el extranjero. La posterior importación a nuestro país es el objetivo de su investigación. Y aquí era imprescindible la mención y el recorrido que tuvieron tales informaciones, el seguimiento o el rechazo que tales nuevas ideas consiguieron en nuestro suelo y en nuestras arcas. Esto, ni más ni menos, es el gran artículo de la profesora Ramos Vázquez en la presente prestigiosa revista y ello es determinante para dar a conocer la aportación nacional, a propios y extraños, en el ramo carcelario, en una época que fue determinante para el porvenir.

II

El artículo consta de siete breves apartados esclarecedores. En ellos aparecen algunos de los principales protagonistas de la reforma penitenciaria española de la etapa contemplada, que sentó el porvenir; nombres ilustres y queridos para cualquier penitenciarista que se precie, otra cosa es que muchos de los pretendidos críticos del sistema, ni siquiera les conocen o les han oído nombrar. El inicio nos sitúa en los prolegómenos del régimen carcelario fundamentalmente en los Estados Unidos (págs. 681 y sigs.), tributario de la obra de ese ser generoso y sacrificado que fue John Howard. Sus libros acerca del horror que se vivía en cárceles y lazaretos por él visitados conmovieron las conciencias. Sus propuestas reformadoras cambian de continente y en las nuevas tierras se desarrollan. Este el comienzo de cuanto luego acontece en este campo en la vieja Europa. Y ese viaje de ida y vuelta es la esencia del trabajo de la profesora de Jaén, así como la primera gran polémica respecto a la elección del régimen penitenciario a seguir: el filadélfico o de aislamiento absoluto o el neoyorquino o auburniano de trabajo en común bajo la regla del silencio (pág. 683), debate que marcó más de un siglo, resuelto de distinta manera según los países receptores del hallazgo.

Surgen aquí las citas de los estudios comparados del momento. Las obras de La Rochefaucault-Liancourt, Tocqueville/Beaumont o Lucas jalanan estas líneas que van dando noticia cumplida en el viejo continente de lo practicado allende los mares, trabajos a los que se incorporan autores como Marcial Antonio López y Ramón de la Sagra (págs. 688 y sigs.), comisionados por el gobierno español al mismo objeto y cuyas publicaciones son determinantes para el comienzo doctrinal de nuestro Derecho penitenciario sistemáticamente analizado. Las propuestas de reforma de un sistema que más era puramente carcelario que no penitenciario, se muestran así después de los viajes y reflexiones respectivas, enmarcados, como dice la profesora Ramos Vázquez, hablando de De La Sagra, en un determinado halo romántico (pág. 692).

Dos nuevos autores se suman a la rigurosa investigación de la autora. Las aportaciones de Francisco Murube y de Andrés Borrego, se nos ofrecen a la vista ahora. Escritor el uno de tratados acerca de las prisiones inglesas y francesas y visitador empedernido el otro de establecimientos europeos de los que nos dio exacta noticia (págs. 696 y sigs.), ambos son fundamentales para el desenvolvimiento de nuestra incipiente ciencia penitenciaria. Estas informaciones son esenciales para el devenir penitenciario nacional. El gobierno de turno, siempre pobre en materia de medios para la Administración de Justicia, pero ilusionado con las reformas pretendidas, se suma a la ilusión de las mismas. Es verdad que faltan años para el despegue definitivo pero, asimismo, también es cierto que de aquel impulso literario surge el resto. Con los presentes apartados 4 y 5 de su trabajo la profesora Ramos Vázquez finaliza la prospección del s. XIX. Si he destacado únicamente la mención de los autores manejados no debe dejarse de lado la exposición del contexto tanto político como legislativo que se lleva a cabo en estas meritorias páginas. Y

además, como no podía ser menos en una reconocida historiadora, la cita a pié de página siempre se hace acudiendo al original de los textos recogidos, a las obras primigenias de los escritores, mérito que, aunque exigido al verdadero científico, en ocasiones no se cumple. Pero no es el caso. Isabel Ramos conoce los archivos y las bibliotecas con estos libros admirables por muy recónditos que se hallen y los trae a la actualidad de su magnífico estudio, resucitando el sin par pensamiento de nuestros mejores clásicos.

III

En el siglo xx surgen exposiciones señeras de nuestra materia, también marcadas por el signo de la comparación con otros ordenamientos jurídicos, más cercanos en estos casos. Los estudios penitenciarios de Francisco Cabrerizo y Álvaro Navarro de Palencia se recopilan como algo ciertamente importante para el conocimiento de cuanto acontece en el extranjero (págs. 705 y sigs.). Las naciones visitadas y sobre las que narran su situación los autores citados son las inglesas, el primero; a las que añade el segundo las de Francia, Bélgica e Italia. De los dos, el verdadero penitenciario es Navarro de Palencia. Director de establecimientos, pasará a la historia penitenciaria por ser el impulsor y primer director del reformatorio de jóvenes-adultos delincuentes de Alcalá de Henares. Su inicial rechazo a las ideas del gran Rafael Salillas, cuya influencia no ha sido aquí tratada por no haberse ocupado, él que tanto escribió, de este tipo de monografías, se trastoca en admiración sumisa con el paso del tiempo.

El artículo de la profesora de Jaén se cierra con la mención detenida de uno de los más grandes penitenciaristas que ha dado España, Fernando Cadalso (págs. 713 y sigs.). Aunque en unas pocas líneas nos resumen brillantemente la trayectoria profesional del gran madrileño (págs. 720 y 721), Isabel Ramos limita su estudio al Cadalso autor de la investigación acerca de las instituciones norteamericanas del ramo, señero trabajo de principios de siglo, manejado después por todos. Junto con el escasamente anterior libro de Dorado Montero sobre el reformatorio de Elmira, se completa la más reciente información al respecto. No fue Cadalso un hombre pausado. Su inquietud le lleva a cuantos Congresos de la especialidad tienen lugar, a dirigir los centros más relevantes y al máximo puesto en el escalafón funcional que supo recorrer desde abajo. Pero su gran triunfo es merecido y doble: la redacción del Decreto de 1901 y del Reglamento de 1913 en el aspecto legislativo; y la reconversión de la prisión de Ocaña, para desarrollar plenamente el sistema progresivo de cumplimiento de condenas a penas privativas de libertad y la Ley de Libertad Condicional, un año después, en 1914, que completa el sistema. Por ello pasa a Cadalso a la eternidad penitenciaria española.

En las conclusiones la profesora Ramos Vázquez nos resume inteligentemente el final de la peripecia viajera española. Si en un principio la curiosidad fue despertada por el sistema de aislamiento, pronto esta modalidad de

ejecución declina su interés, por motivos económicos –y humanitarios, no se olvide– a favor del progresivo de raigambre europea y aún específicamente ceutí y valenciana. Posteriormente, ya a nuestros especializados visitantes no les atrae tanto el régimen de las penitenciarías norteamericanas cuanto su sistema de reformatorio (pág. 722). Como dice la autora, en una bella frase de su resumen, fueron estos trabajos de nuestros comisionados los que «alumbraron durante un siglo la reforma penitenciaria española» (pág. 680).

Por fin, una bibliografía final, exhaustiva y detallada, cierra la obra. Excelente creación por cierto, que viene a poner más luz en cuantos trabajos anteriores tratan del tema que, precisamente con publicaciones como la presente, así no puede caer en la desidia científica ni el olvido doctrinal.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal UAH

RILOVA PÉREZ, Isaac: «El Hospital del Emperador de Burgos. De Hospital de pobres y peregrinos a casa de corrección de mujeres (1796-1852)», en *Boletín de la Institución Fernán González*, 2014/1, páginas 77-101, y «El Monasterio de San Juan de Burgos: de cárcel correccional a prisión central (1835-1932)», en misma Rev. 2015/1, páginas 257-287

I

El Dr. en Geografía e Historia, Isaac Rilova, es un destacado penitenciarista. Siempre fue perfecto conocedor de la Institución desde dentro y se ha mostrado después como un preclaro estudioso del medio al que ha declarado su lealtad y entregado su buen hacer. Reconocido publicista de temas histórico-jurídicos, entre sus importantes obras destacan, entre otras, sus monografías acerca de la Audiencia Territorial burgalesa (2012) o sobre la Diputación Provincial de su ciudad durante la Segunda República (2014) y, recientemente, su brillante trabajo centrado en el Director de la prisión de Burgos y su fusilamiento por los nacionalistas (REP, 2015). Académico de número de la Real Academia de Historia y Bellas Artes «Institución Fernán González» de la capital castellana, en su Boletín escribe los artículos que recensiono, ocupados de la materia carcelaria que tan bien sabe. Cuando, en 2007, se cumplieron los 75 años del centro penitenciario, fue nombrado Comisario de dicha magna exposición con todo merecimiento y la edición del evento contó con una introducción, debida a su experimentada pluma, ciertamente excelente (Biocomunicación. Burgos, 2007, págs. 5 y sigs.).

Siempre he apoyado, en la medida de mis posibilidades, a Rilova. He reseñado alguno de sus libros, de los que todo lo aprendí; he sido valedor de sus artículos para las revistas correspondientes y nunca me ha defraudado. Como yo ya leo lo que quiero, recensiono lo que me gusta y estoy al margen de los dictados arbitrarios de la Aneca, me encuentro a gusto cuando escribo sobre los buenos científicos y, especialmente, si son penitenciarios. Es justo lo que he vuelto a hacer ahora. Las aportaciones de Isaac Rilova me merecen totalmente la pena y el máximo respeto pues esta historia viva de nuestras cárceles y prisiones se encuentra entre los primeros lugares de cuantas hoy ven la luz.

Este tipo de investigaciones, por raras en el momento actual, siempre que las veo me conmueven y poco me importan que posean un marcado carácter localista, como en este caso, pues a toda dedicación especializada sirven. El adentrarse en nuestra historia penitenciaria es algo que debe ser tenido muy en cuenta. El Derecho penitenciario actual encuentra así su fundamento remoto pues en este ramo nada se improvisa y todo viene de lejos. Los trabajos de Rilova nos adentran en este pasado esencial y lleno de luz para entender el presente.

II

El primero de los estudios se refiere a la galera de mujeres de Burgos y su peripecia en cuanto al marco real de ejecución de dicha pena. Comienza Rilova con un repaso general a los orígenes de dicho encierro (págs. 77 y sigs.), con la cita pertinente de autores especializados, para continuar con la propiamente burgalesa (págs. 84 y sigs.). Destaca en todos estos establecimientos el carácter religioso, según la impronta que les confirió la fundadora, sor Magdalena de San Jerónimo. La mención de cuantos autores contribuyeron posteriormente al auge de estas casas-prisión se contiene, como es lógico, en la aportación de Isaac Rilova. El posterior apartado de su investigación se centra en el análisis y reproducción final (págs. 95 y sigs.) de la Ordenanza de la casa-galera de la localidad (págs. 87 y sigs.), esclarecedor donde los haya. La clausura también se contempla. Cuando se suprime el nombre y se sustituye, en 1846, por casas de corrección de mujeres (págs. 93 y 94), Burgos sigue teniendo, como otras capitales de provincia, centro penitenciario de reclusas pero su esencia es más penitenciaria que lugar de contrición.

Una completa bibliografía culmina el artículo de Rilova Pérez (págs. 99 y sigs.) que, en unión de las obras de los grandes monografistas, especialistas del tema, como mi discípula, la profesora de la UNIR, Gema Martínez Galindo, viene a darnos luz en esta materia tan olvidada.

El segundo trabajo del Dr. Rilova se centra en la desafección del convento de San Juan y su reconversión en prisión central de Burgos durante casi un siglo. La desamortización de Mendizábal procura a la Dirección general viejos establecimientos para imposibles penales nuevos, lugares no específicamente pensados para la ejecución de las penas privativas de libertad. Tal acontece con el monasterio que estudia el autor utilizado como local carcelario correccional. De sus orígenes y evolución (págs. 259 y sigs.) o del número de internos y sus delitos, así como de los inconvenientes detectados desde su puesta en servicio, de los medios materiales con los que contaba y servicios nos da cumplida y sabia cuenta (págs. 265 y sigs.). El centro era inadecuado a tal menester de cumplir penas de prisión a cuyo fin primitivamente no era destinado; de ahí, que estuviera tocado de muerte pues, por un lado, el traslado era solicitado por una parte numerosa de la población (pág. 279) y por el otro, las continuas, costosas y, a la postre, ineficaces obras de reforma que soportó (págs. 280 y sigs.) abocan a las autoridades competentes a buscar nuevos emplazamientos. Será por último la II República, siendo Director General de Prisiones Vicente Sol, el sucesor en el cargo de Victoria Kent, quien acometa su definitivo abandono al inaugurar, en 1932, la nueva prisión central (págs. 284 y 285) que aún hoy perdura, y por la que Isaac Rilova dirigió la ya citada exposición de su 75 aniversario, establecimiento que llevo en mi recuerdo y él porta mi nombre escrito en su patio del reloj.

La narración es entretenida y culta, basada en documentación original que el Dr. Rilova utiliza como pocos en todas sus obras. De igual manera que el artículo anterior, la bibliografía final (págs. 285 y sigs.) se me antoja exhaustiva y utilísima a efectos de posteriores investigaciones, completando de esta forma una excelente aportación penitenciaria.

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.